

DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO: o problema da efetivação e judicialização das políticas públicas

Sílvia Leiko Nomizo¹

RESUMO

O Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito estabeleceu, a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), estabeleceu como valor supremo a dignidade da pessoa humana, de modo que, todo o ordenamento jurídico do país deve se voltar à concretização deste valor. Com o intuito de proteger e promover a dignidade de pessoa humana é estabelecida uma séria de direitos e garantias, ditos fundamentais, previstos no texto constitucional, em legislações infraconstitucionais e em documentos internacionais ratificados pelo país. Dentre esses direitos e garantias existem os direitos sociais, incluindo-se o direito ao trabalho, cuja fundamentalidade e efetivação são temas que geram bastante discussão nos dias atuais, constituindo-se na problemática que ensejou esta pesquisa. O presente trabalho visa verificar a questão da fundamentalidade e da efetivação do direito ao trabalho, como destaque na questão da judicialização das políticas públicas. A metodologia empregada para a elaboração do trabalho consiste em realização de pesquisas bibliográfica e documental, de natureza qualitativa, empregando-se ainda os métodos monográfico e dedutivo. Ao final, pode-se concluir que o direito ao trabalho é um direito fundamental e que carece da criação e implementação de políticas públicas voltadas à sua efetivação, bem como constatou-se que a judicialização das políticas públicas não pode ser considerada como uma afronta a tripartição dos Poderes.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos fundamentais sociais. Fundamentalidade do direito ao trabalho. Efetivação dos direitos sociais. Judicialização das políticas públicas. Tripartição dos Poderes.

¹ Mestranda em Direito pela UNIVEM – Centro Universitário Eurípedes de Marília. Pós-graduada *latu sensu* no Curso de Especialização em Direitos Humanos pela UEMS - Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – Unidade Universitária de Paranaíba-MS. Advogada militante na Comarca de Paranaíba-MS. Docente convocada do Curso de Direito da UEMS - Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – Unidade Universitária de Paranaíba-MS. Professora Assistente do Curso de Especialização em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – Unidade Universitária de Paranaíba-MS. Coordenadora e Professora Supervisora do Núcleo de Prática Jurídica das FIPAR – Faculdades Integradas de Paranaíba. E-mail: leconomizo@yahoo.com.br.

INTRODUÇÃO

A CF/88 preconiza em seu artigo primeiro que são fundamentos da República Federativa do Brasil: a soberania (inciso I), a cidadania (inciso II), a dignidade da pessoa humana (inciso III), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV) e o pluralismo político (inciso V). Ou seja, para que se possa afirmar que o Brasil é um Estado Democrático de Direito é preciso que todos esses fundamentos sejam respeitados.

Neste sentido, o verdadeiro Estado Democrático de Direito implica na ideia de que todo o ordenamento jurídico do país deve ser voltar à proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. Significa dizer que todo contexto normativo deve ter por fundamento a busca pela efetivação da dignidade da pessoa humana.

É a partir deste ponto que surge, no ordenamento jurídico pátrio, um rol não taxativo de direitos e garantias fundamentais, cuja classificação doutrinária apresenta uma divisão em dimensões/gerações que serão estudadas neste trabalho. Nesta classificação, existe um rol de direitos que compõem a dimensão dos direitos econômicos, sociais e culturais, na qual o direito ao trabalho está incluso.

Justifica-se a elaboração do trabalho, diante da persistente discussão acerca da fundamentalidade dos direitos sociais, rol no qual está inserto o direito ao trabalho, bem como em razão da divergência acerca da violação ou não do princípio da tripartição dos Poderes por motivo do frequente processo de judicialização das políticas públicas. Assim, a problemática existente acerca do estudo do direito ao trabalho consiste na discussão que existe acerca da fundamentalidade dos direitos sociais, bem como em relação ao problema da efetivação de tais direitos, a partir da necessidade de judicialização de políticas públicas.

A metodologia empregada para a elaboração do trabalho consiste em realização de pesquisas bibliográfica e documental, de natureza qualitativa, empregando-se ainda os métodos monográfico e dedutivo, em materiais impressos e obtidos em sítios da internet, bem como em legislações vigentes no país. Ao final, a partir das leituras realizadas, pretende-se esclarecer o problema que ensejou a elaboração da pesquisa e trazer contribuições sobre a temática abordada ao mundo acadêmico.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E

DIREITOS HUMANOS: breves anotações

O Estado Democrático de Direito, como dito acima, é aquele que tem como valor supremo a dignidade da pessoa humana, de modo que os direitos e garantias

fundamentais estabelecidos pela ordem constitucional assumem papel de destaque, vez que devem ser voltados à concretização do valor supremo.

