

Os Direitos Sociais Como Direitos Exigíveis No Contexto Brasileiro

GUILHERME REGO MAGALHÃES¹; MARCELO NUNES APOLINÁRIO²

¹*Universidade Federal de Pelotas – guilherme3592@gmail.com*

²*Universidade Federal de Pelotas – marcelo_apolinario@hotmail.com*

1. INTRODUÇÃO

Esse trabalho analisa as distinções que são traçadas no Brasil entre direitos econômicos, sociais e culturais e os direitos civis e políticos sob a lente da obra “Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles” dos autores argentinos Victor Abramovich e Christian Courtis. Eles argumentam contra a noção de que direitos sociais não geram direitos subjetivos e podem ser exigidos perante o estado da mesma forma que direitos civis ou políticos e questionam a própria validade dessas classificações que implicam que os direitos econômicos, sociais e culturais são essencialmente diferentes dos civis e políticos, uma perspectiva ainda prevalente em nosso pensamento jurídico. É comum se dizer em nossa doutrina que os direitos sociais são distintos por conta de exigirem prestações positivas e não apenas negativas por parte do estado, Abramovich e Christian Courtis buscam relativizar essa dicotomia para que ela não possa ser tão simplesmente invocada para negar exigibilidade aos direitos sociais. (ABRAMOVICH; COURTIS, 2011)

Os autores propõem substituir essa visão redutiva por uma dogmática dos direitos sociais que assinala estratégias possíveis para atribuir a eles exigibilidade, esse trabalho busca determinar o quanto compatível tal proposta é com a estrutura jurídica e atual doutrina do Brasil. Para tanto, analisaremos a forma como a Constituição brasileira prevê direitos sociais e como eles são interpretados pela nossa doutrina. Assim veremos se o *status quo* dogmático ao qual os autores se contrapõe também é o dominante em nosso meio, tornando úteis para nós suas críticas, e se a interpretação dos direitos sociais que eles propõem tem precedente em nossa doutrina.

2. METODOLOGIA

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, na qual o procedimento utilizado será, primeiramente o bibliográfico documental. Começa-se com a leitura da obra objeto principal do trabalho, “Los derechos sociales como derechos exigibles” de Abramovich e Courtis. A seguir há a leitura do texto constitucional brasileiro e de doutrina relevante ao tópico para constatar a compatibilidade da obra com nosso sistema jurídico. Em sequência são procuradas na doutrina brasileira perspectivas análogas às presentes no texto em questão.

Com base na pesquisa bibliográfica serão então relacionadas a obra de Abramovich e Courtis com o estado geral da discussão a respeito da exigibilidade dos direitos sociais no Brasil e com base nisso determinar quais elementos de sua tese são aplicáveis à nossa realidade e quais destes podem constituir uma contribuição útil à nossa compreensão desses conceitos que são tão centrais e tão instáveis em nossa estrutura jurídica. A metodologia tomará como base a obra *Como Elaborar Projetos de Pesquisa* (GIL, 2010).

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Analizando a doutrina brasileira a respeito do tópico, alguns padrões emergem, por exemplo, a exigibilidade dos direitos sociais se tornou ao longo do tempo mais reconhecida, mas há discordâncias quanto a se isso é correto e onde estariam os limites dessa exigibilidade, especialmente frente a limitação de recursos do Estado brasileiro que faz com que garantir os direitos de um possa significar privar outros de serviços essenciais. A maioria dos autores se foca na capacidade material do Estado realizar plenamente os direitos sociais e incorpora, de fato, a ideia combatida por Abramovich e Courtis de que tais direitos sempre exigem a alocação de recursos para serem cumpridos e isso não ocorre com os direitos civis e políticos.

Ainda assim, é possível encontrar na doutrina brasileira autores que defendem que direitos sociais nem sempre geram obrigações positivas para o Estado e que os direitos civis e políticos também podem gerar tais obrigações em certas circunstâncias. Essa ideia é defendida por Sarlet e Figueiredo em “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à Saúde: algumas aproximações” que apontam que os direitos sociais abrangem tanto direitos a prestações quanto direitos de defesa relacionados aos objetos dos quais tratam e que mesmo os chamados ‘direitos negativos’ exigem ações positivas e custosas por parte do Estado para impedir que eles sejam cerceados, seja por particulares ou uma faceta do próprio Estado. Os autores defendem que na própria Constituição Federal de 1988 deixa evidente que esse é o caso, visto que seu rol de direitos sociais inclui direitos que se realizam por uma abstenção por parte do Estado. Exemplos disso incluem o direito de livre associação sindical, o direito de greve e as proibições de discriminação entre os trabalhadores. Portanto a concepção de que direitos sociais só podem ser satisfeitos por meio de prestações positivas custosas é claramente inaplicável à realidade brasileira, visto que em nossa constituição os direitos sociais estão listados no art. 6º e nem todos eles se conformam a esse parâmetro (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 15-17).

No Brasil não se tende a considerar obrigações positivas direta e irrestritamente exigíveis como as negativas, especialmente as mais custosas, que são frequentemente negadas por meio da chamada “reserva do possível”. Esse seria o limite de gastos que é razoável exigir que o Estado destine a satisfazer um direito subjetivo. A função de tal instituto em um país em que faltam regularmente recursos para a satisfação dos direitos mais básicos de muitos é evidente, mas, por conta dessa mesma precariedade de recursos, seu abuso pode servir de justificativa para o Estado abdicar de sua responsabilidade de realizar seus deveres, especialmente os de cunho social. (SARLET; FIGUEIREDO 2008, p. 34).

