

EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS DEFINIDORAS DOS DIREITOS SOCIAIS E O PAPEL DO ESTADO NA SUA IMPLEMENTAÇÃO

Igor UEDA¹

RESUMO: O escopo deste artigo é o debate acerca da possibilidade de se reconhecer direitos subjetivos às prestações estatais. Para isso abordou-se conceitos como o de eficácia, efetividade, além da diferenciação dos tipos de normas definidoras de direitos e garantias fundamentais inclusive quanto a sua aplicabilidade de maneira a permitir uma melhor compreensão do tema tratado.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Eficácia. Efetividade. Direitos Sociais. Direitos Subjetivos.

1 INTRODUÇÃO

A problemática da eficácia dos direitos sociais está inserido em nosso ordenamento jurídico principalmente no âmbito das normas constitucionais.

As normas presentes em nossa Constituição tem sido objeto de diversas classificações elaboradas pelos doutrinadores brasileiros.

A principal classificação na doutrina brasileira foi realizada por SILVA(2008, p. 82), que elaborou a terminologia tríplice baseada na eficácia e aplicabilidade das normas. Sendo esta composta por: a) normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; b) normas de eficácia contida e aplicabilidade direta, imediata e não integral; c) normas de eficácia limitada e aplicabilidade indireta, mediata e reduzida.

Dentre a utilização da eficácia e aplicabilidade das normas, merece destaque a sua presença no âmbito dos direitos fundamentais, e por sua vez relacionados aos chamados direitos sociais que necessitam de uma prestação positiva imposta aos órgãos do poder público visando garantir uma igualdade de oportunidades entre os indivíduos da sociedade ao contrário dos direitos políticos e

¹ Discente do 2º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

das liberdades civis que para serem eficazes necessitam de uma abstenção por parte do Estado.

Dessa maneira, esse trabalho pretende refletir sobre a eficácia que incide sobre os direitos sociais, bem como o seu grau de aplicação aos casos concretos e a sua influência na maneira pela qual o constituinte elaborou as normas de direito social, tais direitos encontram-se na Constituição na forma de normas de eficácia limitada, possuem caráter abstrato e necessitam da atuação do legislador ordinário para sua complementação. Além disso, questiona-se a possibilidade de extrair o direito subjetivo a prestações dos órgãos públicos e em quais condições essas demandas podem ser reconhecidas pelo Estado. Pretende-se também verificar como a questão econômica está vinculada a esses direitos, pois é necessário avaliar a disponibilidade de recursos materiais para que as normas de direito social sejam eficazes e efetivas, nesse ponto parte da doutrina argumenta que, somente, o legislador ordinário seria competente para concretizar os direitos sociais porque sua função está relacionada com a destinação dos recursos públicos e matéria orçamentária, ainda no âmbito econômico será tratado do conceito da reserva do possível.

A pesquisa visa contribuir para a compreensão de um tema de inegável relevância no direito brasileiro, pois os direitos sociais são de extrema importância para a garantia de uma isonomia material e não somente formal, de maneira que os órgãos responsáveis pela garantia da aplicabilidade das normas garantidoras desses direitos ao mostrarem sua ineficácia cometem uma violação de um dos princípios fundadores do nosso ordenamento pátrio, o da dignidade da pessoa humana, dessa maneira faz-se imprescindível a análise da possibilidade de outros órgãos possuírem legitimidade para efetivar tais direitos sociais.

A metodologia deste trabalho consistiu na pesquisa bibliográfica de autores que contribuíram importantemente para a presente discussão, tais como: Luís Roberto Barroso, Eros Grau, Ingo Wolfgang Sarlet e José Afonso da Silva.

2 EFICÁCIA E EFETIVIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS DEFINIDORAS DE DIREITOS SOCIAIS

Antes de adentrar na discussão do tema desse trabalho, é necessário apresentar alguns conceitos relacionados a eficácia.

SILVA(2008, p. 13) sustenta que a eficácia de uma norma deve ser analisada sobre o aspecto eminentemente jurídico. Para SILVA(2008, p. 66) eficácia é a capacidade da norma jurídica de concretizar as finalidades nela contidas, além disso está relacionado ao seu grau de aplicabilidade e possibilidade de gerar efeitos jurídicos.

