

A problemática eficácia material das normas definidoras de direitos fundamentais sociais

*Renata Dias Vieira*¹

*Rubens Alves Pimenta Junior*²

*Mario Ângelo de Oliveira*³

65

Sumário: 1. Introdução; 2. Direitos Fundamentais. Conteúdo e Importância para a caracterização do Estado Democrático de Direito; 2.1. Origem, posituação e finalidade jurídica na ordem interna dos direitos Fundamentais Sociais; 2.2. A classificação dos direitos sociais pelo critério das dimensões ou gerações dos Direitos Fundamentais. 3. A Eficácia material dos direitos sociais. Justificativas que corroboram para uma exigibilidade imediata do teor programático das normas de Direitos Sociais; 4. Conclusão; 5. Referências bibliográficas.

Resumo: Intenta-se com a presente pesquisa demonstrar a eficácia material dos Direitos Sociais, analisando as disposições constitucionais e os possíveis impedimentos em concreto que possam inviabilizar a materialização destes direitos, legitimando a intervenção do Poder Judiciário na concessão de tutela normativa que obrigue o Estado a efetivar os Direitos Fundamentais Sociais. Nesta linha de estudo, verificar-se-á a historicidade, a finalidade e o conteúdo dos Direitos Fundamentais Sociais bem como a forma constitucionalmente prevista e planejada para sua concretização, fundamentando, o presente estudo, por meio de posições legais e doutrinárias obtidas por meio de um referencial bibliográfico teórico, contradizendo posicionamentos jurídicos existentes sobre o tema, a coleta de posições dos principais Tribunais Jurisdicionais e, por fim, a verificação de jurisprudências, artigos científicos, livros, dentre outros materiais que possibilitem um maior esclarecimento e enriquecimento ao tema proposto. Por fim, verificar melhorias e critérios formais que possibilitem maior eficácia material dos Direitos Sociais no lamentável cenário das políticas públicas sociais.

Palavras-chave: Direitos Sociais; Orçamentos Públicos; Reserva do Possível.

1. Introdução

O traço marcante caracterizador de um Estado Democrático de Direito, atualmente, não é somente a posituação na ordem jurídica interna dos Direitos e

¹ Graduanda do 6º período do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. E-mail: renata.vieira2@hotmail.com.

² Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. E-mail: rubensalvespimentajr@hotmail.com.

³ Professor do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. E-mail: marioangelodireito@gmail.com.

Garantias Fundamentais, mas de vital importância, é a preocupação em assegurar e disponibilizar a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais aos indivíduos ou grupos de parques recursos públicos que no Estado habitam, considerando que, como ensina BULOS (2014) estes:

[...] visam assegurar o bem-estar e a igualdade, impondo ao Estado uma prestação positiva, no sentido de fazer algo de natureza social em favor do homem. Aqui encontramos os direitos relacionados ao trabalho, ao seguro social, à subsistência digna do homem, ao amparo à doença e à velhice [...].

66

Entretanto, difícil e complexa tarefa é transformar a eficácia formal das normas constitucionais em meios materiais que assegurem o pleno gozo e fruição dos Direitos Sociais, seja pelo descontrole da fiscalização da atividade estatal, seja pela morosidade judicial, sejam pelos inúmeros fatores negativos que contribuem para a violação das normas definidoras dos Direitos Fundamentais Sociais. Violação ainda mais drástica se verifica quanto à prestabilidade de forma insatisfatória a uma crescente e massiva população brasileira carecedora de promoção social, que necessita cada vez mais de programas e políticas públicas para o seu desenvolvimento e progresso material, pois, lamentavelmente,

[...] ainda que melhore significativamente a situação brasileira em matéria de recursos disponíveis para a obediência aos preceitos fundamentais da nossa Constituição, é difícil imaginar o dia em que estes recursos se mostrarão suficientes, já que a perspectiva é a de que as despesas a fazer aumentem, e em muito, daqui em diante. Aconteça o que acontecer, o fato é que os recursos empregáveis para a salvaguarda dos direitos fundamentais são, hoje em dia, inferiores ao necessário. Por outro lado, é difícil imaginar alguma demanda, mesmo que de um vasto grupo, cujo custo seja alto a ponto de torná-la inatendível pelos órgãos públicos (ZANITELLI, 2010, p. 190).

