

**A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL INVIABILIZADORA DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS:
LIMITES E POSSIBILIDADES PARA O CONTROLE JUDICIAL**

Luciane Moessa de Souza*

RESUMO

O presente trabalho versa sobre os limites e possibilidades de um controle judicial da omissão inconstitucional que inviabilize o exercício de direitos fundamentais. Procura-se demonstrar o caráter ideológico das teorias que defendem o reduzido grau de eficácia dos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais, se comparados aos direitos civis e políticos, seja em razão da inegável interdependência entre os direitos fundamentais, seja porque o grau de relevância de cada categoria de direitos varia conforme a classe social a que pertença o indivíduo. Busca-se ainda comprovar que a teoria da reserva do possível, que se sustenta na inércia do Estado em exercer ou ampliar seu poder de tributar, não pode ser utilizada para fazer prevalecer direitos meramente patrimoniais em face de direitos autenticamente fundamentais, de modo a cercear a tutela destes últimos em juízo.

PALAVRAS-CHAVES

OMISSÃO INCONSTITUCIONAL; DIREITOS FUNDAMENTAIS; ACESSO À JUSTIÇA; RESERVA DO POSSÍVEL

ABSTRACT

This paper brings a reflection on the limits and possibilities of the judicial control of the unconstitutional omission that is an obstacle to the exercise of fundamental rights. It aims to demonstrate the ideological character of the theories that state the reduced efficacy of the economic, social and cultural rights, when compared to the civil and

* Mestre em Direito do Estado UFPR, Doutoranda em Direito UFSC. Professora da Faculdade Internacional de Curitiba (FACINTER) e Procuradora do Banco Central do Brasil

political rights, due not only the interdependence among all the basic rights, but also because the degree of relevance of each category of rights varies according to the social class of the individual. It also aims to prove that the theory of the “reserve of the possible”, based in the inertia of the State in exercising its power of charging taxes, cannot be used to make mere patrimonial rights prevail over authentic basic rights, in such a way these ones could not be guaranteed by the courts.

KEY-WORDS

UNCONSTITUTIONAL OMISSION; BASIC RIGHTS; ACCESS TO COURTS;
RESERVE OF THE POSSIBLE

I. INTRODUÇÃO

Os Estados que possuem Constituições dirigentes, analíticas, compromissórias – como é a Constituição brasileira de 1988 e como são a generalidade das Constituições ocidentais do século XX , têm se deparado, freqüentemente, com questões atinentes ao que a doutrina vem denominando de omissão inconstitucional. Tais Cartas Magnas estabelecem objetivos para o Poder Público, voltados à garantia de direitos fundamentais, de modo a concretizar a chamada “igualdade de oportunidades”, missão última do Estado Social de Direito, Estado Democrático de Direito ou, ainda, Estado Constitucional de Direito, de modo que os Estados por elas estruturados estão juridicamente obrigados a exercer seus poderes-deveres com o escopo de atingir tais objetivos.

Se dispomos, assim, de um texto constitucional que busca dirigir nossa vida econômica e social com o claro objetivo de atingir um equilíbrio que se reconhece inexistente, atribuindo aos Poderes Públicos tarefas para este fim , basicamente através da universalização de direitos que se reconhece como decorrentes da dignidade da pessoa humana , são inevitáveis os problemas atinentes à sua efetivação, já que se trata de um compromisso coletivo (mas não consensual, não unânime) pela transformação de uma realidade sócio-econômica injusta e concentradora de rendas e benefícios que tem

raízes seculares.

Para que o projeto constitucional alcance, assim, o seu grau máximo de efetividade, **é imprescindível a atuação dos três poderes** – sendo que, em primeiro lugar, deve acontecer a atuação do Poder Legislativo, ao detalhar por via da legislação a vontade constitucional; e, em seguida, deve o Poder Executivo dar cumprimento à referida legislação . Quanto ao papel do Judiciário, ainda não estão completamente delineados os limites da sua atuação na efetivação da Constituição, mas a concepção aqui defendida é a de que, em que pese este ter um **papel subsidiário** na realização das normas constitucionais, falhando qualquer dos outros dois Poderes (por ação ou por omissão), a jurisdição constitucional – no Brasil reconhecida a toda a magistratura – tem o poder-dever de atuar para fazer valer a ordem constitucional violada .

