



Direitos Fundamentais Sociais na Contemporaneidade

Colaboradores:

Álison José Maia Melo

Ana Carolina Barbosa Pereira

Elizabeth Alice Barbosa Silva de Araujo

Eulália Emília Pinho Camurça

Fernanda Cláudia Araújo da Silva

Fernando Basto Ferraz

Homero Bezerra Ribeiro

João Felipe Bezerra Bastos

Késia Correia Oliveira

Lais Arrais Maia Fortaleza

Leopoldo Fontenele Teixeira

Liliane Sonsol Gondim

Marcelo Gonçalves Viana

Marcos Aurélio Macedo

Marcus Vinicius Parente Rebouças

Maria Lúcia Magalhães Bosi

Michelle Amorim Sancho Souza

Newton Fontenele Teixeira

Paulo Bonavides

Rodrigo Uchôa de Paula

Tainah Simões Sales

William Paiva Marques Júnior

ORGANIZADORES

Fernando Basto Ferraz
Elizabeth Alice Barbosa Silva de Araujo
William Paiva Marques Júnior

Direitos Fundamentais Sociais na Contemporaneidade



LTR[®]



EDITORA LTDA.

© Todos os direitos reservados

Rua Jaguaribe, 571
CEP 01224-001
São Paulo, SP – Brasil
Fone (11) 2167-1101
www.ltr.com.br

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: LINOTEC
Projeto de Capa: FABIO GIGLIO
Impressão: BARTIRA GRÁFICA

Agosto, 2014

Versão impressa - LTr 5013.6 - ISBN 978-85-361-3038-5
Versão digital - LTr 8125.0 - ISBN 978-85-361-3086-6

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Direitos fundamentais sociais na contemporaneidade / organizadores
Fernando Basto Ferraz, Elizabeth Alice Barbosa Silva de Araujo, William Paiva
Marques Júnior. – São Paulo : LTr, 2014.

Vários autores.

Bibliografia.

1. Direitos fundamentais - Brasil 2. Direitos humanos - Brasil 3. Direitos
sociais - Brasil I. Ferraz, Fernando Basto. II. Araujo, Elizabeth Alice Barbosa
Silva de. III. Marques Júnior, William Paiva.

14-04937

CDU-342.7(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direitos fundamentais : Direitos
sociais : Direito constitucional 342.7(81)

AGRADECIMENTOS

Nós, alunos da turma do Mestrado e do Doutorado em Direito Constitucional da Universidade Federal do Ceará, que tivemos a honra de sermos orientados pelo Prof. Dr. Fernando Ferraz no desenvolvimento dos artigos publicados nesta obra, agradecemos a este mestre de forma especial pela dedicação e apoio. Principalmente, pela motivação em acreditar que é possível tornar nosso País mais justo através do Direito e da pesquisa.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS.....	5
PREFÁCIO	13
A DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS DA UNIÃO (DRU) E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	15
Introdução.....	15
1. Contextualizando o Tema: o Reconhecimento dos Direitos Sociais.....	16
2. O Custo Inerente aos Direitos Prestacionais	17
3. Conceito e Origem da Reserva do Possível	17
4. Desvinculação das Receitas da União (DRU)	19
5. Desvinculação das Receitas da União (DRU) e a Efetivação dos Direitos Sociais.....	23
5.1. Ofensa à cláusula pétrea contida no art. 60, § 4º, IV, da CF.....	25
5.2. Da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.....	26
5.3. O desrespeito ao princípio da vedação ao retrocesso social.....	27
Conclusão.....	28
Referências Bibliográficas.....	29
INFÂNCIA ROUBADA: REFLEXÕES SOBRE A VISIBILIDADE DE UMA DAS PIORES FORMAS DE TRABALHO INFANTIL.....	31
Introdução.....	31
1. A História Social da Infância	31
2. O Marco Regulatório dos Direitos Sociais da Infância	33
3. A Projeção do Trabalho Infantil nos Meios de Comunicação	36
Conclusões	38
Referências Bibliográficas.....	39

