

## REFLEXÕES SOBRE A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Simone Reissinger\*

### RESUMO

O presente artigo tem por objetivo refletir sobre algumas dificuldades apontadas por doutrinadores e magistrados para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, inseridos na Constituição Brasileira de 1988. Serão analisados os seguintes problemas: a carga eficaz das normas que tratam dos direitos sociais, pois há quem sustente que se tratam de meros dispositivos programáticos, sem eficácia; ainda no âmbito da eficácia desses direitos, outra dificuldade apontada é a efetividade do direito social pretendido pelo cidadão através da via judiciária, questionando-se a justicialidade dos direitos fundamentais sociais, isto é, se aqueles direitos podem ser exigidos perante o Poder Judiciário; mesmo quando os magistrados avançam, ao querer dar efetividade aos direitos sociais pleiteados, outro obstáculo se põe: qual o conteúdo desses direitos? Quais prestações podem ser exigidas da Administração Pública?; a visão dos juristas, isto é, a forma como interpretam os dispositivos constitucionais sobre direitos sociais, também se torna um entrave para a efetividade desses direitos, pois ainda estão vinculados à uma hermenêutica formal e individualista; tendo em vista que os direitos sociais são prestacionais, outra dificuldade que se impõe é a escassez de recursos frente à elevada necessidade de serviços que a Administração Pública tem que prestar; aliado a esse embaraço se encontra o novo modelo de Administração Pública, proposto a partir da década de 90, com o neoliberalismo, buscando um *Estado mínimo*, que passa a ter um papel mais regulatório do que de execução. Por fim, diante dessas dificuldades, pretende-se discutir sobre o planejamento estatal e a necessidade da participação popular nesse processo, justificando-se pela imprescindibilidade do orçamento público para realização dos serviços que instrumentalizam os direitos sociais.

---

\* Advogada, professora da PUC Minas, *campus* Serro, mestranda da área de concentração *Direito Público* na PUC Minas, pesquisadora do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas/OPUR do Programa de Pós-graduação em Direito e da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas vinculada ao Grupo de Trabalho *Administração Pública Dialógica*.

## **PALAVRAS-CHAVE**

EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS; PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO; PARTICIPAÇÃO POPULAR.

## **ABSTRACT**

The present article has for objective to reflect about some pointed difficulties for thinkers of the justice for the materialization of the social fundamental rights, inserted in the Brazilian Constitution of 1988. The following problems will be analyzed: the effectiveness of the norms of social rights, because there is who sustains that are jewfishes dispositives of the plan (programs), without effectiveness; other pointed difficulty is if the social fundamental rights can be demanded in the Courts; more one obstacle puts is: which the content of those rights? Which installments can be demanded from the Public Administration?; the jurists' vision, that is, the form how they interpret the constitutional norms on social rights, also is an impediment for the effectiveness of those rights, because they are still linked to the a formal and individualistic interpretation; the social rights are services rendered, then other difficulty that impose is the shortage of resources front to the high need of services that the Public Administration has to render; add to that embarrassment the new model of Public Administration, proposed starting from the decade of 90, with the newliberalism, looking for a minimum State, that have a paper more controlling than of execution. Finally, due to those difficulties, it intends to discuss on her the state planning and the need of the popular participation in that process, being justified for the necessity of the public budget for accomplishment of the services that execute the social rights.

## **KEYWORDS**

EFFECTIVENESS OF THE SOCIAL RIGHTS; BUDGET PLANNING; POPULAR PARTICIPATION.

## **INTRODUÇÃO**

Os direitos sociais foram incluídos no rol de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. Isso significou um grande avanço para o

constitucionalismo pátrio. Entretanto, maior avanço será a efetividade desses direitos. O Estado tem que ser capaz de identificar as diferenças e singularidades dos cidadãos, promover justiça social e corrigir as disparidades econômicas, dando condições de igualdade (de oportunidades), o que será realizado mediante a concretização dos direitos sociais. Esses direitos visam garantir condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade.

Assim, o presente artigo tem por objetivo refletir sobre algumas dificuldades apontadas por doutrinadores e magistrados para a efetivação dos direitos fundamentais sociais. Cada um dos problemas será analisado individualmente com a tentativa de refutá-los mediante posições doutrinárias contemporâneas, a fim de se demonstrar a possibilidade de concretização dos mencionados direitos.

