

**A DIMENSÃO PRESTACIONAL SOCIAL DO MÍNIMO DE EXISTÊNCIA E
A RESPONSABILIDADE PELO PROVIMENTO DAS PRESTAÇÕES
FÁTICAS DOS DIREITOS SOCIAIS:**

**Uma Análise do Acórdão 509/02 (Tribunal Constitucional Português) e do Caso
Hartz IV (Tribunal Constitucional Alemão)**

*Virginia Xavier Borges Silva**

1 - Introdução

Optamos por analisar neste breve trabalho duas decisões que envolvem discussões jurídico dogmáticas que têm causado muita polêmica: o Acórdão n.509 de 2002 do Tribunal Constitucional Português (doravante TCP) e o chamado Caso Hartz IV julgado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCF). Trata-se de casos que mobilizaram fundamentação semelhante, ambos sob a luz da dogmática dos direitos sociais, matéria que merece análise apurada especialmente por evidenciar o atrito entre princípios constitucionais e a realidade econômico-social.

Sublinhamos que são inúmeros os temas que podem ser extraídos dessas decisões e todos podem servir de objeto para ricas discussões acadêmicas. As questões examinadas nos acórdãos são complexas, pois envolvem previsão constitucional de um direito (econômico, social ou cultural), insuficiência financeira dos Estados, proibição de retardamento social, cláusulas de reserva como a reserva do possível, liberdade de conformação do legislador e ativismo judicial. Tais desdobramentos da teoria dos direitos sociais já vêm sendo exaustivamente estudados pela doutrina e foram objeto de questionamento nos tribunais constitucionais de países como Alemanha, Portugal, Espanha, Brasil, dentre outros, o que demonstra a total ausência de novidade deste tema.

Entretanto, nos sentimos motivados a escolher estas duas decisões porque visualizamos nelas a possibilidade de uma abordagem dos direitos sociais que foge do óbvio. Em que pese já integrarem as pautas de discussões da doutrina europeia em espe-

* Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (2008). Atualmente é Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra, Especialista em Direito Público pela PUC-MG, docente na Faculdade Projeção. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional e Administrativo. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/3488120379693490>.

cial, pensamos que a problemática da efetivação dos direitos sociais tal como foi mobilizada nas duas decisões, nos fornece respostas importantes para o problema da socialidade na Pós-Modernidade.

Dessa forma, fomos obrigados a fazer uma “escolha trágica” quanto aos temas a serem abordados neste breve trabalho, dada a pluralidade de matérias subjacentes às duas decisões e o exíguo espaço do qual dispomos. Portanto, iremos nos ater ao estudo da consagração de uma dimensão prestacional positiva do direito ao mínimo de existência condigna.

2 - Acórdão n.509/02 (constitucionalidade ou não do Decreto n. 18/LX)

Em sede de fiscalização preventiva de constitucionalidade¹ prevista no art. 223, letra f, da Constituição da República Portuguesa de 1976 (doravante CRP), o Presidente da República Portuguesa, usando das prerrogativas que lhe conferem o art.278 da CRP, questionou a constitucionalidade do art.4º, nº1 do Decreto da Assembleia da República n. 18/LX, recebido para sanção na Presidência da República em 22 de novembro de 2002.

O texto da nova lei revoga o *rendimento mínimo* previsto na Lei n. 19/A de 29 de Junho de 1996 e cria o *rendimento social de inserção*. Na prática, as prestações sociais constantes do regime do *rendimento social de inserção* substituiriam aquelas abrangidas pelo regime do *rendimento mínimo*, resguardadas as devidas adaptações.

Tais prestações dizem respeito à concretização do preceito constitucional que garante o direito jusfundamental à *segurança social* esculpido no art.63º, nº 1 da CRP. Consistem numa prestação constante do programa de inserção social que objetiva conferir a jovens e a seus familiares, auxílios que contribuam para a satisfação de suas necessidades essenciais de modo a favorecer a progressiva re-inserção laboral, social e comunitária (art.1º do Decreto n. 18/LX de 2002).

¹ O controle preventivo de constitucionalidade constitui uma das espécies de controle concentrado existentes no ordenamento português. Tem como objetivo dificultar ou impedir que uma norma que não seja hígida entre em vigor. É efetuado antes da norma ter sido promulgada pelo Presidente da República e ter produzido qualquer efeito jurídico. Uma vez realizado o controle de constitucionalidade da norma preventivamente, afastam-se eventuais violações grosseiras e inequívocas, contudo, nada impede que, ao longo de sua vigência, a norma seja submetida à fiscalização sucessiva, abstrata ou concreta.

A dúvida gerada diz respeito à *titularidade* do direito a tais prestações, pois o diploma legal anterior (Lei nº 19/A) considerava como beneficiários os jovens de 18 a 25 anos de idade e o texto da norma impugnada restringiu o benefício para jovens que possuam mais de 25 anos. Discute-se então, se houve alguma justificação constitucionalmente plasmada para a discriminação de menores de 25 anos do recebimento de um auxílio que antes a elas era atribuído ou reconhecido o direito de exigir.

