



Interpretação constitucional dos Direitos Sociais

16/08/2006

Muito se tem discutido acerca da efetividade dos direitos constitucionalmente garantidos. Ao tempo em que a Constituição Federal de 1988 trouxe a previsão de diversos direitos sociais — como o trabalho (artigo 7º), a saúde (artigo 196), a previdência social (artigo 194), a assistência social (artigo 203), a cultura (artigo 215) e o desporto (artigo 217) — debate-se em diversos ramos do conhecimento, como no meio jurídico, sociológico e mesmo na mídia, que no Brasil é por demais baixa a efetividade desses direitos.

Em um país que, em muitos setores sociais, dá ainda os primeiros passos, ostentando IDH — Índice de Desenvolvimento Humano pior do que o de países ainda em organização tribal, o Brasil ainda não conseguiu garantir aos seus nacionais sequer os direitos a liberdades públicas ditas de primeira dimensão, como a liberdade e a vida.

Para tal constatação, basta acompanhar nos noticiários as violações cometidas — muitas vezes pelas próprias instituições públicas — contra a vida das pessoas, como nos grupos de extermínio, a morte dos mendigos no centro da cidade de São Paulo e os menores abandonados mortos em frente à Candelária no Rio de Janeiro.

Recentemente, foi constatado até mesmo trabalho em condições análogas à de escravo em construção de prédio do fórum no interior do estado do Rio de Janeiro — figura agora tipificada como crime pelo artigo 149 do Código Penal pela alteração promovida pela Lei 10.803/03. Nem se comente, por já ser do conhecimento da maioria, os exemplos dessa nova forma de escravidão nas regiões agrárias brasileiras e, especificamente na cidade de São Paulo, os trabalhadores de origem latino-americana — em sua maioria bolivianos, paraguaios e colombianos — que prestam serviços sem condições de higiene, saúde e segurança, em recintos fechados, muitas vezes tendo como empregador-explorador os próprios compatriotas e sob a ameaça de denúncia às autoridades brasileiras, tendo em vista a sua situação de estrangeiro irregular no Brasil.

Verifica-se que ainda não são concretizados em nosso país tanto os direitos básicos — que em sua maioria requerem abstenções estatais, em posição de respeito e equidistância —, quanto os chamados direitos de segunda dimensão, como os sociais, que reclamam do Estado ações prestacionais, positivas.

Quanto à implementação dos direitos sociais, recentemente vem sendo objeto de estudo a denominada interpretação constitucional evolutiva que propugna pela alteração do texto constitucional não em seu texto, mas na compreensão dos seus significados e na progressiva concretização de seus princípios e garantias, a partir de uma compreensão sistemática e axiológica conceitual.



Isto é, ao aplicar normas constitucionais aos casos concretos examinados, devem ser propostas soluções que estejam em consonância com as linhas mestras reconhecidas nos direitos humanos internacionais e na Constituição Federal de forma a dar materialidade às garantias às quais o Constituinte de 1988 se propôs a perseguir, quais sejam os valores de uma sociedade fraterna, pluralista, a redução das desigualdades sociais e regionais e a garantia dos direitos sociais como direitos e garantias fundamentais.

Este estudo propõe-se — nesse cenário que envolve diversos setores, jurídico, econômico, social e, principalmente político —, comentar e detalhar alguns mecanismos previstos na doutrina e na jurisprudência que intentam, de forma progressiva, reconhecer e efetivar esses direitos. Não se pretende nem de longe abarcar a matéria de forma suficiente, uma vez que, pela sua abrangência, melhor seria abordada em uma monografia. A importância da matéria, contudo, nos impulsiona a, ao menos, pontuar alguns fatos e argumentos que podem ser utilizados como fundamentos a uma compreensão mais humana do problema.

Evolução do modelo de estado nacional e os direitos humanos fundamentais

O Estado liberal-burguês que emergiu da Revolução Francesa de fins do Século XVIII procurou garantir os direitos à vida, à liberdade e à propriedade. Foi o coroamento do natural processo perseguido pela classe burguesa que era detentora de bens materiais e de certa influência social, mas ainda sofria para ter seus direitos reconhecidos por representantes da aristocracia e do clero. Foram assegurados, assim, direitos que receberam a classificação de interesses de primeira geração ou dimensão, direitos nitidamente negativos, isto é, que emanam efeitos principalmente em face do Estado, demandando deste uma postura de abstenção, de não fazer, negativa portanto.

