

# IGUALDADE SUBSTANCIAL E TITULARIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS

Max Möller\*

**Sumário:** Introdução - 1. CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL PRESTACIONAL - 1.1. Origem dos direitos sociais - 2. A IGUALDADE MATERIAL COMO FUNDAMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS - 2.1. Identificação da desigualdade nos direitos sociais prestacionais - 3. ESCASSEZ E EFICÁCIA: A NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO DA TITULARIDADE NAS AÇÕES ESTATAIS EM UM CONTEXTO DE LIMITAÇÃO DE RECURSOS - 3.1. Necessidade de justificação da igualdade formal quando se trata de direitos prestacionais - 3.2. Igualdade formal e material – faces do princípio da igualdade em constante tensão - e aplicação do princípio da proporcionalidade 3.3. Critérios para determinação da discriminação positiva – controle dos critérios de estabelecimento da discriminação 3.4. Igualdade formal no processo de discriminação positiva - 4. Universalidade dos direitos sociais prestacionais – notas conclusivas.

**Resumo:** O presente artigo trata da relação entre o princípio da igualdade e os direitos sociais. Sustenta-se que em relação aos direitos sociais, ao menos diante de uma situação de escassez, devem ter sua titularidade restringida, a fim de que possam cumprir sua finalidade.

**Palavras-chave:** direitos fundamentais – igualdade – titularidade – Igualdade formal e substancial.

## INTRODUÇÃO

Apesar dos quase vinte anos da Constituição Federal de 1988, é relativamente recente o aparecimento de demandas judiciais pleiteando prestações por parte do Estado *lato sensu* ao fornecimento de bens ou outras prestações de valor econômico com base em normas constitucionais diretamente ou indiretamente, em razão de legislação regulamentadora da matéria. Ao caso objeto de análise no presente estudo interessam mais especificamente os direitos prestacionais, os quais constituiriam uma subespécie dos direitos sociais e que têm por objeto uma prestação material consistente em alcançar ao titular bens de consumo ou que lhe são de alguma forma necessários.

---

\* Procurador do Estado do RS, Doutorando em direito pela Universidade de Burgos – Espanha.

A matéria, assim como sua análise judicial nos últimos dez anos tem se tornado de extrema importância e polêmica, uma vez que não aporta somente elementos meramente jurídicos, senão que sofre grande influência de questões econômicas e políticas. Outrossim, dentro do âmbito jurídico, tem o tema apresentado grande complexidade no que se refere ao cumprimento de decisões judiciais no sentido de determinar ao Estado uma ordem de prestação de determinado bem a um cidadão, mormente em razão da existência de um considerável número de óbices constitucionais ao cumprimento da ordem pelos administradores públicos, os quais enfrentam a notória impossibilidade de atender a todos diante de uma limitação econômica incompatível com alguns direitos “reconhecidos” em políticas legislativas ou extraídos diretamente da Constituição.

No presente estudo, partimos de um precedente judicial exemplificativo, o qual veio a julgar a constitucionalidade de política pública que buscava a regulação de direito constitucional relativo ao fornecimento de prestações materiais na área da saúde pública, qual seja, a do fornecimento de medicamentos. Não obstante os vários temas polêmicos que suscita a matéria – tais como definição do objeto da prestação, limitações de ordem financeira, confronto com critérios de igualdade em relação à possibilidade do alcance da prestação a todos, etc. - será analisada tão-somente a questão relativa à titularidade dos direitos prestacionais numa realidade de escassez tal como é a da Administração Pública brasileira, principalmente a dos Estados *stricto sensu*. Essa análise sobre a titularidade de tais direitos será cotejada em relação à própria origem e fundamento dos direitos sociais, cuja análise é indispensável à sua aplicação. A questão, como já antes advertimos, não possui caráter meramente jurídico, mas também político, pelo que não só traz limites ao legislador no desenvolvimento de políticas públicas, mas também ao juiz, de respeitar um mínimo político à atividade do legislador. Em meio a estas questões de Estado encontra-se o cidadão que necessita da prestação estatal, o qual não pode ficar privado da prestação.

É sobre a titularidade de tão relevantes direitos e da possibilidade de se lhes conferir a devida eficácia que se passa a tratar, tendo como fundamento das considerações o princípio da igualdade.

### **Um caso concreto**

A fim de melhor ilustrar o tema aqui tratado elegemos uma decisão relativa ao tema ora tratado, qual seja a decisão proferida no processo 1.05.0376185-4, que tramitou perante a 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre, no qual postulava a requerente o fornecimento da medicação CetubimaxB (Erbitux). A referida medicação, frisa-se, não possuía registro na ANVISA, não estava disponível no país, e tinha caráter experimental. Durante a instrução processual, foi determinado pela julgadora *a quo* a vinda aos autos da declaração de bens da autora e seu cônjuge. Juntada aos autos, a soma dos bens declarados da autora e seu marido montava R\$ 1.644.119,41 (um milhão, seiscentos

e quarenta e quatro mil cento e dezenove reais e quarenta e um centavos). Alegou a autora que era titular do direito à saúde, sendo obrigação do Estado garanti-lo uma vez que a Constituição Federal assegurava a saúde como direito de todos. Disse, outrossim, que a quantia das declarações referiam-se ao patrimônio de seu marido, pelo que não seria comunicável ao patrimônio da autora, casada em comunhão parcial de bens, bem como seria dever principal do Estado de assisti-la, e não do marido. A decisão de primeiro grau acabou por negar o direito ao fornecimento da medicação em razão de que o patrimônio da autora e de seu marido permite suportar o custo dos medicamentos, considerando que o casamento, seja qual for o regime, implica no dever de mútua assistência.

Assim, entendeu não cumprir a autora as condições previstas no artigo 1º da Lei Estadual n. 9.908/93, que, ao regulamentar o artigo 196 da Constituição Federal no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, restringia o fornecimento gratuito de medicamentos àqueles que não tiverem condições de os adquirir por seus próprios meios, sem prejuízo de seu próprio sustento ou de sua família.

A referida decisão foi objeto de apelo pela autora, tramitando perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, sob o número 70012753612, o qual foi parcialmente provido para determinar a divisão dos custos entre autora e Estado, o qual restou assim ementado.

DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO À PACIENTE QUE PADECE de câncer de cólon-retal. co-RESPONSABILIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. assistência de familiar também prevista PELA CE-89. choque de princípios. incorrência. hipótese que melhor se resolve pela aplicação conjunta dos princípios, guiados pelo da razoabilidade.

Direito à saúde que detém proteção especial nas Constituições Federal e Estadual. Os requisitos postos na legislação de regência para o fornecimento da medicação foram implementados, ainda que a paciente não se enquadre no conceito de carente, conseguindo custear boa parte de seu tratamento, pagando pelas repetidas cirurgias e pelos caros exames que tem realizar periodicamente. Alto custo do medicamento que impõe a participação do Estado e da família da apelante no atendimento à sua saúde, sendo este um superdireito que deve prevalecer sobre os princípios orçamentários e financeiros esgrimidos na defesa pelos entes públicos. Ausência de afronta aos princípios da independência e autonomia dos Poderes. Relevância dos interesses protegidos (vida e saúde de paciente portadora de doença grave). Aplicação do princípio da assistência à família que merece mitigação e aplicação conjunta e harmônica, à luz do princípio da razoabilidade.

APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. VENCIDO O RELATOR. (TJRS, APC n. 70012753612, 3ª CÂMARA CÍVEL, Rel. Des. NELSON ANTÔNIO MONTEIRO PACHECO, j. 01.12.2005)

Não obstante o caso em tela possibilite a discussão sobre vários aspectos relativos ao controvertido direito social a prestações de saúde pública, o objeto da análise do presente trabalho restringe-se exclusivamente ao tema da titularidade dos

direitos sociais prestacionais em geral diante de um contexto de escassez, análise que se faz com base na igualdade material, fonte dos direitos sociais prestacionais.

## 1 CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL PRESTACIONAL

Ao ingressarmos no estudo sobre a titularidade dos direitos sociais prestacionais necessário fazer uma breve menção do objeto de estudo a fim de melhor analisar estes direitos de estrutura tão singular. Aqui, impõe-se destacara, a restrição à titularidade em relação aos direitos fundamentais sustentada no presente estudo refere-se exclusivamente a esta espécie de direitos fundamentais. Assim, impõe-se breve contextualização sobre a origem dos direitos sociais prestacionais.