A exposição de motivos do Decreto n. 18/LX de 2002 destaca a importância do incentivo a jovens para que integrem o mercado de trabalho de modo a permitir sua inserção social de forma *ativa* e não passiva. Nesse sentido, a norma do Decreto impugnado que estreita a faixa etária dos beneficiários do auxílio em questão tem o intuito de demonstrar a necessidade de investir em formas alternativas de inserção social baseadas em políticas voltadas para a *formação e emprego* desses jovens de 18 a 25 anos, uma vez que estes, no início de suas vidas, necessitam de iniciativas que representem apoio na procura de um papel ativo e não passivo na sociedade.

Já na Proposta da referida lei se salientava que não se trata de uma medida inovadora, dado que diversos países da União Europeia também adotam idades mínimas de 25 e até mesmo 30 anos para receber benefício semelhante. O Ministro da Segurança Social e do Trabalho também lembrou que a iniciativa não visa restringir ou mesmo eliminar a atenção que o Estado deve dar aos jovens. O que se pretende com essa medida é que se dê prioridade à implementação de políticas que possibilitem a promoção das capacidades de trabalho e empreendedorismo dessa parcela da população².

O requerente afirma que não há nenhum fundamento razoável para a exclusão de indivíduos menores de 25 anos da proteção da norma. Tratar-se-ia de violação ao *princípio da igualdade* (art.13), ao *princípio da universalidade* (art.12, n. 1) e especificamente ao *direito à segurança social* (art.13, n. 1), todos da CRP.

Estar-se-ia diante de uma hipótese de regressão da proteção social, pois indivíduos com essa faixa etária tinham, ao tempo da Lei n. 19/A de 29 de Junho de 1996, direito ao rendimento social de inserção, o que conduziria à *inconstitucionalidade por omissão* do legislador que deixou de contemplar na norma que garante o acesso ao subsídio, indivíduos com idade inferior a 25 anos, sem, contudo prever alguma forma sub-

² Diário da Assembleia da República, I Série, n. 20, de 15 de Junho de 2002.

sidiária de lhes assegurar meios de proteger o mínimo existencial. Decerto que o regime transitório permite que as pessoas que já recebiam o auxílio permanecem como beneficiárias. No entanto, aquelas que porventura desejassem a ele aceder, com a aprovação da lei e a partir deste momento, perderiam esta prerrogativa.

A decisão do TCP foi pela inconstitucionalidade da norma que retirava os jovens de 18 a 25 anos de idade do âmbito de contemplação do direito ao rendimento social de inserção. *In verbis*, considerou-se que a norma em questão viola “o direito a um mínimo de existência condigna inerente ao princípio do respeito da dignidade humana, decorrente das disposições conjugadas nos artigos 1º, 2º e 63º, n. 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa” (grifamos). Na sua fundamentação, o Tribunal afirma que, do princípio da dignidade humana, associado ao direito à segurança social, decorreria a proibição de o Estado revogar normas jusfundamentais que preveem a atribuição de prestações destinadas a assegurar os pressupostos materiais mínimos de uma existência condigna³, sem prever uma forma de substituição de atribuição dessas prestações.

O juízo de inconstitucionalidade que se fez vencedor foi conforme o pedido de apreciação formulado pelo Presidente da República, no entanto a fundamentação utilizada no Acórdão é discordante. A argumentação do TC levou em conta a violação do direito a um mínimo de existência condigna e não da proibição do retrocesso social como sustentou o Requerente. A Corte decidiu que a norma impugnada suprimia as anteriores ajudas a que os jovens de até 25 anos tinham direito, sem, no entanto prever qualquer forma de compensação em alternativa à anteriormente existente, considerando que tal supressão violaria o princípio da dignidade humana.

2.1 – Algumas considerações

A doutrina sublinha que a argumentação do TCP acabou por transformar em inconstitucionalidade por ação aquilo que seria uma inconstitucionalidade por omissão⁴. Ponderemos que, uma coisa é considerar inconstitucional uma norma que restrinja

³ O direito ao mínimo de existência é um típico direito social, apesar de remeter à proteção do direito à vida. Este envolve tanto a proibição da pena de morte - que é um direito de liberdade - quanto o direito ao mínimo de existência, que é um direito social (Cfr. NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra, 2004, p.296).

⁴ Tal foi a constatação a qual chegou a Conselheira Maria dos Prazeres Beleza em seu voto.

ou extinga o direito de não ser privado do mínimo de existência - tal como ocorre mesmo entre nós onde a penhorabilidade de bens do devedor fica restrita aos rendimentos que excedam ao essencial para uma vida digna – (dimensão negativa do mínimo existencial).

Outra coisa é considerar que a Constituição impõe o dever de reconhecer um *direito de exigir do Estado que forneça subsídios pecuniários* cuja finalidade é proteger o mínimo de existência (dimensão positiva). Além do mais, mesmo que assim fosse, não seria competência do legislador constituinte a elaboração de um catálogo exaustivo de instrumentos aptos a conferir eficácia ao direito a uma existência condigna, pois tal é a tarefa da Administração que o faz por meio de políticas públicas levando em conta o orçamento do Estado.

Com relação ao primeiro ponto, reconheceu-se que o limiar mínimo de existência não precisa ser atendido por meio do rendimento social de inserção, sendo perfeitamente possível a previsão pelo legislador de medidas alternativas, o que configura claramente o respeito *pela liberdade de conformação do Legislativo*.