O conceito de eficácia jurídica não se confunde com o de efetividade, como faz notar BARROSO(1996, p. 82) a eficácia social da norma não deve ser avaliada pelo enfoque jurídico conforme se realiza no caso da eficácia jurídica, mas, sim de uma perspectiva sociológica.

Nesse sentido Barroso (1996, p. 83) afirma que "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".

Após essa exposição podemos notar que os elementos apresentados incidem sobre áreas diversas de maneira que o conceito de eficácia apresenta maior pertinência com a discussão abordada neste artigo.

O texto da Constituição Federal concedeu aos indivíduos direitos e garantias fundamentais, que assim como o resto dos dispositivos da lei maior possui um grau de eficácia, o exame da norma e de sua eficácia servirá de auxílio na compreensão dos efeitos que determinada regra constitucional produz no contexto jurídico.

2.1 Normas definidoras de direitos fundamentais e sua eficácia

A Constituição brasileira possui diversos dispositivos normativos em seu texto, dentre eles cabe destacar os direitos e garantias fundamentais e suas classificações, pois, o assunto debatido nesse artigo possui relação com os chamados direitos sociais. Ademais, incumbe apresentar a categorização das

normas constitucionais elaboradas por José Afonso da Silva a fim de permitir uma melhor compreensão da temática.

De acordo com Silva (2012, p. 183), em nosso ordenamento jurídico os direitos e garantias fundamentais utilizam como base para determinar o seu conteúdo a natureza do bem jurídico e o objeto tutelado. As fontes dessas normas podem ser: a) expressas no texto da Constituição; b) derivarem dos princípios e regime adotados por ela ou c) serem decorrentes de tratados ou convenções internacionais adotados pelo Brasil. Desse modo, agrupa os direitos fundamentais em: a) direitos individuais; b) direitos à nacionalidade; c) direitos políticos; d) direitos sociais; e) direitos coletivos e f) direitos solidários.

O tema aqui abordado fará análise, principalmente, dos direitos sociais em contraponto aos direitos individuais. Para isso será utilizado o entendimento de Barroso (1996, p. 99) em relação a esses direitos individuais:

Talhados no individualismo liberal e dirigidos à proteção de valores relativos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, contêm limitações ao poder político, traçando a esfera de proteção jurídica do indivíduo em face do Estado. Os direitos individuais, impõem, em essência, deveres de abstenção aos órgãos públicos, preservando a iniciativa e a autonomia dos particulares.

Em contraponto, Silva (2012, p. 286) conceitua os direitos sociais como:

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.

Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

A conceituação desses elementos proporcionará maior esclarecimento à discussão e auxiliará o debate acerca da classificação tríplice das normas presentes na Constituição, pois a eficácia e aplicabilidade desse tipo de norma guarda relação com a atuação do Estado no âmbito jurídico.

Silva (2008, p. 82) identifica três categorias de normas constitucionais: a) de eficácia plena; b) de eficácia contida e c) de eficácia limitada.

Para Silva (2008, p. 82), as normas de eficácia plena são aquelas capazes de produzir efeitos no momento em que a Constituição entra em vigor, além

disso assinala que possuem "[...]aplicabilidade direta, imediata e integral sobre o objeto de sua regulamentação jurídica" (SILVA, 2008, p. 83).

Ainda na mesma linha de considerações afirma que para garantir a aplicabilidade dessas normas é necessário somente a existência de um Estado e o dos órgãos que o compõe.

Na segunda categoria encontramos as de eficácia contida que no modelo proposto por Silva (2008, p. 104) apresentam como características a semelhança na aplicabilidade com o da categoria anterior, porém, difere desta pois as normas contidas admitem a possibilidade de terem a sua eficácia restringida pelo legislador ordinário e enquanto não houver a atuação do agente do poder legislativo essa norma possuirá os mesmos atributos das normas de eficácia plena, por isso essa categoria possui aplicabilidade direta, imediata, mas não integral.

Por fim, temos a terceira categoria formada pelas normas de eficácia limitada, subdividas em normas de princípio institutivo e de princípio programático. Silva (2008, p. 125) sustenta que, esses elementos diferem em relação ao seu fim e o seu conteúdo, essa diferença é resultado da configuração dessas normas, enquanto as programáticas dispõem sobre conteúdo social e ainda afirma a intervenção do Estado na economia como um meio para se alcançar a isonomia material as de princípio programático "o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei." (SILVA, 2008, p. 126). Ademais as normas de princípio institutivo podem ser impositivas, "são as que determinam ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa." (SILVA, 2008, p.126), e permissivas na qual o legislador ordinário possui total discricionariedade em relação a regulamentação das normas constitucionais.

