

A unidade dogmática dos direitos individuais e direitos sociais na Constituição Brasileira de 1988

Tânia Rodrigues do Nascimento
Advogada da CAIXA em São Paulo
Mestranda na Escola de Direito do Brasil

RESUMO

O presente trabalho pretende apreciar a questão acerca da teoria da unidade dogmática entre direitos sociais ou de terceira geração, tais como direito à moradia, à saúde, à educação, à alimentação, e direitos individuais, ou de primeira geração, ou ainda civis e políticos, os quais podemos mencionar os direitos de liberdade. Esta teoria, majoritária na doutrina brasileira, afirma que não haveria razão dogmática ou material para distinção de proteção entre os direitos sociais e individuais, com a intenção de conferir aos direitos sociais os mesmos privilégios dos demais.

Após entender seus fundamentos, pretende-se apresentar a crítica a tal teoria, bem como identificar as efetivas diferenças dogmáticas e de natureza substancial existentes entre os direitos sociais e os direitos fundamentais *strictu sensu*, ou, ainda, direitos de liberdade.

Por fim, busca-se apontar na Constituição Brasileira de 1988 os fundamentos para as diferenças existentes, bem como a orientação da jurisprudência recente sobre o tema.

Palavras-chave: Unidade dogmática. Direitos Sociais. Direitos Individuais. Diferenças.

ABSTRACT

This paper aims to address the issue of the theory of the dogmatic unity between social or third generation rights, such as the right to housing, health, education, food, and individual or first generation or civil and political rights, which we can mention the rights of liberty. This theory, which is the majority in Brazilian doctrine, states that there would be no dogmatic or material reason for distinguishing protection between social and individual rights, with the intention of conferring on social rights the same privileges as others.

After understanding its foundations, it is intended to present the criticism to such theory, as well as to identify the effective dogmatic and substantial differences existing between the social rights and the fundamental rights or even the rights of freedom.

Finally, we seek to point out in the 1988 Brazilian Constitution the foundations for the existing differences, as well as the orientation of recent jurisprudence on the subject.

Keywords: Dogmatic unity. Social rights. Individual Rights. Differences.

1 A tese da unidade dogmática

A tese da unidade dogmática dos direitos fundamentais manifesta-se no sentido da inexistência de prevalência dos direitos individuais sobre os direitos sociais. Tomamos como exemplo central do presente artigo o doutrinador português Jorge Reis Novais, o qual equipara os direitos sociais aos individuais, estendendo aos primeiros todas as formas de proteção constitucional existentes para os direitos individuais.

A doutrina majoritária brasileira entende pela inexistência de diferença de tratamento constitucional e doutrinário entre os direitos sociais e individuais, tratando ambos, na maioria das vezes, como direitos fundamentais, assim como o faz a Constituição de 1988.

Verificaremos, a seguir, as premissas e os fundamentos da referida teoria.

1.1 Idêntica relevância material entre direitos de liberdade e direitos sociais

Os doutrinadores que defendem a tese da indivisibilidade entre direitos individuais e sociais fundamentam que não há qualquer diferenciação material entre tais direitos.

Tanto os direitos sociais como os direitos individuais estão previstos na Constituição e são fundamentos do Estado de direito expresso na norma fundamental. Nesse sentido, afirma Novais (2007, p. 184) que, *“sob a aparente distinção constitucional de regimes há um único regime comum, o regime de protecção dos direitos fundamentais próprios de Estado de Direito”*.

Quanto às limitações às restrições dos direitos fundamentais, Georges Abboud não faz distinção entre direitos individu-

ais e sociais, entendendo que tais limitações devem, para ambos os casos, estar constitucionalmente autorizadas, não bastando restrição legal infraconstitucional, ser proporcional, atender ao interesse social, o ato deve ser fundamentado e pode ser amplamente revisto pelo Poder Judiciário.

Diante disso, para tal teoria não há razões para colocar os direitos de liberdade em patamar superior aos direitos sociais.

1.2 Da necessidade de disponibilidade financeira para garantias tanto dos direitos de liberdade quanto dos sociais

Para os teóricos da indivisibilidade, tampouco haveria diferença em relação à questão financeira, ou seja, quanto aos custos que envolvem a garantia dos direitos.

