

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 48 • nº 192
outubro/dezembro – 2011

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

A efetivação judicial dos direitos sociais prestacionais com assento constitucional

Uma análise comparada

Luiz Henrique Diniz Araujo

Sumário

1. Introdução. Direitos sociais prestacionais. Metodologia do trabalho. 2. A eficácia dos direitos sociais constitucionais. Elementos dos direitos brasileiro, francês, português, norte-americano e alemão. 3. Conclusão.

1. Introdução. Direitos sociais prestacionais. Metodologia do trabalho

O objetivo do presente trabalho é analisar se os direitos sociais prestacionais podem gerar pretensões judicialmente realizáveis por efeito direto das normas constitucionais que os albergam; ou, ao contrário, se é necessária a mediação legislativa para que gerem verdadeiros direitos subjetivos.

Os chamados direitos sociais, apesar de virem sendo interpretados como direitos a prestações, que demandam uma ação positiva (*facere*) por parte do Estado, podem ter um campo semântico mais largo. Dessa forma, em uma perspectiva mais ampla, pode-se entender que também são direitos sociais direitos de natureza negativo-defensiva, em que o destinatário não é unicamente o Estado, mas a generalidade dos cidadãos, como o direito à iniciativa privada, que não têm, necessariamente, um caráter prestacional (QUEIROZ, 2006, p. 27).

Para os objetivos deste trabalho, empregar-se-á a expressão direitos sociais como designativa de direitos que decorreram de

Luiz Henrique Diniz Araujo é Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Católica Dom Bosco. Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura de Pernambuco (ESMA-PE). Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Procurador Federal.

uma amplitude do conceito material de constituição, implicando uma *prestação* por parte do Estado (DANTAS, 2007, p. 113) (em francês, *créances*, em alemão, *Leistungrechte*).

A análise se fará a partir da perspectiva da constitucionalização do Estado Social, fenômeno a partir do qual os direitos sociais, segundo certo entendimento, são alçados à categoria de direitos fundamentais.

Nos anos 70 do século XX é que se coloca de forma mais presente a questão de saber se os direitos sociais detêm *status* constitucional (QUEIROZ, 2006, p. 25). Assim, será estudado o seu caráter duplo, como direitos subjetivos do indivíduo, de um lado, e, de outro, como elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade (SGARBOSA, 2010, p. 60-61).

O problema será estudado em uma perspectiva comparada, trazendo-se casos decididos pelo Supremo Tribunal Federal, Conselho de Estado Francês, Tribunal Constitucional Português, Suprema Corte dos Estados Unidos e Tribunal Constitucional Alemão.

Dessa forma, o estudo pretende ingressar nos domínios do Direito Constitucional Comparado, pois procura realizar não apenas a descrição de textos referentes ao direito estrangeiro. Tenta, diversamente, estabelecer as semelhanças e dessemelhanças existentes entre os modelos (DANTAS, 2001, p. 6), na tentativa de buscar se existe e em que consiste o caráter fundamental dos direitos sociais nos sistemas analisados.

2. A eficácia dos direitos sociais constitucionais. Elementos dos direitos brasileiro, francês, português, norte-americano e alemão

Direito brasileiro

No Brasil, o entendimento é de que o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, confere também às normas constitucionais que albergam direitos sociais, direitos fundamentais que são, aplicabilidade imediata.

Além disso, essa espécie de direito, no nosso sistema constitucional, é protegida pela *cláusula de intangibilidade de direitos sociais e coletivos* (art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal) (DANTAS, 2007, p. 112).

A controvérsia é se essas normas geram direitos subjetivos e, nessa condição, se são realizáveis judicialmente; ou se, ao contrário, dependem de mediação legislativa para serem efetivados.

Além da cláusula mencionada, como expõe Barroso (tratando especificamente do direito à saúde), o argumento da dignidade da pessoa humana (albergado no art. 1º da Constituição Federal) costuma ser relevante nas decisões jurisprudenciais brasileiras em relação à efetivação dos direitos sociais. Cita como exemplo o decidido em STF, DJ 26 abr. 2010, STA 316 SC, Rel. Min. Gilmar Mendes (presidente).