## DESENVOLVIMENTO

### 1. Direitos fundamentais sociais: normas sem eficácia?

Para falar sobre a eficácia das normas de direitos fundamentais sociais, primeiro é necessário definir eficácia e efetividade. Para isso recorre-se ao dicionário jurídico escrito por Leib Soibelman:

*Eficácia*, derivado do latim *efficacia*, de *efficax* (que tem virtude, que tem propriedade, que chega ao fim), compreende-se como a força ou poder que possa ter um ato ou um fato, para produzir os desejados efeitos.

*Efetividade*, derivado de efeitos, do latim *effectivus*, de *efficere* (executar, cumprir, satisfazer, acabar), indica a qualidade ou o caráter de tudo o que se mostra efetivo ou que está em atividade. Quer assim dizer o que está em vigência, está sendo cumprido ou está em atual exercício, ou seja, que está realizando os seus próprios efeitos. Opõe-se assim ao que está parado, ao que não tem efeito, ou não pode ser exercido ou executado. (SOIBELMAN, 1983, p. 142).

Assim, a eficácia é a possibilidade de qualquer norma gerar efeitos. Trata-se do potencial da norma para produzir os efeitos que lhe são próprios<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Quanto à eficácia jurídica, importante lembrar a clássica classificação de José Afonso da Silva acerca das diferentes cargas eficaciais: eficácia plena, contida e limitada. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27ª. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 52, de 08.03.2006. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

Já a efetividade ou eficácia social significa a concretização dos efeitos jurídicos no mundo dos fatos. Trata-se da realização, a materialização do Direito. Segundo Luiz Roberto Barroso, a efetividade “*simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social*” (BARROSO, 1996, p. 83).

Convém ainda, trazer a noção de aplicabilidade, que é a possibilidade de aplicação da norma jurídica eficaz aos casos concretos. Assim, conforme Sarlet,

[...] não há como dissociar, por outro lado, a noção de eficácia jurídica da aplicabilidade das normas jurídicas, na medida em que a eficácia jurídica consiste justamente na possibilidade de aplicação da norma aos casos concretos, com a conseqüente geração dos efeitos jurídicos que lhe são inerentes. (SARLET, 2003, p. 222)

Desta forma, sintetiza o mesmo autor citado:

[...] podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação. (SARLET, 2003, p. 223).

No caso das normas que estabelecem direitos e garantias fundamentais, o art. 5º., § 1º., da Constituição, já declara expressamente que elas têm aplicação imediata. Entretanto, há séria controvérsia doutrinária sobre o alcance desse dispositivo: se aplicável a todos os direitos fundamentais ou se restrita aos direitos individuais e coletivos previstos apenas no art. 5º.

Mais uma vez recorrendo à lição de Sarlet (2003, p. 248), seu entendimento é no sentido de que o § 1º. não é restritivo, o que podem defender alguns doutrinadores devido à situação topográfica do dispositivo. Entretanto, defende o autor citado, que mesmo por uma interpretação literal, a norma abrange todo o Título II da Constituição, cuja epígrafe é “*Dos direitos e garantias fundamentais*”, assim como formulado no dispositivo ora analisado: “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*”

Além disso, sustenta Sarlet (2003, p. 248), que também se pode adotar uma interpretação sistemática e teleológica, chegando ao mesmo resultado, ou seja, o

legislador constituinte não pretendeu excluir os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais (esses no art. 6º. da Constituição) do âmbito do § 1º, do art. 5º.

Portanto, a primeira dificuldade apontada pode ser vencida, uma vez que, atualmente, a corrente majoritária vem consolidando o entendimento de que as normas que consagram direitos sociais são direitos fundamentais e, por isso, abrangidas pelo art. 5º., § 1º., da Constituição, tendo aplicabilidade ou eficácia imediata.

## 2. Justicialidade dos direitos sociais

Os direitos sociais se realizam ou se efetivam através de prestações, isto é, de atuação positiva do Poder Público. Para isso, há a necessidade de orçamento e dotações específicas<sup>2</sup>. Por isso a atuação do juiz nesse campo é complexa. Caso o magistrado, por decisão judicial, autorize a efetivação de um direito social, não estaria a administrar, a exercer função do Poder Executivo? Em outras palavras, estaria ferindo o princípio da separação de poderes?

Deve-se iniciar este tema esclarecendo que os direitos fundamentais, sejam os prestacionais e positivos ou os defensivos e negativos, têm duas dimensões: subjetiva e objetiva.

Os *direitos de defesa*, em regra, exigem uma não intervenção ou um não impedimento, por parte do Estado, de uma ação do cidadão. Os *direitos prestacionais* podem consistir em uma prestação juridicamente normativa ou material do Estado.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais autoriza o titular a reclamar em juízo determinada ação, que pode ser defensiva ou prestacional.