No Brasil, quando se faz uma abordagem acerca da conceituação dos direitos fundamentais, tem-se que uma série de expressões pode ser utilizada para designar tais direitos como, por exemplos, “direitos humanos”; “direitos subjetivos públicos”; “direitos individuais”; “liberdades fundamentais”; “direitos do homem”; “direitos humanos fundamentais” etc. (SCALQUETTE, 2004).

Entretanto, é importante destacar a existência de diferença entre o conceito de direitos fundamentais e direitos humanos, de forma que Sarlet (2011, p. 29) traz a seguinte diferenciação: “[...] o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um equívoco caráter supranacional (internacional).”.

Segundo Comparato (2010) direitos humanos possuem vigência universal e independente de positivação pela Constituição de um país, enquanto direitos fundamentais representam as bases do sistema jurídico de um país, mas necessitam da previsão expressa no texto constitucional.

Portanto, no que se refere aos direitos fundamentais, pode se dizer que tais direitos estão inseridos em um rol de direito mais abrangente, que são os direitos humanos, de modo que a definição de direitos fundamentais apresenta íntima relação com a desses últimos direitos.

2.1 Definição e Origem dos Direitos Fundamentais

Sarlet (2011, p. 28) afirma que no Brasil, desde as primeiras Constituições, já havia a previsão da temática dos direitos fundamentais, de forma que analisando a trajetória histórica dos direitos fundamentais, tem-se que:

Na Constituição de 1824, falava-se nas “Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, ao passo que a Constituição de 1891 continha simplesmente a expressão “Declaração de Direitos” com epigrafe da Secção II, integrante do Título IV (Dos cidadãos brasileiros). Na Constituição de 1934, utilizou-se, pela primeira vez, a expressão “Direitos e Garantias

Individuais”, mantida nas Constituições de 1937 e 1964 (integrando o Título IV da Declaração de Direitos), bem como na Constituição de 1967, inclusive após a Emenda nº 1 de 1969, integrando o Título da Declaração de Direitos.

Em âmbito internacional, fala-se em direitos humanos com mais ênfase a partir da elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, proclamada em 10 de dezembro de 1948, através da Resolução 217 A, da Assembleia Geral da ONU – Organização das Nações Unidas, em Paris, como resposta às atrocidades praticadas durante da 2ª Guerra Mundial, estabelecendo, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos. O Brasil assinou a Declaração na data de sua proclamação.

Apesar da ratificação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na data de sua proclamação, em 10 de dezembro de 1948, o Brasil, desrespeitando as obrigações assumidas com a assinatura da Declaração, passou por um período de inúmeras violações a direitos humanos, qual seja: a Ditadura Militar.

Desta forma, no Brasil, apesar da adesão à Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948, de acordo com os ensinamentos de Paroski (2008, p. 99):

Os direitos fundamentais constituem disciplina de estudo relativamente recente no Brasil, quicá em face de longo período de violação dos direitos humanos, sendo demonstrações mais evidentes as atrocidades e barbáries cometidas pelo regime militar que se instalou em terras tupiniquins durante mais de duas décadas.

De um modo geral, tem-se que os direitos fundamentais visam a tutela de direitos que asseguram um direito acima deles, que é o direito à dignidade da pessoa humana, com o intuito de garantir às pessoas condições adequadas de vida e convivência em sociedade, indistintamente e passou a ter maior importância, em âmbito nacional, a partir da promulgação da CF/88.

2.2 As Dimensões/Gerações dos Direitos Fundamentais

Levando-se em consideração que os direitos fundamentais são os direitos inerentes a todas as pessoas que se encontram positivados no texto constitucional pátrio, os mesmos devem acompanhar o processo evolutivo da sociedade para assegurar, com eficácia, as necessidades das pessoas.