Quando o Poder Executivo não cumpre os seus deveres estatuídos em lei, há muito se admite a necessidade e conveniência da atuação do Poder Judiciário – aí entra o já tradicional controle jurisdicional da atividade administrativa, mormente quando ela se manifesta por uma ação positiva que afronte a previsão legal, mas também por omitir-se o administrador na realização dos deveres previstos em lei – sendo que já ficou consagrado que o dogma da separação dos poderes deve ceder ante à necessidade de império do Direito.

Quando, porém, é o Poder Legislativo que atua contrariamente à Constituição, muito embora hoje seja visto com bastante naturalidade o controle judicial da constitucionalidade das leis – vale dizer, da atuação positiva do legislador que contrarie a Constituição – ainda não estão pacificadas a doutrina e a jurisprudência quanto às possibilidades de realização de um **controle judicial da omissão legislativa que afronte a Constituição.**

O primeiro problema que se apresenta, portanto, diz respeito à caracterização da omissão inconstitucional. Isto porque, a princípio, toda norma constitucional admite regulamentação, ou seja, detalhamento de seu sentido, pelo legislador

infraconstitucional, a fim de facilitar a sua aplicação. Não é sempre, contudo, que esta regulamentação é exigida – seja expressa, seja implicitamente – pelo texto constitucional, pois diversas normas constitucionais, como se sabe, são dotadas de aplicabilidade imediata, o que não impede que, eventualmente, venham a ser objeto de posterior regulamentação.

Importa, pois, salientar que **a omissão do legislador consiste numa inconstitucionalidade apenas e tão somente quando a falta de regulamentação constituir um embaraço à plena aplicabilidade da norma constitucional.** Além disso, é forçoso reconhecer que o problema da não regulamentação de normas constitucionais que consagram direitos fundamentais se afigura bem mais grave do que a não regulamentação de normas constitucionais que digam respeito – ao menos diretamente – apenas à estruturação e funcionamento do Estado.

Além disso, a violação do comando constitucional pode derivar, evidentemente, de uma omissão não do Poder Legislativo, mas do Poder Executivo, que deixa de incluir no projeto de lei orçamentária os recursos necessários para implementar um direito fundamental ou deixa de realizar os gastos previstos na lei orçamentária, ou deixa de elaborar o programa necessário para concretizar determinada tarefa constitucional, não realiza o concurso para contratar servidores públicos ou não encaminha o projeto de lei para criar cargos públicos, não faz a licitação para realizar a obra ou adquirir os produtos e serviços necessários, não arrecada os tributos previstos em lei, não propõe a criação dos tributos necessários para desempenhar suas funções, enfim, deixa de utilizar suas competências, seus poderes-deveres a fim de adimplir suas missões constitucionalmente estabelecidas.

Parece impensável que ao crescimento das tarefas dos Poderes Executivo e Legislativo no Estado de Bem Estar Social não corresponda o indispensável fortalecimento do controle sobre as atividades (e omissões) de legisladores e administradores, a ser exercido, evidentemente, por aquele que está encarregado de zelar pela preservação dos valores permanentes escolhidos por cada sociedade para

figurar em sua Lei Maior: o Poder Judiciário . Assim, a implementação dos direitos fundamentais, que são ao mesmo tempo limites e fins do Estado Democrático de Direito, não se faz sem participação social, nem sem a atuação daquele que tem como sua mais relevante missão institucional assegurar a observância do texto constitucional.

II. A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DISTINÇÃO ENTRE ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS

Recentemente, vem sendo defendida a possibilidade de um **controle difuso e concreto da omissão inconstitucional**, mediante o qual o órgão julgador aplicaria diretamente ao caso trazido à sua apreciação a norma constitucional carente de regulamentação, desde que ela envolva um direito fundamental , a partir de uma análise das circunstâncias envolvidas e utilizando-se da teoria dos princípios constitucionais .