O Supremo Tribunal Federal, com efeito, seja pelo argumento da dignidade da pessoa humana ou amparado em norma constitucional que especificamente dispõe sobre direitos sociais prestacionais, vem entendendo pela aplicabilidade desses direitos por efeito direto da Constituição.

Assim ocorreu no julgamento de Agravo em Recurso Extraordinário, em que o Município de Porto Alegre visava obter reforma, no Supremo Tribunal Federal, de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que condenara o Município, em obrigação solidária com o Estado do Rio Grande do Sul, ao fornecimento gratuito de medicamentos necessários ao tratamento da AIDS para portadores do vírus HIV destituídos de recursos financeiros (BRASIL, 2001):

“O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política (...) não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um

gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.”

Esse entendimento está relacionado à ideia de que é necessário extrair das normas constitucionais sua máxima efetividade. Há outra forma de ver a questão, no entanto, sem controverter sobre a constatação de que as normas constitucionais que exprimem direitos sociais são imediatamente aplicáveis. Contudo, segundo esse entendimento, essa realidade jurídica não implica necessariamente extrair justiciabilidade da prestação de tais direitos (CAÚLA, 2010, p. 88).

Segundo esse entendimento, a realização fática do direito social não decorre de seu caráter de direito fundamental, mas da condição de que todos os elementos necessários à produção de efeitos fáticos estejam presentes, o que normalmente não ocorre. Nesse caso, necessária a atuação do legislador para estabelecer as prioridades na destinação de recursos públicos (CAÚLA, 2010, p. 92).

Por essa vertente (CAÚLA, 2010, p. 98-99), a eficácia jurídica das normas que albergam direitos sociais gera os seguintes efeitos, mas não sua invocabilidade independentemente de mediação legislativa: a) imposição de legislar, podendo a inércia gerar omissão inconstitucional passível de controle; b) inconstitucionalidade de normas que contrariem as normas que protegem direitos sociais; c) a legislação deve observar os contornos dados pelas normas constitucionais.

Direito francês

No direito francês, existem diversos direitos sociais prestacionais previstos na Constituição de 1946, cujo preâmbulo se integra, quanto ao tema, ao texto da Constituição de 1958, tais como o direito ao emprego (alínea 5) e o direito à saúde (alínea 11).

Como em outros sistemas, há sérias controvérsias sobre a possibilidade de

efetivação judicial de tais direitos, sem a necessidade de mediação legislativa.

Roman (2012, p. 31) elenca diversos argumentos contrários a que os direitos sociais gerem pretensões diretamente obtidas da Constituição. Entre eles, menciona o argumento técnico, que se apresenta como uma consequência necessária do que seria uma característica dos direitos sociais: sua imprecisão e o caráter progressivo de sua realização lhes daria um caráter programático que exclui a judicialização. Assim, o juiz não disporia da capacidade técnica para avaliar o conteúdo e para sancionar os atentados aos direitos sociais.

Esse argumento, retirado do caráter vago do conteúdo dos direitos sociais, é regularmente manejado pelo juiz administrativo, com algumas variações na jurisprudência. Assim, por exemplo, o Conselho de Estado considerou que os direitos constitucionais, tais como a alínea 11 (direito à saúde) e a alínea 5 (direito ao emprego), “só se impõem à autoridade administrativa, em razão da ausência de precisão suficiente, nas condições e limites definidos nas disposições contidas nas leis ou nas convenções internacionais incorporadas ao direito francês” (ROMAN, 2010, p. 16, tradução do autor).

