XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

MARCO AURÉLIO SERAU JUNIOR

RICARDO JOSÉ MACEDO DE BRITTO PEREIRA

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos sociais, seguridade e previdência social [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: José Querino Tavares Neto

Marco Aurélio Serau Junior

Ricardo José Macedo De Britto Pereira – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-772-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Apresentação

No dia 20.06.2019, durante a realização do XXVIII Encontro Nacional do Conpedi, realizado na Universidade Federal de Goiás, cidade de Goiânia/GO, ocorreram os debates no bojo do GT Direitos Sociais, Previdência e Seguridade Social, sob coordenação dos Professores Doutores Marco Aurélio Serau Junior (UFPR), José Querino Tavares Neto (UFG) e Ricardo José Pereira Macedo de Britto Pereira (UDF).

Foram apresentados 23 trabalhos, os quais gravitaram em torno de 4 eixos temáticos: a) judicialização do acesso ao direito à saúde; b) direito fundamental à educação; c) Teoria Geral da Seguridade Social, e d) Direito Previdenciário e Reforma Previdenciária.

Esses trabalhos se coadunam à perfeição com os objetivos específicos desse Grupo de Trabalho, voltado não somente às discussões sobre Seguridade Social, mas, de modo mais amplo, à reflexão sobre os direitos sociais como um segmento próprio e coeso dos direitos fundamentais.

Essa perspectiva de discussão acadêmica é extremamente relevante para o momento pelo qual estamos transitando, pautado por inúmeras alterações legislativas cuja tônica é, quase sempre, da restrição aos direitos fundamentais sociais, a exemplo da já consolidada Reforma Trabalhista (levada a cabo sobretudo pelas Leis 13.467/2017 e Lei 13.429/2017) e da Reforma Previdenciária, que já avançou por meio da Lei 13.846/2019 e aguarda sua consolidação caso aprovada a PEC 6/2019, cuja pretensão é o abandono dos pilares constitutivos da Seguridade Social, em particular o princípio da solidariedade social, portanto, numa perspectiva mais aguda, um risco à própria sociedade e seus avanços no que se refere às conquistas de direitos e afirmação da justiça social.

Numa palavra, qualquer alteração legal em direitos previdenciários, seguridade social e, por reflexo direto, sociais, devem ocorrer, e não há qualquer sociedade que não deva levar em conta essa necessidade, mas, sobretudo, nossa sociedade tão desigual como a brasileira, isso deve ocorrer de forma serena e em diálogo com a sociedade, mormente, reflexo de audiências públicas e de forma dialogal com especialistas, inclusive a academia, sob o risco de uma reforma que aprofunde ainda mais as desigualdades numa sociedade de classes.

Todos as pesquisas apresentadas em Goiânia seguem esse pensamento crítico e pavimentam a contribuição teórica que a Universidade deve proporcionar à sociedade a fim de que as políticas públicas sejam seriamente delineadas.

Assim, convidamos todas e todos à leitura destes valorosos trabalhos que se seguem.

Dia desses com muito aprendizado coletivo.

Os coordenadores

Prof. Dr. Marco Aurélio Serau Junior - UFPR

Prof. Dr. Ricardo José Pereira Macedo de Britto Pereira - UDF

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

RIGHT TO DEVELOPMENT AND FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS IN THE CONSTITUTION OF THE FEDERATIVE REPUBLIC OF BRAZIL OF 1988

Karla Azevedo Cebolão [1]
Heloisa Sami Daou [2]

Resumo

Artigo que analisou o direito ao desenvolvimento e os direitos fundamentais sociais a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), relacionando-os. Analisou-se a teoria desenvolvimentista de Sen, especialmente valorizando os direito sociais como pilares para o alcance da liberdade proposta pelo autor. Depois, tratou-se dos direitos sociais, com base nos ensinamentos de Sarlet, enfrentando a discussão da fundamentalidade, regime jurídico e exigibilidade desses direitos. A pesquisa é descritiva, qualitativa e utiliza o método hipotético-dedutivo, o procedimento de análise do material doutrinário e legislativo referente ao tema, com especial suporte teórico nas obras de Sarlet e Sen.

