

UNIDADE VI

DIREITOS SOCIAIS:

ASPECTOS GERAIS

DIREITOS SOCIAIS EM ESPÉCIE

DIREITOS RELATIVOS AOS TRABALHADORES

RESUMO DA UNIDADE.

Os direitos sociais constituem as liberdades positivas de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por objetivo a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social.

1. ASPECTOS GERAIS.

Estabelece o art. 6.º da Constituição Federal:

Art. 6º São direitos sociais 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, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

Nos dizeres de José Afonso da Silva,

“São prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”.

Os direitos sociais, direitos fundamentais de segunda geração, encontram-se catalogados nos arts. 6.º a 11 da Constituição Federal, e estão disciplinados ao longo do texto constitucional (a saúde é regulada no art. 200, a previdência social é tratada no art. 201 etc.). Dentre os direitos sociais expressamente indicados no art. 6. da Constituição Federal encontra-se o direito à moradia, incluído neste rol pela Emenda Constitucional 26/2000. Em que pese essa proteção constitucional outorgada ao direito à moradia, o

Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o bem de família, instituído na forma da lei civil, de uma pessoa que assume a condição de fiador em contrato de aluguel pode ser penhorado, em caso de inadimplência do locatário.

Não há unanimidade doutrinária quanto a serem os direitos sociais cláusulas pétreas, visto que o legislador constituinte, no art. 60, § 4. - dispositivo no qual estão enumeradas as limitações materiais expressas ao poder de reforma constitucional - referiu-se, tão somente, a "direitos e garantias individuais" (inciso IV). O Plenário do Supremo Tribunal Federal ainda não apreciou essa questão. De todo modo, nos parece que, pelo menos os direitos e garantias que, embora denominados sociais pela Constituição, sejam direitos ou garantias de índole individual, que possam ser referidos a indivíduos determinados e por eles invocados, como o são muitos dos arrolados nos incisos do art. 7.º da Carta Política, deveriam ser considerados cláusulas pétreas, sem maiores controvérsias.

A polêmica maior, a ser futuramente decidida pelo STF, a nosso ver, deveria restringir-se àqueles direitos que não são referíveis a indivíduos determinados, ou que não possam ser traduzidos em prestações específicas passíveis de serem exigidas por uma dada pessoa, como o direito ao lazer, o direito ao trabalho, o direito de greve etc.

Conforme dito acima, a Constituição de 1988 versa sobre os direitos por ela classificados como sociais ao longo de seu texto, não só no Capítulo II de seu Título II. Basta observar, por exemplo, que todo o seu Título VIII trata "Da Ordem Social".

Não obstante esse fato, o constituinte de 1988 enquadrou expressamente como "direitos e garantias fundamentais" os direitos sociais arrolados nos seus arts. 6.º a 11, exatamente os dispositivos que integram o Capítulo II do Título II.

Podemos, com base na classificação proposta pelo Prof. André Ramos Tavares, identificar as seguintes categorias, dentre o rol de direitos e garantias constante do Capítulo II do Título II da Carta Política:

- 1) direitos sociais genéricos (art. 6.º);
- 2) direitos sociais individuais do trabalhador, pessoa física, que são direitos de proteção, pertinentes ao denominado "direito individual do trabalho", abrangendo:
 - a) direitos de proteção, relacionados à extinção da relação de emprego (art. 7.º, I, II, III, XXI, e art. 1. do ADCT);

b) direitos relacionados à remuneração (art. 7.º, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XVI e XXIII);

c) direitos relacionados à duração do trabalho (art. 7.º, XIII, XIV, XV, XVI e XVII);

d) direitos relacionados à não discriminação e à proteção, nas relações de trabalho, da mulher e do menor (art. 7.º, XVIII, XIX, XX, XXV, XXX, XXXI, XX.XII, X.XXIII, e art. 1.º O do ADCT);

e) direitos relacionados à segurança e medicina do trabalho (art. 7.º, XXII e XXVIII);

3) direitos sociais coletivos do trabalhador, que são aqueles pertinentes ao denominado "direito coletivo do trabalho", abrangendo:

a) liberdade de associação profissional ou sindical (art. 8.º, li, V, VII);

b) garantia de autonomia dos sindicatos (art. 8.º, I, IV, VIII);

c) direito a defesa dos interesses dos trabalhadores em negociações coletivas e órgãos públicos (art. 8.º, III, VI, art. 1.º O e art. 11);

d) direito de greve (art. 9.º).

