



REIS NOVAIS, Jorge, *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, 2a. ed., Lisboa, AAFDL, 2016, 416 pp.

Na *primeira parte*, destaca-se a exposição do problema central da obra, o qual diz respeito ao estatuto e ao regime jurídico-constitucional dos direitos sociais. Seriam eles direitos fundamentais? Se sim, eles fariam jus ao mesmo regime jurídico dos direitos ditos de liberdade?

O autor formula então sua “teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais” que tem por base não só a fundamentalidade dos direitos sociais, como também um regime jurídico-constitucional único entre eles e os direitos de liberdade.

Nesse contexto, defende o autor a tese de que, sob o aspecto jurídico-constitucional, notadamente em países cuja Constituição preveja direitos sociais, não é relevante a distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais, havendo, porém, outras distinções relevantes, mas que não determinariam um regime jurídico específico para direitos sociais diverso do que se aplicaria aos direitos de liberdade.

Na *segunda parte*, o autor examina quatro objeções à fundamentalidade dos direitos sociais, refutando-as uma a uma na segunda parte da obra.

Objeção 1 da reserva do possível: a objeção de que os direitos sociais, por submeter-se à reserva do possível, não poderiam ser considerados fundamentais porque, gerando custos para implementação e a deliberação sobre os custos ser do legislador infraconstitucional, seria deste, não da Constituição, a última palavra. Assim, quem verdadeiramente garante os direitos sociais é o legislador. Logo, o cidadão não poderia com lastro nesta opor-se contra o Estado. No contexto da objeção, entenda-se “reserva do possível” como “reserva do financeiramente possível”. Novais supera a objeção argumentando: (i) os direitos de liberdade também geram custo (exemplo: direito ao voto e o custo das eleições), logo, se isso realmente tira a fundamentalidade, então não haveria direitos fundamentais consagradamente considerados; (ii) a reserva do possível não retira a fundamentalidade do direito, mas lhe

compõe intrinsecamente o conteúdo, ou seja, a todo direito, quer de liberdade quer social, que dependa para concretização de recursos, aplica-se a reserva do possível. É como se o sentido da norma constitucional fosse: “todos têm direito ao trabalho ou a uma habitação condigna à medida das disponibilidades financeiras estatais”.¹ Assim, para Novais, essa cláusula final da reserva do possível é “um dado natural, implícito”.²

Objecção 2 prestações positivas: a objeção de que os direitos sociais, por demandar prestações positivas do Estado, das quais o controle judicial é mais débil por conta da reserva do possível, da indeterminação de qual ação, entre várias possíveis, seria a adequada para concretização do direito, retiraria dos direitos sociais o caráter de fundamentalidade. O autor critica a objeção de que também os direitos tradicionalmente de liberdade comportam dimensões positivas. De outro lado, há direitos sociais concretizados por ações negativas. Outra crítica: o controle mais difícil quando a ação é positiva e a omissão viola do direito não implica nenhuma judicialidade, embora com uma margem mais obscura e estreita.

Objecção 3 indeterminabilidade: a objeção da indeterminabilidade dos direitos sociais forçaria sua real configuração no plano infraconstitucional, de modo que o direito, “criado” pela Constituição, estaria à inteira disponibilidade do legislador, não o vinculando. Sendo assim, não haveria falar em fundamentalidade. Novais rejeita a objeção também sob o fundamento de que os direitos de liberdade também podem ser indeterminados: “o direito ao consumo de estupefacientes enquanto ritual de culto religioso? Incluem a liberdade de livre comunicação de ideias racistas?”.³

O autor, outrossim, critica a doutrina que, em países como Portugal e Brasil nos quais a Constituição consagrou direitos sociais, sustenta, a partir de inspiração alemã, a utilidade de teorias dos *direitos derivados* e da *vedação do retrocesso*. Para o autor só fazem sentido em países como Alemanha e Estados Unidos nos quais não há previsão de direitos sociais na Constituição. A doutrina dos direitos derivados, com base na importância dos direitos sociais até para a concretização dos direitos de liberdade estes sim reconhecidos pela Constituição, seriam dotados de tal proteção que a vedação do retrocesso exigiria fundamento hábil para que o legislador

¹ Reis Novais, Jorge, *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, 2a. ed., Lisboa, AAFDL, 2016, p. 109.

² *Idem*.