Mesmo assim, a Corte justificou a inconstitucionalidade do decreto impugnado na ausência de outros instrumentos eficazes que também serviriam para garantir aos jovens de até 25 anos o mínimo de existência. Entretanto, não levou em conta o fato de que diversas prestações inseridas no âmbito material do direito de garantia de um limiar mínimo de existência⁵ podem ser efetivadas por organizações não governamentais⁶. Dessa forma, concluímos que a Corte defendeu a inconstitucionalidade de uma norma por conter um vício que é exterior a ela⁷, ou seja, um vício que proviria da circunstância - totalmente discutível -, de não existir no ordenamento a previsão, mesmo que de ordem administrativa, de outro instrumento apto a garantir o respeito ao nível mínimo pra uma existência condigna.

Importante frisar que a norma questionada não opera uma simples exclusão da prestação social destinada a jovens que não possuem meios independentes de subsistên-

⁵ Apesar de ser um direito fundamental sem consagração expressa nos textos constitucionais atuais, o “mínimo de existência” para uma vida digna recebeu tratamento por parte do TC. O “mínimo de existência” corresponde ao direito a certas prestações mínimas necessárias para a garantia eficaz do direito.

⁶ Questão levantada pelo Conselheiro Benjamim Rodrigues em seu voto.

⁷ Cfr. ponto 14 do Acórdão n. 509/02.

cia. Trata-se somente de uma diminuição do âmbito de aplicação da norma para o futuro, de modo que não há que se falar em direito adquirido de jovens que atualmente contam com menos de 18 anos de idade, pois estes nunca antes tiveram acesso àquelas prestações. É óbvio que a norma, ao estreitar a titularidade do direito, exclui esses jovens do acesso a uma prestação à qual poderiam ter acesso no futuro. Por outro lado, regras de transição garantem que pessoas que já recebiam o benefício fiquem resguardadas do direito.

É nesse sentido que constitucionalistas portugueses, de forma unânime, referem que o Decreto n. 18/LX não operou um retardo social ao restringir a titularidade do direito ao rendimento social de inserção. A doutrina portuguesa converge no sentido de que nenhuma norma que conceda o direito a prestações sociais está isenta de afetação por parte do legislador ordinário, não havendo que se falar em retrocesso social absoluto, pois tal conformação anularia de forma constitucionalmente inadmissível toda a margem de atuação do legislador⁸.

Para VIEIRA DE ANDRADE, não se pode alegar que a norma em questão opera um retardo social, pois, ao considerar que sim, estar-se-ia contribuindo para a preclusão da autorrevisibilidade das normas por parte do legislador, uma vez que a norma que trata do rendimento social de inserção é infraconstitucional⁹. Justamente por se tratar de necessidades básicas que estão condicionadas aos aportes orçamentários do Estado, bem como por estar à mercê das mudanças ocorridas com a evolução das sociedades, é que se espera que os instrumentos previstos pelo legislador possam ser revisados a partir do momento em que os procedimentos já não sejam suficientes para a efetiva proteção da dignidade humana¹⁰.

CANOTILHO sustenta que a proibição do retrocesso social opera-se somente quanto ao *núcleo essencial da existência humana* inerente ao respeito pela dignidade

⁸ Conforme enfatizou a Conselheira Maria dos Prazeres Beleza, em voto vencido, a decisão deveria ter acentuado expressamente – o que não ocorreu –, a inexistência de qualquer retrocesso constitucionalmente censurável, o que permitiria concluir pela ausência de qualquer tentativa de discriminação arbitrária dos jovens com menos de 25 anos.

⁹ VIEIRA DE ANDRADE, J.C. “O “direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações estaduais positivas – uma decisão singular do Tribunal Constitucional”, *In: Jurisprudência Constitucional*, nº 1, 2004, p.24.

¹⁰ HORBACH, Beatriz. “Benefícios Sociais e a garantia do mínimo existencial: o Caso Hartz IV”, *In: Observatório da Jurisdição Constitucional*, Ano 4, 2010/2011, p.11.

humana¹¹. Caso haja alguma anulação, revogação ou aniquilação desse núcleo essencial estar-se-ia diante de uma inconstitucionalidade por ação. REIS NOVAIS critica veementemente esta posição. Para este autor, aceitar que o legislador pode agir livremente, fazendo e desfazendo no âmbito dos direitos fundamentais desde que não atinja o mínimo de existência, acaba por enfraquecer o argumento, pois, um direito fundamental do qual o legislador pode dispor livremente seria, em Estado de direito, uma contradição nos seus próprios termos¹².

3 – Caso Hartz IV

Em fevereiro de 2010, a Corte Alemã analisou conjuntamente três casos em que se questionava a constitucionalidade da Lei Hartz IV por violação ao art. 1, I da Lei Fundamental, que preceitua ser a dignidade humana inviolável, o que vincula todos os poderes do Estado a observá-la e protegê-la.