Assim, doutrinariamente, os direitos fundamentais são classificados

em dimensões, também chamadas de gerações por alguns doutrinadores, independentemente, da terminologia adotada, tem-se que esta classificação dos direitos fundamentais decorre das transformações pelas quais os direitos fundamentais passam, no que diz respeito à sua titularidade, conteúdo, eficácia e efetivação. (SARLET, 2011).

Hodiernamente, fala-se que os direitos fundamentais possuem quatro dimensões, no entanto, já existe o entendimento quanto à existência de uma sétima dimensão de direitos considerados fundamentais.

De acordo com Sarlet (2011, p. 47) os direitos de primeira dimensão/geração são “[...] direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta, positiva por parte dos poderes públicos, sendo neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição por parte dos poderes públicos.”, constituem exemplos desses direitos: o direito à vida, à liberdade, à propriedade e a igualdade perante a lei.

Isto significa dizer que os direitos de primeira dimensão/geração constituem-se em direitos que exigem do Estado uma postura negativa, de não intervenção, ou intervenção mínima, visto que, se referentes às liberdades individuais.

Os direitos de segunda dimensão englobam os direitos econômicos, sociais e culturais, que possuem a característica de representarem uma dimensão positiva, pois não mais visa evitar a intervenção estatal na liberdade individual, mas sim uma liberdade por intermédio do Estado, que deve fornecer subsídios para que ela seja alcançada (SARLET, 2011).

Ao contrário, dos direitos de primeira dimensão/geração, os direitos de segunda dimensão/geração, em regra, exigem do Estado uma atuação positiva, ou sejam são denominados direitos prestacionais, que geralmente são concretizados por meio de políticas públicas.

Constituem direitos fundamentais de terceira geração, os direitos de solidariedade e fraternidade, que visam tutelar direitos ditos coletivos ou difusos, ou seja, o objetivo não é mais tutelar os direitos individuais de cada pessoa, mas sim o de toda a coletividade. Podem-se citar como direitos de terceira geração, o direito à paz, o direito a uma qualidade de vida saudável, o direito ao meio ambiente saudável, o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, isto é, direitos que pertencem a um grupo de pessoas e não somente a um indivíduo isoladamente (SARLET, 2011).

Para aqueles que defendem a existência de direitos de quarta dimensão, nestes estariam incluídos alguns direitos cujo objetivo seria a imposição de limites

avanços científicos, relacionados à biotecnologia, bioengenharia e manipulação genética (Paroski, 2008). Assim como os direitos fundamentais de terceira dimensão, os direitos de quarta dimensão visam a tutela de direitos em âmbito coletivo, como objetivo principal de assegurar a dignidade da pessoa humana.

Quanto aos direitos de quinta geração, Sampaio (2004, p.302) afirma que “[...] a segurança humana não pode ser plenamente realizada se não começarmos a ver o indivíduo como parte do cosmos e carente de sentimentos de amor e cuidados.”. No sentido de que nesta dimensão de direitos fundamentais, o objetivo seria assegurar às pessoas, direitos que envolvem a compaixão, cuidado e amor entre as pessoas.

Existem ainda, alguns estudiosos da temática que defendem a existência de duas outras dimensões, sendo a sexta dimensão/geração referente ao direito fundamental à água potável e a sexta dimensão/geração referente ao direito fundamental à felicidade.

De qualquer modo, o que há de consensual é a existência das três primeiras dimensões/gerações apresentadas acima, vez que, o entendimento que prevalece é o de que a partir da quarta dimensão/geração existe uma subdivisão das categorias anteriores.

3 DIREITOS SOCIAIS SÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Sarlet (2009) afirma que, no ordenamento jurídico pátrio, o legislador constituinte de 1988 elencou com direitos sociais um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos, o qual abrange tanto direitos prestacionais/positivos como direitos defensivos/negativos.

Isto significa dizer que ao enumerar o rol dos direitos sociais, o legislador previu a existência de direitos que exigem do Estado e da sociedade uma atuação efetiva para a concretização, como também de direitos que determinam a abstenção do Estado e de particulares de intervir na esfera individual de cada pessoa.

Fonseca (2006) afirma que os direitos sociais possuem triplo aspecto considerando-se a atuação estatal, pois, por um lado a obrigação de respeitar (abstenção de impedir o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais); uma obrigação de proteger (exige que o Estado previna a violação dos direitos sociais por parte de terceiros) e uma obrigação de cumprir (determina que o estado adote medidas políticas, administrativas, fiscais e judiciais para alcançar a efetividade destes direitos.).