Esta possibilidade, se se afigura sem muita dificuldade no caso do aspecto negativo dos direitos fundamentais – não apenas dos clássicos, chamados por Bobbio de direitos de primeira geração , por ROBERT ALEXY de “direitos de defesa” e por JELLINEK de “direitos negativos”, pois os direitos de segunda e terceira gerações também podem ser violados por **ações** inconstitucionais –, encontra diversos obstáculos teóricos e fáticos a dificultar sua realização no caso do **aspecto positivo dos direitos fundamentais** – qualquer um deles, não apenas os assim chamados **direitos a prestações**, os direitos sociais, econômicos e culturais ou a categoria dos **direitos prestacionais em sentido estrito**, definidos por ALEXY como aqueles cuja realização se pode, mediante pagamento, obter de particulares, se houver a disponibilidade de oferta e se se dispuser dos recursos necessários para tanto (1993:482). Como bem resume ANA PAULA DE BARCELLOS, “*as ações estatais capazes de realizar os direitos fundamentais em questão envolvem, em última análise, decisões acerca do dispêndio de recursos públicos.*” (2006:10)

Abordemos com mais vagar este aspecto, já que muito do que se tem escrito a respeito passa por uma suposta distinção de regime jurídico, no que diz respeito à

eficácia ou à justiciabilidade, entre os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) e os direitos de segunda e terceira gerações, consistentes, a grosso modo, nos direitos sociais, econômicos e culturais.

Esta teoria sustenta, basicamente, que os direitos civis e políticos, por exigirem apenas uma abstenção por parte do Estado, seriam direitos sem custos e, portanto, sua sindicabilidade em juízo seria ilimitada, ao passo que os direitos sociais, econômicos e culturais seriam direitos que exigiriam sempre um dever de agir por parte do Estado, que para garanti-los, portanto, deveria dispender recursos com a organização dos serviços públicos necessários.

Existem vários equívocos nesta visão. O primeiro deles está em que o único destinatário dos direitos fundamentais seria o Estado. Como se sabe, os direitos fundamentais são universais em seu pólo ativo, isto é, quanto à sua titularidade. Não se costuma lembrar, todavia, que, embora não exista um dever universal concernente à sua proteção, garantia e promoção (deste dever, efetivamente, o único titular é o Estado), também são universais no pólo passivo, no que concerne ao dever de respeito a estes direitos, isto é, tampouco os particulares podem afrontar os direitos fundamentais uns dos outros – este, aliás, o problema fundamental da colisão entre direitos fundamentais. É o que tem sido chamado de “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, ou seja, a obrigatoriedade de respeitá-los, de não violá-los, que existe por parte de todas as pessoas físicas e jurídicas.

Pois bem. Reconhecendo-se que existe o dever de respeito a todos os direitos fundamentais também por parte dos particulares, é forçoso reconhecer a possibilidade fática de sua violação. Por conta da possibilidade real de violação de direitos fundamentais por outros particulares, o Estado tem a necessidade de montar todo um aparato voltado para a garantia do seu cumprimento. Aí entram os chamados “deveres de proteção” que o Estado possui em relação a todos os direitos fundamentais, consubstanciado na obrigatoriedade de construir todo um aparato fiscalizatório para evitar sua violação, assim como um aparato repressivo para sancioná-la. E aí se incluem

desde órgãos executivos de fiscalização (no Brasil, por exemplo, o Ministério do Trabalho, no que diz respeito aos direitos previstos no art. 7º. da Constituição Federal, e os órgãos de segurança pública, cujas atribuições incluem a proteção de diversos direitos fundamentais, como a vida, a honra, a integridade física, etc.) até o próprio Poder Judiciário (o qual, evidentemente, não tem esta como sua função exclusiva, já que julga também conflitos envolvendo o Poder Público e, da mesma forma, conflitos que não envolvem direitos fundamentais), para aplicar sanções penais ou rever sanções administrativas.

