

ANTONIO OSWALDO SCARPA

Direitos fundamentais sociais

Conteúdo essencial,
judicialização e direitos
sociais em espécie

2021

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

3. O DIREITO A PRESTAÇÕES ESTATAIS COMO PROBLEMA ESPECÍFICO

3.1. Delimitação do problema

Dar efetividade aos direitos de defesa é relativamente simples: basta, em princípio, uma abstenção estatal, ou seja, que o Estado não interfira na esfera de liberdades do indivíduo. Difícil e problemático é conferir efetividade aos direitos que exigem uma prestação positiva do Estado, a exemplo dos direitos sociais, na sua dimensão prestacional.

Paira acirrada controvérsia sobre o problema da efetivação dos direitos sociais.

Como expõem Víctor Abramovich e Christian Courtis, não são raras as opiniões que negam valor jurídico aos direitos sociais, caracterizando-os como meras declarações de boas intenções, de compromisso político ou mesmo de “fraude tranquilizadora”.¹ De acordo com essas visões, somente os

1. ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**, p. 19.

chamados direitos civis geram prerrogativas para os particulares e obrigações para o Estado, sendo exigíveis judicialmente.

Robert Alexy assinala que a polêmica sobre os direitos a prestações decorre de diferentes opiniões sobre o caráter e as tarefas do Estado, do Direito e da Constituição. Ao se examinar os direitos a prestações, abordam-se problemas de redistribuição de renda, daí a “explosividade política” do tema. Em nenhum outro âmbito, segundo o autor, haveria uma conexão tão clara entre a esfera do jurídico e do político.²

Podem-se destacar duas questões a respeito da aplicação dos direitos sociais, para serem examinadas no presente estudo: a) é possível extrair diretamente desses direitos um direito subjetivo individual a prestações estatais? Sendo afirmativa a resposta a essa pergunta, em que medida ou, mais precisamente, em que situações e sob que condições pode ser reconhecido esse direito subjetivo a prestações (relacionadas à educação, saúde, assistência social e outras)?

Como já se afirmou, os direitos sociais constituem direito imediatamente aplicável, nos termos do art. 5º, §1º da CF. Assim, por menor que seja sua densidade normativa, os direitos sociais estão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, até porque, se não se concebe norma constitucional inteiramente destituída de eficácia e aplicabilidade, com muito mais força esse princípio se aplica às normas definidoras de direitos fundamentais. Nossa intenção, já anunciada, é demonstrar que os direitos sociais geram, em certa medida, direito subjetivo para o particular de exigir prestações do Estado.

2. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 426-427.

Já se esclareceu que o direito a prestações em sentido amplo abrange o direito a prestações normativas, e o direito a prestações em sentido estrito refere-se tão somente às prestações de ordem material. É a estes últimos que dedicaremos nossa atenção.

Há que se distinguir, ainda, direitos *originários* a prestações de direitos *derivados* a prestações. Os direitos derivados resultam de posições jurídico-prestacionais já concretizadas pelo legislador. A possibilidade de os direitos derivados gerarem direito subjetivo não comporta maiores controvérsias, como ressalta Ingo Sarlet,³ visto que, se há lei determinando ao administrador público que torne efetiva determinada prestação material, é evidente que o desatendimento dessa determinação legal pela Administração Pública implica a possibilidade de o particular lesado se socorrer do Poder Judiciário. O problema está, como ressalta o autor, na delimitação dos direitos originários, aqueles que decorrem direta e imediatamente da norma constitucional ainda carente, no ponto, de concretização pelo legislador. O foco deste estudo será, portanto, os direitos originários a prestações, ou seja: o exame da possibilidade de se reconhecer, diretamente da norma constitucional definidora de direito fundamental social, independentemente de interposição legislativa, um direito subjetivo individual (ou mesmo coletivo) a uma prestação material por parte do Estado. Examinar-se-á se o Poder Judiciário pode compelir os órgãos estatais a fornecerem a prestação material relacionada a um direito social.

3. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 296 et seq.

3.2. O direito subjetivo ao mínimo existencial enquanto conteúdo mínimo de eficácia dos direitos sociais

Diversos autores referem-se à garantia do “mínimo existencial”, diretamente exigível do Estado.⁴

Robert Alexy, por exemplo, ao discorrer sobre as condições para a exigibilidade dos direitos sociais, enfatiza que estas condições estão satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, como, por exemplo, um mínimo vital, uma moradia simples, a educação escolar, a formação profissional e um nível *standard* mínimo de assistência médica.⁵

É a teoria do grau ínfimo de efetividade dos direitos a prestação material, tentando-se deles extrair uma garantia a um mínimo social, com o fito de atenuar a decepção com as promessas constitucionais, o que poderia pôr em risco a própria força normativa da Constituição.⁶ Quanto a esse mí-

4. Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 495.

Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 477.

Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, p. 384.

Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 345.

Cf. TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**, p. 2.

Cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**, p. 150.

Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**, p. 247.

5. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 495.

6. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 150.

nimo existencial, sustenta-se a existência de direito subjetivo do particular, e não apenas interesse legítimo.

Na Alemanha, o direito ao mínimo existencial tem sido concebido como emanção do princípio da dignidade da pessoa humana, ou da liberdade e igualdade reais⁷, isso porque a Lei Fundamental de Bonn (de 1949) não previu expressamente em seu texto os direitos sociais, daí por que lá o mínimo social teve de ser inferido de outros princípios constitucionais.

Com efeito, Alexy ressalta que a Lei Fundamental de Bonn é muito cautelosa no tocante à formulação de direitos a prestações. A única formulação explícita de um direito fundamental social como um direito subjetivo a uma prestação é o direito da mãe a proteção e assistência por parte da comunidade (art. 6º, § 4º LF). Por isso, lá os direitos a prestações têm de ser deduzidos de outras normas.⁸

Os direitos a prestações, portanto, devem-se apoiar na obrigação do poder público de proteger a dignidade da pessoa humana (art. 1º, § 1º, frase 2, 2 LF) e na cláusula do Estado social (artigo 20, § 1º, e 28, § 1º, frase 1 LF). Da mesma forma, o princípio da igualdade, interpretado no sentido de igualdade de fato, pode fundamentar, em determinados casos, direitos a prestações.⁹

Andreas J. Krell atribui “às más experiências com a Carta anterior de Weimar” o fato de a Lei Fundamental de Bonn

7. Cf., *verbi gratia*, CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 341/477.

8. ALEXY, Robert. Op. cit., p.. 420-421.

9. Ibidem, p. 421.

não haver incorporado em seu texto os direitos sociais. Como se sabe, a Constituição alemã de 1919 (de Weimar) foi uma das primeiras Cartas que previram expressamente direitos sociais¹⁰. No entanto, como esclarece Krell, em seu ótimo estudo de direito comparado, a doutrina constitucional alemã do pós-guerra a considerou uma Carta “fracassada”, cujas promessas vazias teriam contribuído, inclusive, para o advento do nazismo. A amarga experiência do nazismo, a Guerra Fria e a proximidade territorial com os regimes do “socialismo real” do Leste Europeu e da Alemanha Oriental provocaram nos juristas alemães-ocidentais do pós-guerra o medo de que ideias de igualitarismo e coletivismo pudessem ameaçar o Estado de Direito e afogar as liberdades individuais.¹¹

Foi nesse contexto histórico que se optou por não prever expressamente os direitos sociais na Constituição, embora, paradoxalmente, se saiba que o Estado Social vingou de uma forma admirável na Alemanha, hoje unificada, garantindo um excelente nível de bem-estar aos cidadãos.

Naquele ordenamento jurídico, não só o direito ao mínimo existencial, mas os próprios direitos fundamentais sociais tiveram de ser extraídos de uma “dimensão real” de outros princípios constitucionais (liberdade e igualdade materiais, e não apenas formais).

10. KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**, p. 45 e seq.

11. Andreas J. KRELL, em **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**, p. 47, menciona trabalhos de E. Forsthoff e K. Doehring, nesse sentido, datados das décadas de 60 e 70 do século XX.

Assim, apesar de não existir na Lei Fundamental de Bonn a garantia de um salário mínimo, de uma aposentadoria ou ainda da assistência social, a doutrina alemã destaca a existência de um direito subjetivo ao mínimo indispensável para uma existência digna.

Sarlet informa que foi o publicista Otto Bachof, na década de cinquenta, o primeiro a afirmar, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da LF) e do direito à vida e integridade corporal (art. 2º, inc. II, da LF), que se deve reconhecer ao indivíduo não apenas a garantia de liberdade, mas também um mínimo de condições materiais, sem o que a vida e a própria dignidade da pessoa humana ficariam sacrificadas.¹²

Logo em seguida à formulação de Bachof, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht*) reconheceu que as pessoas carentes têm direito subjetivo a auxílio material por parte do Estado, invocando, igualmente, o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida, de sorte a assegurar ao indivíduo as mínimas condições de existência, sendo de se ressaltar que o direito à assistência social acabou sendo regulamentado alguns anos depois pelo legislador.¹³

Posteriormente, também o Tribunal Federal Constitucional alemão atestou a existência de um direito fundamental às condições mínimas para uma existência digna, argumentando que:

certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. [...] Isto inclui, necessaria-

12. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 315.

13. *Ibidem*, p. 316.

mente, a assistência social aos concidadãos que, em virtude de sua precária condição física e mental, se encontram limitados nas atividades sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar essas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais.¹⁴

Alexy, examinando precedentes do Tribunal Constitucional Federal alemão, afirma que não há dúvida de que aquela Corte parte de um direito fundamental a um *mínimo vital*. E, nesse sentido, harmoniza-se com a jurisprudência do Tribunal Administrativo Federal e com a opinião dominante na doutrina.