Deve-se anotar que os direitos sociais relacionados às relações de trabalho constantes do art. 7.º da Constituição aplicam-se aos trabalhadores urbanos e aos rurais (art. 7.º, caput), bem como aos avulsos (art. 7.º, XXXIV).

Já para os domésticos, foram assegurados apenas alguns desses direitos, conforme explicita o parágrafo único do art. 7.º.

Recentemente entrou em vigor a EC n. 72 que assim estabelece no parágrafo único do artigo 7.

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a

sua integração à previdência social. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 72, de 2013)

Direitos previstos na PEC das Domésticas

 Indenização em caso de despedida sem justa causa	 Hora-extra
 Seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário	 Observância de normas de higiene, saúde e segurança no trabalho
 Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS)	 Auxílio creche e pré-escola para filhos e dependentes até 5 anos de idade
 Garantia de salário mínimo para quem recebe remuneração variável	 Reconhecimento dos acordos e convenções coletivas
 Adicional noturno	 Seguro contra acidente de trabalho
 Proteção ao salário, sendo crime retenção dolosa de pagamento	 Proibição de discriminação de salário, de função e de critério de admissão
 Salário-família	 Proibição de discriminação em relação à pessoa com deficiência
 Jornada de trabalho de oito horas diárias e 44 horas semanais	 Proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 16 anos.

 .com.br

Fonte: PEC 478/10

Como se vê, a EC 72/2013 acrescentou ao rol dos direitos que foram originalmente assegurados pela Constituição de 1988 ao trabalhador doméstico diversos outros direitos, enumerados em grande parte dos incisos do art. 7.º da Carta Política. Entretanto, ao efetivar esse acréscimo, a EC 72/20 I 3 classificou os novos direitos, por ela reconhecidos ao doméstico, em dois grupos, a saber: (a) direitos de exercício imediato (eficácia plena) e (b) direitos de exercício diferido (eficácia limitada), dependente do atendimento de condições estabelecidas em lei, bem como da observância à simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades. Foram os seguintes os direitos reconhecidos ao trabalhador doméstico pela EC 72/2013:

a) de exercício imediato: garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da

jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

b) de exercício diferido, condicionado ao atendimento de condições estabelecidas em lei, e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades: relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; fundo de garantia do tempo de serviço; remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

É importante esclarecer que, mesmo depois da EC 72/2013, não é correto afirmar que o empregado doméstico tenha todos os direitos sociais previstos no art. 7.º da Constituição. De fato, não estão na lista do parágrafo único desse artigo, com a redação dada pela EC 72/2013, os incisos V, XI, XIV, XX, XXIII, XXVII, XXIX, XXXII e XXXIV; vale dizer, as normas do art. 7. da Constituição estabelecidas em tais incisos continuam não se aplicando ao trabalhador doméstico.

Os servidores públicos estão sujeitos a regime jurídico próprio, estatutário, no qual não há um contrato de trabalho. Não obstante a substancial diferença de regime jurídico, aplicam-se aos servidores públicos alguns dos direitos enumerados no art. 7. consoante determina o art. 39, § 3., da Constituição.

Por fim, os direitos sociais coletivos tratados no art. 8. da Constituição "aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer" (CF, art. 8. parágrafo único).

2. DIREITOS SOCIAIS EM ESPÉCIE.

A enumeração constitucional dos direitos sociais dos trabalhadores não é exaustiva; outros poderão ser reconhecidos por meio de normas subconstitucionais, visando à melhoria da condição social dos brasileiros (CF, art. 7. caput). Importante a leitura direta do artigo que permite a obtenção de uma visão geral que consideramos útil, neste passo.

