

A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL

Marizélia Peglow da Rosa*

Clovis Gorczewski**

RESUMO

O presente estudo busca fazer uma análise dos Direitos Sociais como Direitos Fundamentais, tendo em vista a não efetivação das políticas públicas que encontram limites na “reserva do possível”, na medida em que ao Estado cumpre a responsabilidade pela justiça social, dentro de suas limitações e reservas orçamentárias. O que atualmente se vê é o descaso com os direitos sociais é a ausência de mecanismos processuais adequados para a tutela dos direitos econômicos, sociais e culturais. É certo, pois, que a discussão em torno da efetividade dos direitos sociais prestacionais não poderá escapar da análise dos elementos e condições financeiras do Estado para que se atenda aos preceitos fundamentais da Constituição Federal. Porém, a escassez de recursos orçamentários jamais poderá se tornar óbice à garantia das condições mínimas de existência humana, sob pena de sacrifício do princípio basilar do constitucionalismo moderno, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana. Considerando-se que o trabalho é de natureza bibliográfica, o *método de abordagem* utilizado foi o método dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITOS HUMANOS SOCIAIS, RESERVA DO POSSÍVEL, POLÍTICAS PÚBLICAS.

RESUMEN

El actual estudio busca hacer un análisis de los Derechos Sociales como Derechos Fundamentales, debido no al efectivación de las políticas públicas que encuentran límites en la “reserva del posible”, en la medida donde el Estado satisface la responsabilidad de la justicia social, dentro de sus limitaciones y reservas

* Professora da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Mestre em Direito e Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas pela UNISC. Integrante do Grupo de Pesquisas Direito, Cidadania e Políticas Públicas da UNISC. E-mail: marizelia@unisc.br.

** Professor da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Pós-doutor pela Universidad de Sevilla-España. Coordenador do Grupo de Pesquisas de Direito Humanos da UNISC. E-mail: clovis.g@terra.com.br.

presupuestarias. Lo que se mira es que actualmente la indiferencia con los derechos sociales es la ausencia de los mecanismos procesuales ajustados para la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales. Es verdad, por lo tanto, que la pelea alrededor de la efectividad de los derechos sociales prestacionales no podrá fuir del análisis de los elementos y de las condiciones financieras del Estado de modo que si atenda las reglas básicas de la constitución federal. Sin embargo, la escasez de recursos presupuestarios nunca podrá convertirse en obstáculo a la garantía de las condiciones mínimas de la existencia humana sob pena de sacrificio del principio fundamental del constitucionalismo moderno, que es, el principio de la dignidad de la persona humana. El presente trabajo es de naturaleza bibliográfica, el método de abordaje fue el deductivo.

PALABRAS-CLAVE: DERECHOS HUMANOS SOCIALES, RESERVA DEL POSIBLE, POLÍTICAS PÚBLICAS.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

O presente estudo busca fazer uma análise dos Direitos Sociais como Direitos Fundamentais, desta forma, é importante que se inicie conceituando os Direitos Fundamentais, pois frequentemente as expressões direitos do homem e direitos fundamentais são utilizadas como sinônimas. Assim, no entendimento de Canotilho “poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente.” Prosseguindo seu entendimento “Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.”¹

Este mesmo autor considera os direitos fundamentais a “raiz antropológica” essencial da legitimidade da Constituição e do poder político: “esta dimensão de universalidade e de intersubjetividade reconduz-nos sempre a uma referência – os

¹ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 359.

direitos do homem”.² São direitos constitucionalmente positivados, direta ou indiretamente, consistentes em normas de fundamental importância ao convívio social assim reconhecidas pelo constituinte, as quais aspiram à igualdade e à universalidade.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Segundo Krell, os direitos fundamentais sociais “não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais”³. Silva, afirma que estes,

[...] como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitem melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento de igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.⁴

Nesse sentido, Sarlet destaca que esses direitos fundamentais sociais, que já haviam se estabelecidos nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849, “caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa.”⁵ Desta forma, percebe-se a dificuldade de se inserir os Direitos Fundamentais Sociais a partir do paradigma da dignidade da pessoa humana no âmbito dos Direitos Fundamentais. Perez Luño aborda os argumentos de várias doutrinas que defendem a tese de que “*existe una antinomia de principio entre las libertades tradicionales y los nuevos derechos económicos, sociales y culturales*”.⁶

² Idem. *Fundamentos da constituição*. 6.ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1993, p. 198.

³ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, p. 19.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, p. 276-277.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 51.

⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos, 1993, p. 203-212, passim. Segundo este autor, os argumentos para a não aceitação dos Direitos Sociais como Direitos Fundamentais podem ser resumidos da seguinte forma: a) no plano da fundamentação, não se pode considerar menos “natural” o direito à saúde, à cultura e ao trabalho que assegure existência digna, do que os direitos à liberdade de opinião e de sufrágio; b) o exercício de direitos individuais, em muitos casos, se

Torres ensina que “os direitos sociais e econômicos compõem o que se convencionou chamar de cidadania social e econômica, que é a nova dimensão da cidadania aberta para o campo do trabalho e do mercado [...]”⁷, devendo ser equacionados a partir da teoria da justiça. Aduz que a justiça social encontra sua expressão constitucional no art. 6º (“são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desempregados”), sendo complementada pelo art.170 (“a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”).⁸ Assinala que “o conteúdo oferecido pela idéia de justiça social cifra-se sobretudo na necessidade de distribuição de rendas, com a conseqüente proteção aos fracos, aos pobres e aos trabalhadores, sob a diretiva de princípios como os da solidariedade e igualdade”.⁹