POSSIBILIDADES DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS DOS TRABALHADORES PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	41
Introdução	41
1. Direitos Humanos Sociais.....	42
1.1. Dignidade da pessoa humana.....	42
1.2. Direitos Humanos Sociais.....	43
2. Corte Interamericana de Direitos Humanos e Direitos Sociais dos Trabalhadores	44
2.1. Instrumentos de proteção internacional aos direitos sociais dos trabalhadores	45
3. Breve relato do Caso Acevedo Jamarillo.....	46
4. Desrespeitos a Direitos Humanos Sociais no Brasil.....	48
Conclusão.....	49
Referências Bibliográficas.....	49
O CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SEU IMPACTO NAS AÇÕES AFIRMATIVAS BRASILEIRAS NO MERCADO DE TRABALHO	51
Introdução.....	51
1. O Conceito de Pessoa com Deficiência	52
1.1. Precedentes históricos	52
1.2. Conceito contemporâneo segundo a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência	52
1.3. Status jurídico do novo conceito e outras garantias constitucionais.....	54
2. A Concretização do Valor Social do Trabalho frente à Livre Iniciativa	55
2.1. As ações afirmativas para a inclusão das pessoas com deficiência no direito comparado	56
2.2. As ações afirmativas brasileiras para a inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho.....	57
3. O Impacto do Novo Conceito nas Ações Afirmativas Brasileiras.....	58
3.1. Impactos na inclusão na iniciativa privada	58
3.1.1. Aferição da capacidade do trabalhador	58
3.1.2. Risco de acidentes e doenças ocupacionais.....	59
3.1.3. Ausência de trabalhadores qualificados	60
3.2. Impactos na inclusão no setor público.....	61
Conclusão.....	62
Referências Bibliográficas.....	62
O REFLEXO DA FLEXIBILIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO	65
Introdução.....	65
1. História do Trabalho e de seu Regramento Jurídico.....	66
2. Flexibilização	68
3. O Impacto da Flexibilização no Mercado de Trabalho.....	71
4. Conclusão.....	72
Referências Bibliográficas.....	73
A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS ATRAVÉS DA PROPOSTA DE CONFISCO DE PROPRIEDADES ONDE SE CONSTATA A PRESENÇA DE ESCRAVOS: A PEC N. 438.....	75
1. Introdução	75
2. O Trabalho Escravo no Contexto Brasileiro	75

2.1. Definição e histórico	75
2.2. O trabalho escravo contemporâneo no Brasil	77
3. Os Instrumentos Normativos Constitucionais aplicáveis ao combate ao Escravismo	79
3.1. A limitação constitucional no combate ao trabalho escravo e a PEC n. 438	82
4. A Efetivação da PEC n. 438 como um Instrumento de Erradicação do Trabalho Escravo e Efetivação dos Direitos Fundamentais Trabalhistas	83
5. Referências Bibliográficas	85
 OS DIREITOS SOCIAIS COMO CATEGORIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DO IDOSO	87
1. Considerações Iniciais	87
2. Os Direitos Sociais como Categoria de Direitos Fundamentais dos Idosos	88
2.1. Os direitos sociais e a reserva do possível	91
2.2. Os direitos sociais e o mínimo existencial	93
2.3. Os direitos sociais e o princípio da subsidiariedade	94
2.4. A estrutura positiva e negativa dos direitos sociais	96
2.4.1. Direitos sociais enquanto prestações positivas	96
2.4.2. Os direitos sociais enquanto prestações negativas	98
3. A Aplicabilidade da Teoria da Força Normativa da Constituição de Konrad Hesse aos Direitos Sociais	98
4. A Aplicação da Teoria do Sentimento Constitucional de Pablo Lucas Verdú no Âmbito dos Direitos Sociais	100
Considerações Finais	102
Referências Bibliográficas	102
 DIREITO À ALIMENTAÇÃO: CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA, POSITIVAÇÃO, POLÍTICAS PÚBLICAS E ABORDAGEM INTERNACIONAL	105
1. Dignidade da Pessoa Humana: Valor-fonte dos Ordenamentos Jurídicos Modernos	105
2. Conceito e Natureza Jurídica do Direito à Alimentação	107
3. Políticas Públicas Relacionadas ao direito à Alimentação	109
4. Direito à alimentação no Plano Internacional	109
Referências Bibliográficas	113
 O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSIBILIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO ÂMBITO DOS TRANSPORTES, O PASSE LIVRE E A QUESTÃO ECONÔMICO-TARIFÁRIA	115
1. Introdução	115
2. Fundamento Constitucional	116
3. Legislação Federal	117
4. Legislação do Estado do Ceará	120
5. Transporte Aéreo e Gratuidade: Decisão Judicial	121
6. A Questão Econômico-tarifária	122
7. Conclusão	123
Referências Bibliográficas	124
 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR E O ACIDENTE DO TRABALHO: UMA DISCUSSÃO FACE À PROTEÇÃO DO ACIDENTADO	127
Introdução	127