A dimensão objetiva significa que os direitos fundamentais, além de concederem uma posição subjetiva (individual ou coletiva), expressam os valores de uma dada sociedade, isto é, compreendem o dever de respeito e compromisso (inclusive dos poderes constituídos) com os direitos fundamentais.

---

<sup>2</sup> A obra de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: Norton & Co., 1999, influenciou bastante os trabalhos de Ana Paula de Barcellos (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002) e de Gustavo Amaral (*Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001), demonstrando claramente que os direitos fundamentais individuais também exigem prestações do Estado. Por exemplo, o direito de propriedade, exclusivamente individual, exige do Estado a prestação de serviço de segurança pública e judicial, a fim de impedir a posse injusta daqueles que não têm a propriedade.

Os direitos prestacionais na sua dimensão subjetiva geram direitos subjetivos para os seus titulares, que podem exigir em juízo (justicialidade) a sua efetividade. Em se tratando de prestação normativa há uma dificuldade maior para exigí-la, vez que não há direito subjetivo a edição de ato normativo. Quando se tratar de prestação material ou fática, como por exemplo, o fornecimento de remédios (direito fundamental à saúde) ou vaga em escola (direito fundamental à educação), o Poder Judiciário pode intervir para efetivá-los. O seu objetivo será a concretização da Constituição.

Conforme Clémerson Merlin Clève,

*A dimensão objetiva também vincula o Judiciário para reclamar uma hermenêutica respeitosa dos direitos fundamentais e das normas constitucionais, com o manejo daquilo que se convencionou chamar de *filtragem constitucional*, ou seja, a releitura de todo o direito infraconstitucional à luz dos preceitos constitucionais, designadamente dos direitos, princípios e objetivos fundamentais. A *filtragem* substancia, na verdade, uma espécie de *interpretação conforme a Constituição*, significando que toda atuação do poder público (atos administrativos, legislativos e jurisdicionais) haverá de manifestar-se conforme os direitos fundamentais, ligando-se também àquilo que, no campo da incidência da normativa constitucional jusfundamental sobre o campo da autonomia privada a doutrina tem chamado de *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*.<sup>3</sup> (CLÈVE, 2006, p. 33).*

Outro obstáculo que se coloca à atuação judicial para concretização de direitos sociais é a questão da legitimidade do Poder Judiciário em áreas reservadas ao administrador e ao legislador, sob pena de quebra do princípio democrático, por meio do qual a maioria governa<sup>4</sup>. O problema é assim colocado por Clémerson Merlin Clève:

*Afirma-se que os integrantes do Judiciário não foram eleitos, estando por isso despidos da legitimidade que apenas poderia ser conferida pelo sufrágio popular. Por isso não poderia dispor sobre *o que* e *o como* da atuação estatal. (CLÈVE, 2006, p. 35).*

Entretanto, o próprio professor Clémerson Clève (2006) anota que a democracia não é simplesmente governo da maioria. O Poder Judiciário é uma espécie de delegado

---

<sup>3</sup> Sobre filtragem constitucional, conferir SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

<sup>4</sup> A “maioria governa” no sentido de que os administradores e legisladores são eleitos pela maioria da população votante. Assim, os representantes da maioria governam, em tese, para essa maioria que neles votou.

do Poder Constituinte e a democracia reclama sua atuação. Acrescenta o mencionado professor:

Demais disso, zelar pela observância dos direitos fundamentais significa, para o Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, proteger a maioria permanente (Constituinte) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária (legislatura). (CLÈVE, 2006, p. 36).

Desta forma, faz-se necessário encontrar um ponto de equilíbrio para que o juiz, comprometido com a efetividade dos direitos fundamentais sociais, não ultrapasse certos limites que possam colocar em risco os postulados do Estado Democrático de Direito, mas que isso também não seja empecilho à atuação judicial.

### **3. Reserva do possível e mínimo existencial**

O cidadão não pode esperar o impossível do Estado. Mas o Estado também não pode negar o mínimo existencial para aquele.

Ana Paula de Barcellos, em sua dissertação de Mestrado intitulada *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, assim define mínimo existencial:

Uma primeira resposta que se pode apresentar desde logo, insatisfatória por sua generalidade, porém útil, é que o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento. (BARCELLOS, 2002, p. 197-198).<sup>5</sup>

Desta forma, o Estado tem obrigação de respeitar esse mínimo existencial, pois sem essas prestações não há dignidade humana, o que significa, também, o respeito a uma efetividade mínima dos direitos sociais.