Evidentemente, a implementação destes deveres de proteção tem custos – e estes não são, de modo algum, insignificantes ou sequer inferiores aos custos de implementação dos direitos prestacionais, como demonstram SUNSTEIN e HOLMES em seu levantamento sobre os gastos do governo americano na proteção de diversos direitos fundamentais, que consta no anexo à obra *The cost of rights*. Ademais, como ressalta CLÈMERSON CLÈVE, “a Constituição Federal de 88 não autoriza, em virtude de disposição expressa, nenhuma distinção de regime entre os direitos sociais e os direitos, garantias e liberdades, como acontece, por exemplo na Constituição portuguesa.” (2003:295)

Os professores e pesquisadores argentinos VÍCTOR ABRAMOVICH e CHRISTIAN COURTIS, que realizaram extensa pesquisa sobre o tema no direito comparado, situam muito bem a questão:

la estructura de los derechos civiles e políticos puede ser caracterizada como un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar em ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares. (...)

los derechos económicos, sociales y culturales también pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque en este caso las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos. (2004:24-25)

E demonstram que, assim como os direitos de primeira geração têm aspectos positivos, do mesmo modo os direitos de segunda geração têm aspectos negativos: *“el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación de un medio ambiente sano implica la obligación de no destruir el medio ambiente.”* (2004:25)

Assim, concluem eles: *“las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado, más que diferencias sustanciales.”* (2004:25), de modo que nada justifica um tratamento diferenciado quanto à justiciabilidade baseado apenas no conteúdo do direito.

No mesmo sentido as lições de MIGUEL CARBONELL, desmascarando as supostas diferenças estruturais entre os direitos individuais (civis e políticos) e os sociais: *“solamente los derechos sociales requieren de la expedición de leyes secundarias que los detallen?, no pasa lo mismo con la libertad de expresión a través de la tutela penal del honor y la regulación del secreto profesional?, no requieren de leyes secundarias la libertad de trabajo, la libertad de educación, la libertad de imprenta, la libertad de asociación, la libertad religiosa o el principio de no discriminación?”*

SUNSTEIN e HOLMES denunciam o caráter ideológico desta visão de que os direitos civis e políticos seriam “gratuitos”, ao passo que os direitos sociais, econômicos e culturais seriam os únicos a pesar sobre o bolso dos contribuintes:

Muitos conservadores agarram-se instintivamente a uma abordagem da proteção dos assim chamados direitos negativos de propriedade e contrato que seja cega aos custos, porque evidenciá-la abalaria a ficção liberal de que os indivíduos que exercitam os seus direitos, no sentido clássico do século XVIII, estão apenas lidando com seus próprios negócios, de forma imaculada e independente da comunidade de contribuintes. Os custos para os cofres públicos dos direitos relacionados ao Estado Liberal mostram,

entre outras coisas, que o ‘lucro privado’, tal como o conhecemos, existe apenas graças às instituições governamentais. Aqueles que atacam os programas de bem-estar social a princípio deveriam ser encorajados a encarar o óbvio – nomeadamente, que a definição, proteção e fiscalização da propriedade privada é um serviço público desenvolvido unicamente para aqueles que atualmente são proprietários, às custas de recursos de todos os contribuintes. (1999:29)

Fica evidente, pois, que determinados direitos fundamentais acabam revelando caráter nitidamente classista, ou seja, possuem como destinatários potenciais classes sociais bastante distintas. Por exemplo, o direito à moradia ou à educação, para as classes mais desfavorecidas, se não forem garantidos pelo Estado, simplesmente não serão usufruídos pelas pessoas que estão nessa condição. Já o direito à inviolabilidade das comunicações, o direito a não ter sua propriedade confiscada ou o direito à inviolabilidade domiciliar adquirem relevância muito maior para os detentores de significativo patrimônio e de informações estratégicas, isto é, os integrantes das classes sociais mais abastadas.

É necessário ainda ressaltar, em definitivo, que, na distribuição de recursos públicos escassos, o aparato estatal como um todo tem, muitas vezes, privilegiado a proteção de direitos de cunho não fundamental ou ainda de direitos fundamentais que são inacessíveis para a maior parte da população, em detrimento da universalização de direitos concernentes ao mínimo existencial.

