

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL

Aluna: Rachel Glatt
Orientadora: Telma Lage

Introdução

Para que se possa melhor compreender o objeto de estudo do grupo - a efetividade dos direitos sociais - é preciso analisar o conceito de “direito social”. Os direitos sociais em si são direitos substantivos ou materiais, visto que fazem parte da rotina do indivíduo em relações sociais e integram a esfera jurídica de seus titulares.

No entanto, constatada a lesão, ou ameaça de lesão a estes direitos, passam a se revestir também do direito processual, visto que o único caminho que resta para que sejam efetivamente garantidos é o da tutela judicial.

É necessário que haja, no plano processual, mecanismos que de fato garantam aos brasileiros o exercício desses direitos fundamentais para que cada indivíduo possa viver de forma digna. Mas quais são os direitos sociais? São aqueles elencados no Título II – Dos direitos e garantias fundamentais, Capítulo II: Dos direitos sociais, art. 6º da Carta Magna:

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Tal rol de direitos constitui patrimônio civilizatório e é de alcance universal: todos têm direito ao acesso a esses bens. Qual é, portanto, a natureza específica dos direitos sociais? De forma simplificada, direito social é todo aquele cujo gozo depende da intervenção do Estado, pois o sujeito não pode, por seus próprios meios, alcançar seu exercício.

Isto foi confirmado em diversas decisões judiciais que concederam benefícios relacionados a direitos sociais a quem não podia arcar com seus custos. Na apelação APL 186597120118260196 SP 0018659 71.2011.8.26.0196, por exemplo, o Poder Público ficou obrigado a continuar fornecendo remédios a um indivíduo que deles necessitava, mas que não podia comprá-los.

Torna-se evidente, portanto, que a prestação de direitos sociais pelo Estado está relacionada, principalmente, às pessoas que compõem as classes que não possuem recursos financeiros o bastante para arcar com suas necessidades, e que, assim como qualquer indivíduo, devem ter sua dignidade preservada, sendo dever do Estado garantir que isso ocorra.

Como se vê, o debate acerca dos direitos sociais está diretamente ligado ao desenvolvimento econômico do país: quanto mais pobre este, maior a base da pirâmide social, e, portanto, mais importante a formulação de políticas públicas que facilitem o acesso do conjunto da população aos direitos sociais.

Sabe-se que o Brasil foi sempre um país com mais de 2/3 da população vivendo em condições de pobreza. Por que só agora se fala em direitos sociais? Os direitos sociais são direitos fundamentais? São direitos individuais? São direitos subjetivos? Para responder a essas indagações passa-se a estudar a distinção entre “categorias” de direitos.

Debates

A. Categoria “efetividade”

Por conta da constante confusão entre “eficácia, eficiência e efetividade”, foi necessário que se estudasse a última categoria para compreender o objeto de pesquisa do nosso grupo, atingindo a conclusão de que efetividade é a combinação entre eficácia jurídica – o fato de a norma estar apta a incidir – e eficácia social – fato de haver adesão da norma por parte de seus destinatários.

Dos ensinamentos do renomado autor Miguel Reale, entende-se eficácia jurídica como o reconhecimento e o conseqüente cumprimento efetivo do Direito por parte da sociedade [1]. Já a eficácia social se dá quando a efetividade das normas jurídicas resulta do seu cumprimento espontâneo, conforme afirmado por Kelsen, ao estabelecer que a efetividade seria “o fato real de ela (*norma*) ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos” [2].

Para o Ministro Luis Roberto Barroso, deve-se priorizar a eficácia social da norma, os mecanismos para sua real aplicação, a sua efetividade [3]. Logo, é necessário, em havendo numerosa insubmissão à norma, que o Estado utilize seu aparelho de coação. Questiona-se: insubmissão por parte de quem? Quem são os destinatários das normas?

Conforme as pesquisas realizadas, há duas correntes sobre o tema: para alguns, os destinatários primários das normas seriam aqueles cidadãos cuja conduta está nelas descrita, enquanto que os secundários seriam os agentes públicos encarregados de atuar na efetividade da norma. A teoria mais moderna, no entanto, entende que primariamente os destinatários da norma são os agentes públicos; e secundariamente os cidadãos cujas condutas estão sendo normatizadas [4].

A importância da distinção ocorre quanto ao papel do Estado: se, conforme sustenta a segunda corrente, os agentes públicos são considerados destinatários primários, eles têm a responsabilidade de utilizar todos os meios de construção e fiscalização para tornar a norma o mais efetiva possível. Logo, quanto mais eficiente o aparelho de construção e fiscalização do Estado, mais efetiva a norma.

A eficiência se mede por dois fatores, quais sejam, os recursos financeiros e os resultados. O aparelho será eficiente se o Estado utilizar o mínimo de recursos e obtiver o máximo de resultados, ou seja, utilizar os recursos da maneira mais otimizada e racional.

Quando os agentes públicos são os destinatários secundários, no entanto, a adesão à norma fica submetida à vontade dos cidadãos, que é guiada pelo “custo de cumpri-la ou não”: quanto maior a fiscalização e a construção, maior o custo de “não cumprir”. Quando o custo de cumprir é alto e não há fiscalização, a norma perde, basicamente, sua efetividade. Levando em consideração que os agentes são racionais, a possibilidade de fiscalização da norma deve ser alta e o seu custo de cumprir baixo.

No Brasil, historicamente, o custo de “não cumprir” sempre foi baixo, mas hoje está ocorrendo uma transição para um custo alto, através do aperfeiçoamento do aparelho de Estado, como se observa, por exemplo, nas obrigações tributárias – através do aumento do valor das multas – e no caso da “Lei Seca”- Lei nº 11.705/ 2008 - onde o aparelho fiscalizador do Estado aparece de maneira ostensiva desencorajando os que estavam acostumados a ingerir bebidas alcoólicas e em seguida assumir a direção de veículos.

B. Sobre as principais categorias de Direito envolvidas em nosso estudo

Na seção anterior, assim como durante toda a pesquisa realizada, foram abordadas categorias como as de direitos individuais, fundamentais, subjetivos, sociais e, em se tratando da tutela jurídica destes, deparou-se com os direitos coletivos e difusos. Necessário, portanto, distinguir cada uma dessas categorias.

Direitos Fundamentais

Tais direitos estão previstos na Constituição Federal, mas, acima da previsão normativa, eles são inerentes à pessoa humana, portanto, pré-existentes ao ordenamento jurídico por decorrerem da própria natureza do homem. Eles são, portanto, absolutos, invioláveis, intransferíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e indispensáveis para assegurar a todos uma existência livre, digna e igualitária.

A doutrina sobre os direitos fundamentais foi se desenvolvendo através do tempo de maneira que muitos estudiosos do tema – cientistas políticos, sociólogos e juristas, sobretudo – falam em “gerações de direitos”.

Os direitos à liberdade, conhecidos como os de primeira geração, são os direitos civis e políticos do homem, a que se opunha o poder estatal – a liberdade do indivíduo tinha que ser resguardada em face ao poder do Estado absolutista. A afirmação de valores inerentes à pessoa humana e a reação frente ao arbítrio estatal fundamentam o desenvolvimento do liberalismo, fase em que surgiu a primeira geração de direitos fundamentais.