Como salienta um dos maiores especialistas brasileiros na matéria, Ingo Wolfgang Sarlet, “os direitos fundamentais na sua função defensiva caracterizam-se, essencialmente, como direitos negativos, dirigidos precipuamente a uma conduta omissiva por parte do destinatário (Estado ou particulares — na medida em que se pode admitir uma eficácia privada dos direitos fundamentais); abrangem, além dos assim denominados direitos de liberdade, a igualdade perante a lei, o direito à vida e o direito de propriedade, os quais integram o que se convencionou chamar de primeira geração dos direitos fundamentais”¹.

Continua o autor, afirmando que “fazem parte deste grupo todos os direitos fundamentais que objetivam, em primeira linha, a proteção de certas posições jurídicas contra ingerências indevidas, de tal sorte que, em princípio, se cuida de garantir a livre manifestação da personalidade (em todos os seus aspectos), assegurando, além disso, uma esfera de autodeterminação (autonomia) do indivíduo”.

Nada obstante, a evolução das relações sociais e políticas demonstrou a insuficiência desse modelo, pois a sociedade, enquanto agrupamento humano, deve ser regida por regras de mútua proteção, ou seja, organizada como um todo orgânico, cabendo ao Estado, que é o braço institucional que em última instância representa todos os cidadãos, promover os direitos sociais, como a valorização do trabalho e a assistência pública aos necessitados. Nessa quadra

valorativa, esses interesses, ditos sociais, demandam uma providência já não apenas negativa, mas positiva do estado, dita prestacional, e, normalmente, são classificados como de segunda geração ou dimensão.

Assim, em relação aos direitos de primeira dimensão, tem-se a possibilidade de titularidade de direitos “em face do Estado”, interesses nitidamente negativos, ao passo que no tocante aos direitos de segunda dimensão, devem ser estes implementados, em regra, “por intermédio do Estado”, porquanto positivos e prestacionais.

Na dicção de Daniel Sarmiento, “apesar dos progressos que o advento dos direitos liberais representou para a Humanidade, a realidade mostrava a sua insuficiência para assegurar a dignidade humana; a industrialização, realizada sob o signo do *laissez faire, laissez passer*, acentua o quadro de exploração do homem pelo homem, problema que o Estado liberal absenteísta não tinha como resolver”².

Anota Sarmiento que, “assim, o poder público distancia-se da sua posição caracterizada pelo absenteísmo na esfera econômica, e passa a assumir um papel mais ativo, convertendo-se, mesmo no regime capitalista, no grande protagonista da cena econômica”. O Estado Liberal, conclui, “transforma-se no Estado Social, preocupando-se agora não apenas com a liberdade, mas também com o bem-estar do seu cidadão”³.

É de se anotar a diferença de denominação que se verifica na doutrina, entre gerações e dimensões de direitos fundamentais. Contudo, esta última denominação tem se mostrado de maior aceitação, pois analisa as diferentes fases de reconhecimento dos direitos de maneira cumulativa, ao passo que o conceito de geração sugere a idéia de substitutividade, o que não espelha a natureza dos direitos humanos.

Como estratégia para compreender a forma como os direitos sociais devem ser implementados, além de examinar a evolução do modelo de Estado, cumpre, da mesma forma, examinar, ainda que de maneira sucinta, como os princípios jurídicos passaram do papel de meros orientadores para os operadores do direito, para verdadeiro centro do sistema jurídico, operando efeitos genuinamente normativos.

Papel desempenhado pelos princípios na moderna hermenêutica constitucional

A diferenciação entre princípios e regras, e seus correspondentes efeitos, foi objeto de estudo especial por Ana Paula de Barcellos⁴: “Essa diferença foi em boa parte responsável pela concepção desenvolvida e divulgada em especial por Ronald Dworkin e Robert Alexy acerca das formas de aplicação de princípios e regras. Como se sabe, na concepção desses autores, as regras (e nessa categoria se estará incluindo também a área nuclear dos princípios) têm estrutura biunívoca, aplicando-se de acordo com o modelo do ‘tudo ou nada’. Isto é, dado seu substrato fático típico, as regras só admitem duas espécies de situação: ou são válidas e incidem ou não incidem por inválidas. Juridicamente, uma regra vale ou não vale. Não se admitem gradações. Ao contrário das regras, os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível, admitindo uma aplicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades físicas e jurídicas existentes”.