Intenta-se com a presente pesquisa verificar a eficácia material dos Direitos Sociais dispostos na Constituição Federal de 1988, analisando as disposições constitucionais e os possíveis impedimentos em concreto que possam inviabilizar a materialização destes direitos, legitimando a intervenção do Poder Judiciário na concessão de tutela normativa que obrigue o Estado a efetivar os direitos fundamentais sociais.

Nesta linha de estudo, verificar-se-á a historicidade, a finalidade dos Direitos Fundamentais Sociais bem como a forma constitucionalmente prevista e planejada para sua concretização, identificando as possíveis implicações na difícil tarefa de prover Direitos Sociais, demonstrando, por fim, a constitucionalidade da intervenção do Poder Judiciário em competências atípicas, não previstas pela Constituição Federal de 1988.

O estudo sobre o tema foi idealizado na seguinte forma: a) - pesquisa sobre o tema do trabalho buscando a definição de conceitos por meio de posições jurídicas e

doutrinárias, através de um referencial bibliográfico teórico; b) - análise sob o ponto de vista do ordenamento jurídico brasileiro utilizando legislações e os posicionamentos dos principais tribunais jurisdicionais, bem como a contradita de posicionamentos jurídicos sobre o tema na doutrina brasileira; c) - verificação de jurisprudências, artigos científicos, livros, dentre outros materiais que possibilitem um maior esclarecimento e enriquecimento ao tema proposto.

Por todo o exposto, quais os limites legais e materiais que possibilitam a eficácia material dos Direitos Fundamentais Sociais?

2. Direitos fundamentais. Conteúdo e importância para a caracterização do Estado Democrático de Direito

Direitos Fundamentais, com a leitura da acepção gramatical que a expressão nos remete, são aqueles direitos fundantes de uma ordem jurídica, essenciais e inerentes a condição humana, dotados de conteúdo valorado que remete a interpretação protetiva em prol dos seres em seu mais alto grau de amplitude, seja em âmbito interno ou em âmbito mundial a ser observado pelos Países componentes do globo.

Propõe-nos FERRAJOLI (2011, p. 9), uma definição teórica, formal de Direitos Fundamentais, qual seja:

[...] direitos fundamentais são todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do status de pessoa ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. Compreendo por “direito subjetivo” qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada a um sujeito por uma norma jurídica, e por status a condição de um sujeito prevista também esta por uma norma jurídica positiva qual pressuposto da sua idoneidade a ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que estão em exercício.

Esta definição se baseia em um assento apenas teórico, considerando que alguns direitos fundamentais previstos nas constituições de cada país podem variar, mas não perder seu caráter universal, aplicando-se tal definição nas mais variadas filosofias jurídica ou política. Complementando a exposição, prossegue o ilustre jurista Italiano:

[...] esse caráter “formal” da nossa definição não impede que ela seja suficiente para identificar, nos direitos fundamentais, a base da igualdade jurídica. Graças a isso, de fato, a universalidade expressa pela quantificação universal dos (tipos de) sujeitos que de tais direitos são titulares vem a se configurar como um dos seus corolários estruturais, que, como veremos, comporta o caráter inalienável e indisponível dos interesses substanciais nos quais esses direitos consistem. Em verdade, na experiência histórica do constitucionalismo, tais interesses coincidem com as liberdades e

com as outras necessidades de cuja garantia, conquistada a preço de lutas e revoluções, depende a vida, a sobrevivência, a igualdade e a dignidade dos seres humanos. Mas essa garantia se realiza precisamente através da forma universal que provém da sua estipulação como direitos fundamentais em normas constitucionais supra ordenadas a qualquer poder decisório: se são normativamente de “todos” (os membros de uma dada classe de sujeitos), eles não são alienáveis ou negociáveis, mas correspondem, por assim dizer, à prerrogativa não contingente e inalterável dos seus titulares e a outros tantos limites e vínculos insuperáveis a todos os poderes, sejam públicos ou privados.

É vasta a seara terminológica e a ambiguidade de consensos na esfera conceitual dos Direitos Fundamentais, o que nos induz verificar, em âmbito interno, como são conceituados.

De forma clara e objetiva expõe SARLET (2012, p. 31) que:

[...] estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.