Palavras-chave: Desenvolvimento, Direitos fundamentais sociais, Sarlet, Sen, Constituição da república federativa do brasil de 1988

Abstract/Resumen/Résumé

Article that analyzed the right to development and fundamental social rights from the CRFB /88, relating them. The developmental theory of Sen was analyzed, especially valuing the social rights as pillars for the scope of the freedom proposed by the author. Afterwards, it dealt with social rights, based on the teachings of Sarlet, facing the discussion of the fundamentality, legal regime and enforceability of these rights. The research is descriptive, qualitative and uses the hypothetical-deductive method, the procedure of analysis of the doctrinal and legislative material regarding the subject, with special theoretical support in the works of Sarlet and Sen.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Development, Fundamental social rights, Sarlet, Sen, Constitution of the federative republic of brazil of 1988

[1] Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional. Membro do Grupo de Pesquisa emprego, subemprego e políticas públicas na Amazônia (CESUPA/CNPq). Servidora do TJ/PA. Professora da Faculdade de Belém –FABEL.

[2] Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional. Membro do Grupo de Pesquisa Concretização de Direitos Fundamentais (CESUPA/CNPq). Servidora do TJ/PA. Professora da Faculdade de Belém – FABEL.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva analisar o direito ao desenvolvimento e os direitos fundamentais sociais a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), relacionando-os.

Iniciar-se-á o presente estudo com um breve histórico sobre o Direito ao Desenvolvimento, que culminou com a Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas ou Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, documento que estabelece o direito ao desenvolvimento como um direito humano.

Em mesma oportunidade, analisar-se-á a teoria desenvolvimentista de Amartya Sen, a partir de duas ideias que lhe são essenciais: a primeira sustenta que o desenvolvimento não pode ser visto como simples crescimento econômico; e a segunda em prol da liberdade, considerada pelo autor como fundamental, uma vez que não se pode falar em desenvolvimento sem que ao ser humano seja concedida a liberdade para exercer sua qualidade de agente, valorizando-se, assim, os direito sociais como um dos pilares para o alcance dessa liberdade.

Depois, tratar-se-á dos direitos sociais, com base nos ensinamentos de Ingo Sarlet, a partir do texto escrito pelo autor quanto participante de um ciclo de debates no qual foi avaliada, entre outras questões, a trajetória da Constituição Federal de 1988, no ano do seu aniversário de 20 anos.

Discutir-se-á, por fim, os direitos sociais a partir do texto Constitucional de 1988, momento em que será enfrentada a questão da fundamentalidade desses direitos, o regime jurídico e a exigibilidade que lhes são próprios, ainda tendo como referência os ensinamentos de Ingo Sarlet.

A pesquisa é, portanto, descritiva quanto aos objetivos, qualitativa no que diz respeito à abordagem e utiliza-se do método hipotético-dedutivo. O objetivo pretendido será alcançado por meio do procedimento de análise do material doutrinário e legislativo referente ao tema, bem como se buscará suporte teórico nas obras de Ingo Sarlet, Amartya Sen e comentadores que discutem a temática proposta.

2 DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E OS DIREITOS SOCIAIS

O término da II Guerra Mundial trouxe o termo “desenvolvimento” para a agenda de

trabalho das organizações internacionais, de acordo com Fontoura e Camarão (2013), o que mais tarde teve como consequência a criação da Organização das Nações Unidas (ONU).

Em 1945, a Carta da ONU, no art. 55 do Capítulo IX, que trata da cooperação internacional econômica e social, assegura que as Nações Unidas promoverão o desenvolvimento, nos seguintes termos:

> ARTIGO 55 - Com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social; b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

O art. 56 da citada Carta complementa a importância do dispositivo quando dispõe que "Para a realização dos propósitos enumerados no Artigo 55, todos os Membros da Organização se comprometem a agir em cooperação com esta, em conjunto ou separadamente".

Entre os anos de 1950 e 1960, as reivindicações dos países em desenvolvimento e algumas criações doutrinárias e teóricas, como as da Comissão Econômica para a América Latina e Caribe (CEPAL), fazem exsurgir a ideia de direito ao desenvolvimento no plano internacional.

Isso porque, os países chamados em desenvolvimento começaram a barganhar apoio aos países desenvolvidos para a obtenção do seu próprio desenvolvimento, devido a sua relevância no cenário internacional e sob o argumento de que o subdesenvolvimento era proveniente da exploração intermitente realizada pelos países mais ricos.

Em 04 de dezembro de 1986, o conceito de desenvolvimento tomou nova forma, com a Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas ou Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, em que estabelece o direito ao desenvolvimento como direito humano.

A citada Declaração, no seu art. 1º, assegura que o direito ao desenvolvimento é um direito inalienável aos seres humanos e a todos os povos, que "têm o direito de participar, de contribuir e de gozar o desenvolvimento econômico, social, cultural e político, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais se possam plenamente realizar".