### 1.1 Origem dos Direitos Sociais

A sociedade plural e organizada corporativamente revela uma realidade diversa da pacífica sociedade de pequenos, sobre a qual foi forjada a doutrina liberal. Nas palavras de VIEIRA DE ANDRADE, “a construção da harmonia liberal é destruída pela erupção de uma luta entre preferências diversas, onde certas contraposições se manifestam com tal intensidade que algumas doutrinas e teorias descobrem na sociedade antagonismos radicais e historicamente determinantes”<sup>1</sup>. Diante da crise do modelo de igualdade formal puro, o qual revela-se insuficiente à resolução aceitável dos conflitos sociais existentes, faz-se necessária uma forma alternativa de regulação dos interesses sociais, a qual demanda um câmbio na forma de concepção de alguns direitos.

À crise ideológica do modelo de Estado liberal baseado na igualdade formal, soma-se à crise econômica demandada pela aglomeração urbana da sociedade. Tal como explica FORSTHOFF, a aglomeração social potencializada no século XIX trouxe consigo uma dependência do indivíduo que antes não possuía. A diminuição do espaço vital impede que o indivíduo já saque a água que necessita do poço, cultive na horta alguns alimentos que necessita, separa o indivíduo de sua estrutura familiar, enfim, coloca o indivíduo numa situação de constante dependência e necessidade. O indivíduo depende agora, de um posto de trabalho e, não o tendo, de uma assistência para prover suas necessidades mínimas que antes buscava em seu “espaço vital”<sup>2</sup>. Assim, diante do desamparo do

<sup>1</sup> Cf. Vieira de Andrade, Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. – 3a edição – Coimbra: Almedina. 2004, p. 57

<sup>2</sup> Nas palavras de FORSTHOFF: “El hombre sin espacio vital que domine, que no pueda sacar el agua del pozo, que no pueda recoger en el bosque la leña que necesita para el hogar, que no pueda obtener del huerto o del establo los alimentos necesarios, vive en una situación de notoria necesidad. Para obtener lo que exige su subsistencia necesita de medidas organizadas y amplios mecanismos de abastecimiento. Y puesto que el hombre sin espacio vital que él domine directamente no tiene reservas, no está protegido frente a las crisis, sino abandonado a la asistencia en las más diversas formas. Depende de un puesto de trabajo con un salario que le permita obtener al menos el mínimo vital para sí y para su familia, y si no tiene trabajo necesita una ayuda en dinero.” In Problemas constitucionales del Estado social. El Estado social, V.V.A.A., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 48

indivíduo e da ausência de outro ente estruturado e com capacidade para suprir o desamparo de determinados grupos de indivíduos em condição de necessidade, assume o Estado a tarefa de intervir no domínio econômico, assim como organizar estruturas de amparo social<sup>3</sup>.

Estes direitos de proteção social, que buscam já não possuem mais a característica de proteção do indivíduo contra o poder do Estado, mas a “transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”<sup>4</sup>. Têm, assim, seu reconhecimento constitucional no início do século XX, com destaque às precursoras constituições do México, em 1917, e Alemanha, em 1919.

Vale destacar que esses direitos de cunho social, principalmente os de conteúdo prestacional, encontram no seu princípio graves problemas de reconhecimento. Tal ocorre não somente porque trazer normas de lógica diversa dos direitos liberais até então conhecidos, como também porque passam os direitos sociais a limitar os direitos civis e políticos<sup>5</sup>. Tais direitos autorizam uma intervenção estatal (na forma de regulação legislativa ou com ações materiais) em determinados campos que se entendam problemáticos, restringindo a autonomia social até então existente e intocável. Esta atribuição de poderes ao Estado, vale destacar, só veio a crescer no século XX, levando a regimes de governo quase que totalitários até a retomada de determinados atores sociais e o esgotamento de recursos necessários para que o Estado ocupasse tamanho espaço social, o que acabou por gerar a chamada crise do Estado social. Adiciona-se à complexidade do modelo social de direitos a controvérsia natural no trato com a solidariedade. Até quando dividir? Em que termos dividir? Quanto dividir? O que dividir? Quem deve contribuir e quem tem direito a beneficiar-se? Estes são sempre temas polêmicos que acompanham desde sempre os direitos sociais e que, no caso nacional, não se observa muita atenção aos mesmos, conforme trataremos de abordar.

A essa indefinição natural que qualquer questão envolvendo a solidariedade envolve, soma-se o fato de que na positivação dos direitos sociais prestacionais em geral adotam os constituintes um enunciado normativo de caráter aberto, geralmente mais próximo de uma estrutura de princípios que de regras. Tal fato, longe de ser uma tentativa de que tais normas tenham interpretação em forma das ultrapassadas “normas programáticas” ou “diretrizes políticas”, tem fundamento porque as conseqüências a serem adotadas no caso de sua incidên-

<sup>3</sup> Conforme Vieira de Andrade: “Nesta sociedade dividida e conflitual, os indivíduos, que já nada podem sozinhos, limitados agora pelos grupos em que participam, confrontados e ameaçados pelos restantes, têm, também eles, de confiar no Estado e de através dele procurar reaver a sua liberdade concreta. Revoltados contra a ordem injusta que a abstenção do Estado liberal tinha consentido, os mais desfavorecidos organizam-se e pretendem o domínio do poder político ou, pelo menos, reivindicam dos poderes públicos uma intervenção efectiva para uma transformação radical das estruturas sociais.”. cf. Os direitos..... p. 58

<sup>4</sup> expressão de Sarlet, cf. A eficácia dos direitos fundamentais. 4a ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 55

<sup>5</sup> Para melhor esclarecimento sobre o tema sugerimos a leitura do artigo “Problemas constitucionales del Estado social”, de Ernest FORSTHOFF, In Problemas constitucionales del Estado social. El Estado social, V.V.A.A., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 44 e segs..

cia em uma situação fática, não comportam um comando padrão. A idéia de posituação dos direitos sociais sob a forma de princípios parte de pressuposto que estes possuem como destinatários a um grupo indeterminado de pessoas, o que somente permite a sua identificação no caso concreto. De outro lado, o objeto da prestação é, em geral, muito amplo, pelo que precisa ser especificado no caso concreto (inclusive quanto à sua proporcionalidade), e cotizado com as possibilidades do pretense titular do direito e do obrigado em prestá-las. Por isso sua posituação na forma de regra é muito difícil<sup>6</sup>.

Pois ao que nos interessa na definição dos direitos sociais prestacionais é o fato de que as intervenções estatais necessárias à construção de uma seguridade social na sociedade de massa pode ocorrer de diferentes formas. Segundo ALEXY, a escala de ações positivas do Estado que podem ser objeto de um direito a prestações se estende desde a proteção do cidadão frente aos demais, através de normas de direito penal, passando pela edição de normas de organização e procedimento, até prestações em dinheiro e bens<sup>7</sup>.

O conceito é, portanto, muito amplo, abrangendo o conceito de direitos sociais toda a atividade interventiva do Estado. Teremos, então, os direitos a meras prestações normativas, os quais não se confundem com os direitos de

<sup>6</sup> Sobre esses problemas a análise de Maria del Carmen BARRANCO: "Efectivamente, la nueva función de procura asistencial es satisfecha muchas veces a través de estos derechos sociales a los que se dota en los sistemas que acogen el principio de Estado social de un carácter "fundamental". En los Estados "sociales" ha sido preciso dotar de efectividad a estos derechos aun cuando muchas veces vienen configurados de forma "vaga" y carecen de unas mínimas garantías. L. López Guerra considera los derechos sociales consecuencia de nuevo carácter del Estado como Estado benefactor que en el tiempo sigue a la función del Estado como regulador. El objetivo a alcanzar es la garantía de un mínimo existencial, para lograrlo, el Estado "se va configurando no sólo como un regulador del mismo contenido de las relaciones contractuales (aparte de la regulación de la forma de las mismas), sino también como proveedor o financiador de una serie de prestaciones a individuos concretos, prestaciones distintas de la provisión de bienes indivisibles (seguridad, orden público, estabilidad monetaria, etcétera), no sólo por su carácter de prestaciones individualizadas, sino por tratarse de prestaciones jurídicamente exigibles por el individuo sujeto del derecho/crédito. No hay ya, pues, una regulación del contenido de derechos clásicos (que suponen el "Estado regulador"), sino una auténtica creación de nuevos derechos subjetivos"; como ejemplos paradigmáticos cita los ámbitos de la "educación" y de la "Seguridad Social". Si bien puede decirse que tienden a realizar esta función de, en definitiva, procura asistencial, no es posible equiparar la figura de los derechos sociales a la de los derechos prestación o de crédito. Más bien hay que entender los "derechos sociales" como una expresión de uso corriente que como una categoría técnica para aludir a "aquellos que se desenvuelven y despliegan su eficacia en el ámbito de la Economía, de la Cultura o de las relaciones laborales. La forma en que se articulan estos derechos como medidas tendientes a satisfacer las necesidades incompatibles con la igualdad y libertad reales varía. Así, unas veces aparecen como normas de organización cuyos destinatarios son los poderes públicos; otras como derechos de libertad de contenido igualitario, ya sean de autonomía, crédito o prestación. No sólo falta un concepto preciso, a la vista de los rasgos que normalmente se utilizan para identificarlos, también la categoría está lejos de ser homogénea. Sin embargo, y frente a quienes se amparan en la ambigüedad para rechazar o desfundamentalizar la figura, también pueden ser entendidos como instrumentos al servicio de los mismos valores que inspiran derechos 'tradicionales' (cuestión distinta será el acuerdo sobre el contenido de estos valores), y su inclusión o exclusión del 'regateo político' nos es sino una opción de jerarquía de valores que es preciso aclarar." (Barranco Avilés, Maria del Carmen. La teoría jurídica de los derechos fundamentales, Dykinson, Madrid, 2004, p. 106-107)

<sup>7</sup> No original "La escala de las acciones positivas del Estado que pueden ser objeto de un derecho a prestaciones se extiende desde la protección del ciudadano frente a otros ciudadanos a través de normas del derecho penal, pasando por el dictado de normas de organización y procedimiento, hasta prestaciones en dinero y en bienes." Cf. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 427

inspiração liberal, porquanto constituem uma intromissão estatal na regulação de determinadas matérias com destaque especial aos direitos trabalhistas, áreas antes deixadas à intocada regulação social<sup>8</sup>.