A Declaração de Direitos do Homem do Cidadão de 1789 foi o documento que marcou a geração, estabelecendo como regras o respeito à pessoa humana, a defesa da liberdade e da igualdade jurídica entre os cidadãos, e elevando a propriedade privada à categoria de direito inerente ao ser humano. Nota-se, portanto, que a primeira geração impunha prestações negativas, ou seja, impunha ao Estado uma obrigação de não fazer.

Com a Revolução Industrial, as organizações sociais e políticas experimentaram profundas mudanças, desde o estatuto de igualdade jurídica formal, até o intenso processo de urbanização, ou seja, o deslocamento de populações inteiras do campo para a cidade e da atividade agrícola para a atividade industrial.

Os antigos regimes monárquicos europeus – em que prevalecia o estatuto jurídico de ‘servidão’, ou seja, fase em que eram negadas aos integrantes do terceiro estado, o Povo, a grande maioria da população, liberdades essenciais, como o direito de ir e vir, de crença religiosa, de trabalho, o direito de ação e os dele decorrentes, como a ampla defesa, a presunção de inocência, e o acesso à propriedade – foram derrubados em prol da igualdade formal perante a lei e das liberdades expressas em institutos como livre contratação, iniciativa e concorrência, referências que constituem a essência das democracias liberais.

As inovações ocorridas no período liberal, por terem representado importante avanço histórico em direção à construção dos regimes políticos democráticos e terem oferecido estrutura jurídica para desenvolvimento econômico, sob forma do modo de produção capitalista, geraram desequilíbrios tanto no âmbito interno dos Estados nacionais, com as lutas de classe, quanto no âmbito das relações dos países entre si, desembocando em guerras mundiais.

Crescimento econômico e desenvolvimento social exigem estabilidade política, logo, a solução para as crises internas e externas foi uma nova configuração do Poder, internamente, pela criação de um corpo de direitos para as classes trabalhadoras – a legislação social – primeira forma dos direitos sociais. No âmbito internacional, a fundação de organismos como a ONU teve por escopo criar um espaço para solução negociada dos conflitos.

A questão do trabalho deixa de ser uma questão interna na medida em que o comércio internacional exige equalização das condições de concorrência: os arranjos institucionais realizados após a Segunda Guerra Mundial eram dotados, por isso, de racionalidade. Importante lembrar que nesta mesma época a ONU editou em 1948 a Declaração Universal dos Direitos do Homem, lançando as bases para um novo modelo político para além das garantias liberais, o Estado social.

O Estado Social adquiriu feições diversas em cada país, mas é aspecto comum deste modelo a incisiva atuação do Poder Público para garantir o acesso universal da população

aos elementos básicos que garantem o bem estar do indivíduo, como alimentação, moradia, assistência médica, acesso à educação, ao lazer, à segurança, entre outros.

Neste contexto, os cidadãos passaram a exigir uma maior igualdade material e a implementação de uma justiça social, ambiente propício para que se desenvolvessem os direitos econômicos, culturais e sociais, conhecidos como os direitos de segunda geração, que requerem uma maior participação do Estado através de prestações positivas que visem assegurar a segmentos empobrecidos da sociedade condições de vida digna. É importante ressaltar que os direitos sociais, econômicos e culturais não substituíram os direitos de primeira geração, mas sim se somaram àqueles.

No fim do século XX, com a aceleração da globalização e da revolução tecnológica, houve novas modificações na concepção das funções do Estado, surgindo as ideias neoliberais, que pregavam um Estado mínimo que propiciasse, através de uma intervenção indireta – ou seja, meramente reguladora –, a acumulação de capital.

Com a crise de 2008, no entanto, as economias centrais foram fortemente afetadas, gerando desemprego em níveis ameaçadores, surgindo, neste contexto, movimentos sociais como “Occupy Wall Street”, que se repetiram em diversos países do mundo, fazendo com que houvesse nova demanda por um Estado interventor. Com base em ideais como a fraternidade e a solidariedade, surgiu, assim, a terceira geração de direitos fundamentais, composta por direitos transindividuais – difusos e coletivos –, como o direito ao meio ambiente equilibrado e à paz.

O novo milênio assiste a novas alterações inerentes à dinâmica histórica, e o Direito busca acompanhar tal dinâmica: emerge a quarta geração dos direitos fundamentais, trazendo o direito à informação, à democracia e ao pluralismo. Há discussões quanto ao conteúdo da quarta geração e quanto à existência de uma quinta geração, que traria a noção de “direito ao desenvolvimento”, todavia, relativamente a divisão das três demais gerações há, basicamente, consenso na doutrina e jurisprudência, como se nota no seguinte trecho:

“EMENTA: Enquanto os direitos de 1ª geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de 3ª geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade” (STF, Pleno, MS 22164/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJI, de 17.11.1995, p.39206).

Os direitos fundamentais são inesgotáveis visto que à proporção que a sociedade evolui surgem novos interesses para as comunidades. Entende neste sentido o Professor José Afonso da Silva que afirma que “o reconhecimento dos direitos fundamentais do homem em enunciados explícitos nas declarações de direitos é coisa recente e está longe de se esgotarem suas possibilidades já que cada passo na etapa da evolução da humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira em proprietários e não proprietários” [5].

Compartilha do mesmo entendimento a autora Roberta Corrêa de Araujo Monteiro, como se pode observar no seguinte trecho: “O que se conclui do exposto é que os direitos fundamentais do homem vêm sendo historicamente construídos, formulados e consolidados em uma linha evolutiva dotada de complementaridade, evidenciando um processo histórico ininterrupto e em constante evolução” [6].

No Brasil, o contexto em que foram colocados na Constituição Federal os princípios fundamentais – pós-regime ditatorial – explica a sua função: eles servem de pilar básico do Estado Democrático de Direito. Isso fica evidenciado no preâmbulo da Carta Magna: “... para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias...” (GRIFO MEU).

O princípio da cidadania e o princípio da dignidade humana, previstos, respectivamente, nos incisos II e III do artigo 1º da Lei Maior, versam sobre a impossibilidade de haver Estado Democrático de Direito sem o respeito aos direitos fundamentais, que também só existirão se houver democracia. O §1º do artigo 5º do mesmo Diploma estabelece que as regras constitucionais definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, assim como as demais regras que versem sobre o tema, como os tratados internacionais, conforme prevê o §2º do mesmo artigo.

Compreende-se atualmente que é direito fundamental aquele cuja ausência atinge a dignidade do ser humano. Apesar de já existir antes da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, foi neste documento que se recomendou a preeminência do respeito à pessoa humana como base do estabelecimento do Poder, ou seja, a dignidade da pessoa humana tornou-se a base da ordem estatal, constitucional e democrática.

A questão é: o que é a dignidade da pessoa humana? A filosofia kantiana já consagrava a ideia de que o homem, por ser racional, era um fim em si mesmo. Sendo assim, o indivíduo não poderia ser tratado como instrumento para realização dos fins alheios, pois a importância distintiva de sua própria vida não poderia jamais ser negada. Numa sociedade complexa e multicultural como a nossa, contudo, não é possível determinar um conteúdo único para este princípio; ele deve estar condicionado às necessidades e demandas concretas que emergem no cotidiano social.