1.	Aspectos Gerais sobre Responsabilidade Civil	128
1.1.	Definições doutrinárias importantes na reponsabilidade	128
1.2.	Requisitos identificadores da responsabilização civil.....	130
1.2.1.	Conduta do Agente: ação/omissão	130
1.2.2.	Culpa ou Dolo do Agente.....	130
1.2.3.	Dano: material e moral.....	131
1.2.4.	Nexo de causalidade.....	133
1.3.	Responsabilidade contratual e extracontratual	133
1.4.	Responsabilidade subjetiva x objetiva.....	134
2.	O Acidente de Trabalho Face à Responsabilidade Civil	135
2.1.	Aspectos evolutivos constitucionais protetivos ao acidente de trabalho.....	137
2.2.	Perspectivas legais protetivas ao acidente de trabalho	138
2.3.	Espécies de acidentes de trabalho	139
2.3.1.	Acidente-tipo	139
2.3.2.	Doenças ocupacionais	139
2.3.3.	Acidentes por equiparação	140
3.	Princípios Indenizatórios: Proteção do Empregado e a Dignidade da Pessoa Humana – Perspectivas na Aplicação ao Dano nos Acidentes de Trabalho.....	142
3.1.	Discussão acerca da responsabilidade no acidente de trabalho: objetiva ou subjetiva? ...	143
	Considerações Finais.....	145
	Referências Bibliográficas.....	145
DIREITO À ALIMENTAÇÃO E SEGURANÇA ALIMENTAR/NUTRICIONAL: INTERFACES SOCIOPOLÍTICAS.....		147
	Introdução	147
1.	Configuração do Estado Democrático como Imperativo dos Direitos Humanos Sociais.....	148
2.	(In)segurança Alimentar e Nutricional e a Força do Mercado.....	151
3.	Reserva Financeira do Possível em Matéria do Direito Social à Alimentação	153
4.	Princípio da Proibição do Retrocesso Social aplicado à Tutela do Direito à Alimentação.....	156
5.	Considerações Finais.....	157
	Referências Bibliográficas.....	158
BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O FENÔMENO DA “JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE” NO BRASIL		161
	Notas Introdutórias	161
1.	O Constitucionalismo Democrático-social da Constituição	161
2.	A Constitucionalização do Direito Fundamental à Saúde.....	162
3.	Da Crise do Sistema Único à Judicialização do Direito à Saúde.....	163
4.	A Mudança Radical da Jurisprudência em Matéria Sanitária	164
5.	Tendências Atuais do Constitucionalismo	165
5.1.	Reconhecimento da “força normativa da Constituição” com expansão da jurisdição constitucional.....	165
5.2.	A abertura material da Constituição	166
5.3.	A normatividade dos princípios constitucionais.....	167
5.4.	A consagração dos direitos fundamentais como parâmetros de legitimação formal e material da ordem jurídica e do comportamento estatal.....	167
5.5.	O desenvolvimento da hermenêutica constitucional	168