A questão originou-se no Tribunal Social Local, a partir de pedidos de famílias que pretendiam o recebimento de um valor acima do estabelecido para o benefício padrão. Em síntese, alega-se que os valores não seriam suficientes para garantir a proteção do mínimo existencial e que o pacote de leis Hartz feriria a Lei Fundamental uma vez que não considerava as necessidades específicas de assistência e educação de cada indivíduo, considerados por faixa etária.

Também aqui, a exemplo do que ocorre em Portugal com o rendimento social de inserção, a maneira como o individuo pode ter seu direito a um mínimo de existência atendido é tarefa do legislador ordinário, pois a pretensão ao direito a esse benefício decorre do disposto no art.1, I, GG, que, por óbvio, tratando de norma constitucional, não densifica o conteúdo do direito. Ao Tribunal Constitucional resta somente a tarefa de avaliar se o legislador fixou, de forma justa, os modos de garantia das prestações sociais

¹³.

¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. ““Bypass” social e o núcleo essencial das prestações sociais”, *In: Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2008, p.247.

¹² NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra, 2004, p.305.

¹³ HORBACH, Beatriz. “Benefícios Sociais...”, *ob.cit.*, p.11.

A posição do Tribunal é a de que à Constituição não compete estabelecer quantificações de recursos a serem destinados à proteção do mínimo existencial, tarefa que recai sobre o legislador ordinário. Este deve criar instrumentos aptos a cumprir tal desiderato jusfundamental, encontrando regras para a concretização dos direitos fundamentais, pois, para que o mínimo de existência seja garantido, necessário se faz que haja a previsão legal de instrumentos aptos para tanto.

Também não se configura tarefa do Tribunal Constitucional estabelecer um benefício específico que entenda apto a fornecer as prestações direcionadas ao atendimento das necessidades básicas dos indivíduos economicamente carenciados. Na verdade, o Tribunal não tem competência nem para estabelecer o tipo de prestações que entende eficazes, nem quantificá-las de acordo com sua própria avaliação e estimativa.

A Corte Alemã considerou que os métodos de cálculo dos benefícios sociais estabelecidos pela Lei Hartz IV estavam desajustados da realidade e fixou um prazo para que o legislador criasse outros mecanismos compatíveis com a Lei Fundamental¹⁴.

4 - O direito ao mínimo existencial enquanto direito a prestações estatais positivas

A linha da argumentação manejada pelo TCP, na qual se priorizou a necessidade de proteção do mínimo de existência inerente à dignidade da pessoa humana, é exemplo do que Canotilho chama de “esvaziamento” ou “deslocação da socialidade”. Tal fenômeno possui três vieses caracterizados pela consagração do princípio da dignidade humana como “dessubstantizador da autonomia jurídico-constitucional dos direitos sociais”, “dessubjetivizador regulatório” e “dessolidarizador liberal empresarial”¹⁵. Em síntese, para o autor, esse tipo de argumentação denota que a finalidade precípua do Tribunal é perquirir se o regime do subsídio de inserção social está ou não em conformidade com o princípio da dignidade humana.

Na opinião do autor, a argumentação do TCP conduz à seguinte conclusão: não existem direitos sociais autônomos, apenas refrações sociais da dignidade humana aferida nos *standards* mínimos da existência. Em outras palavras, *a dignidade humana só*

¹⁴ Para maiores detalhes desta decisão, cfr. HORBACH, Beatriz. “Benefícios Sociais...”, *ob.cit.*

¹⁵ Para mais desenvolvimentos, cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes. “Bypass” social e núcleo essencial das prestações sociais”, *In: Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2a ed., Coimbra, 2008, p.246.

*seria afetada se não houvesse a proteção do mínimo existencial*¹⁶. No mesmo sentido, NOVAIS critica a utilização da violação do princípio da dignidade humana como fundamentação da decisão, quando poderia ter sido levantada a questão do direito à segurança social¹⁷. VIEIRA DE ANDRADE também considera preocupante esta orientação doutrinária.

Como visto, a fundamentação das duas decisões analisadas foi no sentido de priorizar a proteção do mínimo de existência, uma vez que tal direito configura o núcleo da dignidade humana. Nesse sentido, denota-se das decisões das duas Cortes que a proteção do mínimo existencial, já antes consubstanciado no direito de não sofrer ingerências por parte do Estado, de modo a não ser privado desse mínimo, agora também abrange o direito a prestações positivas a serem exigidas do Estado. Dessa forma, a dignidade humana deve ser respeitada por todos os poderes do Estado e protegida por meio da *não intervenção estatal* na esfera particular dos indivíduos, bem como por meio da *garantia de prestações estatais positivas* aos indivíduos que não são capazes de, sozinhos, tornar efetiva a sua dignidade humana.

Entretanto, esta ampliação do conteúdo do mínimo de existência pode ser perigosa. Como salienta REIS NOVAIS, o fato de o TCP ter mobilizado o argumento de violação do mínimo de existência e, conseqüentemente, da dignidade humana, demonstra que deduziu deste princípio uma “obrigação juridicamente exigível de manutenção objetiva das prestações materiais destinadas a assegurar a existência condigna”¹⁸.