III. A QUESTÃO DA INTERDEPENDÊNCIA ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E OS POSSÍVEIS CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A relevância da proteção dos direitos que ficaram conhecidos como de primeira geração é inegável, já que a defesa da liberdade está voltada a propiciar, em última instância, a garantia de realização do potencial de cada ser humano.

Todavia, há muito se reconhece que a garantia da liberdade é mera ficção se não for assegurado a todos um mínimo de igualdade, a famosa “igualdade de oportunidades”, pela qual todo ser humano tenha suas necessidades básicas garantidas. Dessa idéia-chave, carregada de inegável veracidade, decorreu a formulação, na doutrina internacionalista, do **princípio da indivisibilidade ou da interdependência entre os direitos humanos**, princípio que ainda não foi devidamente assimilado pela doutrina constitucional que se debruça sobre o tema da proteção dos direitos fundamentais, com raríssimas exceções.

A realização dos direitos relacionados ao valor igualdade é, assim, pré-condição para o desfrute dos direitos concernentes à liberdade . Poderíamos até dizer que se trata de **direitos instrumentais** em relação aos primeiros. O mestre FERRAJOLI discorre com precisão a respeito: *“las garantías de los derechos de libertad (o ‘derechos de’) aseguran la igualdad formal o política. Las garantías de los derechos sociales (o ‘derechos a’) posibilitan la igualdad sustancial”*. Assim, para o jurista italiano, *“los derechos del primer tipo son derechos a la diferencia, es decir, a ser uno mismo y a seguir siendo personas diferentes de las demás; los del segundo son derechos a la compensación de las desigualdades”* (1995:907). Em suma, *“el derecho a la igualdad puede ser concebido, en efecto, como un meta-derecho tanto con respecto a la libertad asegurada por los derechos de libertad como a la fraternidad prometida com los derechos sociales.”* (1995:908)

Por outro lado, os recursos financeiros para a realização de tais direitos provêm da tributação e esta – que constitui evidente limitação ao direito de propriedade – incide em maior grau justamente sobre os bens e rendas daqueles que não dependem do Poder Público para usufruir de tais direitos. Ressalta, assim, já num primeiro momento, o conflito entre direitos de propriedade e os direitos fundamentais a prestações. Aparentemente teríamos aqui um conflito entre direitos fundamentais.

Entretanto, veremos que, à luz da teoria garantista de LUIGI FERRAJOLI, o direito de propriedade, ainda que incluído no catálogo de direitos fundamentais, quando

entendido com referência a (um) bem(ns) concreto(s), não se tipifica como um direito fundamental. Ressalta ele: “*Es del todo evidente la diversidad entre las **diferencias de identidad tuteladas por los derechos fundamentales y las **desigualdades jurídicas expresadas por las situaciones*****” (1995:910) . Direitos fundamentais, para ele, podem ser definidos como “*aquellos derechos cuya garantía es igualmente necesaria para satisfacer el valor de las personas y para realizar su igualdad.*” (1995:908) Os direitos de propriedade podem, isto sim, ser definidos como direitos subjetivos, mas jamais como direitos fundamentais, já que são evidentemente disponíveis, negociáveis, o que por si só já os distingue dos direitos fundamentais. Direito fundamental é, isto sim, o **direito à propriedade**.

Assim, o que teremos, em realidade, é um **conflito fático entre os comandos constitucionais que determinam a universalização de determinados direitos (as normas definidoras de direitos fundamentais), e a necessidade**, não enfrentada de modo satisfatório pelos Poderes Executivo e Legislativo, **de obter recursos suficientes para esse fim**. Essa obtenção de recursos, por evidente, se faz mediante a **tributação, afetando, portanto, os direitos (não fundamentais) dos proprietários ou, melhor dizendo, o seu patrimônio, já que inexiste direito a não ser tributado** , havendo apenas direito fundamental a ser tributado com respeito às garantias constitucionais (princípio da legalidade, da capacidade contributiva, da anterioridade, da vedação do confisco, etc). Este tema voltará a ser abordado no item VI.