Segundo Silva, “os direitos sociais são prestações positivas estatais” que estão enunciadas em normas constitucionais e possibilitam melhores condições de vida aos mais necessitados, são direitos que tendem a realizar a igualização de realidades sociais desiguais, portanto norteados pelo princípio da igualdade.¹⁰ Os direitos fundamentais sociais expressam uma ordem de valor objetivada na e pela Constituição. Sob uma fundamentação filosófica dos direitos sociais e mais ainda sob uma perspectiva dogmático-jurídica de abordagem, pode-se classificar os direitos fundamentais sociais tanto em direitos prestacionais (positivos), quanto defensivos (negativos).¹¹

faz dependente de ações judiciais, voltadas para a defesa de direitos coletivos ou difusos; c) os Direitos Sociais, positivados na Constituição, são normas jurídicas imediatamente aplicáveis.

⁷ TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: _____ (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 269.

⁸ Idem, *Ibidem*, p. 270.

⁹ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: Ricardo Lobo Torres (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 272: “nos países atrasados como o Brasil postergou-se a redistribuição de rendas em nome da necessidade do desenvolvimento econômico, pois se apregoava ser preciso que primeiro o país crescesse para que após se fizesse a redistribuição, no que ficou conhecido como a ‘teoria do bolo’ (deixar o bolo crescer para dividi-lo depois); o bolo não cresceu e dele só comeram os mais próximos ou mais sabidos”.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed., p. 289-290.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, D.; GALDINO, F. (Orgs.) *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 554-555, *passim*.

*En suma, los derechos económicos, sociales e 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.*¹²

Torres sustenta que, por dependerem da concessão do legislador, não sendo *status negativos* afastam-se da noção de direitos fundamentais, não gerando por si só direitos a prestações positivas do Estado. Seriam princípios de justiça, normas programáticas, dependendo da disponibilidade orçamentária do Estado e encontrando-se sob a “reserva do possível”.¹³ Inaceitável se nos afigura referida classificação, já que não há *a priori* a prevalência de direitos individuais sobre direitos sociais, mas ponderação, em cada caso concreto, dos direitos que mereçam prioridade sobre os demais. Os direitos sociais podem ser tão vitais quanto os individuais, sendo irrelevante o fato de serem direitos positivos em contraposição aos direitos individuais negativos. Neste sentido é o entendimento de Sarlet:

[...] todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais) ou dispersos pelo restante do texto constitucional ou mesmo que estejam (também expressa e/ou implicitamente) localizados nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil.¹⁴

Bobbio sufraga o entendimento de serem os direitos sociais (de 2ª geração) equiparados aos direitos fundamentais. Os direitos individuais tradicionais, para ele, consistem em liberdades, exigindo obrigações negativas dos órgãos públicos, ao passo que os direitos sociais consistem em poderes, somente podendo ser realizados com um certo número de obrigações positivas.¹⁵ ¹⁶ Para finalizar-se essas discussões doutrinárias, os direitos fundamentais sociais tanto são de obrigações positivas quanto negativas, Abromovich e Courtis discorrem da seguinte forma:

¹² ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Editorial Trota, 2004, p. 25.

¹³ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: Ricardo Lobo Torres (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 273.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, D.; GALDINO, F. (Orgs.) *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 560.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9. ed., Ed. Campus, 1992, p. 21.

¹⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p. 197. Quando trata da índole jurídica dos direitos sociais, aborda o seguinte: “Para Norberto Bobbio se trataria de derechos em “sentido débil” o en vías de convertirse en derechos alguna vez.”

La distinción, sin embargo, es notoriamente endeble. Todos los derechos, llámense civiles, políticos, económicos o culturales tienen un costo, y prescriben tanto obligaciones negativas como positivas. Los derechos civiles no se agotan en obligaciones de abstención por parte del Estado: exigen conductas positivas, tales como la reglamentación -destinada a definir el alcance y las restricciones de los derechos-, la actividad administrativa de regulación, el ejercicio del poder de policía, la protección frente a las interferencias ilícitas del propio Estado y de otros particulares, la eventual imposición de condenas por parte del Poder Judicial en caso de vulneración, la promoción del acceso al bien que constituye el objeto del derecho. Baste repasar mentalmente la gran cantidad de recursos que destina el Estado a la protección del derecho de propiedad: a ello se destina gran parte de la actividad de la justicia civil y penal, gran parte de la tarea policial, los registros de la propiedad inmueble, automotor y otros registros especiales, los servicios de catastro, la fijación y control de zonificación y uso del suelo, etcétera. Todas estas actividades implican, claro está, un costo para el Estado, sin el cual el derecho no resultaría inteligible, y su ejercicio carecería de garantía. Esta reconstrucción puede replicarse con cualquier otro derecho -piénsese, en materia de derechos políticos, la gran cantidad de conductas positivas que debe desarrollar el Estado para que el derecho de votar puede ser ejercido por todos los ciudadanos-. Amén de ello, muchos de los llamados derechos civiles se caracterizan justamente por exigir la acción y no la abstención del Estado: piénsese, por ejemplo, en el derecho a contar, en caso de acusación penal, con asistencia letrada costada por el Estado en caso de carecer de recursos suficientes, o en el derecho a garantías judiciales adecuadas para proteger otros derechos.¹⁷