Assim como o art. 3º da mesma Declaração assevera que a responsabilidade principal "pela criação de condições nacionais e internacionais favoráveis à realização do direito ao

desenvolvimento incumbe aos Estados", complementado pelo §1º do art. 8º que assim dispõe:

> Os Estados devem pôr em prática, a nível nacional, todas as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento e deverão assegurar, nomeadamente, a igualdade de oportunidades para todos no acesso aos recursos básicos, à educação, aos serviços de saúde, à alimentação, à habitação, ao emprego e a uma justa distribuição dos rendimentos. Devem ser adotadas medidas eficazes para garantir que as mulheres desempenhem um papel ativo no processo de desenvolvimento. Devem ser levadas a cabo reformas econômicas e sociais adequadas a fim de erradicar todas as injustiças sociais.

O direito ao desenvolvimento, portanto, deve ser assegurado a todos os povos e é do Estados a responsabilidade de proporcionar as condições para que esse desenvolvimento seja atingido.

Outro fator importante a ser destacado na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986) é o reconhecimento de "que a pessoa humana é o sujeito central do processo de desenvolvimento e que a política de desenvolvimento deve assim fazer com que o ser humano seja o principal ator e beneficiário do desenvolvimento".

Coadunando-se com a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, a teoria desenvolvimentista utilizada no presente artigo será a de Sen (2000), para o qual a ideia de desenvolvimento está relacionada à liberdade do ser humano para exercício da sua qualidade de agente.

Sen defende que o crescimento econômico não pode ser um fim em si mesmo e o desenvolvimento é a "expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam" (SEN, 2000, p. 17). As bases do desenvolvimento como liberdade são as condições de vida e que as pessoas podem viver da forma que consigam realizar seus projetos de vida, individuais e coletivos, de forma satisfatória.

Nessa linha, a liberdade substantiva ou humana é considerada como um processo do desenvolvimento. Contudo, para que o desenvolvimento aconteça, é necessário que se garanta alfabetização, nutrição para as pessoas e, ainda, que elas participem da vida cívica e comunitária, compartilhem seus pensamentos, possuam condições adequadas de moradia e de oportunidades de trabalho, assim como possam evoluir culturalmente e ter constante aprendizado (HERRLEIN JÚNIOR, 2014).

Segundo Sen (2000, p.18):

> O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: a pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados opressivos.

Portanto, as fontes de privação da liberdade devem ser afastadas para que o ser humano desenvolva a liberdade de fazer, ser e viver em funcionamento. Para Sen (2000), o funcionamento diz respeito as muitas coisas que uma pessoa pode conceber como valioso ter ou fazer.

O conjunto de funcionamentos possíveis de cada ser humano retrata a sua capacidade, que, de acordo com Sen (2000), é a liberdade para ter o estilo de vida que quiser ter, uma vez que a capacidade é um tipo de liberdade substantiva de realizar combinações de funcionamentos alternativos. Nesse passo, relevante dizer que fatores relacionados à renda ou à pobreza, ou seja, a falta de renda, também são importantes, uma vez que uma das formas de se compreender a pobreza é como privação de capacidades básicas e não, simplesmente, como baixo nível de renda.

A liberdade, para Sen (2000), tem papel constitutivo e instrumental e pode ser vista como o fim e o meio do desenvolvimento. No que se refere ao seu papel instrumental, há várias liberdades e essas são tidas como complementares umas às outras, bem como ajudam a capacidade geral dos indivíduos para que vivam com mais liberdade. Quanto ao papel constitutivo, a liberdade substantiva é fundamental no aprimoramento da vida humana quando afasta o analfabetismo, a fome, a doença, a morte prematura, etc.

Liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora são as liberdades instrumentais citadas por Sen (2000). Em resumo, as liberdades políticas concernem aos direitos políticos aliados às democracias; as facilidades econômicas são os possíveis caminhos em utilizar os recursos econômicos que as pessoas têm, com a finalidade de produção, troca ou consumo; as oportunidades sociais são as fixações que a sociedade estipula nas áreas da saúde, educação, etc., e que vão alcançar as liberdades substantivas; as garantias de transparência prometem o afastamento das possibilidades de corrupção ou transações ilícitas, por exemplo; segurança protetora é uma rede de segurança que impede que a população, que já se encontra vulnerável, seja reduzida a miséria, passe fome ou morra.

De acordo com Sen (2000, p. 71),

> Os fins e os meios do desenvolvimento exigem que a perspectiva da liberdade seja colocada no centro do palco. Nessa perspectiva, as pessoas

> têm de ser vistas como ativamente envolvidas – dada a oportunidade – na conformação de seu próprio destino, e não apenas como beneficiárias passivas dos frutos de engenhosos programas de desenvolvimento. O Estado e a sociedade têm papéis amplos no fortalecimento e na proteção das capacidades humanas. São papéis de sustentação, e não de entrega sob encomenda.