A partir de estudos científicos como esse, acerca dos princípios e regras, algumas conclusões passaram a ser possíveis, podendo-se afirmar que, diferentemente das regras — que são examinadas sob uma ótica da aplicação ou do descarte absolutos —, os princípios devem ser objeto de ponderação, técnica pela qual não é atribuída hierarquia aos diferentes princípios em jogo, mas, no exame do caso concreto, se promovem as necessárias acomodações, por um método de máxima observância e da mínima restrição, para que nenhum princípio seja anulado.

Outra evolução que se verificou no estudo dos princípios foi no sentido de atribuir-lhes força normativa, deixando estes de representar, como dantes, simples parâmetros de interpretação. Deste giro, e numa síntese apertadíssima, colocam-se as normas como gênero, do qual são espécies princípios e regras.

Ao atribuir-se carga normativa aos princípios mestres da Constituição — como a dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho, busca do pleno emprego, função social da propriedade e solidarismo constitucional —, é possível uma interpretação pós-positivista, alinhando-se a esses princípios constitucionais fundamentais todas as normas, nacionais ou de convenções internacionais, formando um bloco normativo, cujos elementos se intercomunicam por um “diálogo de fontes”.

Essa técnica é importante e essencial, pois a Constituição brasileira é pródiga em princípios e garantias fundamentais abertas que, na prática jurídica diária, não têm a efetividade desejada, em decorrência do apego exagerado dos operadores do direito às regras. Vale, assim, antes de pontuar métodos de como se podem interpretar e implementar esses direitos sociais, fazer breve alusão ao rol de garantias fundamentais disposto no ordenamento jurídico pátrio e alienígena.

Direitos sociais na CRFB de 1988 e na Organização Internacional do Trabalho

Sem o objetivo de esgotar a imensa gama de direitos de cunho social contemplados na Carta de 1988, podem-se mencionar as seguintes garantias: o objetivo de assegurar os direitos sociais como valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (preâmbulo da CRFB); a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho como fundamento da República brasileira (art. 1º, incisos III e IV); a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação — tudo isso como objetivos fundamentais da república (art. 3º, incisos I, III e IV); a garantia dos direitos sociais como direitos e garantias fundamentais (art. 6º, Capítulo II do Título II); a função social da propriedade, a redução das desigualdades sociais e a busca do pleno emprego como princípios da ordem econômica (art. 170, incisos III, VII e VIII); a garantia estatal da previdência, da saúde e da assistência social (arts. 194, 196 e 203), bem como da educação, da cultura e do desporto (arts. 205, 215 e 217).

Além desses, foram assegurados inúmeros direitos sociais pelas convenções da OIT — Organização Internacional do Trabalho, especificamente ligadas aos interesses dos trabalhadores. A partir de sua criação no início do Século XX, a OIT editou diversas convenções

contemplando direitos sociais trabalhistas mínimos a serem observados pelos Estados partícipes, entre eles o Brasil. Como uma visão panorâmica, contudo, vale menção à Declaração de Princípios daquela entidade, editada em 1998, pela qual foi sistematizado o reconhecimento aos denominados pela OIT de direitos fundamentais do trabalho.

Esse rol de direitos fundamentais do trabalho foi produto da escolha pela OIT, dentre as dezenas de convenções editadas anteriormente, de direitos que representam o que há de mais essencial ao trabalho digno. Assim sendo, apresenta-se a seguir, de maneira sistemática, os direitos trabalhistas considerados fundamentais pela OIT, com a alusão à Convenção Internacional que o contemplou:

- a) a liberdade sindical (Convenção OIT nº 87);
- b) o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva (Convenções OIT nºs 98 e 154);
- c) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório (Convenções OIT nºs 29 e 105);
- d) a abolição efetiva do trabalho infantil (Convenções OIT nº 138 e 182); e
- e) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação (Convenções OIT nºs 100 e 111).

Merecem menção, ainda, os direitos previstos no Pidesc — Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Esse pacto foi adotado pela Assembleia Geral da ONU — Organização das Nações Unidas, em dezembro de 1966. No entanto, só foram implementadas ratificações necessárias para sua entrada em vigor dez anos depois, em janeiro de 1976. O Pidesc foi ratificado pelo Brasil em 12 de dezembro de 1991 e promulgado pelo Decreto Legislativo n. 592, de 6 de dezembro de 1992, passando a integrar nosso ordenamento jurídico.

Segundo Clarice Duarte, “em seu Preâmbulo, o Pidesc estabelece que o ideal do homem livre não pode ser realizado sem a criação de condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos, impondo aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades da pessoa humana”⁵.