A diferença que ocorre quanto à justiciabilidade é que, **no que diz respeito ao aspecto positivo dos direitos fundamentais** – e isto vale, ressalte-se uma vez mais, para todos os direitos fundamentais, não apenas os direitos sociais –, **poderão colocar-se limites à atuação do Poder Judiciário**, pois, como reconhecem COURTIS e ABRAMOVICH – e a doutrina é uníssona a respeito –, “*el Poder Judicial no puede sustituir al Poder Legislativo y al Ejecutivo en la formulación de políticas sociales, tanto menos si se trata de políticas de gran escala o de largo alcance temporal.*”(2004:13) Neste passo, parece-nos que o Judiciário ficará adstrito à **imposição de sanções para o Poder Público em caso de persistência da omissão** .

O ilustre constitucionalista paranaense CLÊMERTON CLÈVE compartilha deste posicionamento, ao defender semelhante atuação sancionadora, corretiva para o Judiciário: *“é possível, pelo menos, por meio de vários mecanismos, inclusive a imposição de multas, nos termos do que dispõe o art. 14 do CPC, para os agentes públicos e não para o Estado, obrigar as autoridades a encaminhar as propostas legislativas e administrativas (especialmente no campo orçamentário) necessárias para a satisfação desses direitos.”* (2003:299)

Ademais, o problema da limitação de recursos existe, verdadeiramente – muito embora, como vimos, não seja algo exclusivo dos direitos fundamentais prestacionais – e deverá ser tido em conta pelo Poder Judiciário, ao menos no que diz respeito ao prazo para a implementação de direitos fundamentais. Esta questão, que será abordada mais adiante, foi denominada pela jurisprudência da Corte Constitucional alemã de “reserva do possível” e vem sendo muito invocada pelo Poder Público quando vê sua omissão questionada em juízo no Brasil.

É fundamental, todavia, reconhecer que a “reserva do possível” jamais poderá funcionar como limite absoluto para a concretização de direitos fundamentais prestacionais, eis que, como já escrevemos em outra ocasião,

o **princípio da indivisibilidade dos direitos humanos**, reconhecido não apenas pelos estudiosos de direito internacional [Nota no texto original:Neste sentido, destaca-se na doutrina brasileira Antônio Augusto Cançado Trindade, *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, pp. 41-43.], mas consagrado em pactos internacionais ratificados pelo Brasil [Nota no texto original: Um exemplo é o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador), o qual afirma em seu preâmbulo: *“Considerando a estreita relação que existe entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos, por motivo de as diferentes categorias de direito constituírem um todo indissolúvel que tem sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, razão pela qual exigem tutela e promoção permanente, com o objetivo de conseguir sua plena vigência, sem que*

jamais possa justificar-se a violação de uns a pretexto da observação de outros". Mais adiante, ainda no preâmbulo, afirma o texto do mesmo instrumento normativo, ratificado pelo Decreto Legislativo nº 56, de 19 de abril de 1995: "*Recordando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, só pode tornar-se realidade o ideal do ser humano livre, isento de temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como de seus direitos civis e políticos.*"], além de significar que as diferentes categorias de direitos fundamentais são interdependentes, aponta para a inferência de que os direitos sociais, econômicos e culturais possuem, em face dos individuais, um caráter instrumental, no sentido de que a garantia daqueles é condição *sine qua non* ao exercício destes. Segundo ainda AGUSTIN GORDILLO, '*se exacerbamos os direitos individuais em detrimento extremo dos sociais (por exemplo, negando a possibilidade de expropriar terras para realizar uma reforma agrária), estaremos desvirtuando o Estado de Bem-Estar; e se exacerbamos os direitos sociais em prejuízo excessivo e não razoável dos direitos individuais, estaremos violando o regime do Estado de Direito*'. [1977: 78]

Neste sentido também o ensinamento de ANDERSON LOBATO, com esteio na doutrina internacional dominante sobre o tema:

a dicotomia aparente entre, por um lado, os direitos de primeira e segunda geração, isto é, direitos civis e políticos, que demandariam uma atitude abstencionista por parte do Estado - direitos de natureza negativa; e, por outro lado, os direitos da terceira geração, ou seja, direitos econômicos, sociais e culturais, que, contrariamente, demandariam uma atitude promotora do Estado - direitos de natureza positiva, (...) pode e deve ser superada pelo reconhecimento da **indivisibilidade e interdependência de todos os direitos fundamentais**. [1994-1995:119]