Isto porque os direitos de liberdade, para serem garantidos, também dependem da disponibilidade financeira estatal. Portanto, a reserva do possível não é característica específica dos direitos sociais.

Acrescenta-se, ainda, que, pela tese da indivisibilidade, a restrição fundamentada na reserva do financeiramente possível só será constitucional se a limitação decorrer da necessidade de proteção de outro bem jurídico igualmente fundamental.

1.3 A questão do direito subjetivo

Para a corrente da unidade dogmática, a questão dos direitos de liberdade tratarem-se de direitos subjetivos não os difere dos direitos sociais. Isto porque tanto os direitos individuais quanto os direitos sociais demandam ações positivas e garantias, ou ações negativas, do Poder Público. Além disso, os direitos sociais, a partir do momento em que foram positivados, também podem ser exercidos subjetivamente.

Explicando melhor tal entendimento, podemos citar como exemplo o comentário de Ingo Wolfgang Sarlet ao artigo 5º da Constituição Federal Brasileira (SARLET, 2013, p. 520), nos seguintes termos:

Sem que aqui se vá aprofundar este aspecto, importa ter presente que os direitos fundamentais (sejam eles direitos ou garantias, individuais ou sociais, de nacionalidade ou direitos políticos) em geral abrangem um complexo de posições jurídicas, que, seguindo a prestigiada fórmula

de Robert Alexy, assumem condições negativa (defensiva) e positiva (prestacional). Em outras palavras, especialmente levando-se em conta a posição subjetiva atribuída ao titular do direito, os direitos fundamentais atuam (em muitos casos simultaneamente) tanto como direitos de defesa, ou seja, direitos à não intervenção no âmbito de proteção do direito por parte do Estado ou outros particulares, quanto como direitos a prestações, incluindo prestações de cunho normativo e material (fático). Tal classificação, a despeito das críticas que têm recebido, não é incompatível com o fato de que também os direitos de liberdade, assim como os direitos negativos de um modo geral, dependem de um sistema de prestações, guardando, portanto, direta relação com os assim designados direitos positivos (prestacionais). Assim, a classificação adotada refuta qualquer compreensão dicotômica a respeito dos direitos fundamentais como direitos de defesa (negativos) e direitos a prestações (positivos), já que ambos se complementam e, a despeito de eventualmente entrarem em conflito (como, de resto, há conflitos dos direitos negativos entre si), acabam por se reforçar mutuamente. O que não se deve esquecer é que, em matéria de direitos fundamentais como direitos subjetivos, em verdade o que temos é um complexo heterogêneo de posições jurídico-subjetivas fundamentais, que, no âmbito das diversas funções exercidas pelos direitos fundamentais, podem assumir tanto uma dimensão positiva quanto negativa.

Portanto, a diferenciação quanto à existência de direitos subjetivos não pode ser aplicada para diferenciar os direitos individuais dos sociais.

1.4 Da igual proteção dos direitos individuais e sociais na Constituição Brasileira

A Constituição Brasileira estabelece proteção ao que denomina de direitos fundamentais, ao dispor no artigo 5º, §1º sua aplicação imediata¹. Contudo, o conceito de direitos fundamentais engloba os direitos individuais, civis e políticos, além dos direitos sociais, considerando-se o amplo rol de direitos e garantias expostos no referido dispositivo legal.

Ao comentar o artigo 6º da Constituição Federal, Ingo Wolfgang afirma que a Constituição de 1988 assume uma posição de vanguarda no tocante aos direitos sociais, pois

dotou-os de uma supremacia e uma força normativa axiologicamente superiores” resultando “na tendência de se reconhecer aos direitos sociais, (...) o mesmo regime jurídico-constitucional estabelecido para os demais direitos fundamentais, observadas as peculiaridades de cada direito. (SARLET, 2013, p. 535)

O artigo 60, §4º da Constituição Federal estabelece, por sua vez, impossibilidade de alteração por emenda constitucional dos direitos e garantias individuais. Vejamos o texto do referido artigo:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

A tese da indivisibilidade entende que este regime diferenciado de proteção se estende aos direitos sociais, os quais tampouco poderiam ser restringidos por emenda constitucional, por ofensa à Constituição. Nesse sentido, citamos Flavia Piovesan (2010):

São, portanto, direitos intangíveis, direitos irredutíveis, de forma que tanto a lei ordinária como a emenda à Constituição que afetarem, abolirem ou suprimirem os direitos sociais padecerão do vício de inconstitucionalidade. (PIOVESAN, 2010, p. 56)

Tal teoria compreende, ainda, que o legislador ordinário também está limitado pela natureza fundamental dos direitos

¹ “ Art. 5º (...)