³ *Ibidem*, p. 155.

reduzisse as margens de concretização outrora efetivadas. Para Novais nas Constituições com previsão de direitos sociais a integração infraconstitucional produz uma simbiose entre norma constitucional e lei, de modo que o produto de ambas constitui o significado do direito fundamental. Não há falar em direito derivado, mas de direito constitucional. Isso não quer dizer que não possa haver retrocesso; pode, porém com fundamentação adequada a partir das reservas (reserva imanente de ponderação, reserva politicamente adequado e oportuno, reserva do financeiramente possível) que serão adiante referidas. “Ou seja, onde se lê ‘é proibido retroceder’ deveria passar a entender-se ‘é admissível retroceder, mas com limites ou com exceções’”.⁴

Objecção 4 não universalidade: segundo essa objeção, os direitos sociais não seriam fundamentais, porque teriam como alvo principal os mais necessitados (não todas as pessoas). Além disso, o único devedor seria o Estado, diferentemente dos direitos de liberdade em relação aos quais os particulares também são devedores (na medida em que a liberdade de um é limitada pela liberdade do outro). O autor destaca em oposição que a objeção se aplica também dos direitos de liberdade (exemplo: só tem direito ao devido processo legal quem é processado). Além disso, os direitos sociais aplicam-se potencialmente a todos, basta que estejam em determinadas condições (definidas com base na igualdade material). Quem hoje não faz jus, poderá fazer no futuro.

Na *terceira parte* da obra, O autor examina dois grupos de modelos que visam teorizar sobre os direitos sociais. No primeiro grupo são aqueles modelos que não reconhecem jusfundamentalidade dos direitos sociais; no segundo, ao contrário, aqueles que lhe reconhecem jusfundamentalidade. A seguir uma rápida exposição desses modelos.

O primeiro grupo, isto é, os modelos que não reconhecem jusfundamentalidade dos direitos sociais são mais adequados a ordenamentos nos quais os direitos sociais não têm previsão constitucional. O autor subdividiu o grupo em dois subgrupos: modelos que não admitem direito subjetivo, vale dizer, modelos que não admitem sequer pretensão subjetiva contra o Estado em matéria de direitos sociais (subgrupo 1); e modelos que a admitem, mesmo não considerando os direitos sociais como fundamentais (subgrupo 2).

No subgrupo 1, modelos que consideram os direitos sociais como natureza política, modelos que consideram os direitos sociais como normas meramente programáticas, modelos que consideram os direitos sociais a

⁴ *Ibidem*, p. 259.

partir de presupuestos dos direitos de liberdade e modelos que consideram a violação aos direitos sociais como passível apenas de sanção de advertência política - controle judicial débil, não vinculativo. No subgrupo 2, modelos que reconhecem a proteção dos direitos sociais não da previsão jusfundamental propriamente dita, mas de outros princípios, modelos que reconhecem apenas a proteção do mínimo e modelos que reconhecem a proteção dos direitos sociais pelo princípio da vedação do retrocesso.

Por seu turno, no segundo grupo, lembrando, aqueles que lhe reconhecem jusfundamentalidade, temos modelos que reconhecem jusfundamentalidade dos direitos sociais, modelos que reconhecem jusfundamentalidade dos direitos sociais com base na ponderação de bens, modelos que reconhecem jusfundamentalidade dos direitos sociais com base na razoabilidade e, finalmente, modelos que reconhecem jusfundamentalidade dos direitos sociais com base na doutrina unitária. Esse último é o modelo da “teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais”, modelo desenvolvido pelo autor que será esmiuçado na quarta parte do livro.

O autor tece considerações —inclusive críticas— sobre cada um dos modelos acima elencados. Para a finalidade dessa resenha, não se entrará em detalhes de cada modelo, a não ser no que for pertinente à exposição final da doutrina unitária do autor, o que se passa a fazer na sequência.

Na *quarta e última parte*, O autor expõe seu modelo de “teoria jurídico-constitucional dos direitos sociais” baseada em duas teses: doutrina unitária dos direitos fundamentais e diferenças juridicamente relevantes.