Sobre o tema, cabe trazer o decidido pelo Conselho de Estado Francês (Conseil d'État nº 275516), em um caso em que foi determinado à recorrente que deixasse o território francês, no qual tinha familiares em permanência regular e gozava de seguridade social, uma vez que sua autorização de permanência fora cassada com base em norma infraconstitucional:

“Considerando que o princípio posto pelas disposições da décima alínea do preâmbulo da Constituição de 27 de outubro de 1946, à qual se refere a Constituição de 4 de outubro de 1958, nos termos da qual: ‘A nação assegura ao indivíduo e à família as condições necessárias a seu desenvolvimento’, só se impõe à autoridade administrativa, na

falta de precisão suficiente, nas condições e limites definidos pelas disposições contidas nas leis ou convenções internacionais incorporadas ao direito francês; que, portanto, a Senhora AB não poderia utilmente, para criticar a legalidade do mandado de recondução à fronteira atacado, invocar esse princípio independentemente das tais disposições; (...)" (FRANÇA, 2005, grifos e tradução nossos).

Verifica-se, portanto, que a jurisprudência do Conselho de Estado parece adotar a trilha da não justiciabilidade dos direitos sociais prestacionais fixados na Constituição, demandando, assim, a mediação legislativa.

Direito português

A crise do Estado Social e as dificuldades financeiras trouxeram novamente à tona o tema dos direitos sociais. Em Portugal, esses direitos, assim como os direitos de liberdade, são direitos fundamentais com assento constitucional (NOVAIS, 2006, p. 189).

No entanto, a sua relativa ineficácia, uma vez que dependentes da atuação financeira do Estado, dá corpo à ideia de que os direitos sociais apenas são proclamações políticas com assento constitucional.

Como exemplo, o acórdão nº 474/02, em que o Tribunal Constitucional Português declarou inconstitucional a omissão de medidas legislativas necessárias à exequibilidade da garantia constitucional da assistência material à generalidade dos trabalhadores da administração pública em situação de desemprego involuntário (art. 59º, nº 1, e, da Constituição Portuguesa). Após três anos da decisão, a omissão ainda não foi suprida (NOVAIS, 2006, p. 191; PORTUGAL, 2002).

A pergunta que se coloca é em que medida e com que margem o poder político pode dispor dos direitos sociais, os quais, por envolverem a questão das disponibilidades financeiras do Estado, são mais vul-

neráveis à pressão da conjuntura (NOVAIS, 2006, p. 189).

No acórdão 39/84, por sua vez, que considerou inconstitucional o diploma que revogava parte substancial da lei do Serviço Nacional de Saúde, o Tribunal Constitucional de certa forma resolve o polêmico tema da proibição do retrocesso social. Naquela decisão, o Tribunal distinguiu entre as normas constitucionais de natureza programática e normas constitucionais imediatamente exigíveis. No caso de o parâmetro de análise de constitucionalidade ser uma norma constitucional imediatamente exigível, o Tribunal entende que lei nova não pode retroceder em relação à lei anterior (NOVAIS, 2006, p. 192).

Apesar desse entendimento, o Tribunal Constitucional de Portugal acabou adotando o entendimento de condescendência com as opções políticas do legislador. Assim aconteceu no acórdão 330/89, bem como no acórdão 148/94 (NOVAIS, 2006, p. 193).

Da análise dessas decisões, podem-se tirar as seguintes conclusões:

a) o Tribunal reconhece uma margem de decisão quase total ao legislador ordinário, apenas limitada quando põe em causa os princípios estruturantes do Estado de Direito (igualdade, proteção da confiança), afeta o núcleo essencial já realizado dos direitos sociais ou destrói um nível realizado de concretização legislativa que já gozava do *status* de direito materialmente constitucional;

b) o Tribunal apenas colocará a questão da inconstitucionalidade se não houver quaisquer outras medidas no campo analisado, caso de total incumprimento da norma constitucional (inconstitucionalidade por omissão).

Para Novais (2006, p. 208), "falta apenas, para uma equiparação de fundo entre os direitos de liberdade e direitos sociais na jurisprudência constitucional, dar um último passo: o reconhecimento que as limitações aos direitos sociais são restrições a

direitos fundamentais pelo que, em Estado de Direito, só são admissíveis quando há razões suficientemente ponderosas que justifiquem a restrição”.

Para Queiroz (2006, p. 88), por outro lado, o problema da concretização dos direitos sociais – e não os conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais que lhes concernem muitas vezes – é que lhes confere peculiaridade em relação aos direitos de liberdade. Quanto a esse quesito, os primeiros, contrariamente aos últimos, não são diretamente garantidos. Necessitam, assim, da mediação legislativa.