Por toda fundamentação esposada, não deve ser esquecido que não basta apenas à previsão de direitos fundamentais na ordem jurídica interna, devendo, necessariamente, serem estes direitos respeitados e prestados na medida do possível, lembrando que a caracterização do Estado Democrático de Direito se baseia também em limitações aos Poderes instituídos, à participação popular na democracia cotidiana, bem como a busca pela promoção e desenvolvimento sadio da vida humana.

Ensina-nos PAULO e ALEXANDRINO (2012, p. 93):

Quanto ao regime político, o caput do art. 1º da Constituição afirma que o Brasil “constitui-se em Estado Democrático de Direito”. Em suas origens, o conceito de “Estado de Direito” estava ligado tão somente à ideia de limitação do poder e sujeição do governo a leis gerais e abstratas. A noção de Estado Democrático é posterior, e relaciona-se à necessidade de que seja assegurada a participação popular no exercício do poder, que deve, ademais, ter por fim a obtenção de uma igualdade material entre os indivíduos. Atualmente, a concepção de “Estado de Direito” é indissociável do conceito de “Estado Democrático”, o que faz com que a expressão “Estado Democrático de Direito” traduza a ideia de um Estado em que todas as pessoas e todos os poderes estão sujeitos ao império

da lei e do Direito e no qual os poderes públicos sejam exercidos por representantes do povo visando a assegurar a todos uma igualdade material (condições materiais mínimas necessárias a uma existência digna).

Verifica-se, portanto, que os direitos fundamentais possuem um status de norma fundamental para um ordenamento jurídico, revelando através deste conteúdo o verdadeiro Estado de Direito, “residindo seus fundamentos em limitações aos Poderes, aos Agentes Públicos e no modelo básico em que se apoia a sociedade e não apenas fundado nas pessoas ou na humanidade” (LORENZETTI, 2011).

2.1 Origem, posituação e finalidade jurídica na ordem interna dos direitos fundamentais sociais

Interessante destacar as manifestações populares atuais em prol de mudanças significativas na forma de se governar, de se gerir, transmitir e publicar os acontecimentos do governo brasileiro, bem como a luta demonstrada pela sociedade nas áreas mais desprezadas pelos governantes.

Faz-nos lembrar de fatos registrados na história, que corroboraram para o progresso e a evolução do Brasil. Tratam-se das manifestações sociais ocorridas no século XIX, onde a população passou de governados à resistentes aos padrões de domínio do colonizador europeu, levando ao agravamento e a crise do sistema colonial brasileiro, culminando no “atrito entre os grupos dominantes e as camadas populares, os pobres, expropriados, que procuravam se libertar da dominação em que estavam submetidos” (DIAS, 2003).

E foi assim, em meio ao clamor social brasileiro, entre lutas e manifestações, que foram reconhecidos os Direitos Fundamentais Sociais, cujo expoente se verifica no século XX, caracterizados pela passagem do Estado individualista ou liberal para o Estado Social, cujas atividades encontram-se norteadas ao desenvolvimento e progresso social, voltando às atividades de governo, sempre e exclusivamente, no respeito e constante desenvolvimento da promoção do ser humano.

Como demonstra PAULO e ALEXANDRINO (2012, p. 102):

[...] Foram os movimentos sociais do século XIX que ocasionaram, no início do século XX, o surgimento da segunda geração de direitos fundamentais, responsável pela gradual passagem do Estado liberal, de cunho individualista, para o Estado social, centrado na proteção dos hipossuficientes e na busca da igualdade material entre os homens (não meramente formal, como se assegurava no Liberalismo).

Surge a partir da Constituição de 1934, juntamente com os direitos fundamentais de natureza civil e política, os direitos sociais, possibilitando exigir do Estado à efetivação de políticas públicas e a justiça social, “assumindo o Estado o dever de oferecer prestações

sociais aptas a equilibrar o princípio da isonomia entre as pessoas que estejam em situação adversa” (Souza, 2010).

Segundo PAULO e ALEXANDRINO (2012, p. 28):

A constituição de 1934 é apontada como um marco na transição de um regime de democracia liberal, de cunho individualista, para a chamada democracia social, preocupada em assegurar, não apenas uma igualdade formal, mas também a igualdade material entre os indivíduos (condições de existência compatíveis com a dignidade humana).