Deve ser citado, também, o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, adotado pela Organização dos Estados Americanos em 17 de novembro de 1988 e ratificado pelo Brasil em 21 de agosto de 1996, conhecido como Protocolo de São Salvador e aprovado pelo Congresso Nacional mediante o Decreto Legislativo 56, de 19 de abril de 1995.

Esse diploma prevê sejam assegurados pelos países partícipes aos seus nacionais e aos estrangeiros diversos direitos como obrigação de não-discriminação, direito ao trabalho, condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho, direitos sindicais, à greve, à previdência social, à saúde, ao meio ambiente sadio, à educação e à cultura.

Como se percebe desse apanhado de normas constantes da CRFB de 1988 e de diplomas internacionais, não é pequeno o rol de direitos e garantias a que está obrigado o Estado brasileiro na área social. Mostra-se, portanto, inegável a necessidade de implementação gradativa desses direitos que deve ser objeto de enfoques sob os mais diversos aspectos: jurídico, econômico, político, sociológico etc. No tocante aos mecanismos jurídicos aptos a implementar tal mister, há a técnica da interpretação constitucional evolutiva, tema central do presente estudo.

A técnica da interpretação constitucional evolutiva — mutação constitucional — e sua aplicabilidade aos direitos sociais

Inicialmente, cumpre ressaltar o elevado status que os direitos e garantias sociais, previstos principalmente nos artigos 6º a 11 da Constituição Federal, ostentam na Carta Magna. Parcela ponderável da doutrina brasileira sustenta, até mesmo, que, malgrado não previstos expressamente como cláusulas pétreas, são tais direitos infensos a alterações promovidas pelo legislador constituinte reformador.

Conforme acentua Fayga Silveira Bedê, “considerando-se que as matérias protegidas por esta cláusula implícita de intangibilidade dizem respeito àquele núcleo inalterável da Constituição que — muito embora não tenha constado expressamente no art. 60, § 4º, inciso IV — não pode ser objeto de restrição ou supressão (em seus aspectos essenciais) pelo Poder Constituinte Reformador, sob pena de esvaziamento da própria identidade constitucional, parece insofismável concluir — ainda que por uma atecnia do constituinte — que os ‘direitos e garantias individuais’ são considerados cláusulas pétreas, isto é, limites materiais expressos, porque constaram expressamente sob esta qualificação (cf. art. 60, § 4º, inciso IV), ao mesmo passo em que os demais direitos fundamentais – cuja menção ficou apenas implícita – configuram-se, por óbvio, em limites materiais implícitos”⁶.

Além disso, especificamente no que se refere aos direitos sociais trabalhistas, também a Constituição da Organização Internacional do Trabalho – OIT, a sua Declaração de Princípios de 1998 e o PIDESC — Pacto Internacional de Desenvolvimento Econômico e Social asseguram tal status de fundamental aos direitos humanos ao trabalho.

De outro giro, na seara dos direitos humanos fundamentais vige o princípio do não-retrocesso social, agora previsto expressamente no Pacto de São Salvador, ratificado recentemente pelo Brasil. Por esse pacto, os direitos fundamentais, uma vez reconhecidos e implementados, não admitem retrocesso e, além disso, devem, obrigatoriamente, ser reconhecidos progressivamente pelos países signatários:

“Artigo 1. Obrigação de adotar Medidas

Os estados-partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, **a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo**”. (sem grifos no original)

Da mesma maneira também se posiciona a doutrina humanista majoritária, podendo-se citar a lição de Ingo Wolfgang Sarlet ⁷, quando se posiciona acerca dos direitos sociais a prestações que já foram objeto de concretização pelo legislador. Quanto à matéria, assim discorre o autor: “neste sentido, impõe-se a indagação sobre se um dos efeitos inerentes às normas constitucionais que consagram direitos fundamentais desta natureza não seria também o de gerarem o que se convencionou chamar de proibição de retrocesso, impedindo o legislador de, voltando atrás sobre seus próprios passos, abolir determinadas posições jurídicas por ele próprio criadas. Cumpre frisar, neste contexto, que parte da doutrina se posiciona favoravelmente a este aspecto, ressaltando que, uma vez concretizado determinado direito social prestacional, este acaba por transformar-se, neste sentido, num típico direito de defesa”.

Assim, não há como, a partir de uma interpretação que busque a máxima efetividade desses princípios, em um juízo de razoabilidade e proporcionalidade, admitir que se realizem retrocessos de direitos sociais.