Além dos direitos a prestações normativas (direitos prestacionais *lato sensu*), os quais são insuficientes por si só para garantir a construção de um sistema de seguridade social, constitui a atividade interventiva do Estado, também, a necessidade de prestações materiais, assim como elaboração de uma estrutura para uma atuação interventiva e protetiva na área social. É para garantir e autorizar a criação dessa estrutura que atuam direitos a prestações em sentido estrito. Tais direitos, segundo definição doutrinária pacífica, consistem na possibilidade do indivíduo exigir do Estado prestações concretas que, se possuísse meios financeiros suficientes ou se encontrasse no mercado uma oferta suficiente, poderia também obter por seus próprios meios.

A definição acima é da maior importância na medida que explicita mais claramente as funções do Estado em relação a estes direitos, algo que raramente é colocado no trato com a matéria. É função do Estado viabilizar o acesso a estes bens quando: (a) a pessoa não tiver condições financeiras para acessá-los e (b) quando tais bens não estiverem disponíveis no mercado; referindo-se à atividade de fomento, que tem por objeto uma prestação de fazer ou dar, com evidente custo econômico<sup>9</sup>.

Assim, são os direitos sociais prestacionais *stricto sensu* direitos de estrutura singular, uma vez que tratam não apenas de respeitar limites em razão da hipossuficiência de um determinado sujeito de direito, mas de alcançar-lhe bens de valor econômico, através do Estado, o que constitui um passo adiante na integração jurídica do valor solidariedade e que, de outro lado, gera problemas políticos e jurídicos, principalmente diante da escassez. A partir de agora referi-

<sup>8</sup> Considerando que o sujeito passivo dos direitos sociais a prestações normativas é tão-somente o Estado, podemos dizer que vários direitos trabalhistas, muito embora de cunho social, são efetivados (ao menos em relação ao Estado) pela simples legislação. Exemplo disso é o direito de greve, ao repouso remunerado, de proteção à gestante e à criança, etc. Não obstante tenham por objeto uma prestação legislativa, não perdem sua característica de direito social (ou prestacional *lato sensu*) porquanto implicam numa atividade interventiva, que não pode ser classificada como de abstenção. Outrossim, os direitos sociais possuem relação estrita com as finalidades a serem perseguidas pelo Estado, enquanto os direitos de defesa (liberais) possuem como fundamento principal a liberdade e a autonomia do indivíduo. Nas palavras de Alexy: "...los derechos a acciones positivas comparten problemas que no pesan en absoluto o no pesan con la misma intensidad sobre los derechos a acciones negativas. Los derechos a acciones negativas imponen límites al Estado en la persecución de sus fines. No dicen nada acerca de los fines que tiene que perseguir. En cierto modo, los derechos a acciones positivas imponen al Estado la persecución de determinados objetivos. Por ello, en todos los derechos a acciones positivas del Estado se plantea el problema de saber si y en qué medida se puede y debe imponer la persecución de fines del Estado a través de derechos subjetivos constitucionales de los ciudadanos." (Alexy. Teoría de los.... p. 429-430) É considerável, portanto, a diferença, muito embora a sua concretização se dê praticamente da mesma forma - a mera proteção legal.

<sup>9</sup> Veja-se que, por essência, esses direitos não demandam gratuidade (nem mesmo no primeiro caso, onde podem implicar subsídio ou financiamento). A gratuidade, ressalvada a exceção constitucional da educação fundamental, é resultado a política assistencialista e demagógica, tão característica de nossas políticas públicas de concretização de direitos sociais onde, principalmente na área da educação superior, possibilita que a elite consuma todas as possibilidades de acesso das classes economicamente inferiorizadas. Todavia, não cabe aqui a discussão de tal tema, o qual será tratado adiante, no capítulo III.

mo-nos apenas aos direitos oponíveis contra o Estado, na situação do indivíduo buscando prestações fáticas, ou seja, bens de valor econômico, excluído no caso os direitos a prestações normativas.

## 2 A IGUALDADE MATERIAL COMO FUNDAMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS

Ao analisarmos a estrutura e fundamento dos direitos fundamentais podemos observar claramente que os direitos fundamentais de inspiração liberal possuem íntima ligação com a igualdade formal, enquanto os direitos sociais prestacionais encontram seu fundamento na própria igualdade material. Aplicar-lhes a mesma lógica constitui grave equívoco. Conforme observa Luis Prieto SANCHÍS, a igualdade de fato somente tem sentido se considerado o “homem concreto”, ou seja, o homem em seu contexto social, uma vez que este é o único capaz de sofrer com a desigualdade fática<sup>10</sup>. Tivessem os direitos prestacionais como objeto o “homem abstrato” nenhuma desigualdade jurídica poderia ser constitucionalmente justificada, uma vez que o homem em sua condição abstrata é, por essência, igual e, portanto, digno da mesma consideração. Por uma análise inversa, pode-se também dizer que a igualdade formal demanda em sua proteção um tipo de direito diverso da igualdade material, uma vez que para sua proteção, ou seja, a manutenção de um contexto de igualdade, necessita apenas de deveres de abstenção ou de não discriminação<sup>11</sup>. Enquanto isso, a igualdade material demanda direitos de estrutura mais complexa, diretamente ligados à existência de um Estado social e condicionada a possibilidades materiais, o que faz com que muito custosamente permita a existência de posições subjetivas de desigualdade jurídica ou normativa<sup>12</sup>.

No mesmo sentido a lição de PECEZ-BARBA quando afirma que “son derechos fundados en el valor igualdad y que utilizan la técnica de la equiparación si lo vemos desde el punto de vista e los objetivos, y de la diferenciación si los vemos desde el punto de vista de los medios empleados. Lo que identificará, al menos inmediatamente, a esos derechos es esta técnica de diferenciación, tratar desigualmente a los desiguales (...)”<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Como bem define Cristina Queiroz, a “idéia de indivíduo” corresponde hoje não ao valor (individualista) da independência, mas ao valor (humanista) da autonomia onde se inclui, por definição, a relação com os outros, isto é a ‘sociabilidade’” Queiroz, Cristina M.M. *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 33.

<sup>11</sup> É nesse sentido também a lição de ROIG, quando afirma a igualdade material como característica básica dos direitos sociais prestacionais, verbis: “Genericamente, los derechos sociales no son derechos a ser tratados igual o a defenderse ante una discriminación normativa (aunque, como veremos, también puede serlo), sino a beneficiarse de un tratamiento jurídico desigual dirigido a remover o superar ciertas desigualdades fáticas.” *In* ROIG, Maria José Añón, AÑÓN, José García. (coord.) A.A.V.V. *Lecciones de derechos sociales*. Tirant lo blanch: Valencia, 2004.

<sup>12</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. *Ley, principios, derechos*. Cuadernos “Bartolome de las Casas” n. 7. Dykinson: Madrid, 1998. p. 81 e seg.

<sup>13</sup> PECEZ-BARBA, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*. Dykinson: Madrid, 2004. p. 204 -5.

Estes direitos, dessa forma, vêm amparados numa idéia de solidariedade<sup>14</sup>. A finalidade de intervenção do Estado em áreas antes relegada à autonomia privada é unicamente a de garantir que alguns grupos de indivíduos não fiquem desprotegidos ou desamparados diante desta nova situação social na qual se vêem envolvidos. Conforme ensina PECES-BARBA, seu fundamento esta intimamente ligado à autonomia do indivíduo, a qual resta comprometida por problemas econômicos. Supõe uma intervenção no contratualismo clássico, de modo a possibilitar que o indivíduo esteja apto a relacionar-se com os demais com alguma liberdade de escolha. O que se destaca nessa idéia é que não se trata aqui de uma solidariedade fundada numa alienação da personalidade individual em prol do coletivo, mas, muito pelo contrário, numa forma de garantir a liberdade individual<sup>15</sup>.