A tese da doutrina unitária consiste na afirmação de que a distinção dos direitos fundamentais em direitos de liberdade, de um lado; e direitos sociais, de outro, não é relevante sob o aspecto jurídico-constitucional. Novais dá exemplo curioso dos direitos de greve: no Brasil é social; Portugal, de liberdade. Em ambos os países os problemas e as soluções dadas foram semelhantes. Não haveria nenhuma especificidade tamanha nos direitos sociais que justificasse um regime jurídico diverso daqueles aplicados aos direitos de liberdade. O autor reconhece a maior frequência (estatística) de problemas envolvendo a reserva do possível nos direitos sociais, mas não vê nisso nenhum fator que justifique uma dogmática diferente (regime jurídico diverso) para eles; afinal, há direitos de liberdade com custo e direitos sociais sem custo.

Para Novais —e aqui entra a segunda tese— as distinções realmente relevantes entre direitos sociais e direitos de liberdade, sob o aspecto jurídico-constitucional, seriam de três ordens: distinções oriundas (1) da

opção normativa da Constituição, (2) dos deveres estatais correlativos e (3) da estrutura positiva ou negativa da pretensão jurídica.

Crítério 1 opção normativa da Constituição (densidade significativa): a Constituição pode consagrar o direito fundamental, a seu talante, como comando definitivo, absoluto, preciso; ou como comando axiomático, relativo, impreciso. No primeiro caso, há uma regra; no segundo um princípio. Sendo regra, o controle do Poder Judiciário é total, cabendo intervir em caso de não cumprimento da regra dadas as circunstâncias fáticas que lhe autorizam a subsunção ao caso concreto. Sendo princípio, a situação muda. O controle judicial deve levar em conta reservas que, aplicáveis ao caso, podem justificar a omissão ou ação estatais tidas por violadoras do alegado direito. Essas reservas serão detalhadas abaixo, ao se tratar da próxima distinção relevante.

Crítério 2 deveres estatais: esse critério é desenvolvido ao longo do livro por Novais. Como optamos por concentrar o assunto na última parte para evitar repetições dispensáveis, de em diante, em primeiro lugar (i) será exposta a visão de Novais sobre os deveres estatais, que para ele seriam basicamente três: dever de respeito, dever de proteção e dever de promoção. Estão eles presentes como correlatos a pretensões baseadas seja em direitos de liberdade seja em direitos sociais. Depois, (ii) cuidar-se-á das reservas aplicáveis aos deveres, isto é, argumentos/defesas capazes de legitimar o não cumprimento (total ou parcial) de ditos deveres. Por último, (iii) tratar-se-á de como os princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito podem acorrer a um controle judicial “posterior”.

Pois bem. (i) O primeiro ponto versa sobre os deveres estatais. Uma pretensão baseada em direitos fundamentais pode gerar para o Estado o dever de respeito, de proteção ou de promoção. Para qualquer direito fundamental (social ou de liberdade), o dever de respeito é geral (para todos); o dever de proteção (para quase todos); o dever de promoção (para quem precisa). O dever de respeito é o mais geral, pois implica *abstenção* (exemplo: o Estado não pode obstar o direito à educação de quem pode pagar); o dever de proteção consiste em *regulamentação* ou *escolha política* que pode gerar efeito adverso em diferentes áreas (exemplo: entre dois direitos, a regulamentação de um, não de outro); o dever de promoção produz prestações a beneficiar os mais necessitados.

O acima consignado pode dar a impressão de que o dever de respeito é sempre negativo e os outros dois positivos. Mas não é bem assim. Embora essencialmente negativo, o dever de respeito pode ser também positivo,

exemplo: quando respeitar implica pagar indenização como no caso da desapropriação. De outro lado, proteger e promover, a despeito de essencialmente positivo, podem ser negativos, exemplo : uma vez regulamentada (proteção) ou concretizada alguma prestação material (promoção), passa-se o Estado a ter o dever de abster-se de violá-las.

Também outra impressão que deve ser excluída é a de que o dever de respeito não gera custo. Em regra, não, mas Novais cita exceção: respeito ao direito à indenização por desapropriação (custa).

(ii) No que é pertinente às reservas, podem elas ser sistematizadas de acordo com os respectivos deveres estatais de respeito, proteção e promoção. O autor trata de três reservas que podem ser alegadas para, em eventual controle jurisdicional, justificar ações estatais, positivas ou negativas. São causas que, uma vez demonstradas, restringem as margens de interferência judicial. Ei-las: reserva imanente de ponderação, reserva do politicamente adequado ou oportuno, reserva do (financeiramente) possível. Para uma noção rápida e concisa sobre elas basta pensar que, *sendo as necessidades ilimitadas e os recursos limitados*: (a) algumas vezes realizar uma necessidade pode ser incompatível com outra (reserva imanente de ponderação); (b) realizar todas as necessidades é impossível por falta de recursos para todas sendo de incumbência do político (legislador e administrador), legitimado democraticamente que foi, eleger as prioridades (reserva do politicamente adequado ou oportuno); (c) gerando custo, algumas necessidades não podem ser atendidas diante da escassez moderada de recursos (reserva do possível).

