



A EXIGIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS E A QUESTÃO DOS CUSTOS DOS DIREITOS: UMA ANÁLISE DO CASO DO DIREITO À SEGURIDADE AOS ESTRANGEIROS RESIDENTES NO PAÍS E A PERSPECTIVA DA ANÁLISE FRENTE AOS DIREITOS HUMANOS

Clovis Gorczewski¹

Cleize Carmelinda Kohls²

Resumo:

O presente estudo analisa a questão da exigibilidade dos direitos sociais frente a questão dos custos dos direitos. Pretende encontrar respostas para os seguintes problemas: como devem ser analisados os direitos sociais quando enfrentadas questões econômicas para sua concretização? E, em que medida essa análise deve ser pautada pelos direitos humanos? Para tanto, através do método dedutivo e da pesquisa legislativa, doutrinária, jurisprudencial, e do estudo de caso, pretende-se estudar a evolução e compreensão dos direitos sociais e a possibilidade de sua exigibilidade, enfrentando debates que perpassam pela questão dos custos dos direitos e dos direitos humanos. Este artigo apresenta, pois, argumentos que respaldam a possibilidade de exigibilidade, especialmente no caso analisado em que se debate o direito à seguridade social para estrangeiro residente no país, apresentando reflexões que podem ser estendidas para os demais direitos sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Sociais. Exigibilidade. Custos. Direitos Humanos. Seguridade. Estrangeiro.

¹ Advogado, Doutor em Direito (Universidad de Burgos 2002), pós-doutor pela Universidad de Sevilla (CAPES 2007) e pela Universidad de La Laguna (CAPES/FUNDACIÓN CAROLINA 2011). Professor da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. E-mail: clovisg@unisc.br

² Advogada, Doutoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Professora da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. E-mail: cleizek@unisc.br



ABSTRACT

The present study analyzes the question of the enforceability of social rights in relation to the issue of the costs of rights. It seeks to find answers to the following problems: how should social rights be analyzed when faced with economic issues to achieve them? And to what extent should this analysis be guided by human rights? To do so, through the deductive method and the legislative, doctrinal, jurisprudential and case study research, we intend to study the evolution and understanding of social rights and the possibility of their enforceability, facing debates that surpass the issue of the costs of rights and human rights. This article therefore presents arguments that support the possibility of enforceability, especially in the case analyzed where the right to social security for foreigners residing in the country is being discussed, reflecting on the same debate in relation to other social rights.

KEY WORDS: Social Rights. Requirement. Costs. Human rights. Security. Foreign.

Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe em seu texto um vasto rol de direitos sociais – estabelecendo em seu artigo 6º - a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados. Consequentemente, a exigibilidade de sua concretização tem despontado sendo objeto de muitos debates e indagações.

Surge então a necessidade analisar a possibilidade de exigibilidade da realização destes direitos, frente as questões dos custos dos direitos. Por essa razão, pretende-se encontrar respostas para os seguintes problemas: como devem ser analisados os direitos sociais quando enfrentadas questões econômicas para sua concretização? E, em que medida essa análise deve ser pautada pelos direitos humanos?



social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição.

Em outros artigos encontram-se ainda disposições específicas sobre o direito à saúde, educação, a previdência e a assistência, por exemplo. A citar, o art. 196 que refere que a saúde é direito de todos e dever do Estado, o art. 194 que diz que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. E, o art. 203, diz que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social.

Além desses direitos, traçou a Constituição os objetivos de construir uma sociedade justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, a reduzir as desigualdades sociais, bem como promover o bem de todos. Ademais em seu primeiro artigo, já elencou como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana.

Já, na Alemanha, o texto constitucional não traz rol de direitos sociais, mas apresenta, já no seu artigo primeiro a dignidade da pessoa humana:

Artigo 1

Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais

(1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

(2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

(3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário.³

Com base nisso, há decisões determinando a obrigação do Estado de disponibilizar condições para a sua plena realização, o que acaba por atingir os direitos individuais e também os sociais.

Igualmente em Portugal, a Constituição da República Portuguesa refere que:

Artigo 1.º
República Portuguesa

³ <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>



Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Como se observa, ambas, assim como a brasileira colocaram a dignidade da pessoa humana em destaque. E, por meio dela, pode-se entender o desdobramento de vários direitos sociais, sem os quais, eventualmente, não estaria garantida a dignidade humana.

E, tais direitos não exigem apenas a abatenção do Estado, também exigem prestações para a sua realização. Alexy (1999, p. 59) refere, então, que a concepção atual dos direitos fundamentais se caracteriza por uma dupla qualificação de direitos: “concede-se como direitos subjetivos de liberdade, dirigidos ao Estado, e como normas objetivas de princípios ou decisões valorativas que tem validade para todos os âmbitos do direito”. E, o contraponto à ideia clássica dos direitos fundamentais é os direitos a “uma ação positiva do Estado, que pertencem ao status positivo, mais precisamente ao status positivo em sentido estrito” (ALEXY, 2008, p. 433).