Desta forma, resta evidente a substancial diferença entre as normas protetivas de valores liberais e normas consagradoras de direitos sociais prestacionais, porquanto as primeiras partem de um pressuposto de igualdade anterior à condição social, enquanto as últimas de um contexto de desigualdade onde a igualdade formal há, de certa forma, falhado, fazendo-se necessária a intervenção estatal de forma a reduzir um nível de desigualdade já intolerável, pois coloca em risco a dignidade e a própria liberdade do indivíduo, que não pode mais determinar-se. Se temos nos direitos liberais direitos de limitação ao poder estatal, direitos contra o Estado, temos nos direitos prestacionais direitos através do Estado<sup>16</sup>.

Neste contexto, poder-se-ia dizer que a necessidade de intervenção estatal determinada por um contexto de desigualdade intolerável, o que se consolida através de direitos sociais prestacionais, implica em uma restrição à igualdade formal por uma situação de exceção causada pelo contexto social do homem. Tal desigualdade demanda uma dupla concepção do direito à igualdade, que se subdivide em formal e material (substancial). Não se há mais de falar sobre igualdade material como norma de exceção, mas como elemento integrante da própria concepção de igualdade constitucionalmente reconhecida

<sup>14</sup> Aquí destaca-se ponto interessante em relação aos direitos sociais. Tais direitos, se entendidos na perspectiva aqui defendida, ou seja, de garantir um mínimo existencial aos desamparados socialmente podem ser amparados nos três ideais revolucionários sobre os quais foi construída a estrutura de Estado. Na igualdade porquanto busca uma igualdade mínima entre os homens "concretos", ou seja, o homem situado socialmente, garantindo que o indivíduo possa ao menos determinar-se num contexto social complexo, onde já não tem condições de buscar por si mesmo os bens que necessita para sobreviver. Igualdade no sentido de não marginalização. Liberdade no sentido de que somente com um mínimo existencial pode exercer livremente sua liberdade, bem como exercer mínimos direitos civis e políticos. Na concepção de ROSSEAU, que não seja tão pobre para que possa vender-se. E fraternidade no sentido de que vai caber ao Estado proporcionar essa "mínima redistribuição" dessas prestações concebidas e garantidas como direitos, substituindo a "caridade" e o "assistencialismo" do modelo liberal clássico. Assim, buscam também esses direitos a realização dos ideais revolucionários, pilares de nosso modelo de Estado.

<sup>15</sup> PECEZ-BARBA, op. cit. p. 176 e seg.

<sup>16</sup> Em relação a tais direitos "Se utilizará la igualdad como diferenciación, como método para alcanzar la igualdad como equiparación. Esta igualdad se alcanza em el punto de llegada, mientras que em los derechos clásicos, individuales y civiles, y también políticos, con el sufragio universal, la igualdad existe desde el punto de partida, igualdad como equiparación desde el principio." (in A.A.V.V. Lecciones de derechos sociales, coord. ROIG, Maria José Añón, AÑÓN, José Garcia. Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 23)

da, uma vez que já não mais é suficiente a igualdade formal. A própria constituição, ao reconhecer os direitos sociais, ou seja, os direitos do homem socialmente situado, passa a reconhecer a igualdade material como elemento integrante do conceito de igualdade<sup>17</sup>.

Assim, evidente o fato de que os direitos prestacionais possuem matriz diversa dos direitos liberais clássicos, não somente em relação à sua forma de atuação, mas também em relação aos seus próprios fundamentos. Estão intimamente ligados à idéia de uma igualdade material, muito embora, como veremos adiante, não se abandone critérios de igualdade formal. É dessa tensionada relação que passamos a tratar.

## 2.1. Identificação da Desigualdade nos Direitos Sociais Prestacionais

Uma vez estabelecido o fundamento dos direitos prestacionais na igualdade material, impõe-se a análise de um dos processos necessários à implementação da igualdade material através de uma política de Estado. A implementação de política visando à igualdade material implica necessariamente em um reconhecimento de uma situação de desequilíbrio social que, por sua vez, faz reconhecer uma desigualdade intolerável entre indivíduos em determinado contexto social. Necessita, portanto, não apenas de uma justificação necessária a tal intervenção, como, principalmente, o estabelecimento do critério de desigualdade a ser considerado. Esses juízos, advertimos, são sempre juízos parciais, uma vez que a situação de desigualdade diagnosticada é tão-somente um dos vários aspectos de um indivíduo<sup>18</sup>, que pode estar e situação de igualdade com os demais em vários outros aspectos<sup>19</sup>. Conforme coloca RUBIO, a igualdade ou desigual-

<sup>17</sup> 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 (...). Pode-se dizer que a igualdade formal está reconhecida na primeira menção à igualdade, enquanto a igualdade material tem como fundamento a segunda menção à igualdade, assim como na própria previsão de direitos sociais. Prova do reconhecimento à igualdade material consiste no fato das interpretações conferidas ao inciso primeiro do artigo 5º que, muito embora determine uma "igualdade em direitos e obrigações" entre homens e mulheres, admite discriminações positivas em relação às últimas até que se equipare verdadeiramente suas situações.

<sup>18</sup> Neste sentido a lição de Luis Prieto SANCHÍS, *verbis*: "La igualdad opera siempre a partir de igualdades y desigualdades fácticas parciales que postulan tratamientos tendencialmente contradictorios, cada uno de los cuales puede alegar en su favor uno de los subprincipios que componen la igualdad: tratar igual lo que es igual, y siempre habrá alguna razón para la igualdad pues todos los seres humanos tienen algo en común, y desigual lo que es desigual, y siempre habrá también alguna razón para la desigualdad pues no hay dos seres humanos ni dos situaciones idénticas. Ciertamente, como hemos indicado, parece existir un prioridad de la igualdad sobre la diferenciación, de manera que la regla podría describirse del siguiente modo: siempre existe alguna razón para la igualdad y, por tanto, ésta postularse mientras que alguna desigualdad fáctica - que siempre existirá - no proporcione un razón que permita o que, valoradas las razones en pugna, imponga una regulación diferenciada." *op. cit.* p. 90

<sup>19</sup> Neste sentido as várias críticas sofridas pelo Governo Federal ao editar Lei nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003, a qual garantia um percentual de vagas a estudantes negros em universidades públicas. Se por um lado é verdade que a população negra. Aqui, dois dados fundamentais se fazem presentes: (a) conforme dados estatísticos a população negra constitui maioria entre os cidadãos brasileiros que passam por dificuldades econômicas, (b) os negros possuem mais dificuldades em aceder a determinadas posições em razão de preconceitos que sofrem. Se considerado o aspecto econômico como fundamento da política pública, pode-se dizer que não parece o mais correto, porquanto na falta de restrição poderiam ser privilegiados negros que não possuem necessidade econômica, em clara injustiça em relação a não negros que possuem dificuldades econômicas. Se a questão se trata somente da discriminação, o critério é discutível porquanto poderia ser entendido a todas as universidades. Por fim, se o critério é duplo, poderia ser incluídos na lei a questão relativa a discriminação positiva aos "negros que possuem necessidades econômicas", de forma a não gerar a discriminação positiva uma outra discriminação, qual seja, entre os negros com condições econômicas e os sem condições econômicas, ponto ao qual retornaremos em seguida.

dade a ser analisada para definir a necessidade de intervenção deve ser analisada não em sua existência em um sentido global, mas em um dos seus vários traços, quais sejam, os termos de comparação que se tomaram em consideração para afirmar o negar a igualdade entre eles. A desigualdade é, portanto, a relativa tão-somente a um *tertium comparationis*<sup>20</sup>.

Todavia, não obstante o complexo problema de eleger qual o traço da situação social a ser utilizado como parâmetro à definição de uma situação de igualdade ou desigualdade, tema tão relevante aos direitos sociais (principalmente os normativos), devemos ter presente que nosso objeto de estudo não apresenta tão sérios problemas nesse aspecto, embora inegavelmente seja mais complexa sua forma de efetivação. Assim se dá porquanto, conforme antes definido, os direitos sociais prestacionais caracterizam-se na necessidade de alcançar a determinados indivíduos bens de valor econômico que poderiam obter por si mesmos, mas dos quais estão privados em razão de falta de condições econômicas. Dessa forma, o parâmetro a ser utilizado na aferição de uma situação de igualdade e desigualdade é evidente: o critério é econômico. É neste sentido também o pensamento de Salvador BARBERA, quando afirma que embora posamos ter a desigualdade como conceito relativo, tal como visto acima em relação à dependência de um parâmetro de comparação, podemos dizer também que a pobreza é uma categoria que, ainda se possa ter diferentes concepções sobre seu conceito que variam em época e sociedades, conforme o grau de desenvolvimento econômico de cada uma, possui um sentido absoluto<sup>21</sup>. Uma vez definidos os índices para medir a pobreza surge uma linha, na qual passam a estar divididos ricos e pobres ou, melhor dito, os incluídos e excluídos (nesse caso não só do acesso aos bens econômicos, mas também aos próprios direitos civis).

