

14 EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS EM CONDIÇÕES FÁTICAS DESFAVORÁVEIS – PRINCÍPIOS RELACIONADOS E DELIMITAÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL

Cláudia Toledo¹

Nina Pacheco²

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais Sociais; Efetivação; Núcleo Essencial.

APRESENTAÇÃO

Este resumo refere-se a Projeto de Iniciação Científica BIC, desenvolvido entre agosto/2020 e julho/2021 na Faculdade de Direito da UFJF. O projeto partiu da aparente antítese entre, por um lado, a apresentação dos direitos fundamentais sociais como *cláusulas pétreas*, e, por outro, sua declaração em *princípios jurídicos*, mandamentos de otimização que devem ser realizados na máxima medida possível, conforme as condições fáticas e jurídicas do caso concreto. O antagonismo surge entre a *intangibilidade* dos direitos fundamentais sociais, cláusulas pétreas passíveis de modificação apenas no sentido de seu aperfeiçoamento, e a possibilidade de tais direitos sofrerem restrições na sua efetivação quando de sua aplicação nos casos concretos em virtude de condições empíricas e dos demais princípios jurídicos colidentes. Por conseguinte, da mudança das condições fáticas do caso concreto decorre provável modificação no direito fundamental social definitivo. Sendo os direitos fundamentais sociais *direitos a prestações positivas do Estado*, alterações nas condições fáticas da realidade nacional, geradas especialmente por crises econômicas, modificam a capacidade financeira do Estado para sua prestação, gerando sua possível restrição. A antítese fica ainda mais evidente ao se considerar que esses direitos são regidos pelos princípios da *proibição do retrocesso*, da *progressividade* e da *proibição da proteção insuficiente* (SARLET, 2003).

Dessa contraposição, surgiram as perguntas centrais que a pesquisa procurou responder:

(i) como conjugar a intangibilidade dos direitos fundamentais sociais com a necessidade de

¹ Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF); Membro permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito e Inovação (UFJF); Doutorado em Teoria e Filosofia do Direito - Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); Estágio Pós-Doutoral - Christian-Albrechts Universität zu Kiel (CAU), Alemanha; Estágio Pós-Doutoral - Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

² Graduanda de Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Bolsista de Iniciação Científica (BIC/UFJF) do Projeto Direitos Fundamentais Sociais em Condições Fáticas Desfavoráveis – Princípios relacionados e Delimitação do Núcleo Essencial.

limitação de sua prestação estatal em caso de alteração das condições fáticas relativas à estabilidade econômica do Estado? (ii) Como articular essa necessidade de restrição dos direitos fundamentais sociais com seus princípios regentes de proibição do retrocesso, progressividade e proibição da proteção insuficiente?

Uma das respostas fornecidas pela doutrina é a consideração do *núcleo essencial* dos direitos fundamentais como *limite* à restrição que esses direitos venham a sofrer (ALEXY, 2015). *Núcleo essencial* é o conteúdo elementar do direito, que não pode ser afetado sob pena de se descaracterizar ou anular o próprio direito. Dessa conclusão, levantam-se imediatamente outras questões: (i) como delimitar o núcleo essencial de um direito? (ii) porquanto o núcleo essencial do direito funciona como “limite dos limites” e deve ser protegido, somente poderia haver investimento no conteúdo excedente ao núcleo essencial de qualquer direito fundamental social após a garantia da prestação do núcleo essencial de todos os direitos fundamentais sociais estipulados naquele ordenamento jurídico?

METODOLOGIA

Na busca de solução para as questões citadas, realizou-se pesquisa tanto *bibliográfica* quanto *empírica*.

Com base na obra de Robert Alexy como *marco teórico*, desenvolveu-se pesquisa *bibliográfica*, com abordagem *analítico-interpretativa* da doutrina, de modo a *dedutivamente* se alcançar maior precisão técnico-científica dos *conceitos* investigados.

Tais conceitos orientaram o desenvolvimento da etapa seguinte da investigação, a pesquisa *empírica*, a qual inicialmente teve como *fonte documental* a *jurisprudência constitucional* brasileira, levantada a partir do *website* oficial do Supremo Tribunal Federal (STF). Verificou-se o tratamento destinado pelo Tribunal aos direitos fundamentais sociais e demais conceitos com eles relacionados, conforme os seguintes recortes: (i) *temporal* – considerando 2020 o ano de início da pesquisa, foram estudadas as decisões dos *últimos 10 anos* (01/01/2010 a 01/01/2020); (ii) *institucional* – Tribunal *Constitucional*, tendo-se selecionado exclusivamente as decisões *colegiadas* (acórdãos) *definitivas*, uma vez que se buscou identificar a abordagem destinada à matéria pelo Tribunal e não o posicionamento individual de seus ministros; (iii) *temático* – utilização da expressão de busca *direitos (fundamentais) sociais* conjuntamente a cada uma das seguintes expressões: *cláusula(s) pétrea(s)*, *proibição do retrocesso*, *progressividade*, *proibição de proteção insuficiente*, *núcleo essencial*.