A autora cita o decidido pelo Tribunal Constitucional de Portugal no acórdão 151/92, no qual se configurou o direito à habitação (direito fundamental social, nos termos do art. 65º da Constituição portuguesa) como “direito a uma prestação não vinculada”, reconduzível a uma mera “pretensão jurídica” (QUEIROZ, 2006, p. 89-90).

Direito norte-americano

Na jurisprudência dos anos 60 e 70, a Suprema Corte dos Estados Unidos se mostrou receptiva à ideia de que a Constituição protegia, ao menos em parte, o *Second Bill of Rights* (direitos econômicos e sociais), em alguns casos declarando que o Estado tinha o dever afirmativo (*affirmative duty*) de oferecer aos mais pobres recursos necessários ao exercício do direito de voto e de acesso aos tribunais (QUEIROZ, 2006, p. 30).

Traz-se a decisão da Suprema Corte no caso 489 U.S. 189 (ESTADOS UNIDOS, 1989) em que o recorrente é um menino vítima de maus-tratos pelo pai, com quem vivia, e reclamava contra assistentes sociais e oficiais locais que receberam queixas de que o recorrente estava sendo abusado pelo genitor, não havendo esses agido em sua proteção.

O recorrente alega que a inércia dos agentes do Estado de Wisconsin violou a cláusula do devido processo legal substancial insculpida na décima quarta emenda à

Constituição dos Estados Unidos. A Corte decidiu que não é o caso, manejando argumentação cujos trechos mais relacionados à presente análise se transcrevem:

“A cláusula do devido processo da décima quarta emenda prevê que ‘nenhum Estado deverá...privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal’ (...)

Nada no conteúdo da cláusula do devido processo exige que o Estado proteja a vida, a liberdade e a propriedade de seus cidadãos contra invasão por atores privados. A cláusula se constitui como uma limitação ao poder do Estado para agir, não como uma garantia de certos limites mínimos de segurança. Ela proíbe que o Estado prive indivíduos da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo, não podendo ser estendida para impor obrigação positiva ao Estado para assegurar que aqueles interesses não venham a ser lesados por outros meios (...). Os requerentes argumentam, no entanto, que mesmo que a cláusula do devido processo legal não imponha qualquer obrigação positiva do Estado em prover serviços públicos de proteção adequada, um tal dever pode surgir de certas ‘relações especiais’ criadas ou assumidas pelo Estado com respeito a alguns indivíduos (...). Os requerentes argumentam que tal ‘relação especial’ existiu aqui porque o Estado sabia que Joshua estava diante de um perigo especial de abuso nas mãos de seu pai, e proclamou oficialmente sua intenção de protegê-lo contra aquele perigo (...).

(...)

Porque, como explicado acima, o Estado não tinha qualquer dever legal de proteger Joshua contra a violência do seu pai, a falha em fazê-lo simplesmente não constitui uma violação da

cláusula do devido processo legal” (ESTADOS UNIDOS, 1989).

Verifica-se, pois, que, no Direito Norte-Americano, a jurisprudência se mostra reticente em permitir uma intervenção do Poder Judiciário em matéria de impor obrigações positivas ao Estado no que concerne a direitos sociais.

Direito alemão

A cláusula de aplicação imediata dos direitos fundamentais é semelhante nas Constituições da Alemanha (artigo 1, III), do Brasil (art. 5º, § 1º) e de Portugal (artigo 18/1) e deixa claro que os direitos fundamentais podem ser invocados sem a necessidade de mediação legislativa (KRELL, 2002).

Hesse (2009, p. 43-44) explica que o Tribunal Constitucional alemão não resolveu o problema da execução direta de direitos prestacionais pelo Poder Judiciário, independentemente da mediação legislativa.