Assim, Kelbert (2011, p.31), refere que quando abordam-se os direitos fundamentais, especialmente os de segunda dimensão, é necessário pensar que são direitos que pressupõem uma conduta ativa por parte do ente estatal”.

No mesmo sentido, Sarmiento (2004) menciona que há, pois, graves obstáculos operacionais, na medida em que os direitos sociais, em razão da sua natureza eminentemente prestacional⁴, carecem de recursos públicos que são escassos, e, diante disso, afirma-se que estão sujeitos à reserva do possível, pois sua efetivação encontra obstáculo em limites fáticos muitas vezes insuperáveis.

Assim, “não basta que o voluntarismo de um texto constitucional prometa utopicamente mundos e fundos, pois do papel à realidade concreta medeia uma distância que muitas vezes não há como transpor” (SARMENTO, 2004, p. 37).

Nesse sentido, quando o assunto é voltado para os direitos fundamentais, e especialmente aos sociais, o seu “custo” assume relevância no âmbito de sua eficácia e efetividade, podendo significar que a efetiva realização das prestações reclamadas não

⁴ Observa-se, consoante referência de Canotilho, as prestações podem ser fáticas ou normativas, sendo que somente as primeiras trazem dificuldades do ponto de vista do custo.



ASSISTÊNCIA SOCIAL – ESTRANGEIROS RESIDENTES NO PAÍS – ARTIGO 203, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ALCANCE. A assistência social prevista no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal beneficia brasileiros natos, naturalizados e estrangeiros residentes no País, atendidos os requisitos constitucionais e legais.

(RE 587970, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-215 DIVULG 21-09-2017 PUBLIC 22-09-2017)

Inicialmente, sobre a discussão, observa-se que segundo a Constituição da República Federativa, a assistência social “será prestada a quem dela necessitar, independente de contribuição à seguridade social” (Art. 203).

A discussão posta estava, então, em estabelecer se a nacionalidade brasileira deve ser considerada requisito para a concessão do benefício assistencial. E, conseqüentemente o tema da exigibilidade dos direitos sociais foi enfrentado.

Inicialmente o Ministro Relator, Marco Aurélio, lembrou que os direitos constitucionalmente previstos são interpretados à luz da realidade concreta da sociedade, dos avanços culturais e dos choques que inevitavelmente ocorrem no exercício dos direitos fundamentais previstos, apenas de modo abstrato.

Logo, precisa-se analisar a literalidade do texto constitucional, mas também interpretar esse texto, conectando-o com a realidade.

O Relator Marco Aurélio ponderou que tal benefício – que prevê a percepção de um salário mínimo por mês aos portadores de necessidades especiais e aos idosos - foi introduzido na Constituição na busca de atender aos princípios maiores da solidariedade, da erradicação da pobreza, e, ao cabo, a dignidade da pessoa humana. Sendo, pois requisitos, para sua concessão a comprovação de não possuírem meios de prover a própria manutenção ou de tê-la satisfeita pela família.

Para o ministro,

(...) Observem a ninguém ter sido oferecida a escolha de nascer nesta quadra e nesta sociedade, mas estamos todos unidos na construção de propósito comum. O estrangeiro residente no País, inserido na comunidade, participa do esforço mútuo. Esse laço de irmandade, fruto, para alguns, do fortuito e, para outros, do destino, faz-nos, de algum modo, responsáveis pelo bem de todos, inclusive daqueles que adotaram o Brasil como novo lar e fundaram seus alicerces pessoais e sociais nesta terra. (RE 587970, 2017)



E, nessa perspectiva, caberia ao Estado fornecer certo grupo de prestações essenciais ao ser humano para simplesmente ter capacidade de sobreviver e que o acesso a tais bens constitui direito subjetivo de natureza pública. A isso a doutrina vem denominando mínimo existencial. E, pela leitura constitucional, especialmente do artigo 6º, percebe-se a intenção dada pelo legislador constituinte de os Poderes Públicos efetivar políticas para remediar, ainda que minimamente, a situação precária daqueles que acabaram relegados a essa condição.

E, o Ministro Relator ressaltou que não existiu ressalva em relação ao não nacional, pelo contrário, o artigo 5º, estampa o princípio da igualdade e a necessidade de tratamento isonômico entre brasileiros e estrangeiros residentes no País.