6. A Concretização Judicial do Direito à Saúde no Brasil sob o Paradigma Neoconstitucionalista	169
7. Alguns Condicionamentos ao Exercício de Concretização Judicial do Direito à Saúde	169
8. A Relevância da Definição de Parâmetros de Concretização Judicial.....	172
Notas Conclusivas.....	172
Referências Bibliográficas.....	173
LIMITES À EFETIVAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE.....	175
1. Introdução	175
2. Previsão Constitucional do Direito à Saúde	175
3. Da Separação de Poderes e a Nova Hermenêutica Constitucional.....	177
4. Critérios para Aferição da Legitimidade do Controle Judicial das Políticas Públicas	177
4.1. Da formação do orçamento público	178
4.2. Do controle judicial das políticas públicas.....	179
4.3. Aspectos processuais da implementação judicial do direito à saúde	181
5. Conclusão.....	184
Referências Bibliográficas.....	184
O ESTADO SOCIAL E SUA EVOLUÇÃO RUMO À DEMOCRACIA PARTICIPATIVA	187
A CONSTRUÇÃO DO DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO DAS MINORIAS ÉTNICO-RACIAIS NOS PAÍSES DA UNASUL — CASOS: BRASIL E BOLÍVIA.....	201
Introdução.....	201
1. Políticas de Inclusão.....	202
2. Subordinação e Exclusão Social na América Latina	202
3. A Eficácia do Direito Social à Educação nos Países da Unasul — Casos: Brasil e Bolívia.....	204
4. O Desenvolvimento dos Direitos Sociais nos Países da Unasul	208
5. A Eficácia do Direito Social à Educação	214
6. Considerações Finais.....	215
Referências Bibliográficas.....	215
O DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA. SUA EVOLUÇÃO E CARACTERIZAÇÃO COMO DIREITO SOCIAL	217
Apresentação	217
1. Origens dos Direitos Sociais. O Estado Social de Direito.....	218
1.1. Características dos direitos sociais	219
1.2. Os direitos previdenciários como espécies de direitos sociais. A evolução do direito previdenciário no Brasil e no mundo	220
3. As Reformas da Previdência na CF/88. Regimes de Previdência na CF/88.....	222
Conclusões	224
Referências Bibliográficas.....	224
OS DIREITOS SOCIAIS E AS ATRIBUIÇÕES DO ESTADO SOCIAL NA ATUALIDADE	225
1. Introdução	225
2. Os Direitos Sociais.....	226
2.1. Conceito	226
2.2. Notas sobre o surgimento dos direitos sociais em caráter mundial e nacional	228

3. As Atribuições do Estado Social.....	231
3.1. A solidariedade como objetivo fundamental.....	233
Referências Bibliográficas.....	235
DESAFIOS NA EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE ANTE O RECONHECIMENTO DA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO	
Introdução.....	237
1. A Evolução Histórica e as Dimensões dos Direitos Fundamentais	238
1.1. Direitos fundamentais de primeira dimensão (direitos de liberdade/individuais)	238
1.2. Direitos fundamentais de segunda dimensão (direitos sociais)	239
1.3. Direitos fundamentais de terceira dimensão (direitos de solidariedade/fraternidade).....	240
1.4. Direitos fundamentais de quarta dimensão (direito à democracia participativa)	242
1.5. Direitos fundamentais de quinta dimensão (direito à paz)	243
2. Contributo dos Direitos Fundamentais Sociais para o Reconhecimento da Valorização Social do Trabalho	243
3. Aspectos Jurídicos da Proteção à Maternidade e os Reflexos Hermenêuticos	248
4. Considerações Finais.....	254
5. Referências bibliográficas.....	255

PREFÁCIO

O século XXI trouxe consigo novas demandas. O que se espera do Estado? O que dele pode ser exigido? Esta obra coletiva, fruto dos exitosos debates havidos em sala de aula na disciplina de “Direitos Sociais na perspectiva dos Direitos Fundamentais” sob a regência do Prof. Dr. Fernando Basto Ferraz, no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (Mestrado e Doutorado), tem o objetivo de trazer da academia para a sociedade os estudos sobre a efetivação dos direitos sociais na contemporaneidade e a consequente atuação do Estado neste desiderato.

Desta forma, grandes foram as linhas de pesquisa e discussão empreendidas: educação, saúde, trabalho, alimentação, proteção à maternidade, direitos das minorias... Tudo isso considerando que a atuação do Estado e seu grau de exigência junto à iniciativa privada no cumprimento de sua função social repercutem na competitividade de cada país no cenário internacional, levando a novos arranjos entre as nações. Emerge o Judiciário como que em um campo de batalha: a um só tempo obriga-se a decidir pela concretização de direitos já constitucionalmente assegurados, enquanto, por outro lado, será compelido a conter excessos, oriundos tanto da escassez de recursos de cada País quanto da sordidez humana.