70

Ao longo das já citadas transformações sociais ocorridas na história brasileira, vários foram os regimes de governo, chegando a promulgação total de oito constituições, chegando, por fim, a Constituição Federal de 1988, cujo revela-se altamente democrático, carta mestre que orienta e fundamenta os princípios estatais, que deu enfoque descritivo ao elencar os direitos sociais reconhecidos na ordem jurídica pátria, não determinando, no entanto, a forma de efetivação e materialização destes direitos no cenário social, cabendo, ao intérprete na atividade jurídica, determinar, de forma razoável e exequível, a satisfação dos direitos sociais à sociedade.

Conforme afirma SILVA (2013, p. 89):

[...] é um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. Bem examinada, a Constituição Federal, de 1988, constitui, hoje, um documento de grande importância para o constitucionalismo em geral.

Analisando a caracterização dos direitos fundamentais sociais, verifica-se que estes se prestam a vincular o Estado para que os efetive por meio da implantação de programas e políticas públicas, merecendo atenção e participação exaustiva do ente estatal, considerando que aqueles que destes direitos dependem encontram-se, na maioria dos casos, às mínguas da pauperização devido a desigualdade de oportunidades e educação, o que ocasiona a pobreza material, ensejando a participação ativa do estado com fins de sanar ou mesmo diminuir, ainda que de forma temporária, a necessidade social de uma população carecedora de recursos financeiros, necessitando, portanto, de promoção e auxílio do Estado para o desenvolvimento com o mínimo existencial aceitável de suas vidas. Fundamentando a argumentação esposada, PAULO e ALEXANDRINO (2012, p. 98) afirmam que:

[...] os direitos fundamentais de segunda dimensão – direitos sociais, culturais e econômicos – os direitos fundamentais passam a ter feição positiva, isto é, passaram a exigir, também, a atuação comissiva do Estado, prestações estatais em favor do bem-estar do indivíduo.

Os Direitos Sociais expressamente previstos na Constituição Federal de 1988, postulados no capítulo II, especificamente, no artigo 6º, caput, e esparsos ao longo do texto constitucional, tais como saúde, educação, trabalho, previdência social, habitação, assistência social, impõe ao Estado a obrigação de fazer, de prestar, de viabilizar os direitos às classes socioeconomicamente desprovidas de recursos para sua própria manutenção e subsistência, cabendo aos órgãos públicos e aos agentes estatais o cumprimento e efetivação destes direitos sociais, seja de plano ou quando requerido, buscando criar e aplicar as políticas e serviços públicos àqueles se encontram à margem da vida indigna, aquela penosa ao ser humano, “mediante intervenções de retificação na ordem social a remover as mais profundas e perturbadoras injustiças sociais” (BONAVIDES, 2013).

Consideremos que a vida humana não é fácil quando se está a margem do mínimo existencial para se viver, tornando-se demasiadamente penosa, quando acrescida a impossibilidade de ter acesso aos direitos sociais postulados pelo Constituinte Originário, o que enseja uma violação drástica a psique que por vezes resulta em violação material a própria vida humana, direito fundamental de maior valor normativo no ordenamento jurídico brasileiro.

O ser humano deve ser visto e tratado como um sujeito de direitos pelo qual o Estado deve voltar sua atenção para a preservação da vida, movimentando forças por meio da efetivação de políticas públicas, ainda que estas devam exigir o sacrifício de outros orçamentos. Como demonstra RADBRUCH (2010, p. 190):

[...] o conceito de pessoa permanece um conceito de igualdade na medida em que se equiparam o poderoso e o impotente, o proprietário e o desprovido de bens, a frágil pessoa individual e a poderosíssima pessoa coletiva. [...] a igualdade jurídica, a mesma capacidade jurídica que forma a essência da pessoa, não é inerente aos homens e às associações humanas, mas lhes é atribuída posteriormente pelo ordenamento jurídico.