Isso significa que o Estado fica vinculado a observar se as prestações existentes suprem as necessidades incluídas no limiar mínimo de existência, não podendo editar normas que reduzam o montante das prestações para valores abaixo do consignado, nem deixar de cumprir com tais prestações, sob pena de atentar contra o princípio da dignidade humana,

Na prática, isso significa que, independentemente das dificuldades financeiras há uma *obrigação juridicamente exigível* de que o Estado garanta pelo menos o necessário para uma existência digna. O problema desta posição é que, em geral, as normas que consagram os direitos fundamentais sociais, bem como as infraconstitucionais desti-

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes...*, *ob.cit.*, p.13.

¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. “O Tribunal Constitucional e os Direitos Sociais – O Direito à Segurança Social”, *In: Jurisprudência Constitucional*, n.06, 2005, p.12.

nadas à regulamentar o exercício do direito, não possuem um conteúdo imperativo e preciso que permita ao intérprete deduzir quais são, de fato, as prestações fáticas devidas.

Sabe-se que a norma constitucional não garante, na esfera jurídica do titular real ou potencial do direito fundamental, uma quantidade juridicamente determinada ou determinável de acesso ao bem protegido. Isto se dá pelo fato de os direitos sociais carregarem a especial característica de condicionamento material e financeiro por uma reserva do possível, obrigando os poderes públicos, em especial o legislador, a conformar a garantia do direito às disponibilidades do Estado^{19 20}.

A função de conformar e densificar o conteúdo dos direitos sociais caberá então ao legislador ordinário, que não está vinculado a um modo específico de tornar efetivo o direito à prestação, havendo para o mesmo uma certa discricionariedade na escolha do meio a empregar, apesar de haver certos *determinantes constitucionais* que o vinculam.

Esta ausência de delimitação do conteúdo do direito social é que torna delicada a questão de saber até que ponto pode o Judiciário intervir na efetivação dos direitos sociais. Antes mesmo de perguntar se são legítimas e legais as atuações do Judiciário na efetivação dos direitos sociais, é necessário saber se o texto da norma geral especifica quais os tipos de prestações incumbem ao Estado, ou, em caso negativo, se é possível deixar a cargo da administração decidir, em sede de políticas públicas, quais as prestações são ou não devidas.

Para além de tudo isso, ainda há que levar em conta a questão financeira. Como as prestações fáticas decorrentes da obrigação estatal de garantir o acesso a um direito fundamental social custam dinheiro, e, como não é possível prever situações concretas relativas à disponibilidade financeira dos Estados, não pode o legislador constitucional prever um determinado montante a ser destinado a essas prestações, pois a realidade social está constantemente em transformação.

¹⁹ REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes...*, *ob.cit.*, p.293 e 297.

²⁰ Essa “indeterminabilidade” das normas de direitos sociais é utilizada por muitos autores como uma objeção que, juntamente com outras, determinaria a impossibilidade de reconhecer a esses direitos uma vinculatividade jurídica plena. Daí surgiria uma outra dificuldade, qual seja, a de inviabilidade de configuração dos direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais, subjetivos e justiciáveis.

A questão aqui em voga não é a de saber se há ou não um direito, pois este existe e é reconhecido, encontrando-se expresso nas Constituições. Trata-se, como bem refere Gomes Canotilho, de “garantir que onde exista um direito se estabeleça o dever correspondente e a forma de o exigir”.²¹ Não se trata de reconhecer “ubi remedium ubi jus”, e sim o de garantir o “ibi jus ibi remedium”.²²

Uma coisa é afirmar a existência de um direito, outra é determinar quais os modos ou formas de proteção desse direito. Não significa impor como o Estado deve densificar esse direito. Existe um relativo espaço de liberdade do legislador quanto à escolha dos meios para tornar efetivo o direito à vida na sua dimensão existencial mínima²³. O Estado - legislador e administração -, está vinculado a proteger o direito à vida no domínio das prestações existenciais mínimas, mas pode escolher um ou vários meios para isso; caso exista somente um meio, deve utilizá-lo²⁴.

4.1 – Núcleo Essencial e Conteúdo das normas de direitos sociais

Assim, propõe-se um modelo de determinação das prestações consideradas essenciais que começa com a previsão legal e regulamentar das prestações, destinatários, indicadores, recursos financeiros, ações estatais de suporte, remédios para inobservância dos *standards* (objeto da lei), bem como uma lista dos indicadores na qual o valor objetivo a ser respeitado pela Administração seja individualizado (objeto dos regulamentos)²⁵. Tal modelo é o que a doutrina chama de *núcleo essencial das prestações sociais*²⁶.

²¹ CANOTILHO, J.J.Gomes. “Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais”, In: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2008, p.47.

²² CANOTILHO, J.J.Gomes. “Tomemos a sério...”, *ob.cit.*, p.47.

²³ *Idem*, p.57-58.

²⁴ *Idem*, p.59.

²⁵ TORCHIA, Luisa (coord.), *Welfare e Federalismo*, citado por CANOTILHO, J.J. Gomes. ““Bypass” social e núcleo essencial das prestações sociais”, In: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2a ed., Coimbra, 2008, p.263.