Novamente, a importância do estudo desta categoria para o nosso grupo é relacioná-la aos direitos sociais. Há autores que entendem que os direitos sociais são direitos fundamentais, pois a promoção da dignidade humana, a redução das desigualdades sociais, a construção da justiça, liberdade e solidariedade dependeriam da efetividade dos direitos sociais, como se observa dos enunciados do artigo 3º, caput c/c inciso III, e artigo 6º da CRFB.

Nesta linha de raciocínio, entende-se que os direitos sociais são preceitos fundamentais, portanto, se forem violados – ou seja, se o Estado não implementar políticas públicas que garantam a concretude destes direitos, dando-lhes efetividade –, poderá haver impugnação por meio de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Tal posicionamento foi adotado pelo Ministro do STF, Celso de Mello, no julgamento da ADPF 45-9 [7], como será desenvolvido mais adiante.

Há autores que afirmam que a localização topográfica do dispositivo – artigo 6º - poderia sugerir a aplicação da norma contida no art. 5º, §1º da CF apenas aos direitos individuais e coletivos, não abrangendo os direitos sociais. Esta posição é combatida pelo Professor Ingo Wolfgang Sarlet que afirma que tal argumento não corresponde nem à expressão literal do dispositivo, visto que ele enuncia “normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”.

O argumento acima combatido através da interpretação literal do art. 5º da CF, também pode ser fragilizado através da realização de uma interpretação sistemática e teleológica do dispositivo constitucional em análise. Tal interpretação, segundo o Professor, sugere que “a ausência de uma distinção expressa entre o regime dos direitos sociais e os demais direitos fundamentais, somada ao texto do §1º do artigo 5º da CF, ainda mais em

face da circunstância de que os direitos sociais (mas pelo menos os elencados no Título II da CRFB) são direitos fundamentais, deve prevalecer sobre uma interpretação notadamente amparada em critério meramente topográfico” [8].

Importante também para avaliar se os direitos sociais são ou não direitos fundamentais, foi realizar a análise do direito internacional sobre o assunto, sobretudo o Direito português. De acordo com o juiz federal no Ceará e mestrandando em direito constitucional em Portugal, Júlio Coelho, poucos questionam a fundamentalidade dos DESC – Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – no país, justamente porque eles são exaustivamente disciplinados pela Constituição portuguesa [9].

Durante a pesquisa, buscou-se parâmetros para determinar a “fundamentalidade” dos direitos, concluindo que isso pode ser verificado através da ponderação entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível”. Afirma o Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, J. J. Canotilho, que a doutrina e a jurisprudência adotaram entendimento no sentido de que as prestações que os Poderes Públicos devem proteger e garantir são aquelas consideradas essenciais para uma existência minimamente digna [10]. A razão do uso da expressão “minimamente” é a insuficiência de recursos frequentemente alegada pela Administração Pública, sob o argumento da “reserva do possível” quando requisitada para prestar algum serviço ou fornecer algum bem.

De acordo com Alinie da Matta Moreira [11], o Poder Judiciário pode adotar uma entre três posturas cabíveis quando se trata da “reserva do possível”: aplicar as normas constitucionais ignorando eventuais efeitos para o orçamento público; negar a tutela dos direitos postulados alegando que a decisão interviria na discricionariedade do administrador público; ou, a opção mais razoável, ponderar os bens jurídicos em conflito.

Conforme a mesma autora, a decisão deverá ser baseada em três critérios: o exame racional e proporcional da postulação apresentada pelo particular e dos motivos invocados pelo Estado para alegar a “reserva do possível”; a comprovação, por parte da Administração Pública, da escassez de recursos para a concretização do direito postulado; e a preservação do “mínimo existencial”, que variará conforme cada caso concreto, definindo, portanto, os limites em que a “reserva do possível” poderá ser arguida.

Apesar do acima exposto, é extremamente importante que os agentes da Administração Pública empreguem eficientemente os recursos disponíveis, pois o limite dos meios financeiros não pode, em hipótese alguma, representar um impedimento à efetividade dos direitos fundamentais sociais, sobretudo do mínimo existencial. Neste sentido, afirma Ana Paula de Barcellos que “se os meios financeiros não são ilimitados, os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que sejam realizados” [12].

Com fulcro em tais noções, afirma a maior parte da doutrina que, em havendo risco de violação das condições mínimas de dignidade humana, deve o representante do Poder Judiciário, no caso em questão, atuar no sentido de preservar o direito em apreço. A questão que se coloca, no entanto, é sobre o limite que deve ser observado por este representante no momento de interferir na determinação dos recursos a serem empregados pela Administração para a concretização do direito postulado.

Direitos Individuais

O princípio básico da democracia é o princípio individual: “cada cabeça um voto”. O indivíduo é a entidade sobre qual se funda a democracia. A ideia de que todos são iguais perante a lei está articulada à ideia do indivíduo como centro de imputabilidade jurídica e é justamente por conta disso que os ordenamentos democráticos liberais possuem caráter individualista.

São exemplos do individualismo no ordenamento jurídico brasileiro todas as normas que defendem a autonomia da vontade do indivíduo, como, por exemplo, o Código Civil e o Código de Processo Civil – sobretudo em seu artigo 6º, em que enfatiza a titularidade individual do direito de ação. Logo, é possível afirmar que os direitos individuais constituem o eixo do ordenamento jurídico.

Segundo o Professor José Afonso da Silva, direitos individuais são “direitos fundamentais do homem (...) que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado (...)” [13]. Pela leitura do artigo 5º da CRFB, é possível observar que os direitos individuais são compostos pelo direito à vida, à privacidade, à igualdade, à liberdade e à propriedade.

O direito à vida é composto por elementos materiais e imateriais, expressos na CRFB como direito à existência, à integridade física e à integridade moral. O primeiro consiste no direito de estar vivo: é ele, pois, que fundamenta a criminalização de todas as formas de interrupção violenta do processo vital e, simultaneamente, a descriminalização das atitudes tomadas em sede de legítima defesa ou estado de necessidade.

Tendo em vista que a vida se realiza através do corpo humano, este é considerado um bem vital e, portanto, sua integridade é um direito fundamental. Daí porque as lesões corporais são punidas pela legislação social e porque a própria CRFB, no inciso III do artigo 5º, proíbe a tortura e o tratamento desumano. Além da integridade material, a CRFB visa proteger também a integridade moral, composta pela honra, bom nome e reputação perante a sociedade. Tal direito embasa a tipificação de condutas que violem a honra, tais como a calúnia, difamação e injúria.

A segunda espécie de direito individual que a Constituição Federal busca tutelar é o direito a privacidade que, de acordo com a dicção do inciso X do artigo 5º pode ser subdividido em direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem dos indivíduos. Após a análise de diversos conceitos, o direito a privacidade foi compreendido de forma ampla, significando o direito de cada pessoa tomar suas decisões sem interferência de outros [14] e de manter suas informações sob seu exclusivo controle ou comunicá-las a quem e quando quiser [15].

O direito de igualdade deve ser compreendido em dois aspectos: o material e o formal. A isonomia em sentido material é aquela que tem o intuito de diminuir as desigualdades, colocando condições iguais para os considerados “iguais”, e desiguais para os “desiguais”, ou seja, é a discriminação positiva. Segundo a isonomia formal, todos são iguais perante a lei, ou seja, ela deve ser aplicada a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. É o que se depreende da interpretação literal do caput do artigo 5º da Constituição Federal.

