



Ingo Sarlet
Juiz e professor

fundamentais sociais na Constituição (parte I)

Que na Constituição Federal de 1988 os direitos sociais foram positivados

na condição de direitos fundamentais não costuma (mais) ser objeto de maior refutação, o que não significa, de outra parte, que não haja quem questione tal condição (ao menos para parte dos direitos sociais) ou que com isso se possa de plano ter consenso a respeito do regime jurídico correspondente à condição de direitos fundamentais. Em especial, se questiona se aos direitos sociais ou a parte deles se aplica o mesmo regime jurídico (ou com a mesma força) dos direitos civis e políticos, convencionalmente conhecidos também como direitos individuais.

A discussão é particularmente relevante, ainda mais entre nós, pelo fato de que a depender do regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais (aqui com foco nos direitos sociais) diversas serão as consequências no que diz com a sua proteção e promoção, designadamente no tocante ao reconhecimento da sua condição de direitos subjetivos e, portanto, exigíveis, bem como em relação aos níveis de proteção contra restrições por parte do poder público, bem como na esfera das relações privadas, aspectos esses que em parte já foi versado no contexto dos limites materiais à reforma constitucional, que, em si, não será aqui versado, visto que objeto de colunas anteriores.

Ainda no plano preliminar, embora se saiba que o nível de efetividade (eficácia social) dos direitos fundamentais em geral não depende por si só nem do seu reconhecimento pelo direito constitucional positivo nem do nível de eficácia jurídica, mas do progresso e estabilidade econômica, justa distribuição dos recursos, entre outros fatores. Também é verdade que o regime jurídico atribuído aos direitos fundamentais (ora sociais) assume papel central, pois a negação da normatividade dos direitos sociais (ou o reconhecimento de uma normatividade fraca) também implica a impossibilidade do reconhecimento de posições subjetivas fortes ou até mesmo de qualquer posição subjetiva salvo quando especificamente prevista na legislação infraconstitucional.

Dito de outro modo: a atribuição de caráter meramente programático às normas constitucionais definidoras de direitos sociais ou mesmo sua redução a normas definidoras de fins estatais (normas-objetivo), de eficácia apenas objetiva, interfere nos níveis de exigibilidade dos direitos sociais, ao menos



na condição de direitos subjetivos dedutíveis em juízo.

Para ilustrar tal afirmação bastaria lembrar que ainda ao final dos anos 1990, boa parte dos tribunais e juízes brasileiros, inclusive o STJ, entendiam que um direito subjetivo a determinada prestação de saúde seria exigível apenas nos limites de sua previsão infraconstitucional. No caso da assistência social, a situação era a mesma, pois enquanto não editada a Lei Orgânica da Assistência Social, regulamentando o artigo 203 da CF, não se admitia o reconhecimento de um direito subjetivo a uma prestação pecuniária em casos concretos, ainda que limitados ao valor de um salário mínimo e em situações nas quais demonstrada a condição de idoso ou de uma incapacidade permanente para as ocupações habituais, somada à não-fruição de outro benefício.

É claro, por outro lado, que o problema da eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais não se revela problemático apenas na esfera dos direitos sociais, porquanto a realização dos direitos fundamentais envolve alocação de recursos e guarda relação também com os níveis de desenvolvimento econômico e humano de determinado Estado. Da mesma forma, o reconhecimento de uma normatividade forte (de um regime jurídico reforçado) por si só, como já se frisou, não assegura padrões dignos e igualitários de vida quando não existentes os recursos necessários ou mesmo quando inexistentes políticas públicas adequadas ou as decisões judiciais encontram resistência quanto ao seu cumprimento.

Além disso, especialmente o caso brasileiro (como também o colombiano para apontar o exemplo hoje mais significativo) revela que não apenas o regime jurídico mais ou menos reforçado dos direitos fundamentais pode ser objeto de construção judiciária, não só, mas em particular pela jurisdição constitucional, como também a exigibilidade dos direitos sociais como direitos subjetivos a prestações encontra-se, por assim dizer, “nas mãos do Poder Judiciário”.

Cuida-se, de outra parte, não apenas de uma questão de postura mais ou menos ativa e mesmo proativa dos órgãos jurisdicionais, mas também de uma questão organizacional e processual, pois diretamente vinculada ao papel atribuído ao Poder Judiciário, à sua independência, à força de suas decisões e aos mecanismos processuais de efetivação dos direitos, bem como ao número e força dos indivíduos e entes legitimados a provocar o Judiciário. Por isso, direitos supostamente fortes assegurados por “cortes fracas” (usando aqui a imagem de Mark Tushnet) e ainda assim não engajadas no mister de tornar efetivos os direitos sociais em face das ações ou omissões dos demais atores estatais, não poderão encontrar – ao menos não pela via judicial – níveis significativos de efetividade.