Verifica-se a fundamentalidade dos direitos sociais ou direitos de segunda dimensão, na busca de propiciar condições materiais dignas para permanência e manutenção da dignidade da pessoa humana, o que se resume em uma vida plena. Não se deve entender por vida plena, uma abundância material, mas o mínimo exigível para que se mantenha a vida em contínuo progresso, viabilizando saúde, educação, o trabalho, a moradia, dentre outros direitos sociais no limite do mínimo de existência, por outras palavras o mínimo necessário a consecução de uma vida sadia, pois,

[...] não há para tanto outro caminho senão reconhecer o estado atual de dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado e fazer com que este último cumpra a tarefa igualitária e distributiva, sem a qual não haverá democracia nem liberdade (BONAVIDES, 2013, p. 343).

Concluindo este tópico, o Estado Democrático de Direito deve voltar os olhos e suas atividades à população carecedora de promoção e intervenção estatal em suas vidas, constituindo segundo SOUZA (2010, p. 105) “basilar dever do Estado fornecer prestações sociais mínimas e necessárias, capazes de promover a melhoria da qualidade de vida das pessoas”, assegurando, assim, a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

2.2 A classificação dos direitos sociais pelo critério das dimensões ou gerações dos direitos fundamentais

Com o pretexto de embasar e esmiuçar o presente estudo, faz-se necessário esclarecer e demonstrar o posicionamento dos direitos sociais segundo o critério das dimensões ou gerações. Atualmente, assim como se dividiu em etapas históricas o reconhecimento dos direitos humanos no ordenamento jurídico internacional, por conseguinte e por influência deste ramo do direito, classificam-se os direitos fundamentais segundo o critério das gerações ou dimensões, agrupando-os segundo a natureza de cada direito, considerando sua historicidade e os traços que os unem segundo o fundamento das lutas sociais travadas pelo seu reconhecimento.

Para LORENZETTI (2011, p. 104),

A classificação dos direitos em função das gerações tem um sentido histórico, antes que normativo. Os primeiros direitos fundamentais referiam-se à liberdade, e foram consagrados a partir da Declaração dos Direitos do Homem – por isso são os da “primeira geração”. A segunda categoria de direitos reconhecia foi a dos denominados “direitos sociais”: direito ao trabalho, moradia digna, saúde. Foram incorporados através do constitucionalismo social, de meados do século XX. Os da terceira geração são mais novos, tais como a qualidade de vida, meio ambiente, liberdade de informação, consumo, patrimônio histórico e cultural da humanidade, defesa do patrimônio genético da espécie humana.

Realizando a hermenêutica constitucional, verifica-se a presença de direitos cujas diferenças se verificam ao analisar os destinatários, bem como sua natureza jurídica, divididos por três gerações de direitos fundamentais, expressamente previstos e implícitos, assim delimitados:

Direitos de Primeira Dimensão: são aqueles que o Estado e os particulares devem abster-se de praticar condutas que violem o direito constitucional consagrado, assegurando a proteção do indivíduo em face destes agentes, exigindo, portando, o comportamento “negativo”, de não interferência naquele direito concedido pela norma constitucional, tutelando o clássico direito às liberdades, pois, conforme nos ensina LORENZETTI (2011, p. 99):

[...] as obrigações de não fazer referem-se aos direitos de defesa, de liberdade, que tentam por limites à atuação do sujeito passivo. São exemplos o direito à liberdade, à vida, à integridade física e à propriedade. Sua característica é negativa, são obrigações de não fazer em benefício da liberdade individual. A violação desses direitos dá lugar a ações preventivas, principalmente de tutela inibitória, frente à invasão da esfera alheia, bem como a ações indenizatórias em vista do dano causado.

Direitos de Segunda Dimensão: conforme explicado anteriormente, são os direitos sociais, os quais o Estado deve atuar buscando a igualdade substantiva daqueles que se encontrem aquém do mínimo existencial, necessitando de amparo do Estado para o fornecimento de políticas públicas que assegurem o desenvolvimento da vida sadia, que por si só não conseguem patrocinar, correspondendo aos direitos das classes economicamente desfavorecidas, exigindo, portanto, um comportamento positivo do Estado. Complementando com os ensinamentos de LORENZETTI (2011, p. 106):

73

[...] as obrigações de fazer impõem obrigações ativas ao sujeito passivo. São características destas os denominados direitos econômico-sociais, como o direito ao trabalho e à moradia. [...] no caso das obrigações de fazer em benefício do sujeito ativo, trata-se de direitos de operatividade direta. Em virtude delas, o titular tem uma pretensão positiva, que sustenta uma ação processual. Existe uma ação positiva fática, já que, se for usada uma forma jurídica, tratar-se-á de uma obtenção da satisfação da pretensão. O decisivo é que, depois do resultado da ação, o direito esteja satisfeito. Por exemplo, o salário mínimo vital ou a existência de núcleos de estudos são pretensões positivas fáticas relacionadas com o direito ao salário e à educação, respectivamente.