A base de todas as liberdades está prevista no inciso II do artigo 5º: liberdade de ação em geral, ou seja, todos podem fazer ou deixar de fazer tudo o que quiserem a não ser que seja expressamente proibido em lei. Dessa decorrem diversas formas de liberdade, tais como liberdade de locomoção, de circulação, de opinião, de religião, de informação, artística, de comunicação do conhecimento, de reunião, de associação, de exercício do trabalho, ofício e profissão, de comércio, contratual e de ensino, previstas nos incisos IV, VI, VIII, IX, XIII, XV, XVI e XVII do artigo 5º da CF.

O direito à propriedade pode, inicialmente, ser definido como o direito que um sujeito possui de usar, gozar e dispor de um bem – conforme a dicção do artigo 1228 do Código Civil Brasileiro de 2002 – sem que ninguém interfira, ou seja, é o direito que um indivíduo possui perante um sujeito passivo universal, integrado por toda a sociedade, que possui a obrigação de respeitá-lo.

Com o tempo, tal direito, que antes era tido como absoluto, passou a ser relativizado para se encaixar nos moldes dos princípios da dignidade da pessoa humana e da justiça social. Fundamento de tal visão é o inciso XXIII do artigo 5º da Carta Magna, segundo o qual “*a propriedade atenderá a sua função social*”. Tal é a importância desse dispositivo que, se por qualquer motivo houver a perda função social da propriedade, haverá desapropriação, como se depreende da leitura dos artigos 182, 184 e 186 da CRFB. A função social da propriedade é tão essencial que foi considerada um princípio da ordem econômica, como dispõe o artigo 170, em seus incisos II e III.

A questão que se coloca, no entanto, é: qual é o real conceito de função social da propriedade? Por possuir alta carga de subjetividade, tal princípio foi muito criticado por diversos setores da sociedade, sendo taxado de excessivamente abstrato para servir como base da ordem econômica. Para evitar o risco de que ele não possuísse nenhuma efetividade, o constituinte fixou critérios objetivos mínimos de realização da função social nos artigos 182, §2º e 186. Elemento central da propriedade é o interesse acima do interesse particular que deve prevalecer. Logo, nota-se o caráter existencial e solidário deste princípio.

Os Tribunais brasileiros vêm adaptando o princípio para cada caso em concreto, preservando, seguramente, a noção que o direito de propriedade só deve ser protegido se ela cumprir a sua função social, como pode ser observado na seguinte decisão do TJRS: “*Prevalência dos direitos fundamentais das 600 famílias acampadas em detrimento do direito puramente patrimonial de uma empresa. Propriedade: garantia de agasalho, casa e refúgio do cidadão. Inobstante ser produtiva a área, não cumpre ela sua função social, circunstância esta demonstrada pelos débitos fiscais que a empresa proprietária tem perante a união*” [16].

Nota-se, do trecho acima destacado, que a função social da propriedade possui alta influência sobre o direito social à moradia, que é priorizado em face do direito a propriedade.

Apesar de haver opiniões divergentes – principalmente de doutrinadores civilistas, que enxergam a propriedade como um direito absoluto que, excepcionalmente, poderá ser retirado do indivíduo, por parte do Estado, mediante prévia e plena indenização – a maior parte da doutrina entende que a garantia da propriedade só possui incidência quando a propriedade atende sua função social, se conformando aos interesses sociais relevantes [17].

Direitos Subjetivos

Dogmaticamente falando, o direito subjetivo seria a ferramenta técnica que funciona como meio de argumentação junto aos tribunais. Afirma Tércio Sampaio Ferraz que a “propriedade” é um direito subjetivo, por exemplo [18] e disso decorre a noção que possuir algo significa que há um conjunto de normas que protegem o uso e gozo desse objeto.

Quando o titular do bem transfere seu direito de propriedade, todo este conjunto de normas passa a incidir sobre quem se tornou titular daquele direito. Assim, a expressão “transferir o direito de propriedade” abrevia o trabalho de descrever junto ao tribunal – caso surja alguma questão sobre aquele objeto – todas as normas incidentes sobre a situação.

Léon Duguit, em oposição a Tércio Sampaio, se posiciona no sentido de que cada vez mais os sistemas jurídicos passaram a ser elaborados com base numa concepção essencialmente socialista e isso significaria dizer que os sistemas jurídicos antes fundamentados na ideia de “direitos subjetivos”, como a Declaração de Direitos Humanos e o Código de Napoleão, estavam ultrapassados, já que os novos sistemas se baseariam em regras sociais, ou seja, normas que possuem certa função social [19].

O Autor afirmava que todas as controvérsias levantadas sobre a verdadeira natureza do direito subjetivo comprovavam seu caráter artificial e precário. Apesar desta crítica, Duguit concluiu que o direito subjetivo implica sempre na presença de duas vontades, sendo uma

delas sobressalente em relação à outra, gerando uma “hierarquia de vontades”. Disso se poderia compreender que a noção de direito subjetivo possui caráter puramente individualista. Duguit entende, que um ordenamento jurídico não pode se basear no o direito subjetivo porque o homem é um ser social, devendo, portanto, o Direito regular as relações sociais.

O direito subjetivo implica num contexto em que a situação jurídica é considerada da perspectiva de um sujeito a quem ela favorece. Esta situação favorável surge, geralmente, em face de normas que restringem o comportamento dos outros, ou seja, o direito de um se contrapõe ao dever do outro; a liberdade é um privilégio que se contrapõe a uma restrição à liberdade dos demais. Utilizando-se o conceito de direito subjetivo, é possível que o sujeito faça valer tal situação em face de outros, tendo condições de provocar certos comportamentos desses outros. A crítica que se constrói em cima desse conceito é a de que nem sempre há um indivíduo titular do direito.

Surge, então, a distinção entre situações típicas e situações atípicas. As primeiras são aquelas em que há necessariamente um sujeito de interesse favorecido – titular do direito que pode fazê-lo valer. Neste caso, há um direito real – aquele que permite o uso e gozo imediato da coisa, garantindo ao titular a facilidade de obter a entre ou restituição do objeto em face de qualquer um que dele tenha se apoderado – ou pessoal – aquele que corresponde a uma pretensão em face de uma pessoa – que se contrapõe a um dever e há prevalência da autonomia privada. Para Kelsen, o direito sempre assinala uma relação entre pessoas e a única diferença entre direito real e pessoal seria que no último o sujeito passivo poderia ser determinado; tal distinção seria, para o autor, meramente didática.

Já as situações atípicas são em aquelas em que não necessariamente o titular do direito é o mesmo sujeito que pode fazê-lo valer, porque esse titular pode não ser uma pessoa (pode ser uma fundação, por exemplo). Nestas situações, não há correlação entre um direito e um dever e a autonomia privada pode ou não se constatar.

Georg Jellinek definiu a figura jurídica do Direito Público Subjetivo como “o poder da vontade humana que, protegido e reconhecido pelo ordenamento jurídico, tem por objeto um bem ou interesse” [20]. Pode-se observar o direito público subjetivo como o instrumento que confere ao sujeito a possibilidade de transformar a norma geral e abstrata pertencente ao ordenamento jurídico em algo que ele possua como próprio, ou seja, o sujeito aciona as normas jurídicas – direito objetivo –, transformando-as em seu direito – subjetivo.