Desse modo, conclui Alexy, pode-se dizer que existe, ao menos, um direito fundamental tácito, extraído interpretativamente das disposições de direitos fundamentais.¹⁵

A Corte Constitucional alemã já se manifestou no sentido de que “o direito de liberdade careceria de valor sem o pressuposto real de poder recorrer a ele”.¹⁶

Destaque-se que também a Constituição dos Estados Unidos da América carece de previsão explícita dos direitos sociais.

14. BVerfGE 40, 121 (133). SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 316.

15. Ibidem, p. 422-423.

16. “El derecho de libertad carecería de valor sin el presupuesto real de poder recurrir a él.” BVerfGE 33, 303 (331). ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 424.

Em que pese Frank I. Michelman defender a constitucionalização desses direitos, naquele país, por via interpretativa,¹⁷ Abramovich e Courtis assinalam que a Suprema Corte americana só tem determinado a outorga de direitos a prestações materiais em casos excepcionais e ainda assim sem se referir diretamente a direitos sociais, como, por exemplo, afirmando que o Estado deve custear a produção de prova e advogado para pessoas hipossuficientes acusadas de crime, com base no direito à defesa.¹⁸

Também em julgados que declararam a inconstitucionalidade da política de segregação racial das escolas públicas do sul dos Estados Unidos, a Suprema Corte daquele país, na esteira do precedente *Brown v. Board of Education of Topeka*, determinou a adoção de medidas concretas no sentido de igualar o atendimento de negros e brancos em escolas, inclusive com a construção de novas escolas e modificação do sistema de transporte escolar. Porém, o fundamento utilizado fora a igualdade, e não um direito social à educação.¹⁹

Há autores que sustentam que o mínimo existencial deriva diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana.²⁰

17. MICHELMAN, Frank I. The Constitution, social rights, and liberal political justification. **International Journal of Constitutional Law**, p. 13-34.

18. Suprema Corte americana, casos *Griffin v. Illinois*, 351 U.S. 12 (1956), e *Douglas v. Califórnia*, 372 U.S. 353 (1963). ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**, p. 219.

19. Suprema Corte americana, casos *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), e *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 U.S. 1 (1971), entre outros. Disponível em: <<http://supct.law.cornell.edu>>. Acesso em 8 fev. 2005.

20. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 341/477.

Penso que não há dificuldade em enxergar os direitos sociais como concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana, representando as condições materiais necessárias para uma vida digna, uma vez que a ausência de condições materiais mínimas afeta, indubitavelmente, a dignidade da pessoa humana. Mas a questão é: se o não-atendimento de uma determinada prestação relacionada ao mínimo existencial atinge um determinado direito fundamental, por que não invocar esse direito, de maior grau de concretude e especialidade em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, preferindo extrair a prestação desse último princípio?

Luís Roberto Barroso salienta que a dignidade da pessoa humana deve ser considerada um princípio jurídico – e não um direito fundamental autônomo –, que está na origem dos direitos humanos, em especial dos direitos à liberdade e à igualdade.²¹

Como ressalta Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana, na condição de valor e princípio normativo fundamental, “exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhes negando a própria dignidade”.²²

Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**, 258.

21. BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**, p. 112.

22. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 87.

Com efeito, se os direitos fundamentais, em larga medida, podem ser vistos como emanção do princípio da dignidade da pessoa humana, tem-se que a ofensa a cada um dos direitos fundamentais representa igualmente agressão à dignidade da pessoa humana. Mas, nem por isso, a ofensa deixa de se referir diretamente ao direito fundamental violado.

Dirley da Cunha Júnior observa que, posto seja inquestionável que os direitos sociais têm por base o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que deveriam ser reconhecidos, ainda que não previstos expressamente em sede constitucional, “o direito constitucional brasileiro, entretanto, não padece dessa omissão, na medida em que a nossa Constituição reconhece expressamente os direitos fundamentais sociais, pelo menos os mais importantes à garantia do mínimo vital”.²³

Da mesma forma, no direito lusitano, José Carlos Vieira de Andrade, embora reconheça que os direitos fundamentais têm por fim proteger a dignidade da pessoa humana, salienta que isso se realiza “mediante a previsão e proteção de aspectos específicos ou de zonas determinadas da existência e da atividade humana”.²⁴

O eminente professor de Coimbra extrai o mínimo existencial (ou direito subjetivo a prestações estatais) dos próprios direitos sociais, identificando-lhes um conteúdo mínimo, embora seja restritivo quanto ao seu alcance, como se observa do seguinte trecho de sua obra:

23. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público**, p. 284.

24. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, p. 102-103.