A exigibilidade dos direitos sociais não é negada em termos absolutos no Brasil, mas a sua satisfação ser condicionada à disponibilidade de ‘caixas cheios’ que tornem o seu custo tolerável, escreve Andreas Krell, reduz sua eficácia a zero, relativiza sua universalidade e os demove a ‘direitos de segunda categoria’. (KRELL, 2002, p.54).

Abramovich e Courtis tratam também da questão da ingerência do poder judiciário sobre a competência dos outros poderes em um contexto brasileiro. A Arguição de Descumprimento a Preceito Fundamental 45 (ADPF) determinou que, embora não seja atribuição do judiciário tomar decisões de mérito a respeito de políticas públicas, ele ainda pode exercer controle da legalidade das decisões tomadas nesse âmbito pelos outros poderes. Estando uma decisão em oposição a princípios listados no artigo 2º da Lei de Procedimento Administrativo (Lei

9784/99), como razoabilidade e proporcionalidade de forma a pôr em risco os direitos dos administrados, ficou estabelecida a competência do judiciário de interferir e anular uma política pública, com a reserva de essa ser a exceção e não a regra. No entanto isso só deve ser feito excepcionalmente, apenas por controle de legalidade e em casos de clara ofensa a princípios positivados. (ADPF 45, 2004)

Uma situação em que a insuficiência crônica dos serviços sociais se combina com a extensão da aplicabilidade imediata aos direitos sociais é extremamente preocupante, pois leva a um modus operandi em que indivíduos têm seus direitos sociais regularmente garantidos não por políticas públicas mas pelo judiciário. Isso pode levar não só a má e imprevisível administração dos gastos públicos mas até mesmo a mais desigualdade. Argumenta Ricardo Lobo Torres que o controle dos gastos públicos pela justiça leva à predação dos recursos do estado por indivíduos, em oposição a interesses mais difusos e esses indivíduos tende a compor uma elite que é capaz de litigar seus direitos, algo além do alcance do cidadão brasileiro médio. (TORRES, 2010, p.75). Abramovich e Courtis também propõem e que o Judiciário possa servir como fonte de informação aos outros poderes, demonstrando onde direitos sociais não estão sendo efetivados. Ana Paula Barcellos ecoa essa proposta, mas demonstra preocupação quanto à possibilidade dele vir a suplantar as decisões da administração pública ou ter a responsabilidade pela efetivação da Constituição posta inteiramente sobre ele. (BARCELLOS, 2011)

4. CONCLUSÕES

Efetuando essa pesquisa ficou claro que a mesma mentalidade no que se trata da exigibilidade dos direitos sociais econômicos e culturais à qual Abramovich e Courtis se opõe na Argentina é similarmente predominante no Brasil e que muitas das interpretações alternativas dos autores quanto aos direitos sociais econômicos e culturais são defendidas similarmente por doutrinadores nacionais. A diferença que mais se destacou foi relativa ao conceito de “reserva do possível” que é quase onipresente em discussões do tópico pelos nossos autores mas sequer é mencionado por Abramovich e Courtis. Sua obra trata da exigibilidade dos direitos sociais em termos abstratos, defendendo seu cabimento dentro de uma concepção da função do Estado e do judiciário, já muitos doutrinadores brasileiros tratam de muitas dessas questões teóricas como basicamente decididas, mas a realidade socioeconômica do país impõe limitações práticas à realização desses direitos. A sua preocupação principal então se torna por limites para a satisfação desses direitos não tanto porque satisfazê-los está fora das responsabilidades do Estado, mas sim para que haja critério para como os recursos limitados dos quais dispomos são distribuídos.

Talvez o aspecto mais interessante da obra para um leitor brasileiro seja como ela contesta conceitos e binariedades que são de fato muito prevalentes em nossa doutrina. Isso inclui não só a ideia que direitos civis e políticos nunca requerem gastos por parte do Estado e direitos sociais sempre o fazem, mas também a ideia de que tornar os direitos sociais exigíveis significa necessariamente permitir a indivíduos que exijam sua satisfação apenas para si. A possibilidade de uma comunidade exigir ao Estado as condições estruturais para que um direito social possa ser desfrutado está quase sempre ausente de debates sobre o tópico em nossa doutrina. É escapando assim dos lugares-comuns que a doutrina brasileira tende a revisitar nesse tópico que os autores nos

dão ferramentas úteis para racionalizar essa área tão importante de nosso sistema jurídico de uma forma mais estável do que a que temos hoje.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Porto Alegre: Editora Dom Quixote Ltda, 2011. 311 p.
- ALEMANHA. **Lei fundamental da república federativa da Alemanha**. Promulgada em 23 de Maio de 1949. Disponível em <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>.
- BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BACHOV, Otto. **Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates**.
- CONTRERAS PELÁEZ, F. **Derechos Sociales: Teoría e Ideología**. Madrid: 1994.
- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.
- GIL, Antonio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.
- KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à Saúde: algumas aproximações**. In: Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- STF, **ADPF 45, DJU 04.05.2004**, Relator Min. Relator Celso de Mello, julgada em 29.04.2004.
- TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial, os direitos sociais e desafios de natureza orçamentária**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.63-78.