Ao disciplinar os direitos sociais, a Constituição Federal equiparou os direitos do trabalhador rural aos direitos do trabalhador urbano (art. 7. caput), bem como estabeleceu a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso (CF, art. 7.º, XXXIV).

De outro lado, os trabalhadores domésticos e os servidores ocupantes de cargo público receberam tratamento diferenciado no tocante aos direitos sociais. Com efeito, apenas determinados direitos sociais foram outorgados aos trabalhadores domésticos (art. 7.º, parágrafo único) e aos servidores ocupantes de cargo público (art. 39, § 3.º).

O seguro-desemprego só é devido no desemprego involuntário. Se o empregado voluntariamente pede dispensa, não há que se falar em direito ao seguro-desemprego (CF, art. 7. II).

O seguro-desemprego é devido ao empregado urbano e rural e, nos termos em que estabelecido em lei, também ao trabalhador doméstico (CF, art. 7. parágrafo único). Constitui benefício de natureza previdenciária, custeado com parte da arrecadação da Contribuição para o PIS/PASEP, nos termos do art. 239 da Carta da República.

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS é devido ao empregado rural e urbano e, nos termos em que estabelecido em lei, ao trabalhador doméstico (CF, art. 7.0, parágrafo único). O FGTS não é direito dos servidores públicos estatutários. Estabelece a Constituição Federal que o salário mínimo é fixado por lei, em valor nacionalmente unificado (art. 7. IV).

Entretanto, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, pode a lei prever que a mera declaração do valor do salário mínimo seja feita por decreto do Presidente da República, desde que a lei estabeleça critérios e parâmetros objetivos e bem definidos a serem observados para o cálculo desse valor. Segundo a Corte Suprema, em tal hipótese, ocorre mera aplicação aritmética, nos termos legalmente previstos, dos índices, fórmulas e periodicidade fixados pelo Congresso Nacional, a serem expostos por meio de decreto presidencial, o qual não estará inovando a ordem jurídica.

Não resta caracterizada, dessa forma, delegação para que o Presidente da República fixe o valor do salário mínimo, o que, caso ocorresse, seria inconstitucional. O que a lei pode fazer é atribuir ao Presidente da República, sem qualquer margem de discricionariedade, apenas a divulgação do montante a que corresponderá o salário mínimo, obtido pelo valor reajustado e aumentado consoante os índices fixados pelo Congresso Nacional na própria lei. Nas palavras de nosso Tribunal Maior, não resulta violada a exigência constitucional de lei formal para fixação do valor do salário mínimo quando a lei atribui ao Presidente da República, exclusivamente, competência para aplicar os índices nela definidos para reajuste e aumento, divulgando o valor nominal do salário mínimo por meio de decreto, hipótese em que "não há inovação da ordem jurídica nem nova fixação de valor"

A jornada normal máxima de trabalho permitida é de oito horas por dia e quarenta e quatro semanais. Poderá ser prestado mais trabalho, mas será em jornada extraordinária, o que implica o pagamento do adicional de hora-extra, de no mínimo 50%, ou compensação. Essa jornada constitucional poderá ser reduzida, mediante negociação coletiva (CF, art. 7. XIII). Se o trabalho é prestado em turnos ininterruptos de revezamento, caracterizado pela realização, de forma alternada, de atividades nos períodos diurno e noturno, com frequência diária, semanal, quinzenal ou mensal, a jornada será de seis horas diárias; mas essa jornada poderá ser alterada (para mais ou para menos), mediante negociação coletiva (CF, art. 7. XIV).

Os intervalos fixados para descanso e alimentação durante a jornada de seis horas não descaracterizam o sistema de turnos ininterruptos de revezamento para o efeito de incidência do art. 7. XIV, da Constituição (Súmula 675 do STF). O inciso XXI do art. 7.0 do Texto Magno assegura aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei.