Logo, as liberdades instrumentais são os elementos necessários ao Estado para se organizar e operacionalizar a liberdade dos indivíduos. Somado a isso, o fortalecimento da liberdade humana se realizará por meio das liberdades instrumentais. Nota-se que as políticas públicas podem ser incentivadas pela capacidade de participação da sociedade e as capacidades dos indivíduos podem ser desenvolvidas pelas políticas públicas.

Para Sen (2000), só há desenvolvimento se for verdadeiramente humano, se garantir direitos. Logo, bem-estar e desenvolvimento estão ligados ao fortalecimento de liberdades e a melhora de vida dos indivíduos. Desse modo, todo esse processo tem na felicidade humana um importante papel, pois, consoante Pinheiro (2012, p.12):

> (...) o aumento da capacidade que tem a pessoa humana de atingir seu *fim último*, o seu *bem*, a sua *felicidade*. (...) desenvolvimento denota um processo complexo, cujos fins devem ser as pessoas mesmas, com seus almejados objetivos, estilos e qualidades de vida.
> O fim último do desenvolvimento, o *bem das pessoas*, é associado à *liberdade*, isto é, à potência pessoal de conseguir a vida que deseja racionalmente. Nesse sentido a liberdade é pensada positivamente como poder, autonomia e autodeterminação do agente, bem como colocada no centro da abordagem do desenvolvimento como liberdade, desempenhando um duplo papel avaliativo-construtivo e causal-instrumental no processo de desenvolvimento.

A falta do que Sen (2000) nomeou de capacidades acarreta nos indivíduos a diminuição da certeza de sucesso dos seus planos de vida, ou seja, faz com que os indivíduos se sintam diminuídos e sem esperança de atingir a vida que desejam para serem felizes. Logo, o desenvolvimento pensado por Sen (2000) não pode ser, unicamente, econômico, devendo abranger também a qualidade da educação, da saúde, a expectativa de vida, dentre outros direitos, especialmente os fundamentais sociais.

Esses direitos sociais ou garantias protetoras é que fornecem os instrumentos e capacidades para o exercício da autonomia e da liberdade, afastando o indivíduo da absoluta pobreza. Nesse passo, a garantia de direitos sociais é essencial como processo adequado para garantir igualdade de oportunidades, de modo que cada cidadão possa utilizar de sua liberdade.

O Estado, portanto, é responsável pela efetivação de políticas públicas, devendo garantir direitos sociais, vistos como direitos de liberdade material. Dessa forma, fica clara a sua indispensabilidade. É dizer que a própria razão de ser do Estado é a garantia desses direitos. Ele está, dessa forma, a serviço da pessoa humana em todas as suas necessidades.

Destaca-se que todas as liberdades são importantes e interligadas, contribuindo para o fortalecimento das liberdades humanas de maneira geral, no qual os direitos sociais tomam lugar de destaque no bem-estar do indivíduo e na qualidade de vida para a consecução das outras liberdades substantivas e o consequente direito ao desenvolvimento.

Assim, tratar-se-á no próximo tópico exatamente desses direitos sociais, destacando-se a fundamentalidade que lhes é atribuída pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988: ANÁLISE A PARTIR DA DOUTRINA DE INGO SARLET

Inicialmente, é preciso esclarecer que a Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas ou Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento estabelece o direito ao desenvolvimento como direito humano.

Os direitos humanos, resumidamente, são aqueles que dizem respeito a liberdade e a igualdade e que estão positivados no plano internacional. Por outro lado, os direitos fundamentais são os direitos humanos que estão positivados na Constituição Federal. Nesse passo, o conteúdo de ambos é, na sua essência, o mesmo, sendo a diferença, o plano em que estão consagrados.

A Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, de acordo com Freitas (2013), não traz previsão explícita do direito ao desenvolvimento, da mesma forma que se encontra na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento da ONU. Contudo, pode-se verificar na CRFB/88, mesmo que de forma implícita ou indireta, inúmeras referências ao direito ao desenvolvimento.

Nessa perspectiva, a CRFB/88, no Título II, traz o rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, em que os direitos fundamentais seriam as “liberdades públicas, de direitos humanos ou individuais, àquelas prerrogativas que tem o indivíduo em face do Estado

constitucional ou do Estado de Direito" (BASTOS, 2002, p. 257). Os Direitos Sociais encontram-se previstos no Capítulo II do Título II, ou seja, inseridos no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Rocha (2016) assegura que a CRFB/88 inova ao ampliar o rol dos direitos e garantias fundamentais no seu Título II, no qual antes só apareciam os direitos civis e políticos do cidadão (direitos individuais), passaram a incluir também os direitos sociais. A Carta Magna passa a absorver o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, harmonizando liberdade e igualdade.