²⁶ Gomes Canotilho propõe uma análise do núcleo essencial das prestações sociais da saúde, partindo das propostas da doutrina italiana, precursora no assunto (““Bypass” social...”, *ob.cit.*, p.261 e ss.). Por núcleo essencial, entende-se a parcela mínima do direito, o “núcleo duro” da norma que não pode ser afetada por nenhuma lei e a não efetivação deste conteúdo essencial configura legítima violação do direito. Nesse sentido, o “núcleo essencial” seria um exemplo de como determinar o feixe de prestações dos direitos, liberdades e garantias, também alargado aos direitos económicos, sociais e culturais.

Por meio dessa metodologia, parte-se do reconhecimento de que a mera previsão constitucional dos direitos não é suficiente para torná-los efetivos e oferece-se como método mais seguro para a garantia dos direitos o recorte da norma, donde se retira derivadamente o *núcleo duro* da subjetivação dos direitos sociais, identificando assim a essência do direito que servirá para condicionar as políticas econômicas e financeiras²⁷.

De acordo com os autores da obra, visando assegurar a efetividade dos direitos sociais, o *nível essencial* das prestações representaria a especificação e pormenorização das dimensões que assegurariam a sua adequação^{28 29}.

4.2 – Risco e Independência Social

Dos argumentos manejados pelos Tribunais nas duas decisões analisadas, concluímos que, em virtude da consagração do mínimo de existência (consubstanciado em prestações fáticas) como núcleo da dignidade humana, que tal direito configura um *direito subjetivo* de todo indivíduo (por exemplo, no caso português, os legitimados seriam os maiores de 18 anos que atendam aos requisitos de concessão do benefício). Dessa forma, o indivíduo poderá levar aos tribunais o pedido de condenação do Estado por violação do princípio constitucional da dignidade humana e pleitear que a Administração seja constrangida a efetuar o pagamento da prestação individual, o que demonstraria uma interferência do poder judicial nas políticas de governo.

²⁷ TORCHIA, Luisa (coord.), *Welfare e Federalismo*, citado por CANOTILHO, J.J.Gomes. “Bypass...”, *ob.cit*, p.263-264.

²⁸ TORCHIA, Luisa, *Welfare e Federalismo*, citado por CANOTILHO, J.J.Gomes. “Bypass...”, *ob.cit*, p.263.

²⁹ Como exemplos desse recorte do núcleo duro da norma, onde há uma individualização das dimensões básicas do direito, poderíamos citar, no campo da saúde, a especificação da micro-área de intervenção (assistência sanitária), prestação (tomografia axial computadorizada), descrição sintética (utilização de aparelho de alta precisão no diagnóstico tumoral), destinatários (pessoas a quem é passada uma prescrição médica expressa para o caso), indicadores (tempo decorrido entre a prestação e efetivação da prestação), valor objetivo (x dias) (Cfr. CANOTILHO, J.J.Gomes. “Bypass...”, *ob.cit*, p.264). No campo da educação para deficientes, tema do acórdão que iremos analisar, as prestações essenciais objeto das normas poderiam ser: o número de escolas especializadas ou normais que cada município deve ter para atender os deficientes, número de professores qualificados, os tipos de material didático especial a serem adquiridos (computadores preparados para deficientes visuais), instrumentos específicos necessários para o bom acompanhamento das atividades educativas como aparelhos auriculares para os deficientes auditivos.

Temos dúvidas relativamente a essa correlação entre o direito do cidadão a prestações positivas e o dever do Estado a fornecê-las. Perguntamo-nos se essa relação é mesmo necessária e insubstituível, uma vez que para muitos autores estaríamos diante de uma *obrigação não relacional* e não a um *dever*³⁰.

A *condição de independência* com relação ao Estado ou a terceiros tinha, já em Kant, um papel transformador na sobrevivência do homem em sociedade. O pobre que recebe do Estado meios para sua sobrevivência não pode ser considerado um cidadão passivo nos termos do pensamento kantiano porque ele deve tal meio não ao “arbítrio de um outro povo”, mas ao Estado, e isso faz com que este pobre tenha um *direito* a isso. Ele deve a sua existência e sua preservação *aos seus próprios direitos*³¹. Apesar disso, Kant deixa claro que *pessoas aptas a trabalhar, porém ociosas, não deveriam ser beneficiárias dos auxílios estatais*³².

Aos cidadãos livres, solidários e responsáveis, caberia a tarefa de promover entre si o bem-estar social, pois, numa sociedade que se quer livre, solidária e responsável, as dificuldades de cada indivíduo são também dificuldades de todos os membros da sociedade, cabendo a todos o dever de colaborar na busca por soluções³³. Como afirma MARIA DE NAZARETH GUIMARÃES, “numa sociedade baseada no trabalho, deve cada um trabalhar para se sustentar a si mesmo”^{34 35}.

³⁰ Cfr. Gomes Canotilho, “Tomemos a sério...”, *ob.cit.*, p.55-59.

³¹ MERLE, Jean-Christophe. “Funções, Poderes e Objetivos da Administração Pública”, *In: A Moral e o Direito em Kant. Ensaios Analíticos*. GOMES, Alexandre Travessoni; MERLE, Jean-Christophe. Belo Horizonte, 2007, p.209.