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

sociais, pois sempre que pretender restringir os direitos já obtidos, ainda que por lei ordinária, deverá ser controlado pela jurisdição constitucional.

Além disso, todos os direitos individuais, bem como os direitos sociais são passíveis de restrição, em decorrência da necessidade de ponderação como princípio e como forma de solução de conflitos. Citando novamente Novais, *“a regra geral é de que todos os direitos fundamentais são limitáveis, não há direitos absolutos, no sentido de que todos os direitos (...) podem ter de ceder”* (NOVAIS, 2006, p. 49).

2 Considerações críticas acerca da tese da unidade dogmática

2.1 A primazia material dos direitos individuais na Constituição Brasileira

A Constituição Brasileira de 1988 utiliza a expressão genérica de “direitos e garantias fundamentais” para incluir os direitos individuais e coletivos, sociais, de nacionalidade e ainda os direitos políticos.

Segundo Georges Abboud, *“os direitos fundamentais constituem, na atualidade, o conceito que engloba os direitos humanos universais e os direitos nacionais dos cidadãos”* (ABBOUD, 2016, p. 450).

Os direitos fundamentais constituem, hodiernamente, um dos pilares do Estado Constitucional de Direito. Inclusive os países da *common law* passaram a inseri-los em suas constituições. Trata-se de conquista histórica decorrente do avanço do processo civilizatório, especialmente após o fracasso da Constituição de Weimar e da Segunda Guerra Mundial.

Há que se reconhecer que a terminologia utilizada na Constituição e mesmo em parte da doutrina pode causar certa confusão, ao não especificar quais direitos estariam efetivamente incluídos no conceito de “direitos fundamentais”.

De todo modo, a doutrina diverge quanto à força de proteção com relação aos direitos individuais e coletivos previstos no artigo 5º e os direitos sociais previstos no artigo 6º.

Ao nosso ver, no entanto, o simples fato de ambos constarem da Constituição Federal não significa que tenham o mesmo grau de importância em relação ao Estado Democrático de Direito e à dignidade da pessoa humana. Concluímos que a indivisibilidade material entre os direitos individuais e sociais não se sustenta diante da dogmática.

Nesse sentido, manifesta-se Carlos Blanco de Moraes ao escrever sobre os direitos sociais em tempos de “exceção financeira”²:

o primado dos direitos de liberdade sobre os direitos sociais é, mais do que tudo, uma questão existencial do Estado de direito democrático, porque sem direito, liberdade e garantias constitucionalmente reconhecidos e garantidos não há Estado de Direito nem democracia política. Já o inverso não sucede pois os direitos sociais constitucionalizados não são pressupostos necessários de um Estado de direito democrático, tal como demonstram as Constituições norte-americana, britânica e alemã que não os consagram (pag. 13).

A Constituição Brasileira estabelece no artigo 5º, §1º a aplicação imediata “às normas definidoras” dos direitos e garantias fundamentais. O artigo 5º, LXXI, por sua vez, permite a utilização do mandado de injunção para concretização do direito fundamental quando não existir lei regulamentadora.

Nas palavras de Alexandre de Moraes (2003, p.750), “em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata”. Já com relação aos direitos sociais, “a Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras” de tais direitos.

Contudo, o mesmo Alexandre de Moraes, no capítulo sobre direitos sociais, afirma que:

a definição dos direitos sociais no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais acarreta duas consequências imediatas: subordinação à regra da auto-aplicabilidade prevista, no §1º, do art. 5º e suscetibilidade do ajuizamento do mandado de injunção, sempre que houver a omissão do poder público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social e, consequentemente inviabilize seu exercício. (MORAES, 2003, p. 203)

² MORAIS, Carlos Blanco. *De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira”*. Disponível em: <<https://www.e-publica.pt/volumes/v1n3a05.html>>. Acesso em: 05 mai. 2019, 16h24.