Com isso, cabe frisar, não se está (ainda) em posição favorável ou contrária ao reconhecimento pelo Poder Judiciário de direitos subjetivos a prestações e de um controle de constitucionalidade de políticas públicas com base em direitos sociais, mas apenas destacando que o papel conferido ao Poder Judiciário e/ou por ele assumido nessa seara é em grande medida determinante de certo modelo de reconhecimento da eficácia e efetividade dos direitos sociais.

Nesse contexto, sabe-se que a despeito de algumas mitigações, o Poder Judiciário brasileiro, inclusive na esfera dos tribunais superiores (STJ, TST e STF) tem-se desenvolvido uma jurisprudência que gradualmente reforçou o regime jurídico dos direitos sociais inclusive como direitos subjetivos, o que, por outro lado, não deixou de ser objeto de importantes e frequentes críticas, e, poder-se-á afirmar,



também de crescente resistência, não apenas no seio da academia, mas também na esfera da política.

Além disso, cabe sublinhar que também e em especial na seara dos direitos sociais, não apenas a distinção quanto ao seu modo de positivação e regime jurídico constitucionalmente assegurado, as diferenças (como se viu na coluna anterior) são significativas, mas também a posição e atuação do poder judiciário é muito diferenciada, sendo possível afirmar que o caminho brasileiro Pós-88, salvo algumas outras experiências mais isoladas, de longe não corresponde à opção dominante no direito comparado, aliás, muito antes pelo contrário.

Também aqui não se está a sugerir que o nosso modelo é por tal razão equivocado, mas apenas se busca situá-lo num contexto mais ampliado. Mas também não se está, desde logo, a fechar questão sobre a desnecessidade de maior reflexão e mesmo de correções, buscando afastar ou pelo menos mitigar aspectos que cada vez mais se revelam problemáticos, por diversas razões, e que aqui por ora não iremos tematizar, mas que pretendemos focar ao longo das colunas dedicadas ao tema.

Ademais disso, calha lembrar que a via judicial representa apenas uma dimensão do problema da efetividade dos direitos sociais, até mesmo pelo fato de que em primeira linha tal tarefa é e deve ser reservada ao legislador e executivo, envolvendo uma miríade de aspectos, tais como a efetividade do processo administrativo, a assim chamada boa governança, a formatação adequada de políticas públicas, problemas de financiamento, entre outros tantos.

Importante para nosso propósito aqui é destacar que já no plano da determinação do regime jurídico dos direitos sociais, que, por sua vez, diz respeito à sua própria condição de direitos fundamentais, é possível testar o papel assumido pelo Poder Judiciário, inclusive no tocante ao problema de uma maior deferência ou maior intervenção na esfera de atuação dos demais atores estatais.

Dito isso e já avançando quanto ao regime juridicamente propriamente dito, verifica-se que a CF não definiu com a desejável clareza mesmo os principais elementos do regime jurídico dos direitos fundamentais.

Com efeito, se isso já se dá no plano dos limites à reforma constitucional, como tivemos ocasião de discutir em colunas anteriores, também na seara da aplicabilidade e eficácia das normas de direitos sociais (incluindo o problema dos limites e restrições) a controvérsia segue significativa e poderá sofrer importante reformulação a depender apenas da composição e posição dos ministros do STF. O mesmo se poderá verificar em sede do reconhecimento, ou não, de direitos sociais dispersos no texto constitucional ou mesmo direitos sociais implícitos, assim como no que diz com a força jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos nessa seara.

Tendo em conta a maior complexidade e necessidade de maior desenvolvimento, até mesmo por se tratar de longe do ponto mais polêmico, o problema da eficácia e efetividade das normas de direitos sociais será versado nas colunas subsequentes.

Aqui, para firmar posição, iremos apenas recordar que tanto a doutrina quanto o STF em princípio admitem a existência de direitos sociais dispersos no texto constitucional ou mesmo direitos de caráter implícito (como exemplo é o caso de referir o direito a um mínimo existencial), considerando que



também os direitos sociais estão abarcados pela assim chamada abertura material do sistema de direitos fundamentais, entre nós expressamente consagrada pelo artigo 5º, parágrafo 2º, CF.

Por outro lado, como já adiantado em colunas anteriores, também os direitos sociais consagrados em tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil vinculam os atores internos, ao menos como normas dotadas de hierarquia supralegal, ainda que estejamos longe de levar realmente a sério tais normas e as diretrizes estabelecidas pelos organismos internacionais nessa seara, o que aqui, ao menos por ora, não será desenvolvido, mas terá relevância mais adiante.

Dito isso, é o caso de agora, esgotado o espaço regulamentar, de remeter para a próxima coluna onde iniciaremos a desenvolver o problema da eficácia e efetividade das normas de direitos sociais, aspecto, aliás, central da discussão sobre o tema entre nós e em outros países, ademais do sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Date Created

05/08/2016