Ressalte-se, a título de retórica, que Otto Bachoff sustentou, no pós-guerra de 1945, a possibilidade do reconhecimento de normas constitucionais inconstitucionais (cf. sua obra *Normas Constitucionais Inconstitucionais — Verfassungswidrige Verfassungsnormen*), ainda sem receber, contudo, a devida aceitação pelos tribunais constitucionais. Ou seja, mesmo o Poder Constituinte originário, dito ilimitado, não poderia inserir no texto magno disposições contrárias aos pilares dessa própria constituição ou aos valores considerados essenciais por todos os povos, como a vida, a liberdade, a dignidade e o trabalho.

Opiniões como essa demonstram a importância que se deve dar aos valores, na acepção axiológica do termo, ao promover a interpretação de determinada norma, ainda que de alçada constitucional. A moderna interpretação constitucional, assim, deve se pautar pelo conteúdo valorativo dos fundamentos e princípios constitucionais maiores.

Nesse ponto, chega-se ao centro deste estudo, qual seja a conclusão de que a hermenêutica jurídica e a interpretação das normas constitucionais devem ser feitas pela técnica que vem se denominando de interpretação constitucional evolutiva, pela qual se promove verdadeira “mutação constitucional”, com alteração do entendimento e aplicabilidade de suas normas, e não propriamente de seu texto.

A partir desse método, o sentido dado à Constituição muda ao longo do tempo, sem alteração formal do seu texto, sendo tal fenômeno corolário direto do princípio do não-retrocesso social, acima mencionado e estudado. Ou seja, em um país no qual a Constituição instituiu um verdadeiro Estado Social de Direito, como o exemplo do caso brasileiro, qualquer interpretação ou sentido dado às normas jurídicas que promova retrocesso social ou que não vise à progressiva concretização dos direitos fundamentais sociais – como o trabalho, a saúde, a assistência social, a cultura e o esporte – será, inegavelmente, inconstitucional.

Acentue-se, por exemplo, que, nos dias atuais, principalmente pós-Emenda Constitucional 45/04, propõe-se, entre o meio jurídico trabalhista de vanguarda, que se possa, até mesmo, por uma interpretação constitucional evolutiva, assegurar os direitos sociais da CRFB a todos os

trabalhadores e não só aos empregados, já que a Carta Magna refere-se, no artigo 7º, a direitos dos trabalhadores e não “dos empregados”, tendo a jurisprudência equivocadamente se firmado em sentido oposto.

A matéria foi objeto de estudo por Rodrigo de Lacerda Carelli, para quem, na interpretação da Constituição, “mais do que o sentido dado quando da criação das normas, deve ser observado o diálogo realizado entre o texto e a sociedade, que é dinâmica por natureza, para a busca da normatividade integral do documento fundamental; a compreensão do fenômeno constitucional está hoje exigindo a sua leitura como norma e sistema abertos, possibilitador de diálogos entre a sua realidade jurídica e material (real e histórica)”⁸. Conclui o autor que, “por seu dinamismo, a aplicação do Direito, e principalmente da Constituição, não é mera dedução da ‘vontade do legislador’, ou do ‘espírito da lei’, mas sim processo de contínua adaptação de suas normas à realidade social e seus conflitos”⁹.

Além disso, como exemplo de normas que implementam direitos sociais e, que, uma vez adotadas, não se poderiam operar retrocessos, pode-se registrar o caso *sui generis* da Convenção 158 da OIT. Esse instrumento internacional, tendo sido ratificado pelo Brasil mas posteriormente denunciado, contém disposições que proíbem a dispensa imotivada de trabalhadores, sendo como tal considerada aquela que não se fundamenta em critério razoável técnico ou econômico. Aponta-se, contudo, em doutrina, o status constitucional desses tratados sobre direitos humanos, que não poderiam ser alterados nem mesmo por emenda constitucional, tendo em vista a proibição do retrocesso social, a interpretação constitucional evolutiva e a cláusula de abertura inserta no artigo 5º, parágrafo 2º, do Texto Magno. Além desses argumentos, sustenta-se a irregularidade formal da denúncia dessa Convenção, de sorte que o aludido diploma internacional ainda estaria em pleno vigor em nosso país.