O direito público subjetivo serve como ferramenta jurídica de controle da atuação do Poder estatal, visto que o titular deste direito pode constranger judicialmente o Estado a executar o que deve através de políticas públicas. Daí a importância do estudo dessa categoria para o nosso grupo: se os direitos sociais são direitos subjetivos, os cidadãos podem exigir sua concretização por parte do Governo.

Para Luís Roberto Barroso [21], o direito subjetivo possui como peculiaridade os fatos de que a ele corresponde sempre um dever jurídico; ele é passível de sofrer, ou seja, existe a possibilidade de que a parte contrária deixe de cumprir o seu dever; a ordem jurídica coloca à disposição de seu titular um meio jurídico – que é a ação judicial – para exigir-lhe o cumprimento, deflagrando os meios coercitivos e sancionatórios.

Tais características são adotadas por parte da doutrina, porém, há diversas opiniões quanto à natureza dos direitos sociais como incluídos ou não na categoria de direitos subjetivos. Com base no que foi pesquisado, é possível afirmar que o reconhecimento dos direitos sociais como direitos subjetivos enfrenta resistência por parte da doutrina, que refuta a ideia de que eles impõem obrigações positivas ao Estado. De acordo com esta corrente, os direitos sociais gerariam apenas “direitos subjetivos negativos”, ou seja, a pretensão de exigir do Estado que se abstenha de praticar certos atos.

A função de se prever de forma expressa na Constituição que um determinado direito é público subjetivo é afastar, definitivamente, interpretações minimalistas de que direitos sociais

não podem ser acionáveis em juízo, nem gerar pretensões individuais. Trata-se de uma figura que vem reforçar o regime já existente, além de constituir uma baliza para a melhor compreensão dos direitos sociais, sob o prisma do seu potencial de efetividade.

Há autores que afirmam que os direitos sociais não são direitos fundamentais e que, portanto, não são “judicializáveis”. Contrariando esta linha de raciocínio, há quem afirme que os direitos sociais, por serem direitos fundamentais constitucionalmente previstos – ou seja, positivados –, que impõem deveres correlatos para sua implementação e que vêm acompanhados de remédios jurídicos constitucionais aptos à exigência de sua concretização, se encaixam na categoria de direitos subjetivos, podendo ser exigidos do Poder Público a qualquer tempo. Assume esta posição Celso Bandeira de Mello ao afirmar que “inobstante tenham teores eficaciais distintos, são verdadeiros direitos subjetivos” [22].

Ao enunciar de forma expressa o direito público subjetivo como regime específico do direito ao ensino fundamental, a Constituição Federal conferiu aos indivíduos, irrecusavelmente, uma pretensão e uma ação para exigirem seus direitos, o que, no caso de outros direitos sociais, vem suscitando maiores objeções, pois o seu objeto primário é a realização de políticas públicas.

O Professor Luis Roberto Barroso, no entanto, defende, no mesmo texto [21], que o constituinte optou por não sujeitar-se a riscos de interpretação quanto ao ensino fundamental, incluindo, portanto, o §1º do art. 208 a declaração que ‘o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo’. Para o atual Ministro do STF, tal dispositivo não deve ter uma leitura restritiva, sendo aplicável a todas as outras situações jurídicas constitucionais que sejam redutíveis ao esquema “individual–dever do Estado”, pois estas também configuram direitos públicos subjetivos.

O direito subjetivo visa resguardar interesses individuais que coincidem com o interesse público e, obviamente, a implantação de um sistema público adequado de educação interessa não apenas aos beneficiários diretos do serviço – alunos –, mas à coletividade. A figura do direito público subjetivo, quando utilizada para proteger um bem que é simultaneamente individual e social, como é o caso da educação, deve se prestar à exigibilidade do caráter coletivo de tais direitos, ou seja, à exigibilidade de políticas públicas.

Hoje em dia, a ação tornou-se um canal de participação social na gestão da coisa pública. Através da ação civil pública, do mandado de injunção, do mandado de segurança coletivo e da ação popular, fica concretizada a democracia participativa e fica garantida a efetivação dos interesses coletivos e difusos. O tema será abordado de forma mais minuciosa na sessão “Justiciabilidade dos Direitos Sociais”.

Direitos Coletivos, Direitos Difusos e Direitos Individuais Homogêneos

São aqueles que transcendem o escopo individual e decorrem de questões sociais, ou seja, são todos direitos transindividuais por não pertencerem ao indivíduo de forma isolada. Os direitos difusos podem ser identificados quando não há vínculo jurídico entre os sujeitos afetados (pela violação desse direito). Tais titulares se agregam por força de certas contingências ou circunstâncias de fato, como, por exemplo, morar na mesma região, consumir certo produto ou trabalhar no mesmo ambiente.

O objeto tutelado é indivisível, então a satisfação de um sujeito implica na satisfação de todos. Esses sujeitos são indeterminados, pois é muito ampla a extensão desses direitos (direito à segurança pública e ao meio ambiente, por exemplo). Tem-se como exemplo prático o caso de a Administração Pública contratar empregados não concursados; todos os potenciais candidatos perdem suas vagas (violação de seu direito difuso), então podem ajuizar ação.

Os direitos coletivos têm objeto indivisível e têm como sujeitos indivíduos socialmente vinculados, ou seja, membros de categorias, classes ou grupos autônomos e juridicamente definidos (associado ao sindicato; profissional vinculado a uma corporação; acionista de uma

sociedade; condômino de um edifício). Como os titulares são vinculados entre si ou com a parte contrária através de relação jurídica base (possuem vínculo organizacional, como a relação de emprego, por exemplo) – existente desde o momento da lesão ou ameaça de lesão do interesse do grupo –, eles são determináveis.

Quando há uma causa comum que afeta certo número de pessoas causando consequências distintas para cada uma delas, nota-se que foi afetado um direito individual homogêneo. Ele se distingue das demais categorias por ter natureza divisível, ou seja, mesmo havendo a possibilidade de a lesão atingir várias pessoas, cada uma delas poderá, individualmente, pleitear judicialmente a reparação à sua lesão.

C. Direitos sociais – conceito e pesquisa

Os direitos sociais estão previstos no artigo 6º da Constituição Federal e são regulados por diversas leis infraconstitucionais, sobretudo pela Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS –, pelo Código de Defesa do Consumidor – CDC –, pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC –, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – e pelo Estatuto do Idoso.

A pesquisa foi iniciada com foco no direito à educação, um dos principais pilares de sustentação de uma sociedade justa, equilibrada e desenvolvida. Em seguida, foram realizados estudos sobre outros direitos: saúde, trabalho, moradia e assistência aos desamparados.

Geralmente precisam se valer dos DESCs – Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - as pessoas que estão na base da pirâmide social, eis que as pessoas que estão em seu topo possuem estrutura financeira suficiente para buscar acesso a esses bens nas próprias relações de mercado, isto é, podem pagar a boas Instituições de ensino, arcar com os custos de morar em locais propícios, se associar aos convênios de saúde privados ou até mesmo pagar consultas com médicos particulares, por exemplo.