Verifica-se, portanto, uma certa incongruência no raciocínio exposto por Alexandre de Moraes. Ao mesmo tempo em que reconhece a diferença existente entre direitos individuais e sociais no tocante à autoaplicabilidade, pois os segundos dependeriam de norma regulamentadora para serem exigidos, afirma que ambos podem utilizar-se do mandado de injunção para exigir seu cumprimento, quando houver mora do Poder Legislativo.

Nota-se, portanto, que na realidade existe uma diferenciação quanto à autoaplicabilidade dos direitos sociais. Isto porque não caberia ao Poder Judiciário criar norma regulamentadora *erga omnes* e *ultra partes* no caso de sua inexistência. Caso seja demandado para julgamento de mandado de injunção, a decisão proferida em tal ação restringir-se-ia às partes, sob pena de ferir a separação dos poderes e invadir a esfera de independência do Poder Executivo na definição e implementação de políticas públicas, as quais dependem, além da definição de conveniência e oportunidade, da existência de recursos financeiros.

Nesse sentido, citamos como exemplo a decisão quanto ao direito de greve proferida pelo Supremo Tribunal Federal no MI 712, na qual se autorizou o exercício do direito apenas para o caso concreto. Sobre essa decisão, comentaremos a seguir com mais profundidade.

Como já mencionado, o artigo 60, §4º da CF impossibilita a alteração por emenda constitucional dos direitos e garantias individuais. São as cláusulas pétreas, as quais limitam materialmente o poder constituinte derivado ao produzir normas constitucionais. Desta vez, neste dispositivo legal, o constituinte não se utilizou da expressão “direitos fundamentais”, mas da expressão “*direitos e garantias individuais*”.

Desse modo, ao que parece, o legislador constituinte não teve a intenção de estabelecer a imutabilidade e impossibilidade de supressão a todos os direitos fundamentais previstos na Constituição, mas apenas aos “direitos e garantias individuais”.

Sendo assim, ainda que se considere a natureza constitucional dos direitos individuais e dos direitos sociais, o regime jurídico de proteção dos direitos individuais clássicos revela sua superioridade.

2.2 A questão dos custos dos direitos de liberdade e dos direitos sociais

Os custos com os direitos sociais são quantitativa e qualitativamente muito superiores aos custos com a proteção dos direitos de primeira geração.

Como exemplo, podemos mencionar a questão do fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Estado. Ao proferir decisão judicial condenatória quanto à obrigatoriedade do fornecimento individual do medicamento, todo o sistema público de saúde é onerado, em detrimento do acesso universal da sociedade ao direito básico à saúde.

Entretanto, a jurisprudência de nossa Corte Constitucional foi construída no sentido de se garantir um direito subjetivo de se exigir um mínimo existencial indispensável à saúde e ao bem-estar, além da mera garantia institucional e programática³.

Contudo, apesar do Supremo Tribunal Federal (STF) entender pela necessidade de sopesamento entre garantia do mínimo existencial e a reserva do possível, entende também que há necessidade de se garantir o direito à universalidade de acesso à saúde e não apenas assegurar o direito individual do jurisdicionado.

Já os custos com a proteção dos direitos de liberdade acabam por se misturar com os gastos com a própria manutenção do Estado Constitucional de Direito, diluindo-se nos gastos públicos gerais, assim como no caso da realização das eleições, com a qual se preserva um direito fundamental, bem como a autonomia do próprio Estado.

2.3 O conteúdo programático dos direitos sociais constitucionais

O artigo 6º da Constituição de 1988 estabelece quais são os direitos sociais protegidos pelo diploma legal: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, “na forma desta Constituição”⁴.

³ Nesse sentido, citamos o RE 267612 de relatoria do Ministro Celso de Melo, o STA 175 de relatoria do Ministro Gilmar Mendes e o RE 855178 de relatoria do Ministro Luiz Fux.

⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em: 14 mai. 2019, 15h21. Artigo 6º.