Construir uma sociedade livre, justa e solidária passa visceralmente pela efetivação dos direitos sociais. É impossível ser livre quando não se tem acesso à educação de qualidade que permita o espírito crítico e a formação de critérios de escolha tão afetos à democracia. Também não será justa uma sociedade cuja Constituição garante o direito à saúde e exige pesados tributos em nome deste, mas ao mesmo tempo obriga seus cidadãos a pagar por este benefício também na iniciativa privada para receber tratamento de qualidade.

A novidade no enfoque da obra se dá pela imersão no contexto contemporâneo de inovação tecnológica, globalização, rapidez de informações e fluidez de conceitos. Desta forma, a postura dos articulistas foi no sentido de uma pesquisa que não se limitasse a constatar a existência dos direitos sociais ou a necessidade de sua exigência por parte dos cidadãos, mas também entender os mecanismos utilizados pelo Estado na efetivação destes direitos, analisando sua eficácia e custos sociais.

A academia permitiu a este grupo de autores enfrentar o grande desafio da realidade brasileira no contexto da contemporaneidade: garantir que os direitos fundamentais sociais previstos nos artigos 6º e 7º da Constituição Federal de 1988 sejam efetivamente cumpridos, desta vez sem a idealização que motivou a sua primeira fase de construção. Traz, assim, sua contribuição com argumentos e ideias para a comunidade jurídica no enfrentamento dos clamores oriundos das demandas sociais.

Boa leitura!

Os Organizadores.

A DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS DA UNIÃO (DRU) E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Ana Carolina Barbosa Pereira (*)
Leopoldo Fontenele Teixeira (**)

INTRODUÇÃO

O surgimento do Estado Social é um marco para a mudança de paradigmas do Estado, tendo em vista que este deixa de ter uma postura absenteeísta para se tornar intervencionista no âmbito da ordem econômico-social. Entendeu-se que, apesar de importantes, o direito de liberdade e as garantias individuais protegidos pelo Estado Liberal não eram suficientes para suprir as necessidades das camadas mais pobres da sociedade, sendo imprescindível, portanto, que o Estado também assegurasse condições materiais mínimas para a preservação da dignidade da pessoa humana, surgindo, com isso, os chamados direitos fundamentais de segunda dimensão ou direitos de natureza econômica, social e cultural.

Para a efetivação dos direitos sociais, especialmente aqueles de natureza prestacional, demanda-se a existência e disponibilidade de recursos suficientes para a sua devida implementação. Contudo, tais recursos não são ilimitados, razão pela qual foi criada a chamada reserva do possível, instituto utilizado como limite para efetivação e judicialização de tais direitos.

(*) Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professora do Centro Universitário Estácio do Ceará.

(**) Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Juiz Federal Titular na Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte.

A Constituição Federal de 1988 tem como uma de suas principais características o seu dirigismo, em consequência disto e, percebe-se uma certa rigidez orçamentária no que concerne à previsão de gastos obrigatórios relativos à efetivação de direitos fundamentais sociais.

Dentro dessa perspectiva de rigidez orçamentária, no que tange às despesas necessárias para a implementação dos direitos sociais, o Poder Executivo buscou um mecanismo jurídico capaz de propiciar uma maior flexibilidade na aplicação dos recursos financeiros do Estado, criando, assim, a chamada DRU (Desvinculação de Receitas da União). No entanto, é necessário indagar-se acerca da constitucionalidade destas desvinculações e como elas afetam os direitos sociais.

Considerando que o Brasil é um Estado Social e Democrático e que o art. 60, § 4º, IV, da CF/88, prevê que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, é preciso analisar se a desvinculação de receitas da União não representa uma fragilização dos direitos sociais.

Outro critério que também precisa ser analisado é se esta desvinculação de receitas não prejudica a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, notadamente a sua eficácia dirigente, segundo a qual o Estado tem a obrigação permanente de concreti-

zação destes direitos, inclusive, aqueles de segunda dimensão. Deve-se, também, verificar se a possibilidade de desvinculação de receitas não fere o princípio da vedação do retrocesso social.