Sem dúvida, são os direitos sociais que exigem a igualdade entre os povos, “*tienen como principal función asegurar la participación en los recursos sociales a los distintos miembros de la comunidad.*” Esses direitos podem ser entendidos em “*sentido objetivo como el conjunto de las normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibrada y moderadora de las desigualdades sociales.*”¹⁸ Fernández-Largo vai além, quando discorre sobre os direitos fundamentais sociais, [...] *los derechos sociales son derechos humanos en el pleno sentido jurídico. Son derechos fundados en la índole social del ser humano y son exigencias que brotan de la condición de ser miembro activo y solidario de un grupo social.*”¹⁹ São direitos que emergem da Constituição e se impõem ao legislador, por isso têm de ser concedidos a todos os cidadãos, é a chamada igualdade jurídica, atingida com o tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais. E, aqui se adentra em outro problema, o de não haver legislação (inconstitucionalidade por omissão), é o problema das normas programáticas, que será visto em momento oportuno.

¹⁷ ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C.; *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*. Disponível em: <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/courtis.htm>. Acesso em: 19/07/2007

¹⁸ PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p. 86.

¹⁹ FÉRNANDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *Los derechos humanos: âmbitos y desarrollo*. Madrid: Editorial San Esteban, 2002, p. 197.

2 POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS COMO PRESSUPOSTOS DE SUA EFICÁCIA

Os Direitos Fundamentais Sociais encontram-se basicamente previstos no artigo 6º da Constituição Brasileira de 1988, que são os direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, além de ser encontrado no Título VIII, que trata da Ordem Social, o desenvolvimento de conteúdo desses direitos. Anteriormente à Constituição de 1988 esses direitos já se encontravam previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, em seu artigo XXV, item 1. Desta forma, “[...] o direito à moradia é um dos direitos humanos e estes foram recepcionados pela Constituição Federal, por meio do reconhecimento dos tratados internacionais.”²⁰ Os Direitos Fundamentais assumem especial relevância no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que os destacou em título próprio (Título II), conferindo-lhes aplicação imediata, *ex vi* do artigo 5º, § 1º. Conquanto o § 2º do artigo 5º da CRFB/88 esteja inserido no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, daí não se infere sejam afastados os direitos sociais do ali estatuído, pois tanto uns quanto outros se incluem no Título relativo aos Direitos e Garantias Fundamentais.

Os direitos sociais são fins de ação do Estado e não limites de ação do Estado, pois são frutos de intervenção estatal no campo econômico e social, razão pela qual adquirem um significado polêmico quando se trata de desigualdades sociais e tensões sociais.²¹ Mas, é a partir da conexão entre Constituição, lei e Direitos Fundamentais, que se considera a positivação dos direitos fundamentais sociais uma condição essencial para a existência dos direitos com eficácia social.²² Canotilho, ao tratar dos modelos de positivação aborda que, “Sob o ponto de vista jurídico-constitucional, apontam-se principalmente quatro possibilidades de conformação jurídica dos direitos sociais,

²⁰ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 115.

²¹ PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p. 90.

²² ROIG, M. J. A ; AÑON, J. A. (Coord.) *Lecciones de derechos sociales*. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p. 17.”Todos los textos constitucionales, expresión de un poder político democrático, que interioriza las pretensiones morales justificadas como valores o principios políticos, recogen como Derecho positivo a los derechos fundamentales, que se desarrollan, se aplican y se garantizan por otras formas de producción normativa como la Ley y la Jurisprudencia.”

econômicos e culturais.” Quais sejam: As “normas sociais” como normas programáticas; como normas de organização; como “garantias institucionais e; por último, como direitos subjetivos públicos.²³ Pérez-Luño também classifica a positivação dos direitos sociais em quatro sistemas. Mas, posteriormente aborda as críticas a esta classificação. Primeiro, porque compromete o princípio da segurança jurídica. Segundo, porque situa o problema da realização dos direitos sociais em um terreno puramente político e não jurídico. Terceiro, porque a figura de direito público subjetivo (ou de uma visão socialista dos direitos fundamentais - como princípio) é difícil de concretizar pela via constitucional, uma vez que sua delimitação fica a critério do legislador. Quarto, porque sacrifica o valor ideal dos direitos sociais relativizando-os em normas sujeitas a permanente evolução.²⁴

Segundo o posicionamento de Canotilho, se as normas sociais forem vistas como normas programáticas, pode-se dizer que são princípios definidores dos fins do Estado, com relevância política apenas e servindo para pressionar os órgãos competentes. Mas, sob o ponto de vista jurídico, se os direitos sociais forem vistos como normas programáticas, ter-se-á o “fundamento constitucional da regulação das prestações sociais” e ainda, se as normas programáticas transportam princípios, “são suscetíveis de ser trazidas à colação no momento de concretização.”²⁵

A segunda possibilidade é a de considerar os direitos sociais como normas de organização, neste sentido, “as normas constitucionais organizatórias atributivas de competência imporiam ao legislador a realização de certos direitos sociais.” Abrindo-se caminho para as regulamentações legais dos direitos sociais. O que na prática não funciona porque a não regulamentação gera apenas efeitos políticos e não jurídicos. A terceira possibilidade de positivação dos direitos sociais consiste em que as normas sociais atuem como garantias institucionais. “A constitucionalização das garantias institucionais traduzir-se-ia numa imposição dirigida ao legislador, obrigando-o, por um lado, a respeitar a essência da instituição e, por outro lado, a protegê-la tendo em

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Fundamentos da constituição*. 6. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 464-465.