Como exemplo, iremos detalhar especificamente o direito à saúde, sabendo que a Constituição Federal lhe reserva um capítulo específico. Nos primeiros artigos, 196 e 197, já se verifica desde logo o conteúdo programático do direito protegido. Vejamos:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Resta claro nos dizeres constitucionais que o direito à saúde depende de políticas públicas e não será autoaplicável a todos, dependendo de regulamentação específica que poderá, ou não, conceder o direito subjetivo à saúde.

Já os direitos de liberdade clássicos são subjetivos, podem ser exercidos a qualquer tempo, independentemente de qualquer regulamentação, autorizando-se a utilização de todos os remédios constitucionais para sua defesa, como o *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, ainda que este último também possa ser utilizado para defesa de direitos sociais.

O direito subjetivo ao direito social passará a existir quando houver lei que o regulamente.

De todo modo, como afirma Gilmar Mendes (2013, p. 5), a Constituição Brasileira é programática ou dirigente, sendo que tais formas de Constituição "*podem ser classificadas pela alta quantidade de normas de cunho programático*", e têm eficácia limitada, mas fundamenta, ao citar Canotilho, "*que o caráter programático dessas normas não as enfraquece frente aos demais preceitos constitucionais*".

2.4 Da aplicação do princípio da proporcionalidade aos direitos sociais

O princípio da proporcionalidade não deve ser usado para expandir o casuísmo utilizado pelo legislador ordinário ao esta-

belecer direitos subjetivos sociais. Por exemplo, se o legislador optou por conceder benefício assistencial a pessoas com mais de 70 anos, não pode a jurisprudência, ou o intérprete constitucional, estender o benefício àqueles com mais de 65, com base no princípio da proporcionalidade.

Isto porque os direitos sociais dependem de políticas públicas, das necessidades e possibilidades do Estado, *“salvo desproporção manifesta e consensual ou largamente admitida pelo Tribunal”*⁵.

2.5 Os “limites dos limites”, o núcleo essencial e o mínimo existencial

Os direitos sociais são direitos de igualdade. Partindo-se desse ponto, os direitos sociais não podem ser desvirtuados no sentido de serem garantidos em decorrência de um direito ao mínimo essencial, estando este mínimo fundado no direito fundamental da dignidade da pessoa humana. Ou seja, seu fundamento não pode ser exclusivamente o direito individual da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Brasileira, por sua vez, não trata expressamente do conceito de “núcleo essencial” dos direitos fundamentais. No entanto, as cláusulas pétreas vedam a supressão dos direitos e garantias individuais. Contudo, como já explicitamos anteriormente, o artigo 60, §4º não inclui os direitos sociais, visto que utiliza a expressão “direitos e garantias individuais”. Há opiniões contrárias a tal entendimento, as quais afirmam que os direitos sociais também estão incluídos nas cláusulas pétreas.

Ainda que assim não se entenda, há um núcleo de proteção essencial para todos os direitos fundamentais previstos na Constituição, inclusive os direitos sociais. Esse núcleo essencial é o “limite do limite”, sob pena de supressão do próprio direito.

2.6 Da reserva legal

No tocante aos direitos individuais, há limitação quanto à alteração dos direitos políticos por meio de medidas provisórias, conforme estabelecido no artigo 62, §1º, a da Constituição Fe-

⁵ MORAIS, Carlos Blanco. *De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira”*. Disponível em: <<https://www.e-publica.pt/volumes/v1n3a05.html>>. Acesso em: 14 mai. 2019, 16h24, p. 19.

deral⁶. Tal limitação é inexistente no que se refere à alteração dos direitos sociais, os quais podem ser alterados por meio de medida provisória.

Essa afirmação também vale quanto às alterações por meio de leis delegadas, como disposto no artigo 68, §1º, inciso II da Constituição Federal de 1988.⁷

2.7 O controle de constitucionalidade por omissão e a proteção dos direitos individuais e sociais

No ordenamento jurídico brasileiro, há a previsão de duas ações para proteger os direitos individuais e sociais da omissão legislativa, quais sejam, a ação de inconstitucionalidade por omissão e a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A ação de inconstitucionalidade por omissão (ADPF) visa a obrigar a emissão de legislação capaz de permitir o exercício do direito previsto em norma constitucional. Aplica-se não apenas aos direitos fundamentais genericamente, mas a qualquer norma constitucional que exige produção de legislação para seu exercício.