Por outro lado, quando se trata de realização de direitos prestacionais, não há como escapar ao enfrentamento da questão dos custos dos direitos, já que constantemente noticiada a crise financeira e os problemas de caixa dos cofres públicos.

Mas, para o ministro Relator: “O orçamento, embora peça essencial nas sociedades contemporâneas, não possui valor absoluto.” Logo, seria exigido a comprovação da insuficiência de recursos, para acolher tal argumentação.

O Ministro Luiz Fux reconheceu que a cognição judicial assume feição contextual, na medida em que o julgador não pode desconsiderar que as decisões cogentes por ele emanadas impactarão as estruturas socioeconômicas do mundo dos fatos. Os impactos, uma vez intuídos a partir de elementos de informação empíricos e científicos, devem ser devidamente racionalizados como fundamento cognitivo, com vistas a se alcançar a melhor decisão possível. E, ponderou que a autarquia não apresentou dados empíricos sobre a quantidade potencial de estrangeiros residentes que possam eventualmente ser beneficiados por decisão

Já o Ministro Alexandre Moraes, por sua vez, ponderou que o impacto orçamentário não seria demasiadamente grande, pois dentre o número de estrangeiros existentes no Brasil, residentes oficialmente, são pouco aqueles que pedem esse benefício. E, mesmo que nós tenhamos um aumento desse número de estrangeiros, há um filtro do Poder Público ao conceder a residência permanente no Brasil. Ademais, frisou que:



Dele denota-se a preocupação com a igualdade, vedando-se qualquer tipo de discriminação. Já, o artigo 25 menciona que:

Artigo 25. - Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle" - exatamente o caso que nós estamos examinando.

E, a Convenção Americana de Direitos Humanos, refere em seu artigo 26:

Artigo 26. Desenvolvimento progressivo. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Denota-se, então, a intenção de, progressivamente, possibilitar a realização e efetivação dos direitos sociais.

No caso brasileiro, tais direitos sociais integraram o texto constitucional, mas, conforme Sarlet (2013) a mera previsão de direitos sociais nos textos constitucionais, ainda que acompanhada de outras providências, como a criação de um sistema jurídico-constitucional de garantias institucionais, procedimentais, ou mesmo de outra natureza, nunca foi o suficiente para, por si só, neutralizar as objeções da mais variada natureza ou mesmo impedir um maior ou menor déficit de efetividade dos direitos sociais, notadamente no que diz respeito aos padrões de bem-estar social e econômico vigentes.

A efetivação vai resultar da postura política, bem como de condições favoráveis para tanto. Como postura política entende-se aqui a vontade política de dar maior ou menor realização a tais direitos, e, notadamente, para isso também serão necessários recursos suficientes, já que a mera intenção não basta quando se trata de direitos que exigem dotações orçamentárias para sua realização.

Como, no Brasil, além de constarem expressamente no rol de direitos fundamentais, o constituinte elencou objetivos relacionados com uma sociedade justa e



solidária, com a erradicação da pobreza e a marginalização, bem como com a redução das desigualdades sociais e o bem de todos. Scaff (2005) refere que estes objetivos devem ser perseguidos pelos governos que se sucederem no comando do Estado, e toda a estrutura de Estado deve servir à obtenção destes desígnios.

Ademais, a dignidade da pessoa humana ocupa local de destaque, buscando, a garantia do mínimo existencial. Neste contexto, Alexandre de Moraes, no seu voto, na decisão sobre o direito à seguridade social para estrangeiro residente no país, inclusive, destacou que:

(...) a assistência social é política pública de caráter não contributivo, voltada à satisfação do mínimo existencial indispensável à fruição dos direitos fundamentais à vida, à segurança, ao bem-estar e, em dimensão mais ampla, ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana (...) (RE 587970, 2017)

E, não somente os sociais possuem um custo, como menciona Sarlet (2013), de tal sorte que esta circunstância não se limita nem aos direitos sociais na sua dimensão prestacional. Mas, no que diz com os direitos sociais a prestações, seu “custo” assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação.

Piovesan (2009) defende que os direitos sociais são tão importantes quando os direitos de primeira geração, citando que tão importante quanto a liberdade de expressão é o acesso à saúde, à educação e ao trabalho. E, que seria tão grave quanto morrer sob tortura como morrer de fome.

Logo, segundo a autora, haveria uma paridade com relação ao eixo liberdade e ao eixo igualdade, e que haveria uma relação de interdependência, inter-relação e indivisibilidade, de maneira que não haveria verdadeira liberdade sem igualdade ao passo que há verdadeira igualdade sem liberdade. (PIOVESAN, 2009)

E, Scaff (2005) refere haver vários pontos de contato entre os conceitos de mínimo existencial e de direitos fundamentais sociais em sociedades periféricas como a brasileira, que possui uma enorme desigualdade econômica e social, pois as carências sociais e econômicas por parte de grandes parcelas da população e as desigualdades sociais dentro do mesmo país atingem níveis alarmantes, o que faz com que seja necessário um esforço ingente para a ultrapassagem desta situação de iniquidade.