A história constitucional brasileira, consoante Sarlet (2008), guarda uma posição de destaque para os direitos fundamentais em geral e, particularmente, para os direitos sociais. Entretanto, isso não significa que a Constituição de 1988 tenha cumprido as promessas da modernidade e, por isso, é objeto de inúmeras críticas, até mesmo no meio jurídico.

Uma dessas críticas, formulada por muitos, diz respeito à necessidade de proteção social mais elevada nos países que optaram pela solução desta questão por meio da legislação ordinária e das políticas públicas, do que nos países que constitucionalizam os direitos sociais. Ou seja, não há necessidade de constitucionalizar os direitos sociais para que a proteção a esses direitos seja alcançada.

De outra banda, há a controvérsia quanto a própria fundamentação e legitimação dos direitos sociais, no que diz respeito ao seu conteúdo e regime jurídico, mesmo eles estando previstos no catálogo dos direitos fundamentais da CRFB/88, assim como há a problemática quanto a exigibilidade dos direitos fundamentais sociais.

No que tange à fundamentalidade dos direitos sociais, observa-se que parte da doutrina nega esse caráter de direitos fundamentais aos direitos sociais. Contudo, quando se verifica, mesmo de forma superficial, o texto constitucional, pode-se afirmar que o Poder Constituinte de 1988 reconheceu:

> "sob o rótulo de direitos sociais, um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais), (...) o que acaba por gerar consequências relevantes para a compreensão do que são, afinal de contas, os direitos sociais como direitos fundamentais" (SARLET, 2008, p. 483).

Neste sentido, nota-se também que os direitos sociais (considerados, ou não, como fundamentais) abarcam tanto direitos positivos ou prestacionais, quanto negativos ou defensivos, no que diz respeito ao titular do direito.

Sarlet (2008) defende que, para tentar definir os direitos sociais de forma adequada ao perfil constitucional brasileiro, deve-se respeitar a vontade expressamente enunciada pelo Constituinte, ou seja, não se pode entender por direito social apenas a atuação positiva do Estado na efetivação e garantia de proteção e segurança social, mas como um meio de compensação de desigualdades para garantir um nível mínimo de vida digna. Para o autor, são sociais também os direitos sociais e econômicos, como os direitos dos trabalhadores ou aqueles que asseguram e protegem um espaço de liberdade.

Sarlet (2008) firma a posição em torno da tese de que todos os direitos, expressa ou implicitamente positivados, sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais), localizados em outras partes do texto constitucional ou nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil, são direitos fundamentais, até mesmo porque a própria CRFB/88 traz uma clausula de abertura no § 2º do art. 5º. Os direitos sociais, justamente por serem direitos fundamentais, compartilham do regime da dupla fundamentalidade (formal e material) dos direitos fundamentais.

No que se refere ao regime jurídico dos direitos sociais, parte da doutrina ainda se manifesta no sentido reducionista em defesa de que os direitos sociais têm um regime jurídico inferior aos dos direitos individuais. Essa polêmica é levantada por aqueles que defendem, entre outros motivos, que os direitos sociais não se encontram localizados no rol das "cláusulas pétreas" (art. 60, § 4º da CRFB/88), que é um dos elementos principais do regime-jurídico dos direitos fundamentais. Ou seja, se os direitos sociais não são "cláusula pétrea" então não são direitos fundamentais.

Entretanto, se a nossa "Lei Maior acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, que concilia a liberdade com a igualdade" (ROCHA, 2016, p.113), não há como apartar os direitos sociais dos direitos individuais. Portanto, se os direitos individuais são considerados fundamentais, não tem como os direitos sociais não o serem de igual modo.

Sarlet (2008), neste sentido, ressalta que o critério meramente de localização ou topográfico na CRFB/88 dos direitos sociais, que não estão no rol das cláusulas pétreas, não pode desqualificá-los como direitos fundamentais, pois todas as normas constantes no Título II da CRFB/88, assim como os localizados em outras partes da Carta Magna e os tratados internacionais também possuem *status* de direitos fundamentais.

Para o autor, encontramos referência expressa de que a garantia dos direitos individuais e sociais, da igualdade e da justiça constitui objetivo permanente do Estado

brasileiro, já no preâmbulo da CRFB/88, bem como não se pode afastar o fato de que a Constituição ratifica a ideia de construção de um Estado democrático e social de Direito, o que se faz presente em boa parte dos princípios fundamentais (Título I da CRFB/88). Logo, pode-se verificar que há uma profunda vinculação entre os direitos fundamentais sociais e a compreensão de Estado, positivada na CRFB/88.