---

<sup>5</sup> A autora afirma que a noção de mínimo existencial trazida é genérica e, por isso, insatisfatória. Isso se justifica, pois no último capítulo da obra ela traz um conteúdo fechado para o mínimo existencial, com base na dignidade humana. Assim, “o mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça.” (BARCELLOS, 2002, p. 258).

Definir esse mínimo não é tarefa fácil. Os direitos fundamentais não são absolutos. O juiz deverá proceder à análise dos princípios, valores e objetivos postos na Constituição, a fim de melhor decidir a questão.

Segundo Clémerson Merlin Clève,

O que importa é o magistrado agir com determinação e cautela, ponderando os direitos, bens e princípios em jogo, estudando o campo do possível (*reserva do possível*) mas, ao mesmo tempo, considerando que o Estado democrático de direito está comprometido com o avanço e não com o retrocesso social (*vedação do retrocesso social*). (CLÈVE, 2006, p. 38).

Quanto à *reserva do possível*, essa não pode ser compreendida como obstáculo e, sim, como parâmetro para que o juiz tenha cautela, prudência e responsabilidade quando estiver diante de uma questão relativa à concretização de um direito social. Assim, a reserva do possível está relacionada às reais possibilidades do Estado para atender às necessidades sociais mínimas.

Ana Paula Barcellos assim explica a reserva do possível:

A expressão *reserva do possível* procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. [...] para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. (BARCELLOS, 2002, p. 236).

A autora supracitada ainda menciona em seu trabalho a importância da obra de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, *The cost of rights*, de 1999, para o tema em análise. Segundo ela, “os autores procuram fazer uma análise econômica do custo dos direitos, não apenas dos chamados direitos sociais, mas também, e particularmente, dos direitos individuais.” (BARCELLOS, 2002, p. 237-238).

Assim, a idéia marcante trazida pelo livro americano é que não só os direitos sociais têm custo para o Estado, mas também os direitos individuais e políticos. Para a manutenção da polícia, que protege tanto a vida quanto a propriedade (direito tipicamente individual), o poder público tem custos. O mesmo ocorre para a atuação do Poder Judiciário, que se destina a proteger, inclusive, direitos individuais. E, ainda, o cadastramento eleitoral e a realização de eleições dependem de recursos públicos.



Isso mostra que a alegação da Administração Pública de falta de recursos para a concretização de direitos sociais não se sustenta, vez que os outros direitos fundamentais também demandam ações estatais e, portanto, recursos financeiros. A diferença está no grau que cada um necessita.<sup>6</sup>

Desta forma, verifica-se que mesmo os direitos prestacionais na sua dimensão subjetiva, que podem ser exigidos judicialmente, têm limites, cabendo ao juiz, na hipótese de omissão da Administração Pública, verificar se a prestação exigida pelo cidadão é razoável (dentro dos critérios de mínimo existencial e reserva do possível) em relação ao que se pode esperar do Estado para atendê-la.

#### **4. Conteúdo dos direitos sociais**

Outro problema que se coloca para o Poder Judiciário quando está diante de ações que procuram efetivar direitos sociais é o conteúdo desses direitos. O que cada um deles realmente abrange? Quais ações a Administração Pública deve prestar para concretizar um determinado direito social?

As disposições constitucionais que tratam dos direitos sociais são vistas por alguns estudiosos como meros programas de ação governamental, por isso não poderiam ser exigidos judicialmente. A justificativa para essa defesa é a de que tais normas não apontam o responsável por sua efetivação e não definem concretamente a prestação devida. Assim, seriam disposições que dependem de regulamentação, não podendo ser exigidas.

Sobre o tema, Sarlet (2003, p. 271) entende que a questão sobre o conteúdo dos direitos sociais é possivelmente um dos mais angustiantes e complexos problemas a serem enfrentados. A definição do seu conteúdo ou objeto levará a conseqüências importantes relacionadas à alocação de recursos materiais e humanos para a efetiva prestação.