²⁴ PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p. 91. Este autor faz esta abordagem com base em uma monografia do austríaco Theodor Tomandl, *Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht*, Mohr, Tübingen, 1967, pp. 24 ss. y 44-46.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Fundamentos da constituição*. 6. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 464-465.

atenção os dados sociais, económicos e políticos[...]”. A quarta e última possibilidade de positivação é de considerar os direitos sociais como direitos subjetivos públicos, “donde derivariam *direitos reflexos* para os cidadãos.”²⁶ Sarlet, por sua vez, não adentrou no mérito da classificação de Canotilho e Pérez Luño, mas destaca, na Constituição pátria, o considerável número de direitos fundamentais consagrados e, ainda que, as respectivas normas repousem em

[...] disposições distintas entre si também no que diz respeito a forma de sua positivação no texto constitucional. Além disso, não se deveria, em hipótese alguma, desconsiderar a íntima conexão entre a técnica de positivação e a eficácia jurídica da respectiva norma definidora de direito fundamental, do que, em última análise, também depende a posição jurídica outorgada aos particulares. Assim, por demais evidente que a carga eficaz será diversa em se tratando de direito fundamental proclamado em norma de natureza eminentemente programática, ou sob forma de positivação que permita, desde logo, o reconhecimento de direito subjetivo ao particular titular do direito fundamental, [...]

[...] esta vinculação direta entre a diversidade das técnicas de positivação dos direitos fundamentais e as posições jurídicas igualmente distintas delas decorrentes.²⁷

Devido à multifuncionalidade dos direitos fundamentais, estes são classificados em dois grupos, ou seja, “os direitos de defesa (que incluem os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais – no caso, as liberdades sociais – e políticos) e os direitos as prestações (integrados pelos direitos a prestações em sentido amplo, [...])”. Estes últimos normalmente positivados sob a forma expressa de normas programáticas ou normas-objeto, o que exige uma interferência do legislador para que venha a adquirir plena eficácia e aplicabilidade. Neste sentido, a eficácia dos direitos fundamentais e sua positivação devem ser enfrentados com análise da função – direito de defesa ou prestacional -, pois ambos constituem fatores ligados ao grau de eficácia e aplicabilidade desses direitos, “o que significa que a forma de positivação, notadamente em virtude da distinção entre texto e norma [...] possa servir de referencial único, nem mesmo preponderante, [...] para o exame do problema da eficácia e efetividade.”²⁸

Esta multifuncionalidade dos direitos fundamentais e o problema de sua classificação na Constituição conduz à doutrina dos quatro *status* de Georg Jellinek, do

²⁶ Idem, *Ibidem*, p. 465-466.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 257-258.

²⁸ Idem, *Ibidem*, p. 258.

final do século passado, mas que se mostra extremamente atual e, é usada como referencial de classificação dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais sociais entram no terceiro status, no *status positivus ou civitalis*, onde ao indivíduo é assegurada juridicamente a possibilidade de se utilizar das instituições estatais e de exigir do Estado ações positivas.

3 FORMAS DE EFETIVIDADE²⁹ E DE EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS LIMITADAS PELA “RESERVA DO POSSÍVEL”

Os direitos econômicos, sociais e culturais, assim como os direitos civis e políticos implicam distintos níveis de obrigações: obrigação de respeitar, de proteger e de satisfazer esses direitos.³⁰ São obrigações positivas e negativas do Estado. A positivação e subjetivação é hoje uma realidade nas constituições modernas. É através da afirmação constitucional dos direitos sociais que, esses direitos adquirem sua primeira condição de eficácia jurídica. Mas não basta que os direitos fundamentais sociais tenham sido reconhecidos e declarados, é necessário que sejam garantidos.³¹

O artigo quinto, parágrafo primeiro, da Constituição Federal estatui que *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*. Isso abrange as normas que revelam os direitos sociais, nos termos dos artigos sexto ao décimo primeiro. Aqui se tem um problema, porque a própria Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta.³²

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 82 e s. A efetividade significa o desempenho concreto da função social do Direito, representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.

³⁰ ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2 ed. Madrid: Editorial Trotá, 2004, p. 133.

³¹ SILVA, José Afonso da. *Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos Direitos Sociais*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 27 de junho de 2007.

³² Idem.