Pode-se citar, a respeito, o que sustentou o ex-ministro Arnaldo Sussekind, em artigo publicado na Revista LTr, 60-06/735:

“Por via de consequência os tribunais do trabalho em nosso país poderão, em perfeita consonância com tratado multilateral da OIT, ordenar a reintegração do trabalhador arbitrária ou injustamente despedido, quando ele:

- a) tiver direito à estabilidade decenal, do art. 492 da CLT, adquirida antes da vigência da Constituição de 5 de outubro de 1988;
- b) estiver amparado pela estabilidade ou garantia de emprego, estipulada em convenção, acordo coletivo, sentença normativa, regulamento de empresa ou no próprio contrato de trabalho;
- c) enquadrar-se numa das hipótese de estabilidade provisória previstas na Carta Magna e na legislação infra-constitucional (dirigente sindical; diretor da cooperativa na empresa onde trabalha; representante de categoria, grupo ou ramo profissional em tribunal de trabalho, conselho de previdência social, conselho curador do FGTS ou colegiados de outros órgãos públicos; gestante; cipeiro; acidentado)”.

Essa interpretação evolutiva — a partir de princípios-valores, de cláusulas gerais e de abertura e de conceitos jurídicos indeterminados — permite o reconhecimento de direitos fundamentais sociais não somente na Constituição Federal, mas também nas leis e em convenções internacionais. Opõe-se tal técnica à normatividade-codificada típica do século XIX que almejava confinar em textos escritos estanques todas as possibilidades de regras a serem aplicadas.

Certo é, contudo, que na operacionalização desse reconhecimento e implementos crescentes dos direitos sociais, há que se fazer cotejo com os recursos estatais disponíveis: aquilo que se convencionou denominar de exame da reserva do possível.

Reserva do possível e suas espécies fática e jurídica

Quando se planejam políticas públicas que, em essência, veiculam o atendimento aos direitos sociais, esbarra-se na escassez de bens materiais que, no meio econômico, representa um problema a ser resolvido mediante a alocação de recursos e, também, pela seletividade.

No meio jurídico, e na interpretação das normas tendentes a implementar tais direitos, alude-se à expressão “reserva do possível”, sustentando-se, grosso modo, que — malgrado possa haver direitos sociais reconhecidos nas normas nacionais ou internacionais a que o Brasil tenha aderido — apenas dentro das possibilidades orçamentárias e financeiras pode o Estado financiá-los.

No estudo da reserva do possível, podem-se distinguir duas espécies, a fática e a jurídica. A primeira refere-se aos limites dos recursos públicos disponíveis ao passo que a reserva do possível jurídica relaciona-se com a necessária ponderação que deve ser feita em relação a todos os princípios em jogo, para decidir-se qual decisão tomar no caso concreto.

Em relação a esse mecanismo de pesos e contrapesos, assevera Francesco Conte que, “entre essas duas reservas do possível — a fática e a jurídica — deve caminhar o administrador público na busca para tornar sua ação a mais eficiente possível. Observados os limites materiais e as imposições jurídicas, deve o administrador ponderar dentre as diversas alternativas possíveis aquela que promove o melhor custo-benefício. Nesse ‘balanço entre ônus e ônus’, entram não apenas os recursos financeiros em si, mas toda a gama de interesses coletivos e individuais afetados pela ação administrativa”¹⁰.

Rosalia Carolina Kappel Rocha, em relevante monografia escrita sobre o tema¹¹, refere-se à importante menção do ministro do STF Celso de Melo:

“O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se manifestar acerca da ‘reserva do possível’. Com efeito, na ADPF 45 MC/DF, o Relator Min. Celso de Melo, afirmando que a referida Corte *‘não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (...) – , sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer de modo inaceitável, a integridade da*

própria ordem constitucional’, não deixa de enfatizar o tema pertinente à ‘reserva do possível’, ‘notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas’. Assim é que menciona que os condicionamentos impostos, pela cláusula da ‘reserva do possível’, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração — de implantação sempre onerosa — *‘traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas’.* Assim, a intervenção do Judiciário na seara dos direitos sociais não resta impossibilitada, devendo o julgador, entretanto, observar a razoabilidade da pretensão e a existência de disponibilidade financeira estatal”.

Contudo, importa ressaltar que — apurados os recursos orçamentários previstos em cada caso concreto e promovida a necessária ponderação entre os princípios e interesses envolvidos — não se poderá deixar de atender a um parcela dos direitos fundamentais básicos do cidadão, o que se convencionou denominar de “mínimo existencial”. Isto é, existem direitos e situações específicas em relação às quais não se concebe possa o Estado abster-se, alegando falta de recursos públicos ou outros interesses públicos.