---

<sup>6</sup> Em decisão na ADPF n. 45 MC/DF, publicada no DJU de 04/05/2004, que teve como relator o Ministro Celso de Mello, assim ele se pronunciou sobre a “reserva do possível”: *“Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.”*

Por isso, pode-se entender que os direitos sociais têm conteúdo variável, dependendo das condições sociais e econômicas de cada ambiente onde tais direitos forem efetivados. Clémerson Merlin Clève afirma que os direitos prestacionais são:

[...] insuscetíveis de realização integral (o horizonte é sempre infinito) pois o seu cumprimento implica uma caminhada progressiva sempre dependente do ambiente social no qual se inserem, do grau de riqueza da sociedade e da eficiência e elasticidade dos mecanismos de expropriação (da sociedade, pelo Estado) e de alocação (justiça distributiva) de recursos. (CLÈVE, 2006, p. 32)

Fahd Medeiros Awad cita Bandeira de Melo sustentando que:

[...] a natureza aberta e a formulação vaga das normas que versam sobre direitos sociais não possuem o condão de, por si só, impedir sua imediata aplicabilidade e plena eficácia, já que constitui tarefa precípua dos tribunais a determinação do conteúdo dos preceitos normativos, por ocasião de sua aplicação. (BANDEIRA DE MELO *apud* AWAD, 2004, p. 212)

Assim, existem diversas tentativas de sistematizar as prestações relacionadas com cada direito social fixado na Constituição. No Brasil pode ser citada novamente a obra de Ana Paula de Barcellos (2002), onde ela se baseou no mínimo existencial para fixar os direitos sociais mínimos e, dentro deles, as prestações e suas prioridades.

A autora fixou o mínimo existencial em quatro elementos: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à Justiça. Ela justificou essas prioridades com base na dignidade da pessoa humana. Assim, ao tratar da saúde básica, por exemplo, um rol de prestações prioritárias é fixado, segundo ela, de acordo com a própria Constituição: prestação do serviço de saneamento; atendimento materno-infantil; ações de medicina preventiva; ações de prevenção epidemiológica. Ana Paula ainda especifica melhor cada uma dessas prestações<sup>7</sup>.

Outra proposta de sistematizar as prestações sociais do Estado foi destacada por Ingo Wolfgang Sarlet (2003, p. 273). Trata-se da proposta formulada pelo publicista germânico Dieter Murswiek, que dividiu as prestações em quatro grupos:

a) prestações sociais em sentido estrito, tais como a assistência social, aposentadoria, saúde, fomento da educação e do ensino, etc.;

---

<sup>7</sup> Para maiores esclarecimentos, cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

- b) subvenções materiais em geral, não previstas no item anterior;
- c) prestações de cunho existencial no âmbito da providência social (*Daseinsvorsorge*), como a utilização de bens públicos e instituições, além do fornecimento de gás, luz, água, etc.;
- d) participação em bens comunitários que não se enquadram no item anterior, como, por exemplo, a participação (no sentido de quota-parte), em recursos naturais de domínio público.

Ao relacionar as prestações como exemplificadas nas duas propostas, corre-se o risco de se ter um núcleo rígido para os direitos sociais, efetivando apenas aquelas prestações assinaladas. E, ao invés de efetivar o direito à igualdade, estar-se-á perto da exclusão social com a negação de direitos sociais.

Desta forma, parece que o melhor ainda é manter a formulação vaga desses dispositivos, deixando para que a sociedade, através de arenas de discussão (como os conselhos municipais) determine o seu conteúdo, ou para os magistrados, por ocasião da sua aplicação, levando em consideração o ambiente social no qual se inserem, o grau de riqueza da sociedade e da eficiência e elasticidade do Estado com relação aos recursos financeiros, como acima citado.

## **5. A hermenêutica dos tribunais**

Verifica-se, do ponto de vista prático, que uma série de questões ligadas aos direitos sociais vem sendo discutidas nos tribunais, nos órgãos legislativos e da administração. Entretanto, observa-se o despreparo jurídico para lidar com esse tema, uma vez que os juristas de um modo geral estão acostumados (e mais preocupados) com interesses individuais, ligados ainda à ultrapassada interpretação constitucional fortemente arraigada ao formalismo jurídico.

A questão social dentro de um Estado democrático de direito visa assegurar efetivamente o direito à igualdade, através de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade. Desta forma, discute-se a necessidade de uma nova visão para tratar da problemática dos direitos sociais nos tribunais, isto é, de uma nova hermenêutica.