³² Paulo escreveu aos cristãos tessalonicenses para esclarecer um mal-entendido sobre o retorno de Cristo. Os crentes pararam de trabalhar porque pensaram que o retorno de Cristo estava por vir e pararam de trabalhar. Em Tessalonicenses lê-se: “quem não quer trabalhar que não coma. (...) em nome do Senhor Jesus Cristo, ordenamos com insistência que vivam de um modo correto e trabalhem para se sustentar (Tess, 3: 6-18).

³³ BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Relatório final apresentado ao curso para o Doutorado em Ciências Jurídico Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2007, p.90.

³⁴ GUIMARÃES, Maria de Nazareth. “Alimentos”, *In: Reforma do Código Civil, Ordem dos Advogados, Lisboa*, 1981, p.176.

³⁵ Os riscos sociais são uma das faces da *sociedade de risco*. João Loureiro argumenta que, a despeito da essencialidade dos bens básicos ou fundamentais subjacentes às prestações sociais positivas serem bens essenciais para o “florescimento e desenvolvimento humano”, não se pode negar que carregam um conjunto de riscos, “novos e velhos” (LOUREIRO, João Carlos. “Adeus ao Estado Social?...”, *ob.cit.*, p.123). O autor lembra que, em sua dimensão tradicional, os riscos eram entendidos como situações da vida que tocam à situação econômica das pessoas, e, quando assumidos pelo sistema jurídico, são tratados como “contingências e eventualidades”. Continua o autor demonstrando que os novos riscos surgem de quatro processos principais: entrada da mulher no mercado de trabalho, envelhecimento significativo da população, mudanças no mercado de trabalho (como aumento das exigências

Nesse sentido, estamos de acordo com VIEIRA DE ANDRADE, que, retomando as críticas levantadas à fundamentação da decisão do TC, afirma que a melhor solução de inserção social dos jovens com idades acima de 25 anos seria o incentivo ao trabalho, apoio a emprego jovem, apoios à iniciativa empresarial e à formação. O autor se preocupa com o perigo da dependência para com poderes públicos numa sociedade que denomina de *subsídio dependente* ³⁶. O autor defende a adoção de outras medidas com impacto social específico para jovens e pondera que em casos de disponibilidade ativa para o trabalho, para participação em ações de formação.

Tal conformação não está muito longe daquilo que U. BECK já defendia na sua “Sociedade de Risco”. Os *riscos sociais* nada mais são do que uma das faces dessa *sociedade*. JOÃO LOUREIRO argumenta que, a despeito da essencialidade dos bens básicos ou fundamentais subjacentes às prestações sociais positivas serem bens essenciais para o “florescimento e desenvolvimento humano”, não se pode negar que carregam um conjunto de riscos, “novos e velhos”³⁷.

5 – Notas Finais

Sem pretender dar respostas nem encontrar saídas para os problemas sócio jurídicos da nossa sociedade, acreditamos que uma solução possível para as dificuldades relacionadas à efetivação dos direitos sociais pode estar na mobilização do *princípio da solidariedade*. A doutrina identifica o Estado como principal “destinatário” da exigência de cumprimento deste princípio – nesse sentido, a solidariedade existe *para que se possa exigir do Estado* a garantia dos direitos fundamentais sociais, a promoção do bem-estar geral e a criação de mecanismos de cooperação e de ajuda mútua entre particulares³⁸.

de qualificação) e por ultimo o fenómeno da privatização dos serviços inserido na constrição (colocar sinónimo) económico-financeira dos Estados (João LOUREIRO (“Adeus ao Estado Social?...”, *ob.cit.*, p.112).

³⁶ VIEIRA DE ANDRADE, Comentários ao Acórdão, p.28.

³⁷ O autor lembra que, em sua dimensão tradicional, os riscos eram entendidos como situações da vida que tocam à situação económica das pessoas, e, quando assumidos pelo sistema jurídico, são tratados como “contingências e eventualidades”. Continua o autor demonstrando que os novos riscos surgem de quatro processos principais: entrada da mulher no mercado de trabalho, envelhecimento significativo da população, mudanças no mercado de trabalho (como aumento das exigências de qualificação) e por último o fenómeno da privatização dos serviços inserido na constrição (colocar sinónimo) económico-financeira dos Estados (João LOUREIRO (“Adeus ao Estado Social?...”, *ob.cit.*, p.112).

Em segundo plano, encontrar-se-ia a sociedade, também *responsável por assegurar o bem-estar dos seus membros e garantir a proteção dos direitos fundamentais*. DANIEL SARMENTO aborda o que entende como os principais motivos que explicam a obrigação da comunidade em promover a segurança e o desenvolvimento de seus membros. Em primeiro lugar, o autor aponta o fato de que as relações privadas não estão isentas de valores constitucionais, o que impõem a sua conformação aos parâmetros materiais de justiça, dentre os quais desponta a ideia de solidariedade; em segundo lugar, porque diante da crise do estado social, que impede de atender a todas as demandas sociais relevantes, necessário se faz encontrar outros corresponsáveis que, sem exclusão da obrigação primária do Estado, possam contribuir na tarefa de garantir prestações materiais àquelas pessoas financeiramente vulneráveis³⁹.