Há que se aplicar ao caso a teoria dos “limites dos limites”, pela qual a ponderação dos princípios e garantias constitucionais se dá pela harmonização, impondo limites a cada um desses interesses em conflito. Nada obstante, mesmo a essa ponderação — limites impostos a cada direito — são impostos limites, não se podendo comprimir e comprometer um direito a tal ponto de atingir seu “núcleo essencial”. Esse “núcleo essencial”, portanto, é corolário do próprio mínimo existencial que não se permite possa deixar de ser atendido, sob pena de desmantelamento da própria sociedade enquanto todo harmônico.

É possível arrolar diversos exemplos em que se aplica tal teoria. Um deles é o caso de pessoas que necessitam urgentemente de medicamentos: se determinado cidadão encontra-se à beira da morte, como por exemplo em virtude de falta de medicamentos para o combate à síndrome de imunodeficiência adquirida, o fato de o custeio de saúde ser previsto ou não em norma do Ministério ou de Secretarias da Saúde não pode ser argumento para o Estado deixar de atender ao enfermo, sendo que o juiz que se deparar com o caso, geralmente em sede de liminar em Mandado de Segurança, deve conceder a medida em favor do paciente, tendo em vista, no caso concreto, a premência da situação e a importância do direito à vida em detrimento de questões orçamentárias ou burocráticas.

Implicações do desrespeito aos direitos humanos mediante organismos internacionais

Deve-se ter em conta que o não-atendimento dos direitos sociais pelo Estado pode acarretar, além de consequências judiciais, sociais e políticas internas, também repercussões internacionais.

Especificamente quanto aos direitos humanos, acentua Flávia Piovesan que a Comissão Interamericana, desde maio de 2001, possui em seu regulamento disposição (art. 44) no sentido de que os estados que não cumprirem as recomendações emanadas por aquela instituição internacional, terão os casos submetidos à Corte Interamericana, salvo decisão fundada da maioria absoluta dos membros da Comissão¹².

Quanto à responsabilização dos países integrantes da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, vale referência ao caso mundialmente conhecido em que a República brasileira fez acordo, em setembro de 2003, reconhecendo a sua responsabilidade internacional pela violação dos direitos humanos por não ter cumprido sua obrigação em proteger as pessoas que trabalham em condições análogas à de escravo (crime previsto no art. 149 do Código Penal). Dentre os milhares de casos como esse que são constatados em nosso país, o caso de um trabalhador, chamado José Pereira, chegou à Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, e o governo brasileiro assumiu o compromisso de continuar a envidar esforços na erradicação desse tipo de escravidão moderna e foram pagos ao trabalhador R\$ 52 mil¹³.

Importa trazer à discussão, por pertinente, a recente observação feita por Flávia Piovesan¹⁴, de que atualmente cresce o processo de judicialização dos conflitos, tendo sido, criado até mesmo, e pela primeira vez na história da humanidade, um Tribunal Penal Internacional, para julgar crimes graves contra a humanidade, compreendendo os crimes de genocídio, de guerra e de agressão. A criação desse Tribunal foi aprovada em Roma, em 17/7/1998, para vigorar a partir de 1o/7/2002, para buscar o equacionamento da garantia do direito à justiça, o fim da impunidade e a soberania do Estado, à luz do Princípio da Complementariedade. Esse princípio significa que “a Jurisdição do Tribunal Penal Internacional não substitui a local, mas a ela é complementar e subsidiária”¹⁵.

Não pode haver dúvida da submissão do Brasil a tribunais penais internacionais, caso tenha aderido ao instrumento internacional que os tenha instituído, principalmente com a recente alteração do texto constitucional operado pela Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, a qual incluiu no art. 5º o parágrafo 4º, *ipsis verbis*:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”. (sem grifos no original).

A partir desses fatos é possível dimensionar a necessidade de que o estado brasileiro, bem como toda a sociedade e instituições, promovam a implementação gradativa dos direitos humanos fundamentais, pois a sua recusa ou retardamento pode acarretar até mesmo a responsabilização do governo e de pessoas físicas e jurídicas perante comissões e cortes internacionais especialmente criadas para esse mister e às quais aderiu espontaneamente a república brasileira.

Conclusão

Como se expôs, o Estado Social de Direito hoje instalado em nosso país reclama uma postura das instituições — Estado, empresas e sociedade em geral — guiada pelo solidarismo e pela fraternidade social, no que toca à implementação dos direitos fundamentais sociais previstos na Carta Política de 1988, bem como nas leis e demais normas nacionais e instrumentos internacionais aos quais o Brasil tenha manifestado adesão.