Alguns exemplos singelos podem tornar cristalina a questão. Como se pode falar, na prática, em exercício consciente do direito de voto sem que tenha sido garantido o direito à educação? Que liberdade de manifestação do pensamento tem um analfabeto? A garantia efetiva do direito à educação, pode-se dizer, é um pressuposto da própria democracia. O mesmo se pode dizer do direito à saúde, que é, na realidade, um pressuposto de todos os demais. Que direito ou liberdade pode ser exercitado por aquele que, acometido de uma grave doença, não pode ter acesso ao necessário tratamento? Em casos extremos, sequer o direito à vida...

Esperamos, assim, ter deixado claro que, entre os direitos fundamentais, alguns são ‘mais fundamentais’ que outros, razão pela qual, sem a garantia de alguns direitos básicos, os demais não passam de mera retórica. (2004:23)

Trata-se, em suma, da idéia defendida por ALEXY de que a garantia de um padrão mínimo de segurança material através de direitos sociais prestacionais objetiva evitar o esvaziamento da liberdade pessoal, de modo que

na esfera de um padrão mínimo em prestações sociais – assim afirma ROBERT ALEXY –, também será mínima restrição na esfera dos princípios conflitantes com a realização dos direitos sociais, podendo-se afirmar, ainda, que o reconhecimento de um direito subjetivo a prestações sociais básicas, indispensáveis para uma vida com dignidade, sempre deverá prevalecer, no caso concreto, quando do conflito com o princípio da reserva do possível e do princípio democrático, igualmente fundamentais, mas não absolutos. (BIGOLIN, 2003:09)

Também ANDRÉAS KRELL discorre com propriedade a respeito:

no Estado moderno, os Direitos Fundamentais clássicos estão cada vez mais fortemente dependentes da prestação de determinados serviços públicos, sem os quais o indivíduo sofre sérias ameaças de sua liberdade.

Os Direitos Fundamentais de defesa somente podem ser eficazes quando protegem, ao mesmo tempo, as condições materiais mínimas necessárias para a possibilidade da sua realização. Especialmente na área dos direitos básicos da vida e da integridade física, as prestações positivas do Estado para a sua defesa não podem ficar na dependência da viabilidade orçamentária. Onde o poder estatal deixa de desenvolver esforços para atender à população mais carente, que não tem condições de pagar um plano privado de saúde, na área da saúde preventiva e curativa, essas pessoas acabam sendo ameaçadas imediatamente no seu direito à vida e integridade física.

A doutrina moderna dá ênfase em afirmar que qualquer Direito Fundamental constitucional – seja ele direito civil e político ou econômico, social e cultural, contém, ao mesmo tempo, componentes de obrigações *positivas* e *negativas* para o Estado. Nessa visão, a tradicional diferenciação entre os direitos ‘da primeira’ e os ‘da segunda geração’ (ou ‘dimensão’) é meramente gradual, mas não substancial, visto que muitos dos Direitos Fundamentais tradicionais foram reinterpretados como sociais, perdendo

sentido as distinções rígidas. (2002:47-48)

Trata-se da mesma idéia desenvolvida em outra seara pelo ganhador do prêmio Nobel de Economia AMARTYA SEN, que entende que, para chegar ao maior grau de liberdade possível, é necessário criar condições políticas, econômicas e sociais integradas, com a participação de todos os interessados, já que os diferentes aspectos da liberdade (política, econômica, social, individual) são interdependentes .