Diante de tal contexto, no presente artigo, dividido em cinco partes, busca-se, inicialmente, apresentar o contexto em que foram reconhecidos os Direitos Sociais e, em seguida, o custo para a devida concretização destes direitos de caráter prestacional. Aborda-se, ainda, a criação e o conceito do instituto denominado de reserva do possível.

Por fim, discorre-se acerca da Desvinculação das Receitas da União, a fim de se colher subsídios teóricos necessários para o exame da constitucionalidade de tal instituto, sob a perspectiva da implementação dos direitos fundamentais sociais, o que será feito na quinta parte do texto.

Espera-se, com este texto, fomentar o debate acerca do impacto causado pela chamada DRU sobre a efetivação dos direitos fundamentais sociais e de sua constitucionalidade, contribuindo, assim, para o amadurecimento da questão em foco, certamente de grande relevo para toda a sociedade.

1. CONTEXTUALIZANDO O TEMA: O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS

Antes de tratar a respeito da origem e conceitualização de reserva do possível, cumpre fazer uma brevíssima e resumida contextualização do surgimento dos direitos sociais.

O Estado dito liberal é fruto da Revolução Francesa de 1789, que representou a vitória da classe burguesa sobre a supremacia do clero e da nobreza, então detentores do poder político. Com efeito, a classe burguesa, não mais suportando os desmandos dos monarcas absolutistas e de integrantes da Igreja, cercados de tantos privilégios e direitos – o que representava óbice ao exercício das atividades comerciais praticadas pela burguesia – que sua vontade chegava a ser identificada com a vontade do Estado, tomou-lhes o poder e implantou uma nova estrutura estatal, conhecida como Estado de Direito, inspirado nos ideais do Iluminismo e Liberalismo político-econômico.

No que diz respeito à postura do Estado diante da economia, o Estado liberal era caracterizado por uma intervenção mínima, a economia deveria ser guiada pela mão invisível do mercado, cabendo ao Estado, unicamente, as funções de garantir a se-

gurança jurídica e do território, a propriedade e a liberdade dos indivíduos.

Os graves problemas sociais surgidos em meados do século XIX revelaram que a igualdade inerente a todos os homens, tal como pressuposta pelos ideais liberais, foi, gravemente, comprometida pela exacerbada concentração de riquezas, levando à dominação do mercado por poucas empresas, minando a concorrência essencial ao bom funcionamento do sistema capitalista, bem como à exploração daqueles que não detinham os meios de produção. Em outras palavras, verificou-se que a liberdade quase absoluta apregoada pelos ideais liberais gerava profundas desigualdades na sociedade.

A liberdade, diante de uma igualdade meramente formal, isto é, sem levar em conta as diferenças, notadamente econômicas, entre os indivíduos, servia apenas para garantir que a burguesia, detentora dos meios de produção e, agora, do poder político, concentrasse cada vez mais e mais riqueza em detrimento das classes sociais menos favorecidas.

Diante de tal conjuntura, tendo em vista evidentes transformações de ordem econômica, política e ideológica, o Estado sofreu grandes mudanças, haja vista que abandonou sua posição absenteísta para assumir uma feição de Estado fortemente interventor na ordem econômico-social.

Efetivamente, com o surgimento do Estado Social, o Estado deixou de ostentar uma postura de intervenção mínima na sociedade, para se tornar um Estado que interfere diretamente na ordem econômico-social, seja por meio da edição de normas, seja por meio da prestação de diversos serviços públicos e fornecimento de bens, destinados, de uma forma geral, a atenuar as desigualdades fáticas por um bom tempo negligenciadas pelo Estado liberal burguês.

Reconheceu-se que, para o gozo mesmo dos direitos fundamentais ditos de primeira dimensão, era necessária a atuação do Estado para assegurar condições materiais imprescindíveis a uma vida digna, sob pena de se terem direitos fictícios, na medida em que assegurados formalmente na norma constitucional, mas sem efetivo reflexo no plano fático. De nada adiantava proclamar que todos são iguais perante a lei e ignorar as evidentes diferenças entre os indivíduos, notadamente as diferenças oriundas relacionadas a aspectos econômicos.