Pode-se dizer que o Princípio do Estado Social e os direitos fundamentais sociais fazem parte da identidade ou dos elementos essenciais da Constituição, motivo pelo qual já se afirmou que os direitos sociais, bem como os princípios fundamentais, mesmo não estando expressamente previstos no rol das "cláusulas pétreas", podem ser considerados perfeitos limites materiais implícitos à reforma constitucional.

Portanto, diante do exposto, Sarlet (2008) afirma que os direitos e garantias individuais constantes no artigo 60, § 4º, IV da nossa Lei Fundamental, as chamadas "cláusulas pétreas", incluem os direitos sociais.

Desse modo, a interpretação restritiva no que concerne a abrangência do artigo 60, § 4º, IV da CRFB/88 não parece ser a melhor escolha, pois não restam dúvidas que os direitos fundamentais fazem parte do centro da ordem constitucional brasileira. Como bem defende Sarlet (2008, p. 494):

> (...) a função precípua das "cláusulas pétreas" é a de impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição, encontrando-se, neste sentido, a serviço da preservação da identidade constitucional, formada justamente pelas decisões fundamentais tomadas pelo Constituinte. Isto se manifesta principalmente no caso dos direitos fundamentais, já que sua supressão implicaria uma agressão ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF).

Portanto, os direitos sociais, incluídos pelo constituinte de 1988 no rol dos direitos fundamentais, estão protegidos com o mesmo tratamento de cláusula pétrea e não podem ser suprimidos pelo poder de reforma constitucional, pois possuem o mesmo regime jurídico dos direitos individuais.

No que diz respeito a problemática da exigibilidade imediata dos direitos fundamentais sociais frente ao prognóstico constitucional, Sarlet (2008) destaca os óbices aos direitos sociais objetivos, como: 1) a reserva do possível: que é a limitação orçamentária, a escassez de recursos; 2) a dimensão economicamente relevante dos direitos sociais: quando os direitos sociais estão na sua situação de direitos a prestação e têm por objeto prestações

estatais ligadas à destinação, distribuição e redistribuição, bem como à criação de bens materiais.

Insta destacar que além dos direitos sociais objetivos, que demandam gasto excessivo do estado para que haja a sua consecução, há os direitos sociais subjetivos (de conduta omissiva), que por não possuírem dimensão econômica, para parte da doutrina, podem ser exigidos imediatamente por meio do Poder Judiciário. Sarlet (2008) não comunga integralmente desse raciocínio, pois, para ele, todo direito tem um custo. O autor sustenta que todo direito fundamental, seja ele objetivo ou subjetivo, é de alguma forma direito positivo:

> (...) no sentido de que também os direitos de liberdade e os direitos de defesa em geral exigem, para sua tutela e promoção, um conjunto de medidas positivas por parte do poder público e que sempre abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para sua proteção e efetivação de uma maneira geral" (SARLET, 2008, p. 496).

Sarlet (2008) defende que o fator custo ou relevância econômica não pode ser usado como desculpa, por si só, para a não eficácia e efetivação imediata, inclusive pela via judicial, dos direitos fundamentais. Quanto aos direitos sociais, seu custo apresenta maior importância no que concerne a eficácia e efetivação, uma vez que sempre haverá uma necessária alocação de recursos para a efetivação das prestações reclamadas, o que dependerá da situação econômica.

O limite de recursos funciona como um limite fático para a efetivação dos direitos sociais, já que o Estado não possui total capacidade para "dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais" (SARLET, 2008, p. 497).

Outro problema que se apresenta, conexo ao anterior, é a questão da capacidade jurídica ou o poder de dispor do Estado, como também do destinatário, o que afeta a possibilidade jurídica da disposição e também a disponibilidade dos recursos. Assim como a questão do atendimento àquelas pessoas que possuem recursos suficientes para não precisar da prestação de assistência social do Estado.

O que leva a conclusão de que a reserva do possível é muito mais do que a simples ausência de recursos materiais, pois trata, ainda, da disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, como também da questão da proporcionalidade da prestação jurisdicional.

Apesar disso, Sarlet (2008) não está convencido de que os direitos fundamentais têm como elemento a reserva do possível, como se esta fizesse parte do limite permanente dos

direitos fundamentais. O autor acredita que a reserva do possível seja um limite fático e jurídico dos direitos fundamentais a depender das circunstâncias apresentadas. No entanto, como bem assegurou Correia (2004), os gastos com os direitos sociais não podem ser empecilho a realização das normas constitucionais que garantem esses direitos.