Fundamentando o conceito dos direitos fundamentais de segunda dimensão, expõem BULOS (2014, p. 403):

[...] a segunda geração, advinda logo após a Primeira Grande Guerra, compreende os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais visam assegurar o bem-estar e a igualdade, impondo ao Estado uma prestação positiva, no sentido de fazer algo de natureza social em favor do homem. Aqui encontramos os direitos relacionados ao trabalho, ao seguro social, à subsistência digna do homem, ao amparo à doença e à velhice.

Direitos de Terceira Dimensão: voltados à tutela dos direitos da coletividade, “importam um complexo de condutas ativas e de abstenção”. (LORENZETTI, 2011).

Fundamentando o conceito esposado há de se destacar o julgado do Mandado de Segurança nº. 22.164/SP proferido pelo relator Ministro Celso de Mello que sentencia:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade..

Discute-se, atualmente, o reconhecimento dos Direitos de Quarta Dimensão, assim chamados de direito dos povos, caracterizados por resguardar os direitos de acesso à tecnologia, informação, comunicação, dentre outros, mas que não se encontram sedimentados na doutrina jurídica brasileira.

A título de conhecimento, BULOS (2014, p. 404) nos demonstra um esboço da conceituação destes direitos:

[...] relativos à informática, softwares, biociências, eutanásia, alimentos transgênicos, sucessão dos filhos gerados por inseminação artificial, clonagens, dentro outros acontecimentos ligados à engenharia genética. Paulatinamente, o Judiciário brasileiro tem-se deparado com esses direitos, os quais são filhos do processo de globalização do Estado neoliberal.

Por fim e para finalizar a conceituação demonstrada, CANOTILHO (1993, p.30), afirma que os direitos fundamentais cumprem o seguinte sentido:

[...] a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Considerando o caráter histórico e o reconhecimento progressivo que tais direitos foram positivados na ordem jurídica brasileira, esta é a importância em classifica-los segundo as gerações ou dimensões a fim de estabelecer uma tipologia normativa bem como os efeitos que estes produzirão no ordenamento interno. Segundo LORENZETTI

(2011, p. 78), “o problema mais importante das classificações dos direitos segundo a geração é a escassa utilidade. Podemos estar de acordo com esses critérios, mas não servirão, necessariamente, para resolver o caso”.

Como explicado anteriormente no início deste tópico, serve-nos o conhecimento desta classificação para demonstrar momentos históricos e perceber acontecimentos políticos e duras lutas que sem estas os direitos fundamentais não seriam reconhecidos na ordem jurídica interna, servindo, portanto, para fins didáticos e explicativos, não para por fim a casos práticos.

3. A eficácia material dos direitos sociais. Justificativas que corroboram para uma exigibilidade imediata do teor programático das normas de direitos sociais

No Estado de Direito que vivemos, verifica-se a importância da atuação conjunta e harmônica dos três Poderes estatais, a fim de manter a estabilidade social, idealizando políticas e ações voltadas ao progresso humano. Neste entendimento, deve o Poder Legislativo produzir leis abstratas que possibilitem a divisão orçamentária bem como a vinculação do Poder Executivo na materialização dos Direitos Sociais, por meio dos respectivos agentes públicos incumbidos constitucionalmente de efetivá-los, algo que para muitos é de fundamental importância para uma vida com o mínimo aceitável de dignidade, observando, segundo LORENZETTI (2011, p. 115), que:

As fórmulas fundamentais estão expressas com abstração, como mandados não condicionados, de tal modo que ninguém pode discordar delas. No entanto, no momento de sua aplicação, há uma série de normas que estabelecem complementos, para melhorar sua eficácia, exceções e regulamentações, para compatibilizá-los com outros direitos e bens públicos, que definitivamente estabelecem sua existência jurídica concreta.