Desta forma, o disposto no parágrafo primeiro do artigo quinto, que declara todas de aplicação imediata, significa em primeiro lugar que, elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o poder judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.³³

No Brasil, particularmente, os Direitos Fundamentais Sociais à educação e à saúde não são apenas normas programáticas, pois já estão regulamentados através dos artigos 205 e 196 da Constituição Federal. Onde, o direito à educação é dever do Estado e da família e o direito à saúde “é direito de todos e dever do Estado”, nada impedindo que as políticas públicas sejam realizadas através da parceria com a sociedade civil, gerenciadas pelo Estado.³⁴

A eficácia social reduzida dos Direitos Fundamentais Sociais não se deve à falta de leis ordinárias; o problema maior é a não-prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público. [...] O problema certamente está na formulação, implementação e manutenção das respectivas *políticas públicas* e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos estados e dos municípios. (grifos do autor)³⁵

Quanto à definição do que seja política pública, Vallès esclarece que política não é uma atividade realizada de forma gratuita e estéril, ao acaso, mas uma atividade que objetiva produzir resultados, uma vez que suas resoluções, quer por meio de ações, quer de omissões, são genericamente vinculantes, ou, em outras palavras, suas decisões ou não-decisões atingem, diretamente ou indiretamente, à totalidade da comunidade política.³⁶ Nas palavras do autor:

*[...] un conjunto interrelacionado de decisiones y no decisiones, que tienen como foco un área determinada de conflicto o tensión social. Se trata de decisiones adoptadas formalmente en el marco de las instituciones públicas – lo cual les confiere la capacidad de obligar –, pero que han sido percibidas de un proceso de elaboración en el cual han participado una pluralidad de actores públicos y privados.*³⁷

³³ Idem.

³⁴ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 33-34, passim.

³⁵ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 31-32.

³⁶ VALLÈS, Josep M. Las políticas públicas. In: *Ciencia política: una introducción*. Barcelona: Ariel, 2002, p. 377.

³⁷ Idem, Ibidem, Loc. cit.: um conjunto inter-relacionado de decisões e não-decisões, que possuem como foco uma área determinada de conflito ou tensão social. Trata-se de decisões adotadas formalmente pelas instituições públicas – as quais conferem a capacidade de obrigar – razão pela qual tem sido observado

Da análise deste conceito, pode-se observar que as políticas públicas possuem a qualidade de obrigar seus destinatários, quer seja positivamente, quer seja negativamente. São imposições que se aplicam à comunidade, com base na legitimidade política dos que as decidem. Deve-se observar também que nem sempre a coerção paira diretamente sobre a coletividade, mas em determinados casos, manifesta-se indiretamente, razão pela qual as políticas públicas são classificadas. Na concepção de Azevedo, em três tipos: redistributivas, distributivas e regulatórias.³⁸ Já Vallès as classifica em quatro tipos: regulatórias, redistributivas, distributivas e institucionais.³⁹

Mais importante que saber classificar as políticas públicas, é necessário saber implementá-las. A implementação ocorre no campo operacional do direito e o responsável por isso é o Poder Público, através do Poder Executivo que é o responsável por executar as normas legislativas sobre direitos sociais. “Ele cria as próprias políticas e os programas necessários para a realização dos ordenamentos legais”.⁴⁰ Onde o Poder Público for omissivo, ocorre o descumprimento da lei e poderá ser atacado através do mandado de segurança.⁴¹ As políticas públicas atuam de forma complementar à legislação, cuja característica é a generalidade e abstração, como meio de rematá-la e de concretizar seus princípios e regras, perseguindo objetivos certos e determinados.⁴² O Estado brasileiro possui algumas políticas públicas⁴³ voltadas à realização de seus preceitos legislativos mas, estas devem sempre serem destinadas à consecução do bem comum e da dignidade da pessoa humana. “A essência de qualquer política pública é distinguir e diferenciar, realizando a distribuição dos recursos disponíveis na sociedade.”⁴⁴

um processo de elaboração no qual tem participado uma pluralidade de atores públicos e privados (tradução livre).

³⁸ AZEVEDO, Sérgio de. Políticas Públicas: discutindo modelos e alguns problemas de implementação. In: SANTOS JR., Orlando A. (Org.). *Políticas públicas e gestão local*. Rio de Janeiro: Fase, 2003, p. 38.

³⁹ VALLÈS, Josep M. Las políticas públicas. In: *Ciencia política: una introducción*. Barcelona: Ariel, 2002, p. 379.

⁴⁰ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 99.

⁴¹ Idem, *Ibidem*, p. 32.

⁴² BUCCI, Maria P. Dallari. *Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/PoliticPublicas/MariaDallari.htm>. Acesso em: 18 de maio de 2006.

⁴³ Cita-se como exemplos as políticas públicas: industrial, energética, ambiental, da saúde, educacional e habitacional.

⁴⁴ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 101.

A promoção de políticas públicas é feita através de fundos estatais, são as chamadas obrigações de dar e de fazer. Muito utilizadas em campos como o da saúde, da educação, do acesso à moradia. Mas, as obrigações positivas não se esgotam em obrigações que consistem unicamente em dispor de reservas pressupostas a afetos de oferecer uma prestação. As obrigações de serviços podem caracterizar-se pelo estabelecimento de uma relação direta entre o Estado e o benefício da prestação. O Estado pode assegurar o gozo de um direito através de outros meios, no que pode tomar parte ativa, outros sujeitos obrigados. Como exemplo cita-se: a) obrigações do Estado de Estabelecer algum tipo de regulação, sem a qual o exercício de um direito não tem sentido; b) a obrigação exige que a regulação estabelecida pelo Estado limite ou restrinja as faculdades das pessoas privadas, ou lhes imponha obrigações de algum tipo; c) O Estado pode cumprir com suas obrigações promovendo serviços à população, seja de forma mista ou exclusiva. Como se pode ver, a complexidade de obrigações que pode abarcar os direitos fundamentais sociais é variada, conseqüentemente, é falso dizer que as possibilidade de exigência judicial desses direitos são escassas.⁴⁵