Observe-se que esse dispositivo constitucional evidencia duas regras distintas a respeito da duração do aviso prévio: a proporcionalidade do aviso prévio ao tempo de serviço do empregado e a duração mínima do aviso prévio, que é fixada em trinta dias, independentemente do tempo de serviço do empregado. A duração mínima do aviso prévio é regra constitucional de eficácia plena, de imediata aplicação aos contratos de trabalho firmados a partir da promulgação da Carta Política, e também àqueles em curso na data de sua promulgação.

Enfim, desde a promulgação da Constituição Federal, nenhum aviso prévio pôde mais ser concedido com duração inferior a trinta dias. A proporcionalidade da duração do aviso prévio ao tempo de serviço do empregado, porém, não foi prevista em regra constitucional de eficácia plena. Trata-se de norma de eficácia limitada, dependente de regulamentação pelo legislador ordinário. Pois bem, somente 23 anos após a promulgação da Constituição Federal a proporcionalidade do aviso prévio foi, enfim, estabelecida pelo legislador ordinário, por meio da Lei 12.506, de 11 de outubro de 2011.

De acordo com a lei, o empregado com menos de um ano de serviço na mesma empresa terá direito a trinta dias de aviso prévio. Uma vez completado um ano de serviço na mesma empresa, serão acrescidos três dias por ano de serviço prestado, até o atingimento de sessenta dias, perfazendo, portanto, um limite máximo de noventa dias.

Desse modo, além dos trinta dias mínimos assegurados pela Constituição Federal, o empregado fará jus a outros três dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, isto é: um ano completo de serviço gera 33 dias de aviso prévio; dois anos de serviço geram direito a 36 dias de aviso prévio; três anos de serviço dão direito a 39 dias de aviso prévio -e assim sucessivamente, até atingir a duração máxima de noventa dias (aos 20 anos de serviço).

Atingida a duração máxima de noventa dias, o aviso prévio será, daí por diante, invariavelmente, de noventa dias. A prescrição quanto a créditos resultantes das relações de trabalho é a mesma para os trabalhadores urbanos e rurais: cinco anos durante o contrato de trabalho até o limite de dois anos após a extinção do contrato (CF, art. 7.º, XXIX). Assim, durante o vínculo de emprego, se o empregado ajuizar uma reclamação trabalhista contra seu empregador, poderá requerer os créditos trabalhistas relativos aos últimos cinco anos do contrato de trabalho.

Quando é extinto o contrato de trabalho, ele também poderá pleitear na Justiça do Trabalho os direitos dos últimos cinco anos, mas só poderá ingressar com a reclamação trabalhista até dois anos após a extinção do contrato de trabalho. A partir da cessação do contrato de trabalho, o prazo começa a correr contra o empregado: cada dia em que permanece inerte, ele perde um dia de direito (se ele ingressar com a ação no último dia dos dois anos, só poderá pleitear direitos relativos aos últimos três anos do contrato de trabalho).

Deve-se enfatizar que, em razão de importantíssima decisão do Supremo Tribunal Federal, esse prazo prescricional de cinco anos, aplicável aos créditos resultantes das relações de trabalho, passou a alcançar, também, as ações de cobrança de valores referentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), no tocante à falta de depósitos perpetrada a partir de 13 de novembro de 2014. Significa dizer que, para os depósitos que deixaram de ser efetuados a partir de 13 de novembro de 2014, a prescrição trintenária (de trinta anos) do FGTS - anteriormente prevista na Súmula 362 do Tribunal Superior do Trabalho não será aplicada, e sim a prescrição quinquenal estabelecida no inciso XXIX do art. 7.º da Constituição da República.

3. DIREITOS SOCIAIS COLETIVOS DOS TRABALHADORES – ARTIGOS 8. A 11, CF88.

É livre a criação de sindicatos, mas eles deverão ser registrados no órgão competente, cabendo aos trabalhadores ou empregadores interessados estabelecer a base territorial respectiva (CF, art. 8.º, II). Essa liberdade, porém, não é absoluta, pois a base territorial não poderá ser inferior à área de um município e na mesma base territorial é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa da mesma categoria profissional (trabalhadores) ou econômica (empregadores).