Bonavides (2012) leciona que os direitos sociais são aqueles que

proporcionam melhores condições de vida às pessoas, razão pela qual ele entende que é a categoria de direitos fundamentais que mais se aproxima da dignidade da pessoa humana e da cidadania, pois visam reduzir as desigualdades sociais.

Apesar dos conceitos acima, apresentarem os direitos sociais como direitos fundamentais, existe muita discussão acerca da fundamentalidade dos mesmos, de modo que muitos estudiosos do assunto afirmam que, no Brasil, apenas os direitos e garantias descritos no art. 5º, da CF, podem ser considerados fundamentais.

Entretanto, Sarlet (2009, p. 223) conclui seu raciocínio alegando que

[...] pelo menos no âmbito do sistema de direito constitucional positivo nacional – todos os direitos, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam sediados no Título II da Constituição Federal (dos direitos e garantias fundamentais), estejam localizados em outras partes do texto constitucional o nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil, são direitos fundamentais.

Em razão da conclusão de que, no Brasil, os direitos sociais são direitos fundamentais, o autor defende que diante dessa condição, aqueles direitos possuem dupla fundamentalidade (material e formal).

Outro ponto importante destacado pelo autor diz respeito ao regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, no que diz respeito à aplicabilidade da blindagem material dos mesmos pelo disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, que veda expressamente alteração do conteúdo das “cláusulas pétreas”. A problemática existente acerca desse tema consiste na tese de que os direitos fundamentais sociais não estão abrangidos pelo regime jurídico-constitucional, o que os tornam passíveis de alteração e redução.

Visando superar essa problemática, Sarlet sustenta que o texto do § 5º, do art. 5º, da Constituição Federal prevê a aplicação da blindagem legislativa a todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, razão pela qual abarca todo o conteúdo do Título II, da Constituição Federal de 1988, estendendo, deste modo, a aplicação do regime jurídico-constitucional aos direitos sociais.

Argumento que merece destaque apresentado pelo autor em defesa da aplicabilidade do regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais ao direito social consiste no fato de que o preâmbulo da Constituição estabelece dentre os objetivos do Estado, a garantia dos direitos individuais e sociais, da igualdade e da justiça. Portanto, mostra-se inegável a condição de cláusula pétrea dos direitos sociais. No mesmo sentido, entendem Luiz Roberto Barroso, Gilmar

Ferreira Mendes e Paulo Bonavides.

Contrário ao entendimento de Sarlet, destaca-se o pensamento de Oscar Vieira Vilhena para quem existem alguns direitos que são apenas formalmente fundamentais, o que possibilita a sua supressão do texto constitucional, ou seja, o autor, entende que apenas são afetados pelo regime jurídico-constitucional os direitos fundamentais que são material e formalmente fundamentais e, pelo fato de os direitos sociais serem considerados apenas fundamentais do ponto de vista formal, não são cláusulas pétreas (SARLET, 2009).

Acolhendo-se os argumentos apresentados por Sarlet, conclui-se que os direitos sociais são direitos fundamentais, vez que, apresentam íntima relação com a dignidade da pessoa humana, assim, sendo, a sua localização geográfica no texto constitucional não é argumento apto a afastar essa fundamentalidade.

Ademais, como dito em momento anterior deste trabalho, no Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, prevalece o entendimento de que todos os direitos e garantias devem ser voltados à concretização da dignidade da pessoa humana, e eles (direitos e garantias) podem estar previstos em todo o texto constitucional, infraconstitucional e também em documentos internacionais.

Por fim, outro ponto que deve ser considerado para afastar a ideia de que os direitos sociais não são direitos fundamentais, é o de que tais direitos são voltadas para assegurar a todas as pessoas condições mínimas de sobrevivência digna.

4 DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO E SUA EFETIVAÇÃO

De acordo com Fonseca (2006), o direito ao trabalho a que se refere a CF/88, diz respeito ao direito de ter um trabalho ou a possibilidade de trabalhar. Desta feita, o direito ao trabalho deve ser visto a partir de duas dimensões: uma individual e outra coletiva.