Em contraste temos as normas programáticas definidas por Miranda(1969, p. 126-127) apud Barroso(1996, p. 115):

aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos. A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função.

As normas de direitos sociais, muitas vezes, são encontradas na Constituição Federal na forma de normas programáticas. Barroso (1996, p. 108) manifesta-se no sentido de que o legislador ordinário não irá conceder o direito fundamental, esse deriva do texto constitucional, encarregando-se somente de regulamentar o direito previsto no âmbito constitucional, ainda sobre o assunto salienta Barroso (1996, p. 108) que "resulta frequentemente tormentosa a obtenção efetiva do bem jurídico tutelado, por isso que a ausência de regra integradora paralisa a operatividade do comando normativo maior."

Nesse sentido, por dependerem de integração normativa Silva (2008, p. 82) salienta que "[...]as normas de eficácia limitada são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida".

Notando os atributos das normas programáticas, tal como seu aspecto econômico e sua relação com os agentes do poder legislativo, Sarlet (2012, p. 299) procura contornar o problema da eficácia limitada das normas definidoras de direitos sociais debatendo a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à prestação material do Estado com base na norma constitucional de maneira a não deixar os indivíduos sujeitos exclusivamente à atuação legislativa e possíveis omissões neste setor.

2.2 Discussão sobre a possibilidade de direitos subjetivos à prestações estatais

A avaliação dos direitos sociais, primordialmente, considera o aspecto econômico envolvido em sua eficácia e efetividade, por terem como objetos segundo Sarlet (2012, p. 285) "prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais [...]", dentro da esfera econômica, por outro lado, encontramos também o conceito de reserva do possível que de acordo com Sarlet (2012, p. 288) abrange:

- a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais,

a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade

Para Sarlet (2012, p. 288) a reserva do possível funcionaria como um limite fático e jurídico para os direitos fundamentais, além de funcionar como uma garantia destes em contraste com o entendimento dessa reserva ser elemento integrante dos direitos humanos. Desta maneira, ocorre a necessidade da complementação da norma de caráter programático pois, essa despenderá gastos para os cofres públicos em busca de meios para a garantia da justiça social.

A possibilidade sustentada por Sarlet (2012, p. 305) de reconhecer o direito subjetivo à prestações materiais pelo Estado a partir da Constituição mesmo que de uma norma de cunho programático será objeto de discussão, apresentando tanto argumentos favoráveis como contrários a esse reconhecimento.

Os adeptos da possibilidade do reconhecimento do direito subjetivo identificados por Sarlet (2012, p. 306-309) argumentam que o caráter incompleto das normas definidoras de direitos sociais não podem restringir a sua aplicabilidade, possibilitando aos tribunais a garantia da aplicação da norma mediante métodos interpretativos, inclusive recorrendo-se à norma constitucional na inoperância do legislador ordinário por ser hierarquicamente superior a norma infraconstitucional.

Ainda, sustenta Mello(1981, 242-243) apud Sarlet(2012, p. 306) favoravelmente ao ponto no caso do conteúdo da prestação ser determinado e o modo de sua concretização estar expresso ou implícito na Constituição. Do mesmo modo, de acordo com o argumento elaborado por GRAU(2012, p. 314) fundado no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal que dispõe: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.", haveria a possibilidade do Poder Judiciário, no caso de omissão do Legislativo e Executivo, utilizar o preceito constitucional para cumprir o seu dever garantindo a aplicabilidade do dispositivo de direito fundamental.

Os argumentos contrários ao reconhecimento de direitos subjetivos à prestações fundamentam-se no limite fático da denominada reserva do possível.