O autor sistematiza as reservas a partir dos deveres estatais. Toda vez que se tem um direito fundamental veiculado em norma-princípio está presente a possibilidade de colisão com outros direitos fundamentais. Havendo colisão, o direito de maior peso, à vista das circunstâncias concretas, detém primazia e submete o outro, que cede proporcionalmente em favor do primeiro. Essa reserva é chamada *imanente* justamente porque se aplica a todos os direitos fundamentais. Assim, qualquer que seja o direito fundamental, pode o Estado alegar a reserva para destacar que não pode cumprir o dever de respeito a um determinado direito porque a afirmação deste colide com o de outro com maior peso na circunstância concreta. Porque geralmente não gera custo e, portanto, quase nunca lhe são aplicáveis as outras duas reservas, Novais destaca que, no mínimo, o dever de respeito está sujeito à reserva imanente de ponderação, que legitima restrições havendo colisão com o respeito a outros direitos. Por conseguinte, no momento do

controle judicial, ao analisar o cumprimento ou não do dever de respeito, deverá o juiz tomar em conta a reserva imanente de ponderação, detectando se a pretensão do particular há de ceder diante de outro direito fundamental e, a partir disso, julgar se houve ou não violação por parte do Estado.

De outro lado, a reserva do politicamente adequado ou oportuno está atrelada em especial ao dever de proteção. Justamente porque, ao regulamentar ou definir quais direitos serão protegidos (ou mais protegidos do que outros), alguns problemas aparecem: (i) há vários meios e formas de proteção; (ii) são tormentosas questões como “a partir de onde e até que ponto proteger?”; (iii) normalmente a proteção implica limitação ou restrição ao direito de outros particulares. Todas essas definições atinentes em especial ao dever de proteção, ficam a cargo da reserva do politicamente adequado ou oportuno. A consequência disso é que o reconhecimento de um espaço que não cabe ao juiz se imiscuir. Isso não quer dizer que não caiba controle, mas que tal sindicância judicial não pode entrar no mérito da escolha política, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes.

Por fim, quando a atividade estatal gera custo financeiro ao Estado, o que normalmente está presente no desincumbir do dever de promoção, a reserva do financeiramente possível pode ter papel decisivo. A propósito, reportamo-nos ao consignado acima, quando se registraram observações sobre a objeção 1 (reserva do possível). Nesse campo, *a última palavra é do legislador/gestor, não do juiz*. Porém este tem espaço para controle em dois momentos: 1o. momento (“pertinência da invocação”): abrange três níveis: (i) se a concretização exige custos relevantes ao Estado, (ii) se o argumento da reserva do possível tem justificativa objetiva no caso, ou seja, se é pertinente, se quem alega é quem vai arcar com os custos; (iii) se há normas (constitucionais ou legais) que vedam a alegação da reserva do possível.

(iii) Existe, entretanto, mais um nível de análise do juiz. O autor considera-o uma fase posterior, isto é, depois de examinado o cumprimento ou não dos deveres estatais à luz das reservas, supondo que elas tenham sido reputadas justificadas, ainda cabe um exame relevante que incide —num segundo momento— sobre os princípios estruturantes: igualdade, confiança, princípio da vedação do excesso, da proibição do déficit. Essa análise será mais bem detalhada a seguir, na ocasião em que for explicitada a distinção relevante da estrutura positiva ou negativa do direito.

Critério 3 estrutura positiva ou negativa da pretensão: entenda-se (I) por estrutura *positiva* uma característica da pretensão, baseada em direitos

fundamentales, que exige para satisfacción una *acción* estatal, logo a *omisión* es *violadora*; de otro lado, (II) por estructura *negativa* o inverso: a pretensión exige un abster-se del Estado, una *omisión*, de modo que *a violación* *foi gerada por una acción* estatal. Diante disso, Novais sustenta que o controle judicial em pretensões de estrutura positiva (quando a omissão é o problema) é mais complexo e difícil. Isso porque (1) há uma *imprecisão da identificação da “omissão estatal” em matéria de direitos fundamentais*; (2) a atividade positiva exigível para suprir a violação do direito fundamental “*continua a caber ao legislador e ao poder político democráticos*”;⁵ (3) há uma dificuldade maior em passar a omissão violadora pelo crivo dos princípios estruturantes.