Portanto, ao tratarmos de satisfazer uma demanda social no sentido de proporcionar a determinados grupos o acesso a bens econômicos básicos dos quais estão privados do acesso por falta de condições preponderantemente econômicas, resta evidente que o critério de comparação (*tertium comparationis*) será necessariamente um: o econômico. Se nosso intuito é incluir determinadas classes de população excluídas do conceito de cidadania em razão da falta de meios econômicos para alcançar necessidades sociais básicas, o critério econômico parece mais que razoável. A eleição do critério de discriminação, nesse

<sup>20</sup> F. RUBIO, La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, in Revista Española de Derecho Constitucional, n. 31, 1991, p. 12 e s..

<sup>21</sup> No original, "(...) me gustaría matizar esta posición relativista aceptando la existencia de mínimos absolutos, bajo los cuales la defensa de libertades y demás derechos deberían adquirir prioridad total, porque dejan de entrar en conflicto. Si la desigualdad es un concepto relativo, y así deben interpretarse los distintos índices que intentan medirla, la pobreza es una categoría que, aunque cambiante en su definición según épocas y sociedades, tiene en cada una un sentido absoluto. Así queda reflejado en la forma de los índices utilizados para medirla, que parten todos ellos del establecimiento de una línea de pobreza, que una vez determinada divide a los miembros de la sociedad entre ricos y pobres." BARBERA, Salvador. *Escasez y derechos fundamentales*, in V.V.A.A.. Problemas actuales de los derechos fundamentales, edición de José María Sauca, Universidad Carlos III, Madrid, 1994, p. 226 e seg..

caso, é deveras facilitada e conforme tanto ao conceito de direito fundamental como em relação à solidariedade e igualdade material que o fundamenta.

### 3 ESCASSEZ E EFICÁCIA: A NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO DA TITULARIDADE NAS AÇÕES ESTATAIS EM UM CONTEXTO DE LIMITAÇÃO DE RECURSOS

Uma vez demonstrada a diferença substancial de origem, fundamento e lógica jurídica entre os direitos liberais, que mantém íntima relação com a igualdade formal e os direitos prestacionais, os quais surgem somente a partir do reconhecimento de uma igualdade material; a questão que ora é apresentada demanda um passo adiante nessa análise: como tratar desses direitos num contexto de escassez?

Inicialmente, cumpre referir que, por seu caráter predominantemente econômico, tem na escassez elemento intrínseco à sua titularidade, como tem neste elemento indispensável relacionado à sua eficácia<sup>22</sup>. Como adverte PECEZ-BARBA ao tratar dos direitos civis e individuais, a estes não lhes afeta a escassez. No entanto, numa situação onde situações de carência econômica mínimas sequer são cobertas pelos direitos sociais estes direitos de liberdade – civis e políticos – sim estarão comprometidos na sua substância<sup>23</sup>. Acrescenta, ainda, que os próprios direitos de liberdade, os quais constituem valor central de todos os direitos, possui três dimensões distintas: protetora, participativa e promocional. “Las dos primeras justifican los derechos individuales, civiles y políticos y la tercera los derechos económico-sociales y culturales, que me parecen instrumento adecuado para afrontar el tema de la escasez y la satisfacción de necesidades”.<sup>24</sup>

Assim que, na realização de tarefas sociais prestacionais, a movimentação da atividade administrativa no cumprimento de tais problemas deve ter por objeto a correção dessas desigualdades mais urgentes de acesso a bens essenciais determinados constitucionalmente, os quais garantem o que se chama de mínimo existencial<sup>25</sup>. Diante de uma situação de escassez o problema do reparto de recursos insuficientes deve ser sempre orientado à proteção daquele grupo que se apresenta em situação de maior debilidade. No caso dos direitos sociais prestacionais, os quais buscam garantir o acesso a bens de valor econômico, o grupo

<sup>22</sup> Na observação de BARRANCO, “Pero si es cierto que el que en su mayor parte sólo puedan ser satisfechos a través de prestaciones, y que, en definitiva, requieran actuaciones positivas de terceros, lleva a la necesidad de desplegar mayores esfuerzos de fundamentación y mayores esfuerzos ‘económicos’ que para los derechos de libertad, por lo que la escasez puede afectar en mayor medida a su eficacia.” (BARRANCO. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, op. cit. 306)

<sup>23</sup> Gregorio PECEZ-BARBA Martínez, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson: Madrid, 2004, p. 209

<sup>24</sup> PECEZ-BARBA, op. cit. p. 209

<sup>25</sup> A definição do que seja mínimo existencial consiste em tarefa fundamental no trato com a igualdade substancial e na definição de políticas públicas e deve ser orientado sempre por parâmetros objetivos da sociedade tomada como exemplo, não necessitando ser o ideal, mas o básico possível. Todavia, este tema por si só demanda um estudo completo.

mais desprotegido certamente será o dos economicamente em situação de maior fragilidade. Como aponta BARBERA, somente quando solucionadas as situações de pobreza desesperada podemos ter políticas redistributivas sofisticadas. Só depois de garantidos direitos elementares podemos permitir refinamentos acerca de quais desejamos ver mais ou menos satisfeitos e em que grau<sup>26</sup>. Que fique claro que nada impede o oferecimento pelo Estado de um serviço universal, aliás, esse é o ideal buscado por todos os ordenamentos<sup>27</sup>. Todavia, diante de uma escassez econômica que impeça que todos possam ser satisfatoriamente atendidos ou enquanto perdura uma situação de desigualdade tal que muitos não possuem acesso a bens sociais básicos; constitui uma desvirtuação da desigualdade o oferecimento de serviços gratuitos a totalidade da população quando isto resulta, por falta de recursos, num serviço insuficiente a todos, deixando os desprotegidos economicamente à mercê de uma eventual impossibilidade de acesso.

A idéia que se apresenta no momento é a de que, num contexto de escassez, como é evidente o atravessado pelo país no momento, mormente diante do grande número de dependentes de ajuda do governo e que, por não haverem atingido um nível de desenvolvimento econômico mínimo, não contribuem com a receita estatal; uma política de igualdade formal no oferecimento de serviços públicos elementares gratuitos à população sem justificativa razoável constitui um desvirtuamento à igualdade material e grave afronta aos direitos fundamentais dos dependentes da ação estatal.

### **3.1 Necessidade de Justificação da Igualdade Formal Quando se Trata de Direitos Prestacionais**

Uma vez estabelecida origem dos direitos prestacionais no próprio reconhecimento da igualdade material como parte integrante do princípio da igualdade e da maior relevância que assume esse princípio num contexto de escassez associado à necessidade de atender demandas básicas da sociedade, cumprenos agora tratar sobre a aceitabilidade da igualdade formal e material em relação aos direitos fundamentais existentes, investigando sua influência na construção ou não de limites ao legislador na elaboração de políticas públicas.

Conforme ensina SANCHÍS, é ponto incontroverso na doutrina constitucional a necessidade de justificação de qualquer medida de discriminação positiva que venha a interferir num regime de igualdade formal. Todavia, ainda que o princípio da igualdade tenha dupla face, desdobrando-se tanto em igualdade formal como material e que, em razão disso, pareça “que necesitarían el mismo grado de justificación tanto las normas que establecen diferenciaciones

<sup>26</sup> BARBERA, op. cit. p. 227

<sup>27</sup> esse ponto será mais explorado adiante, quando tratarmos da constitucionalidade da extensão da política pública prestacional a todos ou sobre a necessidade de eleição de prioridades.

como las regulaciones uniformes o homogeneizadas”<sup>28</sup>, esta opinião não conta com a necessária comunhão doutrinária, sendo válida somente a necessidade de justificação da discriminação, não da regulação uniforme. Não obstante tal fato, esta premissa parece contrariar a própria lógica dos direitos sociais prestacionais, ao menos enquanto limitadas as prestações em razão do esgotamento das possibilidades do Estado em prestá-las. Em primeiro lugar, pode-se argumentar no sentido que possuem os direitos sociais prestacionais por essência e fundamento a igualdade material ou, melhor dito, um socorro social ao indivíduo socialmente considerado, principalmente os que se encontram em situação de perigo social. Seu fundamento é, portanto, diverso dos direitos liberais, que consideram o homem em seu contexto abstrato, igual. Se aceitamos a existência de tais direitos, natural que aceitemos, também, sua coerência sistêmica, sua lógica diferenciada, pelo que quando diante de uma lei que regula um direito prestacional haveria – da mesma forma que a discriminação positiva deve contar com necessária justificação – a necessidade de uma justificação da igualdade formal. Somando-se ao primeiro argumento, tem-se o fato de que os direitos prestacionais *stricto sensu*, por sua estrutura diferenciada, importam sempre em uma prestação econômica. Logo, diante de uma situação de limitação ou escassez a generalização de uma política pública traria tão-somente uma manutenção da desigualdade, e não a sua eliminação ou redução em relação à prestação social trazida pelo Estado.