O artigo 102, §1º da Constituição prevê, ainda, a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Tal previsão constitucional foi regulamentada pela Lei nº 9.882/99, e permite sua utilização para evitar lesão a preceito fundamental ou para reparar a lesão quando já efetivada. A decisão proferida em sede de ADPF pelo Supremo Tribunal Federal tem efeitos *erga omnes* e vinculantes. Há, também, previsão de utilização deste instru-

⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 mai. 2019, 15h21." Art. 62. *Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I - relativa a: a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; (...).*

⁷ Idem. Art. 68. *As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.*

§ 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

(...)*II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; (...)*".

mento para discussão sobre constitucionalidade de ato normativo anterior à Constituição.

Em decisão proferida na ADPF-MC/45/DF, cujo relator foi o Min. Celso de Mello, restou decidido que a ADPF é a ação cabível para concretizar os direitos sociais, conforme consubstanciado na sua ementa:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

As ações inerentes ao controle de constitucionalidade por omissão, portanto, podem ser utilizadas na proteção de todos os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, sejam individuais ou sociais.

2.8 A cláusula pétrea

O artigo 60, §4º da Constituição Federal, conhecido como cláusula pétrea, impede a alteração por emenda constitucional dos direitos e garantias individuais, garantindo o limite material para alteração dos direitos de tais direitos.

No caso brasileiro, a Constituição não pode ser emendada para abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e as garantias individuais⁸.

Além disso, se houver desrespeito ao artigo 60 em emendas constitucionais, estas deverão ser objetos de controle de constitucionalidade.

Parte da doutrina entende que alguns direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, também estão protegidos pela cláusula pétreia, “*uma vez que nossa Constituição Federal determinou a imutabilidade aos direitos e garantias individuais, estejam ou não no rol exemplificado do artigo 5º*” (MORAES, 2003, p. 934).

Entendemos, no entanto, que os direitos sociais não estão protegidos por tal impossibilidade de alteração, sendo que uma revisão constitucional poderia alterar o direito à previdência social, por exemplo, como já ocorreu previamente para determinados direitos e como se pretende fazer no atual projeto de reforma da Previdência⁹.

3 Manifestações do Supremo Tribunal Federal sobre o tema

3.1 Mandado de Injunção 712 – Direitos de greve dos servidores públicos

Há que se mencionar importante decisão do nosso Tribunal Constitucional sobre a ampliação dos direitos sociais, ao julgar o MI 712 sobre o direito de greve dos servidores públicos.

O direito de greve está previsto no artigo 9º da Constituição Federal para os trabalhadores em geral e no artigo 37, VII para os servidores públicos. Com relação aos servidores, para o exercício de tal direito social há necessidade de elaboração de norma regulamentadora, inexistente até o presente momento.

O STF, ao julgar Mandado de Injunção sobre o tema, garantiu o exercício do direito de greve ao servidor. No entanto, não transgrediu a linha da mutação constitucional, pois autorizou o exercício do direito apenas no caso concreto, não concedendo efeito

⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 mai. 2019, 16h06. Artigo 60, §4º.

⁹ PEC 6/2019.

¹⁰ O professor Georges Abboud, em seu livro *Processo Constitucional Brasileiro*, não tratou especificamente acerca da diferenciação dos direitos fundamentais e direitos sociais. Contudo, pela sua terminologia, ao mencionar nas fls. 496, “*direitos fundamentais sociais*”, entendemos que não faz tal distinção, aproximando-se da teoria da unidade dogmática entre direitos fundamentais e sociais.

erga omnes à sua decisão. Segundo Georges Abboud¹⁰, caso fosse concedido efeitos difusos à decisão,

transformar-se-ia o mandado de injunção em instrumento apto a permitir que o STF legisse sempre que houvesse omissão do Legislativo, o que desvirtuaria sua natureza de garantia fundamental apta a garantir a eficácia dos direitos fundamentais sociais. (ABBOUD, 2018, p. 496)

O ministro Eros Grau, relator do referido MI, em seu voto estabeleceu que

não se aplica ao direito de greve dos servidores públicos, repito-o, exclusivamente, e em sua plena redação, a Lei n. 7.783/89, devendo o Supremo Tribunal Federal dar os parâmetros de seu exercício. Esses parâmetros hão de ser definidos por esta Corte de modo abstrato e geral¹¹.