O professor Liton Pilau Sobrinho, da Universidade de Passo Fundo (RS), em artigo intitulado *Os direitos fundamentais e a sua efetividade*, cita Lobato:

A jurisprudência dos tribunais não é tão dinâmica quanto se desejaria. A aceitação dos novos valores sociais inerentes ao Estado democrático de direito, inaugurado com a Constituição de 1988, não poderá ser reconhecida imediatamente pelos juízes e tribunais. Parte da dificuldade em se avançar no sentido da efetividade dos novos direitos é depositada ao Legislativo, que não consegue obter o consenso necessário para aprovação de normas infraconstitucionais que desenvolvam e regulamentem direitos sociais e econômicos. Não obstante, o cidadão vai ao Judiciário na esperança de ver reconhecido, garantido e efetivado um direito constitucionalmente positivado. A decisão da justiça que frustra a sua pretensão é de todo incompreensível e pode comprometer, não somente a confiança na Justiça, mas também as bases do regime democrático fundado no Estado de direito. (LOBATO *apud* PILAU SOBRINHO, 2002, p. 313-314).

O *telos* da Constituição brasileira, que adota o Estado (social e) democrático de direito<sup>8</sup>, é conciliar os esquemas de racionalização e limites, que advém do Estado liberal, com as exigências da socialidade e da democracia. Assim, conforme a lição de Konrad Hesse (1998), a Constituição é efetivo instrumento de transformação da sociedade. Essa transformação só ocorrerá a partir do momento que os juristas, principalmente os responsáveis pela ordem constitucional, fizerem presentes na consciência geral a vontade da Constituição.

Assim, pode-se concluir com Clémerson Merlin Clève, que:

[...] os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional singular, emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e, pois, com a plena efetividade dos comandos constitucionais. (CLÈVE, 2006, p. 30).

## **6. Serviço público: instrumentalização dos direitos fundamentais sociais**

Já foi dito acima que os direitos sociais são direitos prestacionais, ou seja, dependem de uma atuação material positiva do Estado, por meio das leis, dos atos administrativos e da implementação de serviços públicos.

Assim, os serviços públicos constituem forma de concretização de direitos fundamentais sociais, porque correspondem às prestações materiais dirigidas aos

---

<sup>8</sup> Este o posicionamento de Sarlet: “Apesar da ausência de norma expressa no direito constitucional pátrio qualificando a nossa República como um Estado Social e Democrático de Direito (o art. 1º, *caput*, refere apenas os termos democrático e Direito), não restam dúvidas – e nisto parece existir um amplo consenso na doutrina – de que nem por isso o princípio fundamental do Estado social deixou de encontrar guarida em nossa Constituição.” (SARLET, 2003, p. 67)

cidadãos, para atendimento das necessidades ou satisfação de comodidades, realizadas pelo próprio Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime jurídico de direito público.

A evolução civilizatória conduziu à superação do Estado Liberal, impondo ao Estado, como forma de justificação e legitimação de seus poderes, a promoção do bem-estar efetivo dos cidadãos e a supressão das desigualdades. Assim surgiu o Estado Social, que trouxe um crescente aumento das funções públicas para a concretização das demandas coletivas. Mas esse modelo paternalista mostrou-se ineficiente para concorrer com a iniciativa privada na prestação de determinados serviços. O Estado Social entrou em crise ao mesmo tempo em que surgia a ideologia do Estado Neoliberal.

Conforme Sarlet (2003, p. 349), através da política e da economia do “Estado mínimo”<sup>9</sup>, propalada pelo Neoliberalismo, verifica-se o enfraquecimento do Estado democrático de Direito e, por conseguinte, dos direitos fundamentais. O mesmo autor ainda esclarece que o ideário neoliberal prescreve a diminuição do Estado, caracterizada principalmente pela desnacionalização, desestatização, desregulação e redução gradativa da intervenção estatal no domínio econômico e social.

No Brasil, que não fugiu a essas alterações a partir da década de 90, impôs-se a necessidade de um novo modelo de gestão administrativa, que visa a eficiência e qualidade dos serviços a serem prestados. É o chamado modelo gerencial de Administração Pública, que substitui o modelo burocrático, voltando-se mais para os processos de controle do que propriamente para os resultados. É a lógica do mercado que passa a regular a atividade estatal.

Essas mudanças implicaram uma redução na atuação direta do Estado, tanto na realização dos direitos sociais quanto na intervenção econômica.

Logo acima verificou-se que o serviço público é uma forma de instrumentalização dos direitos sociais. Com a redução da atuação positiva do Estado, cresce o aprofundamento da desigualdade e da classe de excluídos. No Brasil existem pessoas que sem a intervenção estatal não têm condições de sobreviver.