Pela dimensão individual, tem-se que se o direito ao trabalho diz respeito à relação de emprego, desde o momento anterior à formação do contrato, durante o seu desenvolvimento até a extinção da relação e é regulada por leis infraconstitucionais (CLT). Na dimensão coletiva, o direito ao trabalho está integrado ao campo da política de pleno emprego, cabendo ao Estado providenciar a criação de postos de trabalho (art. 170, VIII, da CF c.c. arts.12, IV e 6º da CF, além de tratados internacionais).

No que diz respeito à efetivação do direito ao trabalho na dimensão individual, tem-se que ela se dá por meio da previsão legal da necessidade de se

firmar um contrato de trabalho; cotas para deficientes físicos; princípio da não-discriminação no processo admissional; respeito aos direitos inerentes à relação de trabalho e aos direitos trabalhistas decorrentes da extinção do contrato de trabalho (FONSECA, 2006).

No que tange à efetivação do direito ao trabalho na dimensão coletiva, Fonseca (2009) ensina que ela se concretiza a partir da criação e implantação de políticas públicas de trabalho e emprego.

Em se tratando da efetivação do direito ao trabalho em sua dimensão individual, tem-se que ela se dá por meio da criação de legislações trabalhistas aptas a regular toda a relação de trabalho

Já quanto à efetivação do referido direito fundamental em sua dimensão coletiva, tem-se a previsão da necessidade de criação de políticas públicas, que nos dizeres de Mancuso Mancuso (s.a. apud Fonseca, 2006, p. 289) é toda

[...] conduta comissiva ou omissa da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.

A partir desse conceito de política pública, Fonseca (2009) estabelece que existem duas espécies de políticas públicas voltadas à concretização do direito fundamental ao trabalho: as passivas e as ativas. As políticas passivas de emprego consideram o nível de empregou/desemprego como dado e objetiva assistir financeiramente o trabalhador desempregado ou reduzir o excesso de falta de trabalho (Ex: seguro desemprego (criação do FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador – recursos advindos do PIS-PASEP), adiantamento da aposentadoria, acordos com grandes montadoras – incentivos fiscais).

As políticas ativas de emprego, por sua vez, visam exercer um efeito positivo sobre a demanda de trabalho por meio da criação de empregos públicos, a formação e reciclagem profissional (cursos técnicos), a intermediação de mão-de-obra, a subvenção de emprego e medida que elevem a elasticidade emprego-produtivo (apoio à micro e pequena empresa) (FONSECA, 2009).

A partir das considerações acima, tem-se que o direito ao trabalho, no ordenamento jurídico brasileiro é um direito fundamental social, previsto no art. 6º, da CF, cuja efetivação pode ser dar em duas dimensões, a individual e a coletiva. Tendo em vista que o foco deste trabalho é a análise da problemática da efetivação

dos direitos sociais como um todo, no tópico seguinte serão tratados, de forma sucinta, quais os principais problemas para a efetivação dos direitos sociais e a questão da judicialização das políticas públicas.

5 O PROBLEMA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS

Após adotar o posicionamento favorável à fundamentalidade dos direitos sociais e à aplicação do regime jurídico-constitucional aos direitos sociais, seguindo a linha de raciocínio estabelecida por Sarlet (2009) o trabalho passa a se debruçar sobre um dos questionamentos mais polêmicos quando se faz o estudo destes direitos fundamentais, qual seja: a questão da efetivação dos mesmos.

Nunes Junior (2009) trata de um dos principais problemas relacionados ao estudo dos direitos fundamentais sociais, qual seja: a questão da efetividade, que esbarra nos seguintes pontos: a reserva do possível, o poder discricionário do administrador público em suas escolhas orçamentárias, o caráter programático de algumas das normas nos quais os direitos sociais se fundamentam e um possível âmbito de conformação da norma constitucional definidora de um direito social, que, por juízo de ponderação subtrai a possibilidade de realização plena dos direitos sociais concretamente adotados pela Constituição.

Inevitavelmente, quando se conclui que os direitos sociais são direitos fundamentais, tem-se que a aplicabilidade dos mesmos é imediata. Assim, tendo em vista que, via de regra, os direitos sociais são direitos prestacionais que exigem uma atuação positiva do Estado, a efetivação dos mesmos esbarra na questão econômica.