Em caso de conflito, resolve-se pela aplicação do princípio da anterioridade, isto é, a representação da categoria caberá à entidade que primeiro realizou o seu registro no órgão competente. A assembleia-geral fixará a contribuição para custeio do sistema confederativo, que não terá natureza de tributo (tributo só pode ser criado por lei) e só é devida pelos filiados ao sindicato.

Porém, além dessa contribuição, existe outra, fixada em lei, de natureza tributária e devida por todo trabalhador, filiado ou não filiado ao sindicato (CF, art. 8.º, IV, conjugado com o art. 149). Temos, assim, duas contribuições previstas no inciso IV do art. 8.º da Constituição: a contribuição confederativa, fixada pela assembleia-geral e devida somente pelos filiados, e a contribuição sindical, instituída por lei e devida por todos os trabalhadores, filiados ou não à entidade sindical.

Ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato (CF, art. 8.º, V). Aos sindicatos cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas, sendo obrigatória a sua participação nas negociações coletivas de trabalho (CF, art. 8.º, III e VI).

Com fundamento nesses dispositivos constitucionais, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o sindicato pode atuar na defesa de todos e quaisquer direitos subjetivos, individuais e coletivos, dos integrantes da categoria por ele representada.

Significa dizer que o sindicato poderá defender o empregado nas ações coletivas ou individuais para a garantia de qualquer direito relacionado ao vínculo empregatício, tanto nas ações de conhecimento como na liquidação de sentenças ou na execução forçada das sentenças.

É vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei (CF, art. 8.º, VIII). É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. O direito de greve dos trabalhadores é norma autoaplicável, já devidamente regulamentada por lei (CF, art. 9.º).

O direito de greve, porém, não é absoluto: as necessidades inadiáveis da comunidade deverão ser atendidas e aqueles que abusarem desse direito durante o movimento paralisista sujeitar-se-ão às penas da lei (CF, art. 9.º, §§ 1.º e 2.º).

É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação (CF, art. 10.). Nas empresas de mais de duzentos

empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores (CF, art. 11).

CONTRIBUIÇÕES DOS TRABALHADORES	
CONFEDERATIVA	SINDICAL
FIXADA PELA ASSEMBLEIA GERAL	FIXADA POR LEI
NATUREZA NÃO TRIBUTÁRIA	NATUREZA TRIBUTÁRIA
DEVIDA APENAS PELOS TRABALHADORES FILIADOS AOS SINDICATO	DEVIDA POR TODOS OS TRABALHADORES, FILIADOS OU NÃO AO SINDICATO

A PROBLEMÁTICA DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: RESERVA DO POSSÍVEL, GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO.

Os direitos sociais, por exigirem disponibilidade financeira do Estado para sua efetiva concretização, estão sujeitos à denominada cláusula de reserva do financeiramente possível, ou, simplesmente, reserva do possível. Essa cláusula, ou princípio implícito, tem como consequência o reconhecimento de que os direitos sociais assegurados na Constituição devem, sim, ser efetivados pelo Poder Público, mas na medida exata em que isso seja possível.

É importante entender que esse princípio não significa um "salvo conduto" para o Estado deixar de cumprir suas obrigações sob uma alegação genérica de que "não existem recursos suficientes". A não efetivação, ou efetivação apenas parcial, de direitos constitucionalmente assegurados somente se justifica se, em cada caso, for possível demonstrar a impossibilidade financeira (ou econômica) de sua concretização pelo Estado.

Um exemplo sobremodo ilustrativo temos na previsão constitucional relativa ao salário mínimo. Diz o inciso IV do art. 7. da Carta Política que o salário mínimo deve ser capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e

previdência social. Supondo que se chegasse à conclusão de que, para cumprir o desiderato constitucional, seria necessário dobrar o valor do salário mínimo, poderia ser efetivamente exigida do Poder Público a adoção dessa medida? A resposta é negativa, exatamente pela incidência da cláusula de "reserva do possível".