Dessa forma, quando impossível atender de forma satisfatória a todos, é evidente o fato de que a generalização de um direito social prestacional vem a prejudicar seu próprio objetivo – a redução da desigualdade; pelo que – no caso de uma prestação social e uma situação de limitação de recursos e perigo social como o caso nacional (ao menos por enquanto); seria essencial ao próprio fundamento da instituição de uma prestação social a justificação de qualquer generalização; reiteramos, da mesma forma que se faz necessária a justificação de um discriminação positiva.

### **3.2 Igualdade Formal e Material – Faces do Princípio da Igualdade em Constante tensão – e Aplicação do Princípio da Proporcionalidade**

A necessidade de justificação tanto da discriminação positiva em general quanto da igualdade formal quando estivermos tratando de direitos prestacionais tem como fundamento possibilitar ao intérprete aferir quais razões devem sobrepor-se – se as de igualdade formal ou material – em determinado caso concreto ou lei em abstrato, possuindo elementos para um juízo mais claro de constitucionalidade, ou seja, para definir qual face do princípio da igualdade deve preponderar em determinado caso. Assim, diante do caráter duplo e tensi-

---

<sup>28</sup> SANCHIS, op. cit. p. 194

onado do princípio da igualdade, sempre que diante da análise constitucional do trato com a igualdade feita por determinada política pública estaremos diante de um juízo de proporcionalidade, o qual não se resolve, conforme SANCHÍS, “con la pérdida de validez o con la postergación definitiva de alguno de los elementos en pugna, sino que el triunfo de uno u outro depende de las circunstancias del caso y requiere un ejercicio de ponderación singular”<sup>29</sup>.

Dessa forma, temos que, numa determinada situação que demande uma intervenção estatal, sempre haverá razões para um tratamento igual, porquanto todos os indivíduos possuem características em comum. Todavia, sempre haverá, também, razões para que sejam tratados de forma diferente, já que todos possuem suas particularidades. Incidem, sempre, portanto, juízos e razões em prol da igualdade formal como da igualdade material. É a natureza da intervenção, ou seja, a situação social de desequilíbrio que pretende equacionar determinado direito constitucional social ou política pública, aliada às possibilidades de se fazer efetiva (escassez) e os meios utilizados que poderão oferecer razões suficientes para que predomine uma ou outra face do princípio da igualdade. Tal prevalência se dará por critérios de proporcionalidade, já que ambas encontram amparo constitucional, estando em regime de constante tensão.

### **3.3 Critérios para Determinação da Discriminação Positiva – Controle dos Critérios de Estabelecimento da Discriminação**

Estabelecida a necessidade de uma justificação para aplicação o estabelecimento de discriminações positivas – assim como para a generalização de políticas públicas de direitos prestacionais – temos que no caso de opções por juízos de igualdade material acrescenta-se uma nova etapa de justificação: a do critério elegido para a discriminação positiva. Conforme leciona SANCHÍS, dois são os problemas principais que se apresentam na aplicação da igualdade material, ou seja, na determinação de uma discriminação positiva: (a) determinar que tipo de desigualdades de fato cabe alegar como fundamento a uma desigualdade jurídica e (b) em que casos uma desigualdade de fato é capaz de representar uma justificativa para um tratamento desigual<sup>30</sup>.

Tal como já tratado anteriormente, este problema, que exige uma grande ponderação e sólidas justificativas quando tratamos de direitos não relacionados diretamente a prestações econômicas, em nosso objeto de estudo não gera maiores dificuldades, porquanto o próprio conceito de direitos prestacionais já soluciona a questão. Sendo os direitos prestacionais direitos que objetivam alcançar bens de valor econômico os quais estão em falta ou não são possíveis de serem obtidos pelo indivíduo por falta de condições materiais, evidente que o critério resta evidente: a necessidade econômica.

<sup>29</sup> SANCHÍS, op. cit. p. 108

<sup>30</sup> SANCHÍS, op. cit. p. 90

Todavia, se a justificativa à discriminação positiva nos direitos prestacionais parece inerente à sua própria estrutura, num regime de escassez temos estes critérios ainda mais evidentes, porquanto necessário atender primeiro aos mais necessitados antes que se possa alcançar também aos menos necessitados. Se por um lado temos, no caso nacional, evidentes justificativas para o estabelecimento de discriminações positivas, tais discriminações parecem adquirir contornos de obrigação se consideramos a eficácia de uma política pública relativa a direitos prestacionais numa situação de limitação econômica do Estado. Vejamos que no caso nacional, a escassez não decorre somente da falta de recursos públicos, mas principalmente do grande número de dependentes dos direitos prestacionais, ou seja, pessoas que não tem condições de alcançar por si próprias determinados bens básicos de natureza econômica. Assim, se a complexidade jurídica na fundamentação é facilitada no caso de um regime de escassez, a questão relativa ao mínimo de eficácia de um direito prestacional depende necessariamente da limitação de seus titulares através do estabelecimento de discriminações positivas.

Se considerado um país de maior desenvolvimento econômico, ou seja, de menor desigualdade social, a garantia de um mínimo existencial a todos os cidadãos, ou seja, a garantia de acesso a padrões mínimos de saúde, educação e moradia não constitui questão importante ou sequer um objeto a ser tratado pelas políticas públicas de direitos prestacionais, dando-se a sociedade em geral ao “luxo” de decidir o quanto de direitos prestacionais devem ser garantidos aos cidadãos – aqui se inclui, por exemplo, a definição sobre um sistema público ou privado de saúde e educação, gratuitos ou subsidiados, a todos os cidadãos que dele queiram desfrutar. No caso nacional, todavia, quando ausente a garantia de critérios mínimos de seguridade social, há necessidade de garantir-se primeiro o mínimo a todos, para que depois se possa tratar de aspectos ideais<sup>31</sup>.

### 3.4 Igualdade Formal no Processo de Discriminação Positiva

Não obstante a complexidade do tema já tratado – já que, segundo o método aqui proposto, já estabelecemos a necessidade de duas justificações para uma discriminação positiva – ainda resta apontar outro teste de constitucionalidade.

---

<sup>31</sup> Em realidade, segundo nossa concepção de direitos fundamentais sociais prestacionais, somente seriam verdadeiros direitos fundamentais as prestações referentes à proteção do indivíduo de um risco social. Os chamados “desarrollos” das normas fundamentais sobre direitos sociais através de políticas públicas não contariam com a condição de direitos fundamentais quando não relacionados efetivamente com o amparo do indivíduo em risco social (ao menos nos campos de saúde e educação – porquanto que em relação à cultura não se pode aplicar o mesmo raciocínio). Essa concepção implica na desvinculação total do conceito de direitos sociais prestacionais com o modelo política de Estado, valendo tanto num Estado liberal quanto num Estado social (uma vez que seu fundamento estaria na liberdade, até mais que na igualdade), bem como implica na negação do princípio de “proibição de retrocesso”, elaborado por J.J. Gomes Canotilho. Todavia, o tema é demasiado amplo, razão pela qual foge às limitações finalísticas e físicas do presente artigo.

dade ao qual deve submeter-se a discriminação. Ocorre que deliberado em relação à discriminação positiva buscando-se corrigir determinada desigualdade social, necessário se faz uma análise posterior de critérios de igualdade formal entre pessoas ou grupos que estejam na mesma situação, a fim de que não sejam discriminadas pessoas que se encontrem numa mesma situação de necessidade. Neste sentido a lição de SANCHÍS no sentido de que as considerações de igualdade material não bastam e se faz necessário o concurso da igualdade formal dentro do mesmo grupo, porquanto “esta última proporciona el término de comparación que permite considerar irracional la exclusión de un sujeto o grupo, y con ello la justificación de la pretensión jusfundamental”<sup>32</sup>.