Adentrando a análise do conteúdo constitucional expresso dos Direitos Sociais, verifica-se pela estrutura normativa da Constituição Federal de 1988, a prioridade em demonstrar, de forma analítica, os Direitos Sociais, postos em evidência pelo Poder Constituinte Originário. Diz-se em evidência, pois, outras constituições tratavam do tema de forma residual, nos últimos capítulos, o que não se verifica na constituição atual, tornando os direitos fundamentais ponto de relevante interesse e atenção pela máquina administrativa. Conforme afirma BARRETO (2012, p. 58):

O tratamento da matéria logo no início da Constituição, rompendo com o modelo historicamente utilizado nas constituições brasileiras, foi um ato intencional do constituinte, como se ele quisesse mais uma vez sinalizar que a temática dos direitos estava sendo colocada em primeiro plano na nova ordem jurídica.

Ao analisarmos o catálogo dos Direitos Sociais dispostos na Constituição Federal de 1988, verifica-se que os mesmos encontram-se no Capítulo II, artigo 6º, inserido nas disposições do Título II, que trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Portanto, é necessário destacar que os Direitos Sociais devem receber o mesmo valor reconhecido aos Direitos Fundamentais de primeira dimensão, tido como os direitos de não intervenção estatal no universo individual, respeitando a vontade do legislador e a fundamentalidade destes no momento de seu reconhecimento.

Neste entendimento, deve-se estender o mesmo conteúdo valorativo atinente aos direitos fundamentais dispostos no artigo 5º da Carta Cidadã, devendo ser aplicados às características da plena exigibilidade e efetividade, bem como as de imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, sendo certo que,

[...] a Constituição assumiu, na sua essência, a doutrina segundo a qual há de verificar-se a integração harmônica entre todas as categorias dos direitos fundamentais do homem sob o influxo precisamente dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como uma categoria contingente. Nem é preciso fundamentá-los em bases jusnaturalistas, como se esforça em fazê-lo, para compreender que eles constituem, em definitivo, os novos direitos fundamentais do homem, e, com toda razão, “se estima que, mais que uma categoria de direitos fundamentais, constituem um meio positivo para dar um conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades” e sua proclamação supõe uma autentica garantia para a democracia, ou seja: “para o efetivo desfrute das liberdades civis e políticas. (SILVA, 2011, p. 185)

É certo que os direitos Sociais são normas de cunho programático, considerando que apenas a previsão destes direitos na norma constitucional não encerra e não satisfaz a carência social, pois, dizer que se tem direito a saúde, educação e ao lazer não encerra o problema e não satisfaz as carências materiais cujo contexto normativo se destina. Dizem-se programáticas, pois, vinculam os Poderes Estatais no sentido de materializarem programas e políticas públicas contínuas e duradouras, que possibilitem a transformação desse cunho normativo em fruição de benefício material, prestando, assim, apoio àqueles que não podem pagar pelos serviços essenciais mínimos asseguradores da dignidade humana.

Sendo assim, não se deve a esmo justificar a inadequada ou absoluta ausência de prestação de programas e políticas públicas alegando desarrazadamente o teor pragmático das normas definidoras dos Direitos Sociais, pois, certo é que estas possuem eficácia normativa e plena exigibilidade caso não sejam satisfeitas dentro dos critérios mínimos que dispõe o fundamento da própria norma.

Caso não sejam satisfeitos, há que se recorrer a intervenções judiciais para a proteção da supremacia das normas constitucionais bem como do destinatário do direito social, utilizando-se de instrumentos judiciais tais como: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o Mandado de Injunção, o Mandado de Segurança, dentre outros meios que

possibilitam reclamar perante as autoridades judiciais a omissão funcional causada pelos agentes públicos.

Como ensina BARROSO (2009, p. 82):

[...] lembremos que não há, em uma Constituição, cláusula a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos.

77

Inserir-se que da Constituição Cidadã, assim denominada por alguns autores, representativa do Estado Democrático de Direito, deve se buscar a interpretação mais favorável à proteção da dignidade humana, bem como a efetividade e materialidade das normas que nela estão inseridas, para que sejam preservados os princípios da supremacia e eficácia das normas constitucionais. Clareando a explicação, BARROSO (2009, p. 83) menciona que:

[...] A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

Ressalta-se que o Constituinte Originário, se preocupou com a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais em vários momentos. Primeiramente, fez constar no artigo 5º, §1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”, sendo que “não é, pois, só a garantia dos direitos políticos, mas de todos os direitos fundamentais: individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos” (SILVA, 2011).