Ora, se o Poder Público simplesmente editasse lei dobrando o valor do salário mínimo, isso certamente desorganizaria toda a economia nacional, sendo possível demonstrar, objetivamente, que tal fato inviabilizaria as contas da previdência social, que acarretaria um quadro agudo de informalidade no mercado de trabalho (trabalhadores sem "carteira assinada"), que profligaria as contas dos municípios e estados pelo gasto com o funcionalismo, que todo esse desequilíbrio implicaria descontrole inflacionário etc. Assim, embora seja evidente que o valor atual do salário mínimo não cumpre a determinação constitucional vazada no inciso IV do art. 7.º, não se pode exigir um reajuste vultoso e imediato de seu valor, porque essa providência esbarra na cláusula de reserva do possível.

De outro lado, temos o princípio da garantia do mínimo existencial, também postulado implícito na Constituição Federal de 1988, que atua como um limite à cláusula da reserva do financeiramente possível. Objetivamente, significa dizer que a dificuldade estatal decorrente da limitação dos recursos financeiros disponíveis (reserva do financeiramente possível) não afasta o dever do Estado de garantir, em termos de direitos sociais, um mínimo necessário para a existência digna da população (garantia do mínimo existencial).

Corolário direto do princípio da dignidade da pessoa humana, o postulado constitucional (implícito) da garantia do mínimo existencial não permite que o Estado negue - nem mesmo sob a invocação da insuficiência de recursos financeiros - o direito a prestações sociais mínimas, capazes de assegurar, à pessoa, condições adequadas de existência digna, com acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas estatais viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.

Sabe-se, ademais, que no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário não se inclui - em homenagem ao postulado da separação de Poderes - a atribuição de

formular e implementar políticas públicas, função típica dos Poderes Legislativo e Executivo. Não obstante, o STF tem reiterado em seus julgados que o caráter programático das normas sociais inscritas no texto da Carta Política não autoriza o Poder Público a invocar de forma irresponsável a "reserva do possível", fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade.

Assim, a cláusula da "reserva do possível" não pode ser invocada levemente pelo Estado com o intuito de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, salvo quando possa ser objetivamente demonstrado que inexistente disponibilidade financeira do Estado para tomar efetivas as prestações positivas dele reclamadas, ou que falta razoabilidade à pretensão individual ou coletiva deduzida em face do Poder Público.

Em plena consonância com essa orientação, o STF determinou que o Município de Porto Alegre arcasse com o pagamento de exame médico em paciente menor de idade, destituído de recursos financeiros, vítima de artrite reumatoide juvenil e imunodeficiência primária.

Nas palavras do Ministro Celso de Mello, "o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República", e o Poder Público deve "garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar". Nessa mesma linha, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a um paciente portador do vírus HIV/AIDS o direito à distribuição gratuita de medicamentos, firmando entendimento de que tal medida - distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes - é dever constitucional do Poder Público, a fim de dar "efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5.º, caput, e 196)".

A verdade é que o Supremo Tribunal Federal confere tamanha relevância ao desiderato constitucional de tomar efetivos os direitos sociais fundamentais que, em inúmeros casos, tem determinado até mesmo o bloqueio de verbas públicas do ente federado, em favor de pessoas hipossuficientes, a fim de lhes assegurar o fornecimento gratuito de medicamentos, como corolário dos direitos à saúde e à vida.

A doutrina constitucionalista e o próprio Poder Judiciário reconhecem perfeitamente que decisões como essas envolvem amiúde um dilema de muito difícil solução, sobretudo quando se trata de determinar ao Estado que custeie tratamentos

médicos extremamente dispendiosos e de reduzidas chances de sucesso. Nessas situações, afirma-se que o Judiciário enfrenta as chamadas "escolhas trágicas" (tragic choices), expressão empregada com o escopo de traduzir a tensão dialética existente entre o desejo de atender um pedido de concretização de direito social (muitas vezes, de alto custo), de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação racional dos seus escassos recursos financeiros, de outro.

DIREITOS SOCIAIS E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO (EFFET CLIQUET).