A efetivação das políticas públicas encontrou limites na “reserva do possível”, na medida em que ao Estado cumpre a responsabilidade pela justiça social, dentro de suas limitações e reservas orçamentárias. Os fatores que aportam a exigibilidade dos direitos sociais é a “reserva do possível” e o “mínimo existencial”. Canotilho defende a idéia de que, a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais está dentro de uma “reserva do possível” e aponta a sua dependência aos recursos econômicos.⁴⁶

A questão da escassez de recursos como limite para o reconhecimento, pelo Estado, do direito às prestações sempre desafiou os operadores do direito no que diz respeito à eficácia e a efetividade dos direitos sociais. Diante disso, o Magistrado faz o exame da necessidade ou não de interposição legislativa para o reconhecimento de direitos subjetivos sociais e da definição das condições em que isto seria possível. O tema também passa por uma análise do papel do Poder Judiciário no que diz respeito às possibilidades do Magistrado tutelar tais pretensões. Ou, estaria ele limitado ao controle

⁴⁵ ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 32-36, passim.

⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Portugal: Almedina, s/d, p. 463 e s.

do discurso em face da separação dos poderes, já que diante da “reserva do possível” negar-se-ia a competência dos juízes (não legitimados pelo voto) a dispor sobre medidas de políticas sociais que exigem gastos orçamentários.⁴⁷

Os direitos sociais estariam, portanto, "reféns" de opções de política econômica do aparato estatal, eis que a “reserva do possível” traduz-se em uma chancela orçamentária. Diante da inoperatividade do legislativo, a via judiciária apresenta-se como forma de diálogo entre o cidadão e o Estado, com o objetivo de concretização da democracia. Mas isso somente será possível quando houver o rompimento da tese que paira sobre os países subdesenvolvidos de um direito constitucional de baixa eficácia e com a falácia da "reserva do possível", esta última, segundo Krell, fruto da “transferência de teorias jurídicas, que foram desenvolvidas em países “centrais” do chamado Primeiro Mundo com base em realidades culturais, históricas e, acima de tudo, sócio-econômicas completamente diferentes”.⁴⁸

No Brasil, como em outros países periféricos, é justamente a questão analisar quem possui a legitimidade par definir o que seja “o possível” na área das prestações sociais básicas face à composição distorcida dos orçamentos federativos. Os problemas de exclusão social no Brasil de hoje se apresentam numa intensidade tão grave que não podem ser comparados à situação social dos países-membros da união Européia.⁴⁹

De fato, os direitos sociais têm consideráveis efeitos financeiros, "quando são muitos os que o fazem valer", "Mas só isso não justifica inferir a *não-existência* desses direitos. A força do princípio da competência privativa do legislador não é ilimitada. Não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter mais pesos que as razões da política financeira".⁵⁰

Krell elabora uma resposta, para o argumento da “reserva do possível”, tendo como base a Constituição Federal de 1988, ou seja,

[...] tratar todos! E se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras área (transporte, fomento econômico, serviço de dívida) onde sua

⁴⁷ BIGOLIN, Giovanni. *A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais*. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/indices/geral0001.htm>. Acesso em: 30 de outubro de 2007.

⁴⁸ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 51.

⁴⁹ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 53.

⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 495.

aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde. Um relativismo nessa área pode levar a “ponderações” perigosas e anti-humanistas do tipo “por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?”⁵¹

Alexy aponta um modelo de direitos fundamentais sociais, onde se leve em conta os argumentos favoráveis e também os desfavoráveis. Krell considera paradigmática – a citação de Alexy, abaixo - para o problema da realização dos direitos sociais numa sociedade periférica como o Brasil:

*El grado del ejercicio de los derechos fundamentales sociales aumenta en tiempos de crisis económica. Pero, justamente entonces puede haber poco de distribuir. Parece plausible la objeción según la cual la existencia de derechos fundamentales sociales definitivos, por más mínimos que sean, vuelve imposible en tiempos de crisis la necesaria flexibilidad y, por ello, una crisis económica puede conducir a una crisis constitucional. Sin embargo, cabe señalar aquí que no todo lo que existe como derecho social está exigido por derechos sociales iusfundamentales mínimos; segundo, las ponderaciones necesarias de acuerdo con el modelo aquí propuesto, pueden, bajo circunstancias diferentes, conducir a diferentes derechos definitivos y, tercero, justamente en tiempos de crisis, parece indispensable una protección iusfundamental de las posiciones sociales, por más mínima que ella sea. (Grifos nossos)*⁵²

Bigolin aborda de forma clara que, “A melhor abordagem sobre a questão do reconhecimento de direitos subjetivos a prestações sociais, encontrada na doutrina nacional, foi a empreendida por Ingo Wolfgang Sarlet”, quando ele constata ser comum aos modelos de Christian Starck, R. Breuer e Robert Alexy a problemática da reserva do possível e a objeção da reserva de competência parlamentar. Quando na verdade a preocupação deve ser centrada na determinação do objeto e do quantum da prestação, pois é ao legislador que cabe a decisão da aplicação do recurso público. Onde, deve-se potencializar a eficácia dos Direitos Fundamentais à luz da norma contida no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, para assegurar um padrão mínimo de segurança material. Para Sarlet, a vida e o princípio da dignidade da pessoa humana constituem fios condutores na tarefa de otimizar a eficácia dos Direitos Fundamentais. Sustenta ainda uma dupla interpretação da dignidade, ou seja, expressão da autonomia da pessoa

⁵¹ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 53.