Após a análise das decisões brasileiras, a pesquisa empírica foi ampliada, passando-se ao exame também de decisões dos Tribunais Constitucionais de Portugal e da Alemanha. A escolha de Portugal deveu-se à grave crise econômica vivida pelo país após a crise financeira mundial de 2008 – fato relevante para a pesquisa, que analisou a efetivação dos direitos fundamentais sociais em condições fáticas desfavoráveis. A escolha pela Alemanha se justifica pela relevância que o seu Direito Constitucional possui para o debate jurídico brasileiro. No estudo comparativo das diferentes realidades nacionais, utilizaram-se os mesmos recortes metodológicos. Os termos de busca no Tribunal português foram idênticos àqueles usados no STF, ao passo que, no Tribunal alemão, para que o espectro de busca fosse ampliado – uma vez que se realizou a pesquisa apenas nas decisões oficialmente entendidas como mais relevantes e, por isso, traduzidas para inglês – utilizou-se exclusivamente o termo *essential content* (conteúdo essencial), expressão usualmente equiparada a *núcleo essencial* (literalmente traduzida como *essential core*, à qual não se encontrou referência).

RESULTADOS

Conforme Alexy (2015), *direitos fundamentais* exprimem valores tão importantes para determinada sociedade que as decisões sobre sua garantia e sua modificação não devem ficar a cargo de maioria parlamentar transitória.

Direitos fundamentais sociais, por sua vez, são direitos a prestações positivas do Estado, as quais podem ser *fáticas*, na forma de bens, serviços ou auxílios pecuniários, ou *normativas*, na forma de regulação necessária ao exercício dos direitos correspondentes àquelas prestações positivas fáticas.

O catálogo de direitos fundamentais positivado na Constituição brasileira é declarado em *princípios jurídicos*. Princípios e regras prescrevem o dever-ser, sendo, portanto, espécies de normas. Entretanto, segundo Alexy (2015, p. 90):

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Os princípios jurídicos expressam mandamentos *prima facie*, pois, ao exigirem que algo

seja efetivado na máxima medida possível, admitem a possibilidade de serem limitados por outros princípios colidentes (condições jurídicas) e pelas circunstâncias empíricas do caso concreto (condições fáticas).

As crises econômicas alteram a capacidade financeira do Estado para a prestação desses direitos, e, por serem os direitos fundamentais sociais direitos a prestações positivas do Estado, exige-se uma análise sobre o seu conteúdo mínimo a ser protegido diante de restrições. Os princípios regentes dos direitos fundamentais sociais – princípios da progressividade, da proibição da proteção insuficiente e da proibição do retrocesso – atuam no sentido de reduzir os limites impostos a tais direitos em situações empíricas adversas.

O princípio da *progressividade* determina a realização crescente dos direitos fundamentais, sendo expressamente previsto no art. 2º (1) do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 591, de 1992.

Os direitos fundamentais sociais, enquanto direitos a prestações estatais positivas, exigem que a garantia dos bens jurídicos por eles regulados apresente, ainda que não exclusivamente, uma dimensão positiva, materializada pela realização de políticas públicas. A efetivação do conteúdo elementar desses direitos, o grau mínimo de sua proteção requer a disposição de mecanismos adequados e suficientes. Dessa forma, diante de omissões estatais, totais ou parciais, que resultem na insuficiência dos meios para a persecução do fim almejado, cabe falar em princípio da *proibição da proteção insuficiente*.

Por sua vez, o princípio da *proibição do retrocesso* é tratado por Canotilho (2003, p. 338) como mecanismo de proteção aos direitos fundamentais sociais no sentido de que, uma vez obtido um determinado grau de sua realização, eles passam a se apresentar não somente como *direitos subjetivos*, mas constituem uma *garantia institucional*:

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social captado em termos ideológicos ou formulado em termos gerais ou de garantir em abstractum status quo social, mas de proteger direitos fundamentais sociais sobretudo no seu núcleo essencial. (CANOTILHO, 2003, p. 339-340)

A noção de *núcleo essencial*, conteúdo elementar do direito que não está sujeito a restrições sob pena de aniquilação ou descaracterização do próprio direito, merece destaque

enquanto forma de conjugar a *intangibilidade* dos direitos fundamentais sociais, com a necessidade de *limitação* de sua prestação estatal em caso de alteração das condições fáticas relativas à estabilidade econômica do Estado. O núcleo essencial é o *conteúdo mínimo* do direito que deve ser protegido e representa o limite até o qual se pode restringir a prestação desses direitos diante da menor disponibilidade de recursos financeiros do Estado.

Além disso, diante de cenários econômicos desfavoráveis, o respeito ao núcleo essencial se apresenta como forma de articular a restrição dos direitos fundamentais sociais exigida pela escassez de recursos com seus princípios regentes de proibição do retrocesso, progressividade e proibição de proteção insuficiente. O núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais funciona como o patamar mínimo de sua realização. A proibição do retrocesso se destina a proteger esse conteúdo mínimo, que funciona como limite das restrições aos direitos, a partir do qual não se pode retroceder. Já em relação ao princípio da progressividade, o núcleo essencial atua, ao contrário, como ponto de partida para realização crescente dos direitos fundamentais sociais, que, possuindo estrutura principiológica, devem ter sua efetivação otimizada no maior grau possível.