Não se trata de prescindir da atuação do Estado. Entretanto não resistimos à pergunta: não teria chegado o momento da participação do Estado ser direcionada à criação de condições para que os próprios indivíduos, isoladamente ou em família, busquem seu bem-estar? GIDDENS identifica, no plano dos valores, um florescimento de novas formas de compromisso político, orientadas por valores pós-materialistas e expressas, principalmente, no ambiente e na solidariedade social⁴⁰. Políticas públicas, quando bem gerenciadas e coordenadas, podem ser muito favoráveis ao criarem um ambiente propício para que famílias ou grupos possam, por si só, através do trabalho e da ajuda mútua, construir verdadeiras comunidades de pessoas responsáveis e solidárias⁴¹. Nesse sentido, CANOTILHO entende que é necessário ter serenidade para reconhecer que a otimização dos direitos sociais depende não só da previsão legislativa mas também da boa governança dos recursos públicos e privados⁴².

³⁸ STEINMETZ, Wilson *apud* AUGUSTI, Sergio; ALMEIDA, Angela. “Constitucionalização do direito civil...”, *ob.cit.*, p.158.

³⁹ SARMENTO, Daniel. “A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético jurídicos”. In: ARRUDA, Paula (coord.). *Direitos Humanos: questões em debate*. Rio de Janeiro, 2008, p.295.

⁴⁰ GIDDENS, A. citado por LOUREIRO, João Carlos. “Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência. Algumas questões juspublicísticas”. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, *Studia Iuridica* 61, Boletim da FDUC, 2001, p.816.

⁴¹ Paula Távora Vítor, referindo-se às políticas sociais de apoio a pessoas idosas, relembra que necessário se faz haver uma coordenação entre as obrigações do Estado e as obrigações de todos, tendo em vista que a proteção dos indivíduos mais vulneráveis é obrigação não somente da família ou do Estado, mas também de terceiros não diretamente envolvidos (VÍTOR, Paula Távora. “Solidariedade social e solidariedade familiar – considerações sobre do novo “complemento solidário para idosos””, In: Estado, Sociedade civil e Administração pública, p.166).

⁴² CANOTILHO, J.J.Gomes. “Bypass...”, *ob.cit.*, p.248-249.

Trata-se de defender uma mudança na forma como os Estados trabalham para a garantia da socialidade. É justamente essa maneira de atuar que está se alterando, em que pesem as diversas mudanças que ainda estão por vir neste campo. Também não entendemos que a garantia do mínimo essencial deva ser o *único* compromisso do Estado para com a proteção da socialidade. Sustenta-se que, com o intuito de desafogar as finanças públicas, deva-se deixar a cargo do Estado somente aquelas situações que se referem às condições mínimas estritamente relacionadas à dignidade humana.

Em que pese a proteção do mínimo de existência consistir num dos compromissos estatais, entendemos não ser necessário estabelecer limites quanto à atuação, nesse âmbito, nem da sociedade civil, nem do poder público. A jurisprudência internacional, a exemplo do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, tem reforçado a ideia de que os Estados devem observar o mínimo essencial referente aos direitos sociais, uma vez que esse mínimo constitui núcleo da dignidade humana⁴³. Entretanto, não concordamos com posições que sustentam ser a responsabilidade pela garantia de condições mínimas de vida exclusivamente estatal. Mas esse é um assunto que deixaremos para uma outra oportunidade.

6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Relatório final apresentado ao curso para o Doutorado em Ciências Jurídico Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. ““Bypass” social e o núcleo essencial das prestações sociais”, *In: Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2008, p.243-268.

CANOTILHO, J.J.Gomes. “Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais”, *In: Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2008.

GUIMARÃES, Maria de Nazareth. “Alimentos”, *In: Reforma do Código Civil, Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1981.

HORBACH, Beatriz. “Benefícios Sociais e a garantia do mínimo existencial: o Caso Hartz IV”, *In: Observatório da Jurisdição Constitucional*, Ano 4, 2010/2011.

⁴³ PIOVESAN, Flávia. “Dignidade Humana e a proteção dos direitos sociais nos planos global, regional e local”, *In: Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, p.411.

LOUREIRO, João Carlos. “Adeus ao Estado Social? O insustentável peso do não ter”, *In: Boletim da FDUC*, v. LXXXIII, 2007, p. 99-182.

LOUREIRO, João Carlos. “Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência. Algumas questões juspublicísticas”. *In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, *Studia Iuridica* 61, Boletim da FDUC, 2001.

MERLE, Jean-Christophe. “Funções, Poderes e Objetivos da Administração Pública”,

In: A Moral e o Direito em Kant. Ensaios Analíticos. GOMES, Alexandre Travessoni; MERLE, Jean-Christophe. Belo Horizonte, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 414p.

NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. “O Tribunal Constitucional e os Direitos Sociais – O Direito à Segurança Social”, *In: Jurisprudência Constitucional*, n.06, 2005.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. “O “direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações estaduais positivas – uma decisão singular do Tribunal Constitucional”, *In: Jurisprudência Constitucional*, nº 1, 2004, p.04-29.

VÍTOR, Paula Távora. “Solidariedade social e solidariedade familiar – considerações sobre do novo “complemento solidário para idosos””, *In: Estado, Sociedade civil e Administração Pública*.

Artigo recebido em 12 de agosto de 2011.

Artigo aceito para publicação em 16 de setembro de 2011.