Sendo assim, outro quesito quanto a disponibilidade de recursos para a efetivação dos direitos sociais a se considerar é a gestão responsável do orçamento público e do processo de administração das políticas públicas em termos gerais, como também a conscientização do Poder Judiciário de que devem cuidar para que a efetivação dos direitos fundamentais sociais seja alcançada, mas de maneira responsável, para que não haja a violação do princípio da separação dos Poderes e do princípio democrático. Nas palavras de Sarlet (2008, p. 503),

> (...), em apertadíssima síntese, os responsáveis pela efetivação de direitos fundamentais, inclusive e especialmente no caso dos direitos sociais, onde a insuficiência de proteção e promoção (em virtude da omissão plena ou parcial do legislador e administrador) causa impacto mais direto e expressivo, deverão observar os critérios parciais da adequação (aptidão do meio no que diz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da equação custo-benefício – para alguns, da razoabilidade no que diz com a relação entre os meios e os fins), respeitando sempre o núcleo essencial do(s) direito(s) restringido(s), mas também não poderão, a pretexto de promover algum direito, desguarnecer a proteção de outro(s) no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito. Neste contexto, vale o registro de que a proibição de insuficiência assume particular ênfase no plano da dimensão positiva (prestacional) dos direitos fundamentais, o que remete, por sua vez, à questão do mínimo existencial, que volta a assumir um lugar de destaque também nesta seara.

Outra problemática que se verifica é quando se pretende privilegiar a legislação orçamentária em detrimento de imposições e prioridades constitucionais e, principalmente para reduzir a efetividade dos direitos fundamentais. O controle, inclusive jurisdicional, poderá fazer com que ocorra uma neutralização das decisões políticas sobre alocação de recursos, também se exigindo maior transparência das decisões políticas e controle social acerca da aplicação dos recursos orçamentários, minimizando argumentos reducionistas da fundamentalidade dos direitos sociais no que tange as limitações financeiras.

Sarlet (2008) entende que, embora a garantia do mínimo existencial não possa limitar o conteúdo judicialmente exigível dos direitos sociais como direitos a prestações, quando o mínimo existencial estiver em evidência, deve-se admitir o direito subjetivo definitivo a prestações e, consequentemente, afirmar que estes são certamente exigíveis, inclusive através

do Poder Judiciário. Os óbices ligados à reserva do possível não poderão preponderar nesse caso e, portanto, providências devem ser exigidas para que se garantam a supremacia da vida e da dignidade da pessoa humana no caso concreto, como também o encaminhamento de prioridades em matéria de alocação de recursos.

Nessa linha, a responsabilidade do Estado não pode ser afastada pela tese da reserva do possível, se essa for usada de forma generalizada, principalmente nos casos em que o mínimo existencial precisa ser protegido.

Sarlet assegura que há "a construção de uma dogmática e prática jurisdicional comprometida com os direitos sociais fundamentais e a garantia de um regime jurídico-constitucional compatível" (SARLET, 2008, p. 509).

Isso se dá tanto no que concerne ao reconhecimento dos direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais - pelo menos há um acordo quanto aos chamados direitos sociais básicos, relacionados ao mínimo existencial -, quanto na superação, parcial que seja, das principais oposições que lhes são dirigidas, no que interessa na questão de sua constitucionalização, enquanto direitos exigíveis. Os direitos sociais têm sido considerados como direitos subjetivos e, portanto, judicialmente exigíveis.

Nesta perspectiva, a questão de os direitos sociais serem reconhecidos como autênticos direitos fundamentais e, consequentemente, também reconhecidos como direitos subjetivos, faz com que a noção de cidadania tome um novo conteúdo e contorno, tornando-se mais solidário e inclusivo.

Sarlet constata que a consideração dos direitos sociais como direitos exigíveis não transforma o Poder Judiciário no agente privilegiado do processo, contudo não pode afastar os direitos sociais do crivo dos tribunais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito ao desenvolvimento começou a ser desenhado com o final da II Guerra Mundial e culminou com a Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas ou Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, na qual se estabelece o direito ao desenvolvimento como direito humano.

O conceito de desenvolvimento sempre será muito discutido na academia, contudo a teoria desenvolvimentista de Sen parece se coadunar perfeitamente com a Declaração sobre o

Direito ao Desenvolvimento quando essa assegura "que a pessoa humana é o sujeito central do processo de desenvolvimento".

Para Sen, o desenvolvimento tem como ponto fulcral a liberdade, uma vez que, ao se falar em desenvolvimento deve-se falar na liberdade do ser humano para exercer sua qualidade de agente.