É sabido que os direitos sociais vinculam o legislador infraconstitucional, exigindo deste um comportamento positivo para a concretização do desiderato constitucional, traduzido na regulamentação dos serviços e políticas públicas. Exigem, também, que, ao regulamentar tais direitos, o legislador o faça respeitando o denominado "núcleo essencial", isto é, sem impor condições desarrazoadas ou que tornem impraticável o direito previsto pelo constituinte, sob pena de inconstitucionalidade.

Seria flagrantemente inconstitucional, por exemplo, uma lei ordinária que, editada para regulamentar o direito de greve, tomasse impraticável o exercício desse direito social. Questão polêmica no constitucionalismo moderno diz respeito ao chamado princípio da proibição de retrocesso social, que, embora ainda não esteja expressamente previsto no nosso atual texto constitucional, tem encontrado crescente acolhida no âmbito da doutrina mais afinada com a concepção do Estado democrático de Direito (e social), consagrado pela nossa ordem constitucional.

Esse princípio da vedação de retrocesso (também conhecido pela expressão francesa *effet cliquet*) visa a impedir que o legislador venha a desconstituir pura e simplesmente o grau de concretização que ele próprio havia dado às normas da Constituição, especialmente quando se cuida de normas constitucionais que, em maior ou menor escala, acabam por depender dessas normas infraconstitucionais para alcançarem sua plena eficácia e efetividade.

Significa que, uma vez regulamentado determinado dispositivo constitucional, de índole social, o legislador não poderia, ulteriormente, retroceder no tocante à matéria,

revogando ou prejudicando o direito já reconhecido ou concretizado. Na realidade, a proibição do retrocesso em matéria social traduz verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (por exemplo, o direito à saúde e o direito à educação), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses em que políticas compensatórias sejam implementadas pelas instâncias governamentais.

Por outras palavras: em matéria de direitos sociais, as tarefas constitucionais impostas ao Estado concernentes à criação de certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a instituí-los; obrigam-no, também, a não os abolir, uma vez criados.

Assim, a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional a esse direito deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) em uma obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) em uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado, também, a abster-se de atentar contra a concretização dada a esse direito.

Com base no princípio da proibição de retrocesso, especialmente em matéria de direitos fundamentais sociais, o que se pretende é evitar que o legislador venha a revogar (no todo ou em parte essencial) um ou mais diplomas infraconstitucionais que já concretizaram, normativamente, um direito social constitucionalmente consagrado.

Nessas situações, de retrocesso no tocante à disciplina de determinado direito social (por exemplo, revogação pura e simples de uma lei que houvesse regulamentado um direito social constitucional, implementando-o normativamente), defendem os ideólogos do postulado da vedação de retrocesso que o procedimento poderia ser impugnado perante o Poder Judiciário, invocando-se a sua inconstitucionalidade. O renomado constitucionalista J. J. Gomes Canotilho refere-se ao princípio da proibição de retrocesso social nos termos seguintes:

O núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de outros esquemas alternativos

ou compensatórios, se traduzam na prática numa "anulação", "revogação" ou "aniquilação" pura e simples desse núcleo essencial.

Por fim, é relevante observar que os autores que propõem a necessidade de observância do princípio da vedação de retrocesso social enfatizam estar também a ele adstrito o legislador constituinte derivado (na elaboração de emendas à Constituição), e não apenas o legislador infraconstitucional (na elaboração das leis). Dessa forma, afrontaria o postulado da proibição de retrocesso, por exemplo, uma emenda à atual Constituição que pretendesse simplesmente suprimir algum dos direitos sociais do rol constante do seu art. 6.

Apenas para ilustrar, a expressão "cliquet" é utilizada pelos alpinistas e define um movimento que só permite ao mesmo subir, não lhe sendo possível retroceder, em seu percurso. O efeito "cliquet", naturalmente se aplica também aos direitos humanos. No mesmo sentido, significa que tais direitos não podem retroagir, só podendo avançar nas proteções dos indivíduos. Esse princípio, de acordo com Canotilho, significa que é inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos sociais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios

BIBLIOGRAFIA

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002).

MENDES, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso, Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros Editores, 38ª edição 4ª tiragem, 2014, São Paulo.

Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. Direito Constitucional Descomplicado 14. ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015.