Dito isso, começo pela evolução histórica dos direitos sociais que começaram a se desenvolver no fim do século XVIII e início do século XIX, através do direito dos trabalhadores. A origem dos direitos sociais é o trabalho por conta alheia: o homem é livre, mas dentro da fábrica ele é um subordinado. Em função das péssimas condições a que eram submetidos pelo patronato, os próprios operários começaram a fazer exigências perante o Poder Público, conquistando a proteção do mesmo.

Os direitos sociais não foram formatados a partir da dignidade, mas sim da luta dos trabalhadores para conquistá-los. Por conta disso, tais direitos só eram devidos ao homem trabalhador, então qualquer um que não estivesse no mercado de trabalho, embora tivesse dignidade, não era protegido por mecanismos jurídicos que lhe garantisse direitos sociais. Com base nos avanços obtidos após as reivindicações da Revolução Francesa, a nossa Constituição Federal colocou o primado do trabalho como a base da ordem social, no artigo 193. Para compensar essa visão do passado, foi editado o artigo 203 do mesmo Diploma.

O artigo 6º menciona a previdência e a assistência aos desamparados: qual é a origem da previdência? Era um benefício do trabalhador para quando ele se aposentava, se acidentava no trabalho e etc. A previdência social (INSS) demandava que a pessoa fosse trabalhadora, já que ela só poderia se inscrever no INSS se tivesse contrato de trabalho. Com a globalização e a revolução tecnológica, houve a substituição da mão de obra por máquinas, e muitos trabalhadores ficaram desempregados. Este contexto fez com que se tornasse necessário ampliar os serviços de assistência. A prestação do Estado não poderia mais estar presa ao trabalho, porque já não havia mais trabalho suficiente para todos.

Importante destacar, portanto, que a base dos direitos sociais, tanto para o Poder Legislativo ao listá-los, como para o Poder Executivo ao realizar as políticas públicas e para o Poder Judiciário ao apreciar demandas pela efetividade de tais direitos, é o princípio da

dignidade da pessoa humana. Isto serve como premissa para a possibilidade do controle judicial de políticas públicas – como pode-se observar na fundamentação do Rel. Min. Humberto Martins no REsp 1.041.197/MS - e para a probabilidade, nos casos concretos, de acolhimento de pedidos relacionados de forma menos tradicional ao direito social em questão, como se observa na Apelação Cível: AC 70050250406 RS.

D. Justiciabilidade dos Direitos Sociais

Após pesquisar sobre os direitos materiais tornou-se necessário avaliar quais seriam os meios eficientes para assegurá-los, portanto foi essencial a leitura diversos textos sobre a possibilidade de o Poder Judiciário torná-los efetivos em caso de descumprimento por parte do Poder Executivo. A maior parte da doutrina é a favor da justiciabilidade dos direitos sociais, que, assim como os direitos econômicos e culturais, foram objeto de um pacto internacional – PIDESC – realizado pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Apesar disso, há críticas significativas em relação a esta opinião como será exposto a seguir.

Primeiramente, é necessário tomar como premissa que não é apenas um fator que faz com que a sociedade – representada por indivíduos, singularmente, ou por entidades – recorra aos tribunais pleiteando a realização dos direitos sociais que foram violados, mas sim diversas razões em conjunto. De acordo com Malcolm Langford [23], a primeira razão é a configuração do sistema jurídico, ou seja, a disponibilidade dos tribunais e suas regras processuais. Logo, se houver falta de assistência jurídica, regras processuais complexas e inflexíveis ou até mesmo a corrupção do sistema judiciário, torna-se difícil utilizar o meio processual para tornar os DESC efetivos.

A segunda razão é a orientação do juiz que está a julgar o caso. É possível que o juiz adote uma entre três posições: ele pode interpretar os DESC a partir de um foco teleológico, podem ser mais conservadores ou podem simplesmente desconhecer a existência de parâmetros e jurisprudência sobre o tema. A terceira e última razão estaria relacionada ao “grau de efetividade” dos direitos sociais e econômicos, ou seja, os direitos que são descumpridos sistematicamente possuem mais chances de êxito.

A crítica que possuía maior peso em relação à judicialização dos DESC se baseava no fato de eles não serem “direitos legais”. No entanto, com a inclusão dos DESC nas constituições e no direito internacional, começaram a surgir outros argumentos contrários à apreciação de tais direitos pelo Poder Judiciário, como enuncia Malcolm Langford: violaria o princípio da separação dos poderes [24] e os juízes não possuem capacidade para esta tarefa porque carecem de conhecimentos específicos necessários.

No próprio texto, Langford aponta argumentos contrários a tais objeções, afirmando que é função do Poder Judiciário demandar prestação de contas dos outros poderes, que os DESC devem ser protegidos na qualidade de direitos fundamentais, e que a revisão judicial dos direitos sociais complementa a democracia. Acrescenta, ainda, que todas as áreas do direito pressupõem certo nível de conhecimentos específicos e que os juízes podem utilizar peritos e petições de *amicus curiae* para evitar o problema da falta de informação.

A corrente constitucionalista liberal formulou um argumento segundo o qual os direitos sociais não seriam direitos fundamentais, portanto a judicialização dos direitos sociais seria ilegítima. Conforme já foi afirmado acima, a maior parte da doutrina compartilha entendimento no sentido de que os direitos sociais são direitos fundamentais. De acordo com alguns autores, os direitos sociais seriam condições da liberdade – se os indivíduos não tiverem oportunidades educacionais, por exemplo, seria impossível que o direito à escolha da profissão fosse concretizado – e, por esta razão, ao concretizar direitos sociais, o Poder Judiciário estaria promovendo a liberdade individual.

Outra crítica comum seria o fato de os juízes não poderem concretizar os direitos sociais porque não passaram pelo crivo do voto popular. Acontece que o Judiciário, ao exigir a implementação dos direitos sociais fundamentais, pode garantir as condições para que a deliberação pública se instaure adequadamente, capacitando os cidadãos a participarem efetivamente.

Há ainda outras críticas tais como a possibilidade de o Poder Judiciário transpor a esfera da imparcialidade política, o possível desincentivo às ações coletivas, a escassez de recursos públicos que impossibilitaria o cumprimento das decisões judiciais sobre direitos sociais e a sobrecarga da Administração Pública que teria que atender diversas demandas individuais provenientes de decisões do Poder Judiciário [25].

Para cada uma das críticas acima apontadas há um contra-argumento, respectivamente: os direitos sociais são condições que possibilitam a democracia, a garantia dos direitos sociais fomenta a atuação cidadã, utilização dos recursos públicos da forma mais eficiente possível e priorização das ações coletivas.

Um grande problema que tem surgido em nosso sistema jurídico é a incoerência da jurisprudência. Os Tribunais tendem a intervir em casos de acordo com elementos como a gravidade dos efeitos da violação de direitos, a precisão da obrigação estatal, a participação do governo na violação e a capacidade do governo de cumprir a ordem judicial. Acontece que, para que não haja discriminação, a garantia dos DESC deveria estar sempre acompanhada do direito à igualdade – no sentido de isonomia material –, por isso a relevância das ações coletivas ou ações que possuam efeito de caráter geral para a garantia de tais direitos.