Sen defende que o crescimento econômico não pode ser um fim em si mesmo e as bases do desenvolvimento como liberdade são as condições de vida que as pessoas possam viver da forma que consigam realizar seus projetos de vida, individuais e coletivos, satisfatoriamente.

Portanto, devem ser afastadas todas as fontes de privação da liberdade para que o ser humano possa desenvolver a liberdade de fazer, ser e viver em funcionamento. O conjunto de funcionamentos possíveis de cada ser humano retrata a sua capacidade, que é a liberdade para ter o estilo de vida que quiser ter, uma vez que a capacidade é um tipo de liberdade substantiva de realizar combinações de funcionamentos alternativos.

A falta dessas capacidades faz com que os indivíduos se sintam diminuídos em suas expectativas de alcançar a vida que desejam para serem felizes. Logo, o desenvolvimento pensado por Sen não pode ser, unicamente, econômico, devendo abranger também a qualidade da educação, da saúde, a expectativa de vida, etc.

Esses direitos fundamentais sociais é que fornecem os instrumentos e capacidades para o exercício da autonomia e da liberdade, tomando lugar de destaque no bem-estar do indivíduo e na qualidade de vida para a consecução das outras liberdades substantivas e o consequente direito ao desenvolvimento.

Os Direitos Sociais encontram-se previstos no Capítulo II do Título II, ou seja, inseridos no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais da CRFB/88. Apesar do Direito ao Desenvolvimento não estar explícito, encontram-se inúmeras referências a esse direito de forma implícita ou indireta na Carta Maior.

Sarlet afirma que todos os direitos, expressa ou implicitamente positivados, sediados no Título II da CRFB/88, localizados em outras partes do texto constitucional ou nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil, são direitos fundamentais.

No que se refere ao regime jurídico dos direitos sociais, justamente por serem direitos fundamentais, compartilham do regime da dupla fundamentalidade (formal e material) dos direitos fundamentais. Assim como, os direitos e garantias individuais constantes no artigo 60, § 4º, IV da nossa Lei Fundamental, as chamadas "cláusulas pétreas",

incluem os direitos sociais, uma vez que os direitos fundamentais fazem parte do centro de nossa ordem constitucional. Portanto, os direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, estão protegidos enquanto cláusula pétrea e não podem ser suprimidos pelo poder de reforma constitucional.

No que diz respeito a problemática quanto a exigibilidade imediata dos direitos fundamentais sociais, a garantia do mínimo existencial não pode limitar o conteúdo constitucionalmente exigível dos direitos sociais como direitos a prestações, inclusive judicialmente. Os óbices ligados à reserva do possível não poderão preponderar neste caso e, portanto, providências devem ser exigidas para que se garantam a supremacia da vida e da dignidade da pessoa humana.

Assim, a CRFB/88 deve ser o verdadeiro território de consolidação de uma interpretação para o fortalecimento dos direitos sociais e consequentemente o revigoramento dos direitos fundamentais e/ou humanos, impondo-se que o ser humano receba toda a atenção que merece, como o sujeito central do processo de desenvolvimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 99, p. 305-325, 2004.

FONTOURA, Luiz Fernando Pedrosa; CAMARÃO, Felipe Costa. O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL. 2013. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4f868165832607a9. Acesso em: 26 de jun. 2017.

HERRLEIN JÚNIOR, Ronaldo. A CONSTRUÇÃO DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO PARA O DESENVOLVIMENTO NO SÉCULO XXI. **Texto para discussão / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2014. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1935.pdf. Acesso em: 22 de jun. 2017.

FREITAS, Juliana Rodrigues. DIREITO AO DESENVOLVIMENTO À LUZ DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. In: DIAS, Jean Carlos; SIMÕES, Sandro (orgs.): **DIREITO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO.** São Paulo: Método, 2013.

ONU. **Carta das Nações Unidas**. 1945. Disponível em: http://www.oas.org/dil/port/1945%20Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas.pdf. Acesso em 08 de jul. de 2017.

ONU. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento.** 1986. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html. Acesso em: 08 de jul. de 2017.

PINHEIRO, Maurício Mota Saboya: **As liberdades humanas como bases de desenvolvimento: Uma análise conceitual da abordagem das capacidades humanas de Amartya Sen**. Brasília: IPEA, 2012. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1794.pdf. Acesso em 02 de março de 2016.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Direitos Fundamentais na Constituição de 88. **THEMIS: Revista da Esmec**, v. 1, n. 2, p. 109-123, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Contributo para um Balanço aos Vinte anos da Constituição Federal de 1988.** 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 10 de jul. de 2017.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade.** Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.