Acerca do problema de efetivação, o principal argumento que surge para justificar a impossibilidade de se atender adequadamente aos anseios de toda a população é o da “reserva do possível”, pelo qual se alega que a escassez de recursos, limitações orçamentárias e obstáculos de outra natureza impedem a plena prestação estatal dos direitos sociais.

A reserva do possível teve origem na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha conforme se verifica do seguinte trecho, transcrito da obra de Nunes Júnior (2009, p. 172):

Tal formulação teve origem na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, especificamente, em julgamento em que Corte negou pedido de acesso universal ao ensino público superior, entendendo que para além do mínimo vital, a realização de direitos sociais ficaria condicionada à existência de recursos orçamentários suficientes para tanto.

O caso levado a julgamento pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha consistia numa processo judicial promovido por dois cidadãos que pretendiam ter acesso gratuito ao ensino superior, mais precisamente, a realização de um curso de medicina, no qual a Corte Suprema entendeu que a pretensão dos litigantes extrapolou o limite do mínimo que pode ser exigido do Estado, fazendo com que a demanda fosse jugada improcedente (NUNES JÚNIOR, 2009).

Note-se que pelo descrito acima, o caso levado a julgamento pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha só foi julgado improcedente, diante do fato de que o Tribunal Superior entendeu que a pretensão dos litigantes ultrapassava a medida do mínimo necessário para a sobrevivência daqueles.

A partir desta premissa, Nunes Júnior (2009) passa a defender a ideia de que o princípio da reserva do possível não é aplicável no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente em razão da diferença existente nos textos das Constituições que regular o ordenamento jurídico de cada país, destacando que na Alemanha não existe a previsão constitucional de direitos sociais.

Assim, ao contrário do Brasil, a Alemanha não estabeleceu expressamente um rol mínimo de direito sociais que devem ser protegidos e concretizados pelo Estado, o que afasta a possibilidade de aplicação da reserva do possível para a solução de lides em que se pleiteia a efetivação dos direitos sociais pelo Judiciário.

Esclarecedor o conceito de “reserva do possível” apresentado por Sarlet (2009, p. 238) que diz que

A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação, - desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais - da indisponibilidade de recurso com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.

Visando afastar a aplicação imoderada da “reserva do possível”, o autor destaca a necessidade de preservação do “mínimo existencial” e da aplicação do princípio da proporcionalidade, em suas duas acepções: a proibição do excesso e de insuficiência. Isto significa dizer que o autor concorda que o pode haver momento em que o Estado pode se utilizar do fundamento de inexistência de recursos financeiros para justificar a impossibilidade de efetivação de um determinado

direito fundamental, mas ele entende que deve haver a comprovação da situação de impossibilidade, para impedir a imposição de cumprimento do dever de prestação (SARLET, 2009).

No mesmo sentido, Nunes Júnior (2009, p. 173) ao tratar da aplicabilidade do princípio da reserva do possível no Brasil, destaca dois pontos importantes, quais sejam:

Acerca da aplicabilidade da reserva do possível, o autor esclarece que “O limite, traduzido pela teoria da reserva do possível, tem, mesmo em sua origem, o declinado caráter contingente, só sendo aplicável diante de certas condições: primeira, a de que o mínimo vital esteja satisfeito (acesso à saúde, educação básica etc.); segunda, de que o Estado comprove gestões significativas para a realização do direito social reclamado; terceira, a avaliação de razoabilidade da demanda.

Conclui-se a partir da análise das observações feitas pelos dois autores mencionados acima que, a aplicabilidade da reserva do possível é limitada pela comprovação de que o direito social pretendido atendeu suas expectativas mínimas, de modo que, o que está se pleiteando por meio de uma demanda judicial, extrapola essa ideia de mínimo; e que o Estado não possui numerário financeiro suficiente para atender ao pleito do cidadão.

Outro ponto tratado por Nunes Júnior (2009) refere-se ao argumento da tripartição de funções e a esfera de discricionariedade do administrador público, frequentemente utilizado pela administração pública para negar a plena efetivação de direitos sociais pleiteados por meio de demanda judicial. Acerca deste argumento, esclarece-se que a própria noção de Estado de Direito implica em se adotar um sistema de freios e contrapesos, através do qual se admite um poder pelo outro.