(I) *Quando o controle judicial incide sobre uma omissão estatal* (e, portanto, a *pretensão é positiva*, vale dizer, *reclama um agir*), mesmo que o dever estatal (de respeito, de proteção ou de promoção) não seja cumprido de modo justificado por alguma das reservas, é possível a decretação da violação ao direito fundamental nesta *etapa posterior*. Quer isso significar que o juiz poderá declarar violadora a omissão mesmo assim com base no *princípio da proibição do déficit*. Ocorre que se trata de um princípio de difícil aplicação prática pela falta de determinação. Para Novais, o princípio estruturante da proibição do déficit comporta duas máximas (ou subprincípios): subprincípio da realização do mínimo e subprincípio da razoabilidade. Assim, quando o problema decorre de uma omissão estatal, ou seja, quando a pretensão é de estrutura positiva e o Estado omite-se no dever correlato (seja ele qual for: respeito, proteção ou promoção) por qualquer razão (reserva imanente de ponderação, reserva do politicamente adequado ou oportuno ou reserva do financeiramente possível), restará a via do princípio estruturante da proibição do déficit a nortear a atuação judicial de controle da omissão.

De outro norte, (II) *quando o controle judicial incide sobre uma ação estatal* (e, portanto, a *pretensão é negativa*, vale dizer, *requer um omitir-se*), o controle judicial é menos complexo, com margens mais objetivamente definidas. Isso porque o objeto do controle será uma ação (dita lesiva). Logo, já se tem uma determinação de um ato estatal violador, o que permite entendê-lo nos padrões normais de qualquer *restrição* a direito fundamental. Enfim, não haveria nenhuma diferença entre o controle judicial tradicional utilizado quando se viola um direito de liberdade por uma restrição estatal e

⁵ *Ibidem*, p. 385.

o que igualmente implique uma restrição estatal a direitos sociais. Ao final, Novais enfrenta duas objeções possíveis a isso.

Objeção 1: a indeterminabilidade dos direitos sociais impede o mesmo controle. O autor, reconhecendo a dificuldade quanto está presente indeterminação nos direitos sociais (possível também nos direitos de liberdade, como já destacado acima), rechaça a crítica com o fundamento de que a indeterminabilidade dificulta o controle, mas pode ser superada a partir (i) de alguma determinação constitucional; (ii) de determinação legislativa; ou (iii) de respeito do mínimo.

Objeção 2: a reserva do financeiramente possível, sobretudo no dever de promoção dos direitos sociais, impediria o mesmo controle. O autor re-dargui com base em três pontos: (a) a reserva do financeiramente possível não muda o controle, mas incide sobre as razões/causas da justificativa da restrição. Em outras palavras, ela não elimina a restrição, tampouco o controle sobre ela, mas pode alterar o mérito do controle caso seja apta a justificar a restrição. Logo, justificada a restrição pela reserva do financeiramente possível, o mérito do controle indica a aceitação da restrição (na fase da justificativa); não justificada, o mérito do controle deve rejeitar a restrição; (b) na fase posterior (dos princípios estruturantes), a restrição, mesmo aceita por justificada pela reserva do financeiramente possível, pode encontrar óbice nos princípios geralmente incidentes nesse caso: igualdade, mínimo associado à dignidade humana, princípio da proibição do excesso; (c) muitas vezes a restrição não se fundamenta na reserva do financeiramente possível, nesses casos nem se cogitaria da objeção.

C

Ricardo APARECIDO DE SOUTO*

Ricardo PINHA ALONSO**

Rogério CANGUSSU DANTAS CACHICI***

Thayla de SOUZA****

* Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM/Fundação, Brasil. Advogado; ricardo.soutoadvocacia@gmail.com.

** Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM/Fundação, Brasil. Procurador do Estado de São Paulo; ripial1@gmail.com.

*** Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM/Fundação, Brasil. Magistrado Federal; rogeriocangussu@gmail.com.

**** Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM/Fundação, Brasil. Advogada; thayla@marinho.adv.br.