Sarlet (2012, p. 308) aponta a disponibilidade de recursos por parte dos órgãos estatais como elemento preponderante na efetivação dos direitos fundamentais, cabendo ao legislador ordinário a tarefa de aplicar os recursos públicos que possuem repercussão na questão orçamentária, dessa maneira a

atuação do Judiciário no reconhecimento do direito subjetivo à prestação caracterizaria uma ofensa ao princípio da separação dos poderes, fundamento de um Estado Democrático de Direito, assim tratar-se-ia de um problema de caráter competencial. Aliás, considera Müller (1981, p. 5) apud Sarlet (2012, p. 308) que:

[...]falta aos Juízes a capacidade funcional necessária para, situando-se fora do processo político propriamente dito, garantir a efetivação das prestações que constituem o objeto dos direitos sociais, na medida em que estas se encontram na dependência, muitas vezes, de condições de natureza macroeconômica, não dispondo, portanto, de critérios suficientemente seguros e claros para aferir a questão no âmbito estrito da argumentação jurídica.

Segundo afirma Sarlet (2012, p. 308) o argumento da reserva do possível está ligado ao problema do objeto do direito social, portanto, é a sua natureza que impede a eficácia plena destes direitos, ou seja, por serem em grande parte normas de caráter programático o seu conteúdo é caracterizado de maneira vaga cabendo ao legislador ordinário a função de complementá-la. Conforme ressalta Alexy (1994, p. 462) apud Sarlet (2012, p. 308) deve-se analisar a possibilidade de se definir o objeto do direito social através de meios especificamente jurídicos sem incorrer na violação do princípio da separação dos Poderes. Contrariamente salienta Tomandl (1967, p. 32) apud Sarlet (2012, p. 309) :

[...]que alto grau de adaptabilidade dos direitos sociais, já que umbilicalmente ligados à conjuntura socioeconômica, tem por consequência o fato de que uma formulação mais determinada e completa fatalmente acarretaria uma rápida superação da norma pela realidade, colocando em risco a desejável estabilidade constitucional.

Os doutrinadores da área desenvolveram diversos entendimentos acerca da possibilidade de se reconhecer, ou não, direitos subjetivos à prestações, entre eles cabe salientar a posição de Alexy (1994, p. 465) apud Sarlet (2012, p. 351) sobre a temática elaborando um modelo conciliando as posições favoráveis e contrárias aos direitos subjetivos baseou-se na ideia de ponderação de princípios. Seu modelo teórico estabeleceu parâmetros genéricos para o reconhecimento de direitos subjetivos à prestações sendo eles:

a)quando imprescindíveis ao princípio da liberdade fática; b)quando o princípio da separação dos poderes (incluindo a competência orçamentária do legislador), bem como outros princípios materiais (especialmente concernentes a direitos fundamentais de terceiros) forem atingidos de forma relativamente diminuta. Para Alexy, tais condições se encontram satisfeitas

sobretudo na esfera dos direitos sociais que correspondem a um padrão mínimo[...]

Sarlet (2012, p. 353) relata que essa ponderação consiste em garantir a efetividade dos direitos sociais relativos ao padrão mínimo, porém, sem conflitar com outros princípios de relevância para o ordenamento jurídico. Ademais como informa Canotilho (1988, p. 34-36) apud Sarlet (2012, p. 356) deve-se analisar as circunstâncias de cada caso concreto, se o direito social não encontrar obstáculos nos princípios constitucionais e da ponderação entre os direitos fundamentais prevalecer o social poderá reconhecer-se no âmbito de um padrão mínimo o direito subjetivo à prestação estatal.

3 CONCLUSÃO

Pelo tema abordado neste trabalho nota-se que a possibilidade de se reconhecer um direito subjetivo à prestações estatais encontra os seus limites nos elementos componentes da reserva do possível.

Ademais, encontra-se relacionado ao problema de cunho competencial fundado no princípio constitucional da separação dos poderes, e pelo conteúdo do direito social ser disposto de maneira abstrata na forma de normas de caráter programático não possuindo, dessa forma, a capacidade de produzir todos os seus efeitos jurídicos imediatamente, pois necessita da atuação do legislador ordinário na integração do seu conteúdo e eficácia. Com base nas análises anteriores, pode-se notar que esses dois problemas geraram opiniões divergentes entre os estudiosos da área como apontado previamente, apresentando argumentos favoráveis e contrários eles basearam-se nesses dois itens para desenvolverem suas linhas de pensamento acerca do assunto tratado.

Pela observação dos aspectos analisados o argumento de Alexy parece o mais pertinente para a resolução da problemática apresentada, pois consegue garantir a efetividade dos direitos sociais através da ponderação de valores em cada caso concreto de maneira a evitar possíveis conflitos com princípios constitucionais e não prejudicar direitos fundamentais de terceiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.