É nesse contexto de mudança de paradigma do Estado que vêm à tona os chamados direitos fundamentais de segunda dimensão ou direitos de natureza econômica, social e cultural.

No ordenamento jurídico brasileiro, não obstante a Constituição Federal de 1988 ter expressamente enquadrado os direitos sociais no título que cuida dos direitos e garantias fundamentais, forte é a controvérsia acerca da natureza jus-fundamental de tais direitos, bem como acerca da possibilidade de serem demandados perante o Poder Judiciário. Dados os limites deste trabalho, não se comentará sobre a disputa acerca da natureza fundamental dos direitos sociais. Partir-se-á, em verdade, da premissa – que se acredita correta – de que os direitos sociais são, sim, direitos fundamentais e que, nessa condição, partilham de regime jurídico especial em relação aos direitos ditos não fundamentais, notadamente da eficácia imediata outorgada pelo § 1º, do art. 5º, da CF/88.

O que se abordará aqui é em que termos se dá essa eficácia imediata quando se está a falar de direitos sociais, mas especificamente dos direitos sociais de cunho prestacional, isto é, que demandam uma obrigação de fazer ou de dar por parte do Estado, os quais necessitam de recursos públicos para serem efetivados, recursos esses nem sempre disponíveis nos cofres estatais.

2. O CUSTO INERENTE AOS DIREITOS PRESTACIONAIS

Antes de prosseguir na conceituação de reserva do possível, ainda se fazem imperiosas breves considerações a respeito do custo dos direitos, o que, à evidência, relaciona-se intimamente com tema aqui debatido.

Inegavelmente, todo o aparato necessário para a proteção e promoção de direitos fundamentais demanda recursos, tanto humanos como de natureza material. De fato, não só os direitos ditos prestacionais demandam recursos para efetivação, haja vista que, mesmo os direitos negativos, tais como o direito de propriedade, demandam recursos para sua proteção (polícia, Justiça etc.)⁽¹⁾.

Contudo, é quando se analisa os direitos prestacionais que a questão dos custos para sua efetivação aflora com maior intensidade, tendo em conta que a efetivação desses direitos demanda do Estado um dar ou um fazer em prol dos titulares desses direitos, o que, sem recursos, não é possível ser realizado⁽²⁾.

(1) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 304-305.

(2) “Assim, não há como negar que todos os direitos fundamentais podem implicar ‘um custo’, de tal sorte que essa circunstância não se limita nem aos direitos sociais na sua dimensão prestacional.

Neste sentido, a lição de José Reinaldo de Lima Lopes:

Uma tese que se pode defender é a que todos os direitos têm custos. Tanto os direitos civis, direitos de liberdade, quanto os direitos sociais, alguns deles chamados direitos de prestações positivas, têm custos. E isto é verdade, se bem seja necessário fazer alguma distinção [...]

Apesar de concordar, como não poderia deixar de fazê-lo, que a manutenção da propriedade individual implica custos para o Estado (manutenção da justiça e da segurança pública, por exemplo), creio ainda que o objeto da prestação é diferente no direito à propriedade e no direito à saúde. No primeiro, é de recursos indiretos para a manutenção de algo que pode ter sido adquirido no mercado. No segundo, a prestação é o próprio serviço, que o Estado fornece fora do mercado se for o caso [...]⁽³⁾

Pois bem, é justamente por ser inegável que a efetivação dos direitos sociais prestacionais demanda recursos financeiros e não financeiros para a sua efetivação que se criou um limite para efetivação e, por conseguinte, para a judicialização de tais direitos: a chamada reserva do possível, cuja conceituação e origem será feita no tópico a seguir.