Analisa especialmente o caso do acórdão BVerfGE 45, 376, em que o Tribunal não excluiu, a princípio, a possibilidade de reconhecimento de direito em relação a limitações para o acesso à Universidade. O pressuposto é de que o direito à livre eleição do centro de ensino (art. 12.1 GG) fica limitado sem as condições efetivas para se ter acesso a ele.

A discussão diz respeito à possibilidade, considerando-se divisão de funções albergada na Constituição alemã, de uma interpretação dos direitos a prestações como direitos originários, implementáveis diretamente pelo Poder Judiciário, ou não.

Hesse (2009, p. 46) conclui, então, que “os direitos sociais fundamentais não chegam a justificar pretensões dos cidadãos invocáveis judicialmente de forma direta, como na doutrina dos direitos fundamentais”, defendendo que “só a partir de normas do legislador podem nascer pretensões jurídicas bem determinadas e invocáveis perante os poderes públicos”.

3. Conclusão

Verifica-se, da exposição, que as crises sociais trouxeram novamente à tona a questão dos direitos sociais nos diversos ordenamentos jurídicos.

Em razão de particularidades de cada sistema, seja porque alguns lhes dão tratamento de direitos fundamentais e outros não, seja porque a jurisprudência entende que é necessária a mediação legislativa para que sejam invocáveis judicialmente, com todas as *nuances* argumentativas subjacentes, verifica-se que a perspectiva comparada proposta se mostra deveras elucidativa.

Dessa forma, o presente estudo pretende haver colaborado para oferecer uma pequena amostra dessas controvérsias nos sistemas jurídicos brasileiro, francês, português, norte-americano e alemão.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. [S.l.]: [s.n.], 2010. Versão provisória para debate público. Mimeografado. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário nº 273.834-4/RS, de 31 de outubro de 2000. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Cristiane Carneiro Bortolaz. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça*, Brasília, 2 fev. 2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=335790&tipo=AC&d_escricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%20273834%20-%20AgR>. Acesso em: 15 jun. 2011.

CAÚLA, César. *Dignidade da pessoa humana, elementos do estado de direito e exercício da jurisdição: o caso do fornecimento de medicamentos excepcionais no Brasil*. Bahia: Jus Podium, 2010.

DANTAS, Ivo. *O valor da Constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da supralgalidade constitucional*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Constituição e Processo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. *Novo Direito Constitucional Comparado: introdução, teoria e metodologia*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2010.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Deshaney, a minor, by his guardian ad litem, et al. v. Winnebago County Department of Social Services et al.*: 489 U.S. 189 (1989): Nº 87-154. Mountain View, CA: Google scholar, 1989. Disponível em: <http://scholar.google.com/scholar_case?case=5543768239799414902&q=affirmative+duty+social+rights&hl=en&as_sdt=4,60>. Acesso em: 16 jun. 2011.

FRANÇA. Conseil d'État. *Décision n° 275516*: Lecture du mercredi 28 décembre. Inédit au recueil Lebon, Section du Contentieux, M. Martin, président, Mme de Silva, commissaire du gouvernement. Paris: Le Conseil d'État et de la juridiction administrative, 2005. Disponível em: <<http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/ViewRoot.asp?View=Html&DMode=Html&PushDirectUrl=1&Item=1&fond=DCE&texte=Conseil+d%27%C9tat+275516&Page=1&querytype=simple&NbEltPerPage=4&Pluriels=True>>. Acesso em: 18 jun. 2011.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n° 474/02*: Processo n° 489/94. 2ª Secção (Plenário). Relator: Conselheiro Bravo Serra. Lisboa: Tribunal Constitucional, 2002. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020474.html>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

ROMAN, Diane. La justiciabilité du droit au logement et du droit à la sécurité sociale: les droits sociaux au-delà des droits des créances. In: DROIT des pauvres, pauvres droits?: recherches sur la justiciabilité des droits sociaux. Nanterre: Université Paris Ouest Nanterre la Défense, CREDOF, 2010. p. 2670-281. Disponível em: <http://www.droits-sociaux.u-paris10.fr/assets/files/rapport_final/Justiciabilit%C3%A9_droits_sociaux_rapport_final.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2011.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2010.