Aqui, o que parece demasiado complexo torna-se evidente quando se observa o preterimento infundado de determinado grupo ou pessoa em razão de critérios políticos, a falta do estabelecimento de um critério de distribuição e acesso à política pública entre os por ela beneficiados que possibilita preferências, apadrinhamento e assistencialismo; ou, e talvez mais importante no contexto atual, as determinações judiciais no sentido de destinar todo o fundo de uma política pública ou grande parte deste a uma determinada pessoa ou grupo, exaurindo os meios para seu alcance aos que dela eram beneficiados e, não raro, possuem uma necessidade maior.

Essa submissão da discriminação positiva em relação à igualdade formal dá sentido ao ideal da universalidade em relação aos direitos prestacionais, que, não obstante de titularidade reduzida, tal com afirma ROIG são universais no sentido de que “si cualquier sujeto se encuentra en una situación de necesidad (como trabajador asalariado, como beneficiario de la asistencia sanitaria, o, en general, como sujeto potencialmente enmarcado en cualquiera de los grupos o situaciones a los que se hizo referencia) será debidamente protegido por el Derecho”<sup>33</sup>. Proporciona, assim, um sentido de universalização dos direitos do homem concreto.

#### **4 UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS – NOTAS CONCLUSIVAS**

Por universalidade poderíamos ter três diferentes conceitos diversos: titularidade, temporal ou espacial. No caso do presente estudo interessa tão-somente o primeiro, o qual consiste na possibilidade dos direitos fundamentais serem direitos de todos os sujeitos de direitos submetidos a um mesmo ordenamento jurídico estatal independentemente de seu contexto ou circunstância<sup>34</sup>.

Pelo que até agora foi tratado, desde o momento em que se inicia a preocupação social e estatal no sentido de desenvolvimento do valor solidariedade

<sup>32</sup> SANCHÍS, op. cit. p. 95

<sup>33</sup> ROIG, op. cit. p. 63

<sup>34</sup> Aqui utilizamos a restrição “determinado ordenamento jurídico” uma vez que o conceito de direito fundamental está diretamente relacionado à concepção de Estado nacional, não obstante esteja próxima a mudança de paradigma em razão do que vem ocorrendo com a Comunidade Européia. O conceito, até agora ao menos, permanece intacto.

através do reconhecimento de direitos econômicos e sociais, os quais têm por objetivo uma equiparação social a padrões mínimos e a tutela de pessoas em situação de inferioridade social que impedem a manifestação livre de vontade; pode-se dizer que houve uma quebra da noção de universalidade no que se refere à titularidade dos direitos fundamentais. Houve, em relação a estes “novos direitos” uma migração de um processo de generalização a um processo de especificação<sup>35</sup>. Alguns desses novos direitos já não são mais direitos do homem abstrato, senão que de um homem concreto, socialmente situado. Ou, nas palavras de PECEZ-BARBA “podríamos decir que son derechos que surgen precisamente para que sus destinatarios puedan llegar a gozar igual que al resto de los titulares, de los derechos individuales, civiles y políticos de los mismos”<sup>36</sup>.

São, portanto, direitos que buscam sim uma igualdade, uma igualdade de condições sociais e que encontram como modo de ação a desigualdade dos meios empregados<sup>37</sup>.

Não é necessário dizer, porquanto conhecido problema nacional, que estes direitos de natureza econômica sempre encontram problemas de eficácia, gerando o que se denomina crise do Estado social. Se no princípio esta falta de eficácia podia ser atribuída a uma falta de reconhecimento desses direitos<sup>38</sup>, que eram tratados como meras promessas constitucionais<sup>39</sup>, hoje em dia se pode dizer que sua falta de eficácia decorre da própria limitação econômica do Estado<sup>40</sup>.

Assim, neste contexto de limitação econômica, se quisermos tratar as prestações econômicas como direitos, devemos limitar o quanto possível não apenas seu objeto (outro problema sério para sua consideração como direito), mas a sua titularidade, alcançando as prestações tão-somente aos que dela mais necessitam e tendo como meta (aqui sim um conceito programático) a generalização

<sup>35</sup> Sobre este ponto, pode-se dizer que quando da concepção dos direitos fundamentais no século XVIII, um dos seus grandes traços distintivos era exatamente a universalidade de sua titularidade, uma vez que se passava a conceber uma noção de direitos gerais, e não direitos de algumas castas como até então se tinha. Assim, mais um motivo de resistência aos direitos prestacionais por um sistema acostumado com a lógica de direitos civis e políticos é a possibilidade de restrição dos titulares que, conforme aqui se sustenta, pode-se dizer que passa da simples possibilidade, assumindo, num contexto de escassez, a condição de dever e condição de constitucionalidade de uma política pública.

<sup>36</sup> PECEZ-BARBA, op. cit. p. 205

<sup>37</sup> “derechos que utilizan como medio la igualdad como diferenciación, y pretenden alcanzar como fin la igualdad como equiparación”. PECEZ-BARBA, op. cit. p. 209

<sup>38</sup> Conforme analisa Bonavides, devido ao questionamento de sua juridicidade nesta fase, estes direitos foram remetidos à chamada esfera programática, porquanto não tinha por objeto as garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdade. “Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais” Cf. Bonavides. *Curso de direito constitucional*. p. 518

<sup>39</sup> ou direitos no papel como prefere GUASTINI, Ricardo. *Derechos: una contribución analítica*, in Problemas actuales de los derechos fundamentales, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las casas, Universidad Carlos III, Madrid, 1994, p. 140

<sup>40</sup> Ainda que sejam reconhecidos como direitos em algumas decisões judiciais ou políticas públicas, possuem nesses casos uma eficácia ilusória, uma vez que atribuir-lhes cogência em casos individuais não resolve o problema de sua efetivação, já que não se faz possível estendê-lo aos demais que se encontram na mesma situação. Nesse caso, não podemos considerá-los direitos, uma vez que sua eficácia é ilusória.

quando atingido um nível de abundância ou redução da demanda social. Todavia, enquanto não satisfeitas as necessidades mais básicas e elementares da parte mais débil economicamente, a generalização dessas normas como direitos compromete a sua eficácia e, por conseqüência, sua própria condição de direito. Conforme adverte PECEZ-BARBA “el serio error de la generalización destes derechos en una situación de escasez es que acaban por servir para mantener una situación de desigualdad, actuando para beneficiarios que de ellos no necesitan, o sea, tratando igualmente a desiguales con consecuencias injustas”<sup>41</sup>.

No caso nacional, onde a demanda por prestações mínimas é extremamente elevada e os recursos disponíveis muito limitados parece que somente uma limitação dos titulares desses direitos prestacionais – assim como a delimitação do objeto da prestação – podem possibilitar o seu trato como direito, e não como mera promessa constitucional ou legal. Como observa GUASTINI, uma norma sem possibilidade de efetivação não é direito, por mais que se queira assim denominá-lo<sup>42</sup>. Nessa linha, somente a delimitação dos titulares pode permitir a execução de uma política pública que trate “formalmente” igual a todos os seus beneficiários e não apenas àqueles que cheguem “primeiro”, “aparados por decisões judiciais”, “com pedido político” ou outros dos tantos vários casos que se tem notícia.

Para que os direitos sociais prestacionais possam ter eficácia real – e assim serem verdadeiros direitos –, para que possam cumprir seus objetivos de amparo e seguridade sociais, bem como para que sejam compatíveis com seu fundamento moral de promover a dignidade e garantir um mínimo de igualdade social; imperioso se faz a limitação de sua titularidade<sup>43</sup>.

Diante da falta de recursos por parte do Estado e da certeza de que existem outros menos favorecidos dependentes das prestações, constitui um excesso não justificado atribuir direitos prestacionais a pessoas que têm possibilidades de alcançarem tais bens por sua própria capacidade econômica. Nesta linha, ousamos ir um pouco mais adiante: diante da falta de eficácia de um “direito” prestacional ou de uma eficácia “puntual”<sup>44</sup> e de uma limitação de recursos para atender tais demandas, exige o princípio constitucional de igualdade uma justificação aceitável ao processo de generalização dos direitos prestacionais, tal como exige o estabelecimento de discriminações positivas. Dessa forma é possível estabelecer por ponderação tanto a constitucionalidade da discriminação quanto a constitu-

<sup>41</sup> PECEZ-BARBA, op. cit. p.

<sup>42</sup> GUASTINI, Ricardo. *Derechos: una contribución analítica*, in Problemas actuales de los derechos fundamentales, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las casas, Universidad Carlos III, Madrid, 1994, p. 127-141

<sup>43</sup> A limitação a qual aqui nos referimos refere-se não somente às leis que instituem políticas públicas, mas também às decisões judiciais, que devem ter a responsabilidade de trabalhar com coerência e dentro das possibilidades reais para contribuir para a resolução do problema, e não apenas em livrar-se de “mais um processo”.