⁵² ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 496.

humana, bem como da necessidade de sua proteção por parte da comunidade e do Estado.⁵³

Enfim, pode-se definir os limites impostos pela reserva do possível, baseando-se em Sarlet, e no limite real de escassez de recursos orçamentários, o valor fundamental da dignidade da pessoa humana, “o qual representaria o verdadeiro limite à restrição dos direitos fundamentais, coibindo eventuais abusos que pudessem levar ao seu esvaziamento ou à sua supressão.”⁵⁴

Abramovich e Courtis ao discorrerem sobre os obstáculos para a eficácia dos direitos econômicos, sociais e culturais abordam problemas de determinação da conduta devida. O primeiro deles seria quanto ao conteúdo e vagueza jurídica desses direitos. O segundo a falta de especificação do conteúdo de um direito. O terceiro é a necessidade de considerar uma dupla ordem de condicionamentos vinculada com a determinabilidade de conduta devida, quando se trata de direitos econômicos, sociais e culturais.⁵⁵ Para exemplificar, os autores relatam a conduta devida do Estado quando tratar de direitos sociais com o seguinte exemplo:

*[...] las posibilidades fácticas de cumplimiento del objetivo fijado en el tratado delimitan con bastante precisión la conducta debida del Estado: si el aumento de la mortalidad infantil por contagio de una enfermedad, o la proliferación de una enfermedad endémica o epidémica sólo son prevenibles a través de la administración de una vacuna, la conducta debida queda determinada por la inexistencia de cursos de acción alternativos.*⁵⁶

Estes autores concluem dizendo que os juízes não substituem os poderes políticos na eleição concreta de políticas públicas desenhadas para a satisfação do direito, mas sim examinam a idoneidade das medidas eleitas para lograr essa satisfação. Eles analisam como um mecanismo de solução de conflito como o processo judicial opera, onde uma parte ganha e outra perde, podendo resultar idôneo para resolver uma situação que confrontem numerosos interesses individuais e coletivos e; logo após relata que “cuando mayor sea el margen de debate con relación a estas cuestiones que pueden calificarse como “políticas” o “técnicas”, menores serán las posibilidades de éxito de

⁵³ BIGOLIN, Giovanni. *A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais*. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/indices/geral0001.htm>. Acesso em: 30 de outubro de 2007.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2 ed. Madrid: Editorial Trota, 2004, p. 121-125, passim.

⁵⁶ Idem, Ibidem, p. 126.

la acción intentada.”⁵⁷ Abramovich e Courtis enumeram duas vias de exigibilidade dos direitos sociais. A via de exigibilidade direta e a indireta. Na direta,

*En los casos en los que la violación de la obligación estatal resulte clara, y la conducta debida por el Estado para reparar da violación pueda señalarse sin dificultad, las acciones judiciales deben estar dirigidas a obtener del Estado da realización de la conducta debida para reparar la violación del derecho, [...]*⁵⁸

Já a indireta, quando, devido a alguns obstáculos, resultar impossível a tutela judicial direta de direitos sociais, estes devem ser protegidos indiretamente. Aproveita-se as possibilidades judiciais e os mecanismos de tutela que brindam outros direitos, de modo a permitir através da via indireta, o amparo do direito social em questão.⁵⁹

É certo, pois, que a discussão em torno da efetividade dos direitos sociais prestacionais não poderá escapar da análise dos elementos e condições financeiras do Estado para que se atenda aos preceitos fundamentais da Constituição Federal. Porém, a escassez de recursos orçamentários jamais poderá se tornar óbice à garantia das condições mínimas de existência humana, sob pena de sacrifício do princípio basilar do constitucionalismo moderno, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana⁶⁰. A garantia do “mínimo existencial” acaba por constituir o padrão mínimo da efetivação dos direitos sociais de prestação, pois, sem o mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do indivíduo e, com ela, as condições de liberdade.

Torres ao falar sobre o “mínimo existencial”, lembra que, embora o STF tenha decidido que o Executivo não está obrigado a pagar precatório judicial se não houver

⁵⁷ Idem, Ibidem, p. 128.

⁵⁸ Idem, Ibidem, p. 133.

⁵⁹ ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2 ed. Madrid: Editorial Trota, 2004, p. 168.

⁶⁰ A dignidade humana, atualmente definida como um princípio informador do Direito, desempenha um papel de extrema importância na vida econômica e social dos indivíduos. Sabendo que a finalidade do Direito e do Estado é de servir e resguardar o Homem, o princípio da dignidade da pessoa humana se torna um meio de alcançar o bem-estar social e proteger o indivíduo da ação nociva de seus semelhantes, de si mesmo e do próprio Estado. A dignidade da pessoa humana constitui elemento basilar de qualquer instrumento jurídico democrático, fundindo-se com os próprios conceitos de liberdade e igualdade que embasaram o surgimento dos direitos fundamentais. Sem a garantia e a implementação da dignidade humana, não há que se falar em liberdade e igualdade. Por outro lado, também não existem liberdade e igualdade efetivas quando não se observa o mínimo necessário para a garantia da dignidade humana. Nelson Rosenvald entende que a dignidade da pessoa humana “é simultaneamente valor e princípio, pois constitui elemento decisivo para a atuação de intérpretes e aplicadores da Constituição no Estado Democrático de Direito”. ROSENVALD, Nelson. *Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 08.