---

<sup>9</sup> Em artigo publicado na Revista de Direito Administrativo pela mestrande Ana Cláudia Finger (UFPR), ela esclarece que o espanhol Gaspar Ariño Ortiz foi o precursor da teoria do “Estado mínimo”, perfeitamente compatível com a ideologia neoliberal. Acrescenta que o autor espanhol também inovou com um novo modelo de serviço público, buscando evidenciar a falência do serviço público nos seus moldes tradicionais. Cf. FINGER, Ana Cláudia. Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 232, p. 59-82, abr./jun. 2003.

Assim, todo cidadão brasileiro tem direito ao serviço público adequado, efetivando um direito social, podendo exigir do Estado a realização de prestações positivas para a satisfação das necessidades consideradas essenciais. Se o serviço público não for realizado ou ocorrer de modo inadequado, o titular do direito social ainda tem o poder jurídico de exigir prontamente a sua prestação através do Judiciário, devendo o magistrado analisar o *mínimo existencial* e a *reserva do possível*, conforme acima explicados.

Desta forma, percebe-se que países como o Brasil talvez ainda não estejam preparados para o modelo político e econômico do “Estado mínimo”, sob pena de enfraquecimento dos direitos fundamentais sociais.

## **7. A importância do planejamento estatal para concretização dos direitos sociais**

Já se sabe que os direitos sociais são direitos que dependem, para sua efetivação, de uma prestação estatal, que se concretiza através de serviços públicos. Também já se falou sobre a escassez de recursos, devendo a Administração Pública e o Judiciário observarem a reserva do possível, que não pode ser obstáculo para efetivação dos direitos sociais.

Assim, o que se percebe é que os direitos sociais podem sofrer certa limitação, isto é, podem ser restringidos para dar efetividade a quem realmente deles precisa. Desta forma, diante de um quadro permanente de necessidades urgentes em muitas áreas da sociedade e da escassez de recursos, necessário se faz a escolha de prioridades. Como afirma Ana Paula de Barcellos (2002, p. 239), trata-se de fazer escolhas trágicas, pois a decisão de investir os recursos numa área significa deixar de atender outras necessidades. Mas, há quem cabe escolher essas prioridades e a aplicação dos escassos recursos financeiros?

Em primeiro lugar deve ficar claro que o Estado precisa implantar políticas públicas para, progressivamente, efetivar os direitos sociais constitucionalmente previstos. Clémerson Merlin Clève sustenta tese nesse sentido:

[...] incumbe ao poder público consignar na peça orçamentária as dotações necessárias para a realização progressiva dos direitos. Não se trata de adiar a

sua efetividade. Trata-se de estabelecer de modo continuado as ações voltadas para a sua realização num horizonte de tempo factível. (CLÈVE, 2006, p. 37).

O programa orçamentário da Administração Pública para os gastos com serviços públicos ligados aos direitos sociais deve ser bem elaborado, pois se trata de mecanismo pelo qual o Estado administra os recursos públicos e as despesas prioritárias, por isso, depende de planejamento.

Embora tenha conteúdo técnico, o planejamento na esfera pública é um processo político, que pressupõe negociação e decisão políticas entre os vários membros da Federação e setores sociais.

Trata-se de um processo indispensável, que deve ser seguido pelo Poder Público, assim como se faz no setor privado. As empresas privadas bem estruturadas trabalham com planejamento, onde fixam metas, objetivos a serem cumpridos em determinado período de tempo, bem como limites para gastos, por exemplo, entre outras medidas a serem adotadas para o sucesso empresarial.

Através do planejamento estatal discutem-se modelos de desenvolvimento sustentável, abordando as condições econômicas, sociais, políticas, culturais, tecnológicas, religiosas, climáticas e geográficas de cada região ou localidade, a fim de orientar as políticas públicas.

O planejamento deve ser realizado por representantes políticos e da sociedade nas mais variadas áreas. Verifica-se, assim, a importância da participação popular nesse processo. Ninguém melhor do que o próprio cidadão, seja individualmente (como numa votação do Orçamento Participativo Digital) ou através de associações (como Associações de Bairro ou os Conselhos Municipais), para indicar as prioridades em cada área social, direcionando os investimentos que devem ser realizados. Essa é a melhor forma de efetivação dos direitos sociais. Este também o pensamento de Clémerson Merlin Clève:

É indispensável, por outro lado, a presença da sociedade nos processos de elaboração e controle da execução orçamentária. Incumbirá à sociedade civil consciente da singularidade dos direitos de satisfação progressiva, escolher a velocidade dos gastos sociais e proceder às escolhas viáveis dentro de um quadro de escassez de recursos. (CLÈVE, 2006, p. 37).