Nos ensina SILVA (2011, p. 467) que,

[...] essa declaração pura e simplesmente por si só não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torná-lo eficiente. Vimos a propósito o mandado de injunção. Acrescentemos que a ação de inconstitucionalidade por omissão é da mesma natureza. A iniciativa popular pode muito bem ser eficiente instituto de busca da integração das normas constitucionais dependentes de lei ordinária ou complementar, especialmente daquelas normas que traduzam direitos de interesse social. Sua existência por si só, contudo, estabelece uma ordem aos aplicadores da Constituição no sentido de que o princípio é o da eficácia plena e aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais: individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos, de tal sorte que só em situação de absoluta impossibilidade se há de decidir pela necessidade de normatividade ulterior de aplicação.

Por isso, revela-se por seu alto sentido político, como eminente garantia política de defesa da eficácia jurídica e social da Constituição.

Para comprovar o vasto campo formal dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro e a importância e atenção que deve ser dada a estes, por meio do decreto n.º. 678 de 06 de novembro de 1992, o Brasil aderiu a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, que dispõe em seu Capítulo III, “Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, especificamente no artigo 26, que trata do “Desenvolvimento progressivo”, menciona que “os Estados - partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”.

78

Por tal contexto, infere-se à atenção que deve ser dada à realização dos Direitos Sociais na ordem jurídica interna bem como o entendimento na ordem internacional sobre o conteúdo valioso dos Direitos Sociais, que asseguram direitos individuais e coletivos a serem protegidos e viabilizados na pauta democrática de um Estado.

4. Considerações finais

Diante de esmiuçado conteúdo normativo expresso, implícito e aberto dos Direitos Fundamentais Sociais no ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que estes possuem segura eficácia formal, pois há disposições normativas suficientes que demonstram um verdadeiro mandado de materialização e otimização na ordem social brasileira, cabendo, em tese, sua efetivação como função primeira do Estado.

Verifica-se, entretanto, que a eficácia material ou a materialização destes direitos no meio social concreto enseja aprofundada discussão e transformadoras melhorias, seja pela escassez de recursos financeiros, seja por mudanças nas prioridades das políticas públicas ou mesmo pelo amadurecimento dos agentes estatais no sentido de reconhecerem que o Estado deve trabalhar para o bem do povo e não o povo submeter aos mandos e desmandos de um Estado, devendo, o Poder Judiciário, salvaguardar as normas constitucionais e obrigar a materialização de Direitos quando reclamados judicialmente, visando, assim, assegurar a eficácia material das normas definidoras dos Direitos Sociais.

5. Referências bibliográficas

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo. Malheiros, 2013.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n.º. 22164**. Direito Administrativo e outras matérias de direito público. Intervenção do Estado na Propriedade. Desapropriação por Interesse Social Reforma Agrária. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=1606388>>
Acesso em 22 nov. 2013.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COELHO, Edihermes Marques e MESQUITA, Gil Ferreira de. **Metodologia da pesquisa jurídica**. Uberlândia: IPEDI, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim; Alfredo Copetti Neto; Daniela Cadermatori; Hermes Zaneti Júnior; Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. / Ricardo Luís Lorenzetti; Bruno Miragem; tradução de Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 29. ed. São Paulo. Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Erival da Silva e BARROSO, Darlan. **Prática constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Coleção prática forense; v.1).

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 9. ed. Rio de Janeiro. Forense; São Paulo: MÉTODO 2012.

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

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito** / Gustav Radbruch. Trad. Marlene Holzhausen; rev. tec. Sérgio Sérvulo da Cunha. 2. ed. São Paulo: WMF Fontes, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Ângela Maria. PINHEIRO, Maria Salete de Freitas. FRANÇA, Maira Nani. **Guia para normalização de trabalhos técnico-científicos: projetos de pesquisa, trabalhos acadêmicos, dissertações e teses**. 5º ed. rev. e ampl. Uberlândia: UFU, 2013.