Significa dizer que, a discricionariedade administrativa só pode ser usada como argumento para não efetivação de determinados direitos sociais em casos bastantes excepcionais, de modo que, a discricionariedade conferida à administração pública toca apenas à escolha dos meios para promover a efetivação dos direitos sociais, de forma mínima, até porque está se falando de normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

A partir dessa premissa, tem-se que a efetivação dos direitos sociais está vinculada à existência de recursos financeiros e a destinação de recursos para esta finalidade depende da discricionariedade administrativa, sendo que, feita a escolha pela administração pública não caberia a exigibilidade judicial do direito.

Passando para análise de outro limite contingente oposto à realização de

direitos fundamentais é o caráter pragmático que as normas voltadas a esse fim possuem. As normas programáticas são aquelas voltadas a prever atingir os objetivos por meio de programas, apontamento de diretrizes ou tarefas ou finalidades, consideradas apenas como indicações constitucionais, sem caráter vinculante.

Em sentido oposto a esse entendimento acerca do caráter das normas programáticas, Nunes Júnior (2009, p. 206) descreve que: “A norma programática, integrando a Constituição formal, provoca por evidência, a vinculação de todos os órgãos e autoridades públicas ao seu conteúdo.”. Ademais, o autor esclarece que, a partir do momento em que se passar a reconhecer a existência de direitos da coletividade, cabe ao Estado promover todos os meios necessários para promover a efetivação dos preceitos constitucionais.

Este raciocínio fica bastante evidente no trecho a seguir: “[...] se a norma não respalda um dever direito e certo de agir ao Estado, veicula, quando menos, uma proibição de omissão, o que sempre lhe confere justicialidade, quando menos, para proibir que políticas públicas e direitos que materializam venham a retroceder.” (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 213).

Outro argumento utilizado para a não efetivação dos direitos fundamentais sociais, citado por Nunes Júnior (2009) diz respeito à uma possível colisão de direito quando do atendimento de demandas individuais ajuizadas contra o Estado-administração, sob alegação de que adviriam prejuízos às políticas públicas. Afasta esse argumento de colisão de direitos, o entendimento de que os recursos para atender a essas demandas individuais podem sair de outros itens do orçamento, sem prejuízo para a realização de qualquer outro direito social.

Ou seja, Nunes Júnior (2009) conclui seu raciocínio acerca dos argumento utilizados para não efetivação dos direitos sociais, afirmando que, enquanto houve previsão e destinação de verbas, por exemplo, para publicidade institucional, bem como o não fornecimento do mínimo existencial; não há que se falar em reserva do possível ou colisão direitos, enquanto argumentos para não efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Assim, tendo em vista que os direitos subjetivos podem assumir caráter subjetivo, surge a possibilidade de ajuizamento de demanda judiciais, com o objetivo de obrigar o Estado-administração à deslocar parte do orçamento para prestação do direito pleiteado. Sobre o assunto, Sarlet (2009) destaca que a alegação de que a determinação emanada do Poder Judiciário para que o Poder Executivo dê cumprimento à decisão judicial para satisfazer a pretensão de um indivíduo viola o princípio da separação dos poderes não há de ser considerada quando se refere à efetivação de direitos fundamentais, pois a Constituição Federal estabelece em seu

texto que a efetivação dos direitos fundamentais é obrigação do Estado como um todo, razão pela qual todos os Poderes devem se voltar para tal objetivo.

Em razão da exigência de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e do princípio da inafastabilidade da jurisdição, de acordo Sarlet (2009), o Estado-juiz quando acionado em decorrência de violação ou ameaça de direito deve conceder ao indivíduo uma adequada prestação jurisdicional.

Sobre a alegação de intervenção do Poder Judiciário na esfera de atuação do Poder Executivo, Nunes Júnior (2009, p. 191) leciona que:

De feito, quando o Judiciário determina a observância da norma constitucional, conduzindo o Executivo à realização de tais remanejamentos, nada mais faz do que, pela forma mais adequada e menos onerosa á sociedade e ao Estado de Direito, realinhar o direito infraconstitucional à Constituição restabelecendo, pois, a harmonia em nosso sistema.

Neste rumo, caso uma pessoa acione o Judiciário por motivo de violação ou ameaça de um direito fundamental, ao exercer a tutela jurisdicional e determinar que o Estado-administração destine parte de seu orçamento para a satisfação da prestação ensejada pelo jurisdicionado, além de não se verificar uma hipótese de violação do princípio da separação dos poderes, tem-se uma hipótese de atuação estatal no sentido de atender os anseios da Constituição Federal.