Desta forma, através da idéia de planejamento como um processo realizado com a participação popular, pode-se alcançar a chamada justiça distributiva. Os tributos arrecadados de todos os setores da sociedade auxiliam na estrutura do governo, mas, também, como se viu acima, na efetivação de direitos sociais instrumentalizados pelos serviços e políticas públicas.

Assim, os recursos financeiros do Estado, que são escassos (*reserva do possível*), devem ser utilizados para concretização dos direitos sociais através de serviços públicos prioritários (*mínimo existencial*) que serão indicados pela própria sociedade, através da sua participação efetiva, alcançando um dos objetivos da Constituição brasileira de 1988, que é a justiça social (art. 3º, I).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como foi dito no início deste trabalho, o objetivo era realizar algumas reflexões sobre problemas relacionados à efetividade dos direitos sociais consagrados na Constituição Brasileira de 1988.

Abordou-se a questão da eficácia das normas constitucionais que tratam dos direitos sociais, verificando-se que o art. 5º, § 1º, da Constituição, também se aplica àqueles dispositivos, que são, portanto, normas de aplicabilidade ou eficácia imediata.

Também foi abordada a problemática da exigência de efetividade dos direitos sociais via Poder Judiciário, no que se constatou a total possibilidade, tendo em vista as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais.

Sobre o conteúdo dos direitos sociais, também indicado como problema não só para os juízes, mas também para a Administração Pública, conclui-se que realmente se está diante de normas abertas e de formulação vaga, o que não lhes retira a aplicabilidade imediata e plena eficácia, ficando a cargo dos intérpretes da norma o seu preenchimento, de acordo com as cláusulas de *mínimo existencial* e *reserva do possível*.

Constatou-se que os direitos sociais sofrem limitações na sua efetividade devido à escassez de recursos financeiros. Todavia, demonstrou-se que isso não é fundamento para a Administração Pública deixar de concretizá-los, pois todos os direitos fundamentais têm custos para serem efetivados. Assim, caberá a razoabilidade entre a



escassez de recursos (reserva do possível) e a dignidade da pessoa humana (mínimo existencial).

A hermenêutica formalista dos juristas também constitui entrave à concretização dos direitos fundamentais, pois muitos deles ainda se encontram presos à uma filosofia ultrapassada, que privilegia os direitos e interesses individuais, devendo essa visão ser modificada para uma hermenêutica mais solidária, de acordo com os valores, princípios e objetivos constitucionais.

Verificou-se também como embaraço à efetividade dos direitos sociais o novo modelo de Administração Pública proposto pelo neoliberalismo, privilegiando um *Estado mínimo*, que representa a diminuição da atividade prestacional do Estado, isto é, de serviços públicos que, como visto, são instrumentos de efetivação dos direitos sociais.

A importância do planejamento estatal com a participação popular também foi destacada, uma vez que o programa orçamentário é imprescindível para efetivação dos direitos sociais.

Assim, mesmo diante de tantos obstáculos, alguns totalmente ultrapassados, outros ainda em fase de consolidação do entendimento, não se pode desistir e pensar que se tem apenas uma folha de papel desprovida de conteúdo normativo, denominada Constituição, assim como entendia Ferdinand Lassale (FINGER, 2003, p. 62). É preferível crer na tese de Konrad Hesse:

[...] a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente [...] Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. (HESS, 1991, p. 19).

Portanto, conclui-se que a efetividade dos direitos sociais é um processo progressivo, que só terá maiores avanços se o esforço doutrinário e jurisprudencial continuar, superando dogmas e mitos, bem como promovendo a participação popular.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AWAD, Fahd Medeiros. O problema da eficácia dos direitos fundamentais. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 18, n. 1, p. 207-213, jan. 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 28-39, jan./mar. 2006.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. Aspectos gerais da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais. *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, v. 21, n. 41, p. 33-66, dez. 2000.

FINGER, Ana Cláudia. Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, n. 232, p. 59-82, abr./jun. 2003.

GORCZEWSKI, Clovis. REIS, Jorge Renato dos. *A concretização dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Norton Editor, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

HESS, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. de Luis Afonso Hock. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

\_\_\_\_\_. *A força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIGINO NETO, Vicente. A efetividade dos direitos sociais. *Revista jurídica Consulex*, Brasília, ano IX, n. 206, p. 60-64, ago. 2005.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. Os direitos fundamentais e a sua efetividade. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 1, n. 16, p. 299-318, jan. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3ª. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 12, n. 46, p. 193-244, abr./jun. 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27ª. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 52, de 08.03.2006. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia do advogado*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1983.