recursos disponíveis⁶¹, esse entendimento não deve se estender para os casos em que se discute a garantia do "mínimo existencial", "que tem prevalência sobre eventuais sobras de caixa".⁶² Sem o mínimo existencial, não há que se falar em liberdade e/ou igualdade, pois a dignidade humana é o alicerce e o ponto de partida para a efetivação de qualquer direito fundamental. Nessa ponderação de valores, é essencial a invocação do princípio da proporcionalidade para se resguardar o equilíbrio entre a reserva do possível e o mínimo existencial, impedindo, assim, o retrocesso nas conquistas sociais. A medida em que, ao Estado cumpre a responsabilidade pela justiça social, dentro de suas limitações e reservas orçamentárias. Tais limitações, entretanto, não podem inviabilizar ou anular a garantia das necessidades básicas para a sobrevivência do indivíduo, dentro do conceito de mínimo existencial, sob pena de afronta ao princípio da dignidade humana, pilar de toda a sistemática dos direitos humanos e fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se concluir que a garantia dos direitos sociais primariamente cabe ao Estado, embora a vinculação das entidades privadas encontre apoio no princípio constitucional da solidariedade que é dotado de força jurídica e influência a interpretação de todo o sistema constitucional. Desta forma, não há maiores dificuldades no reconhecimento da vinculação direta dos particulares à dimensão defensiva dos direitos sociais, quando estes não adotam comportamentos lesivos aos bens jurídicos de terceiros, tutelados pelos direitos sociais. Cabe, assim, ao Poder Público o ônus de arcar com esses direitos e aos particulares com os tributos para financiar o Estado.⁶³

Mas, o que se percebe que vem ocorrendo no Brasil é o fato de se estudar muito os direitos fundamentais e um pouco menos os direitos fundamentais sociais, mas a aplicação a casos concretos deixa a desejar. Os direitos fundamentais começam a adentrar nas relações entre particulares através da sua irradiação e também orientados pela constitucionalização do direito privado.⁶⁴ Com isso todos temos a perder, pois

⁶¹ Intervenção Federal 492/SP. Acórdão do Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes. Data do acórdão: 26/03/2003. Publicado no Diário da Justiça da União de 01/08/2003.

⁶² TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível. In: NUNES, A. J. A.; COUTINHO, J. N. M. (orgs.). *Diálogos Constitucionais: Brasil-Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 465.

⁶³ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p.376-377.

⁶⁴ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007, p. 226.

conforme Fernández-Largo, os direitos fundamentais sociais são direitos “*a satisfacer las necesidades básicas de toda persona.*”⁶⁵ E, garantir as necessidades básicas do cidadão é dever do Estado e direito do cidadão, razão pela qual, a sociedade necessitava de uma atitude ativa do Estado para proporcionar um ambiente de justiça social e garantir o “mínimo existencial”.

Aceitar-se que os direitos sociais deixam de ser efetivados tão simplesmente "porque" inexistente orçamento suficiente para sua implementação se estaria afirmando categoricamente que o custo impede a realização do programa constitucional de uma sociedade plural, fraternal, solidária, comprometida com a cidadania, com a promoção do desenvolvimento nacional e a erradicação das desigualdades regionais e sociais.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Editorial Trota, 2004.

ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C.; *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*. Disponível em: <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/courtis.htm>. Acesso em: 19/07/2007

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

AZEVEDO, Sérgio de. Políticas Públicas: discutindo modelos e alguns problemas de implementação. In: SANTOS JR., Orlando A. (Org.). *Políticas públicas e gestão local*. Rio de Janeiro: Fase, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BIGOLIN, Giovani. *A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais*. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/indices/geral0001.htm>. Acesso em: 30 de outubro de 2007.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Os direitos fundamentais sociais*. Disponível em: http://www.marcusbittencourt.com.br/html/artigos/direitos_sociais.asp. Acesso em 16/11/06.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9. ed., Ed. Campus, 1992.

⁶⁵ FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *Los derechos humanos: ámbitos y desarrollo*. Madrid: Editorial San Esteban, 2002, p. 186.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BUCCI, Maria P. Dallari. *Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/PoliticasPublicas/MariaDallari:htm>. Acesso em: 18 de maio de 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Portugal: Almedina, s/d.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Fundamentos da constituição*. 6. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina.

FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *Los derechos humanos: ámbitos y desarrollo*. Madrid: Editorial San Esteban, 2002.

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

MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007.

OLIVEIRA JR., José Alcebíades de. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos, 1993.

ROIG, M. J. A ; AÑON, J. A. (Coord.) *Lecciones de derechos sociales*. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, D.; GALDINO, F. (Orgs.) *Direitos*

fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros.

SILVA, José Afonso da. *Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos Direitos Sociais*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 27 de junho de 2007.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: _____ (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e a Reserva do Possível. In: NUNES, A. J. A.; COUTINHO, J. N. M. (orgs.). *Diálogos Constitucionais: Brasil-Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VALLÈS, Josep M. Las políticas públicas. In: *Ciencia política: una introducción*. Barcelona: Ariel, 2002.