Isto porque, retomando a linha de raciocínio já apresentada, a proteção e promoção dos direitos sociais é um dever do Estado, em atuação conjunta ou subsidiária de todos os Poderes Federativos, até porque, somente será possível se falar em Estado Democrático de Direito quando forem possibilitadas garantias mínimas de uma existência digna, que se constitui numa obrigação de todos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Encerrada a apresentação do conteúdo objeto do presente trabalho, conclui-se que embora insistente a discussão sobre o assunto, pode-se dizer que os argumentos em defesa da fundamentalidade dos direitos sociais devem prevalecer sobre os argumentos contrários a esta posição.

Até porque, como dito acima, o ordenamento jurídico brasileiro adotou o entendimento de que os direitos fundamentais não são apenas aqueles previstos no texto do art. 5º, da CF/88, mas também em todo o texto constitucional, nas legislações infraconstitucionais e em documentos internacionais ratificados pelo Brasil.

Desta feita, defender a ideia de que os direitos sociais não possuem caráter de direito fundamental é uma ideia demasiadamente ultrapassada, até mesmo, pelo fato da própria CF/88, ter previsto os direitos sociais, no seu Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Na parte em que se apresentam as dimensões/gerações dos direitos fundamentais, verifica-se claramente que os direitos sociais, juntamente com os direitos econômicos e culturais compõe o conjunto dos direitos de segunda dimensão/geração que, em regra, preveem direitos que exigem uma prestação positiva do Estado, no sentido de assegurar a proteção de promoção de tais direitos.

Dentre os direitos fundamentais, destacou-se o direito fundamental ao trabalho, apresentando sua definição e as duas dimensões de sua efetivação: a individual e a coletiva, exemplificando-as brevemente, de modo que, aquela primeira se concretiza por meio de normatização da relação de trabalho e esta segunda por meio de criação e implementação de políticas públicas.

Feitas as considerações acerca da fundamentalidade do direito ao trabalho, passou-se a enfrentar a problemática acerca da efetivação dos direitos sociais, apresentando-se quais são os principais argumentos utilizados pelo Estado-administração para não satisfação das pretensões apresentadas individualmente ao Poder Judiciário.

Ressaltou-se que, no Brasil, a aplicabilidade do princípio da reserva do possível deve ser limitada pela necessidade de comprovação da concretização do mínimo existencial e a comprovação de inexistência de recursos financeiros para atender as pretensões que ultrapassem esse mínimo, bem como buscou-se demonstrar que o fenômeno da judicialização das políticas públicas não viola a tripartição dos Poderes.

Ao final, pode-se chegar à conclusão de que, o Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, haja vista que o texto da Constituição Federal vigente, deve concretizar seu fundamentos. Assim, ao prever em seu art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como fundamento, a CF/88 estabelece que todos os Poderes devem ser voltar para assegurar a proteção e promoção dos direitos fundamentais interligados a este fundamento.

Desta feita, uma vez que, o direito ao trabalho é um direito social, que, por sua vez, é um direito fundamental, todos os esforços devem ser empreendidos para assegurar a sua efetivação.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 nov. 2015.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 27ª edição. São Paulo-SP. Malheiros editores, 2012.
- CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos: processo histórico - evolução do mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporaneo**. Sao Paulo: Saraiva, 2010.
- COMPARATO, Fabio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e cidadania**. 2ª ed. refor. São Paulo Moderna, 2004.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS. **Teoria Geral dos direitos fundamentais**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FERREIRA FILHO, Manoel Goncalves. **Direitos humanos fundamentais**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FONSECA, Maria Hemília. **Direito ao trabalho: um direito fundamental**. Teses de Doutorado. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp011774.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2015.
- MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas In: **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**. Ano 1, n. 1. abr./jun. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988 - Estratégia de positivacão e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2010.

ONU – Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em: 15 nov. 2015.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à Justiça na Constituição**. São Paulo: LTr, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8 ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional. In. LEITE, Georg Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). **Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J.J. Canotilho**. São Paulo: RT, 2009.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Sistema constitucional das crises: os direitos fundamentais face a situações extremas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.