<sup>44</sup> Por “eficácia puntual” nos referimos aos casos onde se tenta atribuir uma eficácia fora das possibilidades reais de alcançar a todos as prestações reconhecidas a alguns. Referimo-nos aos casos antes mencionados da decisão judicial que reconhece o direito apenas àquele que vai a juízo, consumindo os recursos afetados à política pública, ciente de que impossível alcançar a todos os demais na mesma ou pior situação, ou mesmo o caso da política pública instituída de forma generalizada quando ausente a previsão de fundos para atender a demanda social, o que gera o mal atendimento, o atendimento deficitário, a falta de suprimentos, e todos os problemas conhecidos das lides com tais “direitos”.

cionalidade da generalização. Em suma, pelas razões até aqui apresentadas, a generalização de direitos prestacionais em um contexto de escassez pode vir a afrontar o princípio constitucional da igualdade (em sua face material), pelo que possível um controle de constitucionalidade de modo a limitar sua titularidade para eliminar o excesso em confronto com a igualdade constitucionalmente reconhecida.

Isso não significa, em absoluto, que o Estado não deva oferecer serviços a todos – até porque, como visto ao início, constitui desdobramento dos direitos prestacionais a atuação em áreas que demandem garantia de acesso a serviços essenciais<sup>45</sup>. Todavia, num contexto de escassez, a gratuidade<sup>46</sup> deverá ser alcançada somente àqueles que não tiverem condições econômicas de acesso a estas prestações<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> É nesse sentido a observação de Vieira de Andrade, quando coloca que o Estado pode ter de assegurar a existência de serviços universais em certas áreas, mas não tem necessariamente de manter serviços estaduais de prestação exclusivos, muito menos serviços gratuitos, que, aliás, têm se revelado fortemente regressivos em termos sociais. Os direitos sociais prestacionais podem cada vez menos ser entendidos como direitos universais de igualdade, mas tem assumido contornos de discriminações positivas, tal como direitos de determinadas categorias sociais abertas (jovens, idosos, mulheres, mães, deficientes, etc.). “Em contrapartida, o conteúdo essencial destes direitos – o mínimo necessário para uma existência digna – poderá ser equacionado, nos seus diversos aspectos, como um direito pleno de todos a prestações do Estado” (Vieira de Andrade. *Os direitos fundamentais...* p. 67)

<sup>46</sup> Nessa perspectiva, podemos citar o caso da forma de custeio das políticas públicas de saúde no país, de conhecida deficiência apesar do grande volume de recursos dispensado pelo Estado, os quais demonstram-se totalmente insuficientes e devem buscar fontes complementares assim como racionalidade na sua utilização de modo a alcançar uma eficiência mínima e proteger àqueles que não podem socorrer-se ao sistema privado. No caso, a denominada “universalização do acesso” é freqüentemente confundido com o de gratuidade. Conforme colocado, é dever do Estado manter propiciar, diretamente ou através de fomento, a existência de serviço de saúde, os quais podem ser explorados pela atividade privada, nos termos da explícita autorização do artigo 199 da Constituição Federal. Ocorre que, percorrendo atentamente os dispositivos constitucionais que tratam sobre a saúde, em nenhum momento se encontra qualquer referência à questão da gratuidade dos serviços públicos de saúde. Poderia-se argumentar que não há referência à gratuidade porquanto esta seria evidente, já que desnecessária sua menção. Todavia, basta verificar as normas relativas à educação, também definidas como “direito de todos e dever do Estado” (art. 205), para perceber que os artigos 206, IV e 208, I, todos da Constituição Federal, mencionam expressamente os casos de gratuidade. Assim, demonstra-se não ser tão óbvia a questão da gratuidade, pois, fosse essa a intenção do constituinte, o teria feito expressamente tal como fez quando tratou da educação. Observa-se que, infelizmente, o conteúdo de universalidade do acesso e a eliminação da gratuidade geral como forma propiciar um serviço público de mais qualidade ainda esbarra em algumas políticas públicas que insistem na gratuidade geral dos serviços de saúde estatais. A segmentação dos beneficiários, que poderia ser efetuada através da manutenção da gratuidade apenas àqueles que não possuem condições de pagar ou contribuir - ou quiçá, de uma contribuição simbólica e diferenciada em relação a este grupo -, lamentavelmente se dá em razão da péssima qualidade de alguns serviços de saúde. Dessa forma, somente aqueles extremamente necessitados sujeitam-se às intermináveis filas, a eternas esperas, à demora na prestação, etc., propiciando, ainda, casos de apropriação privada do aparato público através de conhecida prática de operadores médicos que se valem da gratuidade da saúde pública para facilitar o acesso a exames mais complexos e custosos a seus clientes privados, sem as conhecidas esperas e dificuldades de atendimento. Em sentido contrário, é justo o registro do caso do Estado do Rio Grande do Sul, ao editar a Lei n. 9.908/93, restringiu expressamente o fornecimento de medicamentos excepcionais, na forma gratuita, apenas àqueles que “não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao sustento de sua família” de modo a tentar manejar mais razoavelmente os limitados recursos do Estado no intento de proteger camadas mais desprotegidas da população.

<sup>47</sup> Neste sentido a lição de PECEZ-BARBA quando trata da argumentação de que estes serviços generalizados constituiriam retribuição ao pagamento de impostos, sempre adotada como motivo político à generalização, *verbis*: “Generalizar la titularidad del derecho a la educación, en sus contenidos y prestaciones de carácter económico, o la gratuidad de las prestaciones de carácter económico, o la gratuidad de las prestaciones sanitarias, o de la sanidad pública es un error de concepto con graves efectos prácticos. No parece que pueda oponerse a este planteamiento el argumento de que esas personas pagan sus impuestos y tienen derecho a esas prestaciones. A ninguno de ellos, aunque paguen impuestos se les ocurriría reclamar derechos de los niños o de las personas con discapacidad, si no lo son. En el mismo sentido no deben reclamar la satisfacción de necesidades básicas, con contenido económico,

Parece-nos que somente desta forma se pode dar coerência e efetividade às normas constitucionais de direitos prestacionais existentes na Constituição e complementadas por leis que lhe conferem aplicabilidade. Outrossim, somente com a redução da titularidade se pode cumprir a finalidade dos direitos prestacionais, qual seja a redução da desigualdade, e a busca de um mínimo de igualdade material. Direitos com fundamento na solidariedade não podem ser tratados por critérios de igualdade formal, ao menos diante de um contexto de escassez e necessidade.

Somente assim poderemos ter os direitos fundamentais sociais prestacionais como verdadeiros direitos, já que, tal como vem sendo tratados por algumas políticas estatais ou decisões judiciais, como verdadeiros direitos não podem ser considerados.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. – 3ª edição – Coimbra: Almedina. 2004.
- BARBERA, Salvador. Escasez y derechos fundamentales, in V.V.A.A.. *Problemas actuales de los derechos fundamentales, edición de José María Sauca, Universidad Carlos III, Madrid, 1994*
- BARRANCO AVILÉS. María del Carmen. La teoría jurídica de los derechos fundamentales, Dykinson, Madrid, 2004,
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed., Ed. Malheiros: São Paulo, 2000
- FORSTHOFF, Ernest. Problemas constitucionales del Estado social. In *El Estado social, V.V.A.A., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986*
- GUASTINI, Ricardo. Derechos: una contribución analítica, in *Problemas actuales de los derechos fundamentales, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las casas, Universidad Carlos III, Madrid, 1994*
- PECEZ-BARBA, Gregorio. Lecciones de derechos fundamentales. Dykinson: Madrid, 2004
- QUEIROZ, Cristina M.M. Direitos Fundamentais (Teoria Geral). Coimbra: Coimbra, 2002
- RAWLS, John. *Teoría de la justicia. (trad. María Dolores González) Fondo de Cultura Económica: Madrid, 2ª ed, 1995.*

---

*a cargo de los poderes públicos si pueden satisfacerlas por ellos mismos. Quizás la fórmula correcta sería que quienes no lo necesiten puedan acceder a esos servicios públicos de la enseñanza o de la sanidad, pagando la totalidad de su coste o, al menos, parte importante de él, mientras que el derecho fundamental, de crédito, quedaría reservado a aquellos colectivos concernidos por la imposibilidad de satisfacerlos por sí mismos. Así aplicando la igualdad como diferenciación, para alcanzar la equiparación, en una universalidad del punto de llegada, se pueden encontrar salidas y soluciones a la crisis del Estado social.” Op. cit. p. 212*

- ROIG, María José Añón, AÑÓN, José García. (coord.) A.A.V.V. Lecciones de derechos sociales, Tirant lo blanch: Valencia, 2004*
- RUBIO, F. La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, in Revista Española de Derecho Constitucional, n. 31, 1991*
- SANCHÍS, Luis Prieto. Ley, principios, derechos. Cuadernos "Bartolome de las Casas" n. 7, Dykinson: Madrid, 1998*
- SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais. 4ª ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.*