Como visto, além das sanções na ordem interna que podem advir no não-reconhecimento progressivo dos direitos humanos, há, ainda, responsabilidade da República brasileira perante comissões e cortes de justiça internacionais, devendo-se registrar a recente criação do Tribunal Penal Internacional, a inclusão do parágrafo 4º no artigo 5º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional 45/04 e a indenização que o Brasil se obrigou por acordo internacional a pagar ao trabalhador José Pereira, submetido a condições análogas à de escravo.

Há que se considerar, de outra parte, que todos esses argumentos mencionados neste estudo devem ser tomados como fundamento para uma decisão política da sociedade e das instituições brasileiras — entre elas a Magistratura e o Ministério Público —, tomando como primordial em uma sociedade pluralista e solidária o reconhecimento dos direitos humanos fundamentais sociais e sua evolutiva implementação.

Notas de rodapé

1 - SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*. Disponível em . Pág. 14. Acesso em 01/12/2005.

2 - . SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, pág. 31.

3 - Idem, págs. 34 e 35.

4 - *Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*. Págs. 75/76. in *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. BARROSO, Luís Roberto (ORG). Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

5 - *Os documentos internacionais de proteção aos direitos humanos e a legislação brasileira*. Disponível em . Acesso em 01/06/2006.

6 - *Sísifo no limite do imponderável ou direitos sociais como limites ao poder reformador*, págs. 105/106, in *Constituição de Democracia — Estudos em Homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. BONAVIDES, Paulo; MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson; e BEDÊ, Fayga Silveira. (Org.). São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

7 - *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*. Pág. 34. Disponível em . Acesso em 01/12/2005.

8 – *Formas Atípicas de Trabalho*. São Paulo, Editora LTr, 2004, pág. 133.

9 – Idem, pág. 134.

10 – *Eficiência e democracia*. Disponível em . Acesso em 11/1/2006.

11 – *A Eficácia dos Direitos Sociais e a Reserva do Possível*. Págs. 22/23. Disponível em . Acesso em 05/06/2006.

12 – *Direitos Humanos e a Jurisdição Constitucional Internacional*, págs. 126, in BONAVIDES, Paulo; MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson; e BEDÊ, Fayga Silveira. (Org.) *Constituição de Democracia — Estudos em Homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

13 – O tema foi objeto de excelente monografia de autoria de Telma Barros Penna Firme: *O Caso José Pereira: A Responsabilização do Brasil por Violação de Direitos Humanos em Relação ao Trabalho Escravo*. Pág. Disponível em . Acesso em 01/06/2006.

14 – op. cit., pág. 125.

15 – op. Cit., pág. 125.

Bibliografia

– BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. in A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. BARROSO, Luís Roberto (Org.). Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

– BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4a edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2001.

– BEDÊ, Fayga Silveira. *Sísifo no limite do imponderável ou direitos sociais como limites ao poder reformador. in Constituição de Democracia — Estudos em Homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. BONAVIDES, Paulo; MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson; e BEDÊ, Fayga Silveira. (Orgs.) São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

– BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9a Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

– CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas Atípicas de Trabalho*. São Paulo, Editora LTr, 2004.

– CONTE, Francesco. *Eficiência e democracia*. Disponível em . Acesso em 11/1/2006.

– DUARTE, Clarice. *Os documentos internacionais de proteção aos direitos humanos e a legislação brasileira*. Disponível em . Acesso em 01/06/2006.

– PENNA FIRME, Telma Barros. *O Caso José Pereira: A Responsabilização do Brasil por Violação de Direitos Humanos em Relação ao Trabalho Escravo*. Disponível em . Acesso em 01/06/2006.

- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e a Jurisdição Constitucional Internacional*. in *Constituição de Democracia – Estudos em Homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. BONAVIDES, Paulo; MARQUES DE LIMA, Francisco Gerson; e BEDÊ, Fayga Silveira. (Orgs.) São Paulo: Editora Malheiros, 2006.
- ROCHA, Rosalia Carolina Kappel. *A Eficácia Dos Direitos Sociais E A Reserva Do Possível*. Disponível em https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_V_novembro_2005/rosalia-eficacia.pdf>. Acesso em 05/06/2006.
- ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais e Relações de Trabalho*. São Pulo, Editora LTr, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1998.
- _____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4a edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado: 2006
- _____. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*. Disponível em _____. Acesso em 01/12/2005.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2006-ago-16/interpretacao_constitucional_direitos_sociais/