Como já destacado várias vezes, os recursos financeiros públicos são escassos, portanto é inviável que se defira os pedidos de todos os titulares hipossuficientes que demandam alguma prestação relacionada a direitos sociais violados. Neste sentido, questiona-se se o Poder Judiciário tem, no momento de tomar sua decisão, plena consciência das consequências que ocorrerão para o erário.

Raramente o julgador faz uma análise geral do orçamento público antes de acolher ou rejeitar um pedido de efetivação de direito social, portanto é improvável que a condenação da Administração Pública em diversas demandas envolvendo a efetivação de direitos sociais prestacionais seja capaz de sanar o problema da atuação deficitária. É por isso que a propositura de demandas coletivas e abstratas é a opção preferida pela maior parte da doutrina.

Além de minimizar este problema, a opção por demandas coletivas também reduziria a possibilidade de tratamento desigual de situações que apresentam os mesmos contornos jurídicos, e isso geraria maior igualdade, ampliando a efetividade das disposições constitucionais.

Uma das mais sólidas objeções à justiciabilidade dos DESC é que os tribunais não conseguem dar efetividade as suas próprias decisões. A mobilização social, a organização de comunidades e a pressão da mídia são fatores indispensáveis para assegurar que haja recursos financeiros, humanos e técnicos para a aplicação das ordens e dos acordos alcançados na via judicial.

Entendendo que a via processual é a mais eficiente para concretizar os direitos sociais estabelecidos pelo Poder Constituinte, é necessário estabelecer certos parâmetros para a atuação do Poder Judiciário neste âmbito. Primeiramente, é necessário que o juiz guie-se pelo “mínimo existencial”, garantindo a igualdade de oportunidades e preservando a dignidade do titular do direito que tem que ser, obrigatoriamente, hipossuficiente – ou seja, eles não podem arcar com os seus custos com recursos próprios sem tornar inviável a garantia de outras necessidades básicas.

Além disso, é preciso observar que se a prestação requerida não for passível de universalização entre os hipossuficientes, ela não será judicialmente exigível, sob pena de ser violado o princípio da igualdade. Ademais, os direitos sociais devem ser vistos como uma unidade, então o objetivo principal de sua concretização é garantir condições dignas de vida e não necessariamente a observância específica de um direito social.

Destaca-se ainda que deve haver prioridade para a opção técnica da Administração, significando que a solução apresentada pela Administração Pública através de uma política pública – já institucionalizada antes do ajuizamento da ação que pleiteia a concretização do direito social – tem que prevalecer perante a proposta do demandante.

Se, no entanto, a Administração Pública não realizou nenhuma política voltada para aquele direito em especial, ao avaliar o caso, cabe ao Judiciário – por conta da escassez dos recursos públicos – adotar a solução mais econômica dentre as eficazes, ou seja, a que demande menos gastos.

No momento de tomar a decisão, o Judiciário deve levar em conta os investimentos da Administração Pública em políticas sociais. Quanto mais a última investe nestas políticas, menos incisivo deve ser o controle jurisdicional e vice-versa.

Outro aspecto de extrema relevância no campo da justiciabilidade dos direitos sociais é a preferência que deve ser dada para as ações coletivas. Diversos autores tratam do tema, trazendo inúmeras justificativas para que haja tal prevalência. Em primeiro lugar, destaca-se o fato de que as decisões proferidas no âmbito das ações coletivas garantem a universalização da prestação: todos que se encontrem nas mesmas condições que os diretamente envolvidos no processo serão atendidos.

Em segundo lugar, haverá menor sobrecarga da Administração Pública. Em terceiro, há possibilidade de discutir com maior cuidado os aspectos técnicos envolvidos, já que antes do ajuizamento da ação civil pública o Ministério Público pode instaurar o inquérito civil. Em quarto, a priorização de ações coletivas garante o acesso à justiça a quem não tem “acesso qualificado”.

Portanto, excepcionalmente haverá legitimidade para propor ação individual quando o pedido se tratar de direito social. Parte da doutrina entende que apenas nas hipóteses de dano irreversível e de inobservância de direitos conferidos pelo legislador e pelo administrador – em lei ou programa já instituído – será cabível a ação individual.

Para Roberta Corrêa de Araujo Monteiro, já citada neste trabalho, não basta que a Constituição contemple os direitos fundamentais sociais. Há necessidade que o Estado confira aos cidadãos os instrumentos processuais adequados para a proteção e efetividade destes direitos. O controle judicial da atuação estatal quanto à implementação, execução e eficácia das políticas públicas é legítimo porque são estas que garantem a concretude dos direitos sociais, dando-lhes efetividade.

Assim como diversos autores – com os quais concordo –, esta juíza entende que o meio mais eficiente para exigir a concretização de direitos sociais seria a Ação de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPF). A questão que se coloca para avaliar tal possibilidade é se os direitos sociais se incluem no conceito de “preceito fundamental”. Para parte da doutrina, “preceito fundamental” seria o conjunto dos princípios constitucionais. No entanto, como foi observado em diversas decisões judiciais, inclusive e principalmente do STF, caberia a este Tribunal construir o conceito de preceito fundamental.

Visto que os direitos sociais compõem um dos pilares de sustentação do princípio da dignidade da pessoa humana, como exaustivamente exposto durante o presente relatório, pode-se concluir que a violação de direitos sociais implica em violação de preceito fundamental, cabendo, portanto, impugnação através de ADPF.

Além do descumprimento de um preceito fundamental, a ADPF tem como requisito a inexistência de outro meio idôneo para reparar a lesividade (art. 4º, lei 9.882/99).

Estabelece-se, portanto, a regra da subsidiariedade. A doutrina e a própria jurisprudência do STF têm oscilado na compreensão deste dispositivo, gerando manifestações antagônicas.

A primeira posição em relação a esse tema, desenvolvida em sede doutrinária, rejeita o caráter residual que a lei pretendeu reservar para a ADPF. O argumento central é o de que o art. 102, § 1º, CF, somente autorizou a lei a dar forma, ou seja, a disciplinar o processo da arguição, e não a restringir o seu conteúdo. Nesta linha, sustenta-se a autonomia da ADPF em relação às ações objetivas e subjetivas existentes no sistema, sendo ela cabível sempre que se verificar violação de preceito constitucional de natureza fundamental por ato do Poder Público.

A segunda posição em relação à regra da subsidiariedade tende para o extremo oposto da primeira e é fundada na dicção expressa do art. 4º da lei, sustentando a inadmissibilidade da ADPF sempre que cabível outro processo objetivo. Essa linha, que tem igualmente suporte na doutrina e em precedentes do STF, rejeita a arguição sempre que seja possível enfrentar o ato por via de mandado de segurança, ação popular, reclamação ou recursos ordinários e extraordinários, pelo menos antes que eles sejam esgotados.

A questão central aqui parece estar na eficácia do “outro meio” referido na lei, isto é, no tipo de solução que ele é capaz de produzir. Considerando que a decisão na ADPF é dotada de caráter vinculante e contra todos, quando esses efeitos forem decisivos para o resultado que se deseja alcançar, dificilmente uma ação individual ou coletiva de natureza subjetiva poderá atingi-los.