3. CONCEITO E ORIGEM DA RESERVA DO POSSÍVEL

A invocação da chamada reserva do possível nasceu da constatação de que, apesar de as neces-

Apesar disso, seguimos convictos de que, para o efeito de se admitir a imediata aplicação pelos órgãos do Poder Judiciário, o ‘fator custo’ de todos os direitos fundamentais nunca constituiu um elemento, por si só e de modo eficiente, impeditivo da efetivação pela via jurisdicional. É exatamente neste sentido que deve ser tomada a referida ‘neutralidade’ econômico-financeira dos direitos de defesa, visto que a sua eficácia jurídica (ou seja, eficácia dos direitos fundamentais na condição de direitos negativos) e a efetividade, naquilo que depende da possibilidade de efetivação pela via jurisdicional, não tem sido colocada na dependência a sua possível relevância econômica”. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). *Direitos Fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 234-235.

(3) LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 175-177.

sidades humanas serem infinitas, os recursos necessários para satisfazê-las são finitos. Com efeito, os recursos utilizados pelo Estado para fazer frente às despesas com a efetivação dos direitos sociais são extraídos da própria sociedade, por meio, por exemplo, da tributação e, como cediço, a transferência de recursos da sociedade para o Estado, num regime capitalista, possui limites, inclusive em respeito a outros direitos fundamentais e à própria sustentação do Estado Fiscal⁽⁴⁾.

Como bem ressaltado por Gustavo Amaral e Danielle Melo:

Afirmar um “direito ilimitado” que deva ser realmente efetivo pressupõe que, na falta de meios, eles possam ser extraídos a despeito dos limites constitucionais. Estes recursos, entretanto, teriam que vir da sociedade, seja através de tributos, seja através do confisco, seja através da “priorização de pagamentos”, sacrificando direitos dos que contratam com o Estado e também dos servidores públicos⁽⁵⁾.

Conceitua-se reserva do possível como aquilo que determinado indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, considerando as limitações existentes⁽⁶⁾. Portanto, para que se possa exigir determinada prestação do Estado, não basta que este disponha de recursos disponíveis para isso, sendo importante

também que o objeto da prestação configure algo que, em determinado contexto social, seja razoável exigir do Estado. Valendo aqui também, *mutatis mutandis*, o binômio, presente na doutrina civilista sobre o dever de prestar alimentos, possibilidade do alimentante/necessidade do alimentado.

Há, segundo Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, uma dimensão tríplice da reserva do possível: a) disponibilidade fática de recursos; b) disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos, o que se relaciona, entre outras coisas, com previsão orçamentária, competências constitucionais, considerando o modelo federativo de Estado; c) proporcionalidade e razoabilidade da prestação⁽⁷⁾.

A origem do termo pode ser encontrada na decisão conhecida como *numerus clausus* das vagas em universidades, proferida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão⁽⁸⁾. Nesta decisão, o Tribunal apreciou restrições ao acesso ao ensino superior instituídas por universidades alemãs, tendo ressaltado que a efetivação do direito à educação está condicionada a limitações de ordem fática, considerando a limitação de recursos estatais, de forma que é razoável limitar o que o indivíduo pode exigir da sociedade. Ainda, segundo o Tribunal, a forma de distribuir os escassos recursos na sociedade deve ser, *a priori*, avaliada pelo legislador⁽⁹⁾.

No Brasil, a chamada cláusula da reserva do possível vem sendo lembrada e afastada em diversas decisões por parte do Supremo Tribunal Federal, ainda que, às vezes, não se faça expressa referência à expressão sob comento⁽¹⁰⁾.

(4) TIPKE, Klaus. *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2002, p. 59-60.

(5) AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 104.

(6) “Distinta (embora conexa) da disponibilidade efetiva de recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado (assim como o destinatário em geral) também deve ter a capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes. Encontramos, portanto, diante de duas facetas diversas, porém intimamente entrelaçadas, que caracterizam os direitos fundamentais sociais prestacionais. É justamente em virtude destes aspectos que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma ‘reserva do possível’, que, compreendida em sentido amplo, abrange mais do que a ausência de recursos materiais propriamente ditos indispensáveis à realização dos direitos na sua dimensão positiva”. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 29.

(7) FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 30.

(8) KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 69-70.

(9) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 306-307.

(10) A título de exemplo, leiam-se as decisões proferidas nos seguintes casos: a) sobre direito à educação infantil: RE 410715 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 RTJ VOL-00199-03 PP-01219 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300 ; b) sobre direito a medicamentos: RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409.