IV – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O saber jurídico – é sabido – não pode estar desvinculado da realidade histórica, social, econômica em que ele se produz. Assim, é forçoso reconhecer, neste aspecto, que, dentre os direitos fundamentais, a distinção quanto a quem são os potenciais destinatários da sua proteção jurídica, vale dizer, para que grupos sociais eles são especialmente relevantes. Em outras palavras, embora existam direitos fundamentais igualmente relevantes para todos (v.g., o direito a um meio ambiente sadio), **alguns direitos fundamentais são muito mais relevantes para determinados grupos sociais que para outros.**

Resta cristalino que, por exemplo, a proteção do direito de propriedade é muito mais relevante para os proprietários que para os não-proprietários, ao passo que a proteção do aspecto positivo dos direitos à saúde, à educação e outros direitos prestacionais apresenta relevância especial (muitas vezes, uma questão de ter ou não acesso ao seu exercício) para determinados grupos sociais (majoritários num país como o Brasil), isto é, aqueles que dependem do Poder Público para usufruir destes serviços, que para outros grupos (classe média alta e os “ricos”), para os quais eles não têm maior relevância, já que sua realização é buscada no setor privado. Dizendo de outro modo, é preciso encarar uma realidade muito simples em relação aos direitos sociais: parcela da sociedade já tem acesso a esses direitos em razão de sua condição econômico-social e é precisamente em uma parte dessa diminuta parcela que se situam os defensores de que estes não seriam autênticos direitos. Portanto, negar eficácia vinculante aos direitos

sociais implica simplesmente negar o acesso a esses direitos à outra (e majoritária) parcela da população, que não o possui.

Por outro turno, entender que apenas os direitos individuais, para cujo desfrute os direitos sociais são pré-requisitos na prática, possuem eficácia normativa implica defender que também somente aqueles que já desfrutam dos direitos sociais independentemente da atuação do Estado é que são titulares, de fato, dos direitos individuais. Em suma, é negar a titularidade de direitos fundamentais, é negar o respeito à dignidade humana de parcelas majoritárias da população.

Pode-se afirmar, neste particular, que **defender a tese da impossibilidade de justiciabilidade dos direitos fundamentais prestacionais, ou seja, da proibição de reivindicá-los em juízo equivaleria, em última instância, à negação de todos os direitos fundamentais e, assim, da razão de existência do Poder Judiciário e, por fim, do próprio Estado.**

V – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, V. & COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª edição. Madrid: Trotta, 2004.

ALEXY, R. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. *In: Revista de Direito Administrativo*. Nº 217. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pág. 67-80.

BARCELLOS, A. P. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *In: Revista Diálogo Jurídico*. No. 15. Salvador: jan-mar 2007.

BIGOLIN, G. “A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais”. Disponível em: www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovani_bigolin.htm.. Acesso em 18.07.2006.

CADEMARTORI, S. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. 2ª edição atualizada e ampliada. Campinas: Millenium, 2007.

CANOTILHO, J. J. G. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

CARBONELL, M. Breves reflexiones sobre los derechos sociales. *In: Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. México: Programa de Capacitación sobre Derechos Humanos, pp. 41-72. Disponível em <http://www.pdhumanos.org/libreria/libro6.html>. Consulta em 23.01.2007.

CAPPELLETTI, M. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CLÈVE, C. M. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. *In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Vol. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003, pág. 289-300.

FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*. Tradução Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos e Rocio Cantarero. Madri: Trotta, 1995.

GORDILLO, A. *Princípios gerais de direito público*. Trad. Marco Aurélio Greco. São

Paulo: RT, 1977.

HOLMES, S. & SUNSTEIN, C. R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Nova Iorque: Norton & Co., 1999.

KRELL, A. J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

LOBATO, A. C. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, ano XXVIII, n. 28, p. 109-137, 1994-1995.

MELLO, C. A. B. de. Eficácia jurídica das normas constitucionais sobre justiça social. *In: Revista de Direito Público* nº 57-58. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan-jun 1981.

MORO, S. F. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: UFPR, 2000.

PIOVESAN, F. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e Mandado de Injunção*. São Paulo, RT, 1996.

_____. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. *In: Revista de Direito do Estado*. No. 2. Abr/jun 2006, pp. 55-69.

PUENTE, M. G. *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*. Madrid: Mc-Graw Hill, 1997.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

SOUZA, L. M. de. *Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TOJAL, S. B. de B. Controle judicial da regulamentação de políticas públicas. *In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Vol. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003, pág. 187-194.

TRINDADE, A. A. C. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1981.