É por esse fundamento que merece adesão a posição intermediária, que, tendo em vista a natureza objetiva da ADPF, o exame de sua subsidiariedade deve levar em consideração os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Isto porque, embora seja possível imaginar exceções pontuais, os efeitos da atuação judicial nas vias ordinárias, limitam-se, como regra, às partes.

Desse modo, não sendo cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade, por se tratar, por exemplo, de controle relativo a direito pré-constitucional, norma municipal em face da Constituição federal, disposição regulamentar ou lei pós-constitucional já revogada, será admissível a ADPF. Inversamente, se couber uma daquelas ações, não será possível o ajuizamento da arguição.

Para a autora do texto, no entanto, se a ADPF foi instituída objetivando a proteção específica dos preceitos fundamentais constitucionais, seria razoável supor que as demais ações de controle de constitucionalidade se revestissem de caráter subsidiário em relação à proteção dos preceitos fundamentais, visto que não os tem por objeto específico e singular.

Foi abordado no tópico “Direitos Fundamentais”, o entendimento adotado pelo ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal Min. Celso de Mello na ADPF 45 em 29 de Abril e 2004. Neste decisão, o eminente relator declarou a necessidade de preservação do “mínimo existencial”, reconhecendo a viabilidade instrumental da ADPF no processo de concretização das liberdades positivas. Destacou, ainda, que o STF não poderia se eximir da função de tornar efetivos os DESC, sob pena de comprometer a integridade da ordem constitucional. Nas palavras dele, na ADPF 45:

“Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, AA dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional (...).”

Ressaltou que o desrespeito à Constituição – no caso, aos seus preceitos fundamentais – poderia ocorrer através de ações ou inércias governamentais, não sendo possível, portanto, que a liberdade de conformação do legislador e de atuação do Poder Executivo, sejam

absolutas. Logo, quando os órgãos estatais competentes descumprirem os encargos que sobre eles incidem, seja através de uma ação ou omissão, comprometendo a integridade de direitos individuais e/ou coletivos, justificar-se-á a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário.

Justificada, nestes termos, a intervenção judiciária, questiona-se porque a ADPF seria o meio adequado a ser adotado para a concretização dos direitos fundamentais sociais. A questão é que há peculiaridades nesta ação que lhe dão esta qualidade. Em primeiro lugar, ela possui como objeto específico as previsões constitucionais a serem protegidas, quais sejam, os preceitos fundamentais.

Em segundo, a decisão proferida em tais ações possui efeito erga omnes e vinculante, conforme disposto no §3º do art. 10 da Lei 9.882/99. Tendo alcance geral, tal decisão expande-se ao âmbito de todos os cidadãos que estejam ou venham a estar em situação similar. Pode-se dizer, portanto, que a decisão repercute em uma esfera coletiva da sociedade. Sendo vinculante, a decisão obriga todos os órgãos estatais, na medida de suas atribuições, a adotar as providências necessárias para evitar violações dos preceitos fundamentais objeto da ação.

Em terceiro lugar, a ADPF assegura a supremacia da Constituição em face de atos do poder público, se revelando, por isso, um meio eficaz de controle da atuação da Administração Pública na concretização dos direitos sociais através de políticas públicas. Além disso, diferentemente das demais ações que visam garantir a supremacia da Constituição, a ADPF não exige que haja inconstitucionalidade na ação ou omissão do agente público. Ainda que não haja inconstitucionalidade no ato praticado.

Se houver descumprimento de preceito fundamental da Constituição, poderá haver impugnação por via de ADPF, dando concretude aos direitos sociais na vida dos cidadãos brasileiros. Logo, há adequação, eficácia e eficiência deste meio processual para a concretização dos direitos fundamentais sociais.

Conclusões

Em primeiro lugar, é essencial destacar que apesar da doutrina explicar o surgimento dos direitos através da separação entre gerações, aderi a tese da indivisibilidade dos direitos, segundo a qual os direitos civis, econômicos e sociais são interdependentes. A garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais – e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são.

Em segundo lugar, após toda a análise realizada, concluí que por serem direitos fundamentais e, portanto, direitos subjetivos públicos, os direitos sociais, se violados – ou sofrendo ameaça de violação – podem ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário, contanto que observados os requisitos expostos durante o relatório, tal como o princípio da reserva do possível – já que os recursos financeiros do Poder Público não podem atender todas as demandas -, a prioridade das ações coletivas – ou ações cujas decisões tenham caráter geral, como a ADPF – e que os titulares sejam hipossuficientes.

Em terceiro lugar, frisa-se a importância do princípio da dignidade da pessoa humana e, decorrente dele, do mínimo existencial, no momento de o Poder Legislativo elaborar as leis que regulam os direitos sociais constitucionalmente previstos, do Poder Executivo realizar as políticas públicas que tornariam efetivos tais direitos e do Poder Judiciário no momento de tomar decisões sobre pedidos que envolvam tais direitos.

Referências

[1] Miguel Reale. *Lições preliminares de direito*, cit. P. 135.

[2] Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, 1979. P. 29 e 30.

- [3] BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio: Renovar, 1993. P. 78.
- [4] ROSS, Alf. *Lógica de las normas*. Madrid: Tecnos, 1971.
- [5] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- [6] MONTEIRO, Roberta Corrêa de Araujo. *Direitos Fundamentais Sociais: o desafio da Efetividade e a Instrumentalidade da ADPF*. Curitiba: Juruá, 2013.
- [7] MELLO, Celso de (Ministro). ADPF 45-9. Informativo STF. Distrito Federal. N. 345.2004.
- [8] SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*.
- [9] COELHO, Julio. *O regime dos direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa: o problema dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC)*.
- [10] CANOTILHO, J.J. Gomes. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos Fundamentais Sociais*. Editora Saraiva.
- [11] MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica*. Editora Fórum, 2011.
- [12] BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. Ed. Ver. Autal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 268.
- [13] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros Editores: 2011. 35ª edição. P. 191.
- [14] Pierre Kayser, *La protection de La vie privée: protection du secret de la vie privée*, p. 49. Carlos Francisco Sica Diniz, “Privacidade”, in *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 61/170.
- [15] J. Matos Pereira, *Direito de Informação*, p. 15.
- [16] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 598.360.402 – São Luiz Gonzaga, julgado em 6 de outubro de 1998, Rel. Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos, trecho extraído da ementa oficial.
- [17] TEPEDINO, Gustavo. SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no Direito Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, Nº 6 - Junho de 2005. P. 7.
- [18] Ferraz Junior, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito : técnica, decisão, dominação / Tercio. Sampaio Ferraz Junior*. 4. ed. São Paulo : Atlas, 2003.
- [19] Duguit, Léon. *Les transformations générales du Droit Privé*.

[20] ESTRADA, A.J. *La teoría de los derechos públicos subjetivos en la obra de Georg Jellinek*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1997.

[21] BARROSO, L.R. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

[22] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*. Revista de Direito Público. São Paulo. N. 57/58. P. 255. 1981.

[23] LANGFORD, Malcolm. *Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise sócio-jurídica*. Sur, Rev. int. direitos human. vol.6 no.11 São Paulo Dec. 2009

[24] IRLANDA, Sinnot. *Justice Hardiman*, para. 375-377, 2001

[25] SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros*. Escola de Políticas de Estado. Curso de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.