Pela pesquisa bibliográfica, constatou-se o limitado tratamento que a doutrina destina à elaboração de critérios para a delimitação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, bem como o seu silêncio em relação à imperatividade ou não de se garantir o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais sociais para que então se possa investir na efetivação do conteúdo excedente de qualquer direito fundamental social.

Ainda que breve, a análise de formas de se garantir a máxima efetivação possível a esses direitos em contextos econômicos desfavoráveis foi desenvolvida por Ingo Sarlet (2015), o qual destaca a ampliação do controle democrático sobre o orçamento público como mecanismo que promove a solução do conflito distributivo, uma vez que possibilita a definição socialmente legítima das prioridades de gastos durante os períodos de crise econômica e orientação da realização de políticas públicas.

Segundo Sarlet (2015, p. 472),

[...] quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, assim como do próprio processo de administração das políticas públicas em geral, seja no plano da atuação do legislador, seja na esfera administrativa [...].

Na pesquisa empírica, em que se analisou o uso dos princípios diretamente relativos aos

direitos fundamentais sociais como parâmetros de controle judicial de medidas restritivas, além do núcleo essencial e da noção de cláusulas pétreas, foram encontradas, no STF, 21 decisões, tendo sido 7 delas descartadas – 6 julgados foram excluídos por abordarem os direitos fundamentais sociais apenas como *obiter dictum* e um deles por ter sido equivocadamente apresentado pelo *website* do Tribunal nos resultados da busca efetuada, porquanto nele não há referência a nenhum dos termos de busca empregados. Dos 13 acórdãos restantes, 11 sentenças faziam menção também a “princípio da proibição / vedação do retrocesso”; 10 decisões, a “núcleo essencial”; 2 sentenças, a “princípio da proibição da proteção insuficiente”; e 2 decisões a “cláusulas pétreas”. No Tribunal Constitucional de Portugal (TCP), foram encontradas 28 decisões, das quais 14 foram descartadas por abordarem os direitos fundamentais sociais apenas como *obiter dictum*. Das 14 decisões restantes, 8 faziam menção ao “princípio da proibição do retrocesso” e 13, ao “núcleo essencial”. No Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht – BVerfG*), foram encontradas 5 decisões, mas, apesar de todas fazerem referência à expressão “conteúdo essencial”, em todas elas os direitos fundamentais sociais foram mencionados somente como *obiter dictum*. Assim, todas as decisões do BVerfG tiveram que ser descartadas.

Verificou-se que, apesar de os três princípios selecionados se relacionarem diretamente à temática dos direitos fundamentais sociais e poderem ser acionados judicialmente como barreira para sua proteção diante de condições fáticas desfavoráveis, o princípio da proibição do retrocesso é o que possui maior aceitação nos Tribunais Constitucionais do Brasil e de Portugal. Ainda assim, constatou-se que o princípio não representa forte obstáculo a medidas que implicam retrocessos em matéria de direitos fundamentais sociais por carecer de autonomia, tendo sua aplicação vinculada ao reconhecimento da pertinência também de outros parâmetros, como a proteção da confiança, a inserção de regimes de transição e o respeito ao núcleo essencial. O princípio da progressividade não foi acionado e o princípio da proibição de proteção insuficiente o foi em poucas das decisões, o que demonstra que os Tribunais não exploram, em suas fundamentações, todos os mecanismos possíveis de proteção aos direitos fundamentais sociais, o que pode levar a certo grau de tolerância das medidas retrocessivas.

O núcleo essencial se apresentou também como parâmetro amplamente acionado pelos Tribunais, apesar de a jurisprudência, assim como a doutrina, não se ocupar com a proposta de critérios para sua delimitação.

Com base nos resultados apresentados, extraem-se as seguintes conclusões. Diante de períodos de crises econômicas, a delimitação coletiva das posições individuais funciona como mecanismo de delimitação do núcleo essencial desses direitos. Doutrina e jurisprudência não

respondem à questão relativa à possibilidade ou não de investimento no conteúdo excedente ao núcleo essencial de algum direito fundamental social sem que se garanta a efetividade do núcleo essencial de todos esses direitos.

No que se refere à concretização dos direitos fundamentais sociais em contextos fáticos desfavoráveis à sua prestação, apresentam-se como diretrizes para sua máxima efetivação possível (i) a participação popular para o controle democrático do orçamento e das políticas públicas, e (ii) o uso mais intensivo pelo Poder Judiciário dos mecanismos de proteção aos direitos fundamentais sociais, principalmente seus princípios regentes, a noção de núcleo essencial e sua positivação como cláusulas pétreas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CARVALHO, Laura. **Valsa Brasileira: do boom ao caos econômico**. São Paulo: Todavia, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 16, n. 2, p. 459-488, jul. / dez. 2015.