Assim, para o citado autor, quanto mais desigual economicamente for a sociedade, maior a necessidade de assegurar os direitos fundamentais sociais àqueles que não conseguem exercer suas capacidades (ou liberdades reais) a fim de lhes assegurar o direito de exercer suas liberdades jurídicas (SCAFF, 2005).

No caso em análise, além de reconhecer que o direito à seguridade deveria ser assegurado ao estrangeiro residente no Brasil, o Tribunal reiterou que essa postura de não distinção em relação aos brasileiros, também assegura o livre acesso do estrangeiro aos serviços públicos de saúde coordenados pelo SUS, como também às demais políticas públicas de saúde (preventivas e reparadoras) patrocinadas pela Administração.

Assim, seja pelo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, seja pela forma de interpretação dada aos direitos sociais, conclui-se pela exigibilidade dos direitos sociais, notadamente sopesadas as questões de disponibilidade orçamentária. E, neste aspecto, mesmo diante de notícias constantes e alegações dos representantes do Poder Executivo, em análise a casos específicos, tem-se exigido a comprovação da insuficiência de recurso, não bastando a mera alegação.

É reconhecido, então, que o argumento da reserva do possível é de grande relevância para a jurisdição constitucional, mas, no caso concreto, sem respaldo fático, o mesmo restará afastado em prol da concretização dos direitos, e ao cabo da dignidade da pessoa humana.

Conclusão

O estudo apresentado partiu das questões teóricas que envolvem a conceituação de direitos sociais, perpassou pela sua inclusão no texto constitucional e também pela postura do Estado frente a tais direitos. Com base nessas noções, analisou-se a decisão do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu direito à seguridade social para estrangeiro residente no país, investigando as argumentações tecidas para respaldar a exigibilidade frente às questões que envolvem os custos dos direitos e da perspectiva como direito humano dos direitos sociais.



Com base nisso, percebe-se que o legislador constituinte brasileiro optou por dar especial tratamento aos direitos sociais ao colocá-los expressamente no texto constitucional, e também ao estabelecer o dever no Estado na sua realização. Ademais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Americana dos Direitos Humanos, a título de exemplo, elencam como objetivo a promoção dos direitos sociais.

Tais direitos apresentam-se, pois, como exigíveis até que se prove a insuficiência/impossibilidade para a sua realização e efetivação. Cabendo ao Estado essa demonstração, não bastando a mera alegação ou escusa. Assim, não se pode olvidar que a interferência política (modelo seguido pelo país) irá criar caminhos diferentes e graus diversos de efetividade, sendo inescapável a questão dos custos dos direitos, já que o Estado realizará aquilo que for possível dentro da disponibilidade orçamentária.

Por fim, conclui-se que o Brasil, inobstante o cenário de crises e reformas, está em posição que não lhe permite a escusa no atendimento dos direitos sociais, pois: a) comprometeu-se com a dignidade da pessoa humana, e essa somente será bem atendida se os direitos sociais mínimos lhe forem possibilitados; b) estabeleceu como objetivo construir uma sociedade justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, a reduzir as desigualdades sociais, bem como promover o bem de todos; c) reconheceu importância especial aos direitos humanos consagrados nos tratados internacionais por ele ratificados; e d) ainda não tem faticamente demonstrando a escassez de recursos para atendimento das demandas quando judicializadas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luiz Afonso Heck. In: **Revista de Direito Administrativo**, n.217, Rio de Janeiro, Jul./set.1999

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANOTILHO, J. J. G.. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2000.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 587.970- SP**. Relator Maurco Aurélio. Julgado em 20/04/2017. DJe-215 DIVULG 21-09-2017 PUBLIC 22-09-2017.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional aberta**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos: desafios e perspectivas contemporâneas**. Disponível em:
https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/6566/010_piovesan.pdf?sequence=1. Acesso em 30 mar 2019.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos**. Disponível em:
http://www.dhnet.org.br/dados/revistas/sur/revista_sur_01.pdf#page=20. Acesso em 30 mar 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublica-Saude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf >. Acesso em 15 de outubro de 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Marina Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Org. Ingo Sarlet, Lucioano Benetti Timm; Ana Paula de Barcelos... [ET AL]. 2ed. Ver e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos**. Disponível em:
<http://www.periodicos.ufpb.br/index.php/vj/article/view/14814/8375>. Acesso em 30 mar 2019.



SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos: reserve do possível**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.