3.2 ADPF 132 – União homoafetiva

A ADPF 132, referente à união homoafetiva, operou uma verdadeira mutação constitucional na intenção de defender os direitos individuais. Extraiu do texto constitucional sentido não literal, baseando-se no sistema constitucional como um todo, no princípio da igualdade entre os sexos e na proteção dos direitos das minorias homossexuais.

Não se trata de interpretação conforme a Constituição, tendo em vista que esta implica em reduzir o sentido da norma para apenas aquele ou aqueles que estão em conformidade com o disposto no texto constitucional.

Trata-se, de fato, de verdadeira mutação constitucional, ampliando o sentido da norma para incluir união homoafetiva no conceito de casamento existente na lei. Considerando que houve criatividade na interpretação, pois não havia tal conceito nos dizeres legais, configurou-se em mutação impura, conforme conceitua Carlos Blanco de Morais.

¹¹ STF, MI 712/PA, Tribunal Pleno, j. 25.10.2007, rel. Min. Eros Grau, DJE 30/10/2008.

3.3 Direito à saúde RE 657718 – Não obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA pelo Poder Público e RE 259.508 – Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes e a portadores de HIV/AIDS

Não se pode olvidar de mencionar julgamento recente do Supremo Tribunal Federal ao apreciar o Tema 500 de Repercussão Geral, o qual fixou a seguinte tese:

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União”, vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 22.05.2019.

A proteção ao direito individual à saúde é assegurada pela Corte Constitucional, mas também se analisa a manutenção da universalidade do acesso a tal serviço, no sentido de que não se pode utilizar os recursos materiais em prol do direito individual sem sopesar a garantia do direito coletivo de acesso. Nessa direção foi a fundamentação do voto proferido no mencionado Tema 500 pelo Ministro Alexandre de Moraes.

No RE 259.508, o STF optou por privilegiar questões orçamentárias de Estado, considerando que decidiu que não caberia o controle da conveniência e oportunidade para *“atender demanda da população na área da saúde, sob a justificativa de que seria ofensa ao princípio da separação de poderes”* (PIOVESAN, 2010, p. 24).

Verificamos que a jurisprudência oscila na questão do acesso à saúde ao garantir direitos individuais específicos, como, por exemplo, ao fornecimento de medicamentos, mas evita interferir na conveniência e oportunidade administrativas quanto à definição de políticas públicas e preservar o princípio da separação dos poderes.

Conclusão

A conclusão que se extrai do presente artigo é no sentido da existência de efetiva diferenciação constitucional e na jurisprudência em relação aos direitos sociais se compararmos com a proteção aos direitos individuais.

Contudo, os argumentos da tese contrária não podem ser desconsiderados, pois também estão fundamentados em bases sólidas.

A solução, portanto, seria uma compatibilização das teorias expostas, no sentido de sopesar os direitos sociais fundamentais e os princípios da separação dos poderes, da conveniência e oportunidade das políticas públicas, bem como a universalidade do acesso aos direitos sociais.

A tarefa exercida pelo Supremo Tribunal Federal na solução é de extrema importância ao buscar não interferir de forma negativa nas atividades do Poder Legislativo, respeitando a esfera política na formulação de políticas públicas, mantendo sua atribuição de guardião da Constituição.

Por certo que a Constituição é uma obra inacabada, em constante transformação e a jurisdição constitucional tem enorme importância no sentido de promover tais transformações, buscando a manutenção e retroalimentação da democracia ao preservar e maximizar os direitos fundamentais como pilares do Estado de Direito.

Referências

- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- CANOTILHO, J.J. Gomes Canotilho; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.
- DAHL, Robert. **Decision making in a democracy**: The Supreme Court as a national policy-maker. Irvington Pub: 1957.
- HABERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Ciudad de México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Mutações constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos**: autópsia de um acórdão controverso. In: JURISMAT, Portimão, n° 3, 2013.

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

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Art. 6°. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.