



DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

(O caso do salário mínimo)

*João Luiz Martins Esteves**

RESUMO

Com o objetivo de fornecer uma proposta para efetivação dos direitos sociais no Brasil, procede uma análise sobre concepções doutrinárias que discutem sua inclusão na categoria de direitos fundamentais e sua vinculação face ao disposto no parágrafo primeiro do art. 5º da Constituição Federal. Analisa posicionamento adotado no STF através de jurisprudência proferida em Ação Direta de Constitucionalidade, confrontando-a com a teoria de Robert Alexy relativa à colisão de princípios constitucionais, sugerindo solução diversa da adotada no Tribunal Constitucional Brasileiro.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais sociais – Poder Judiciário.

ABSTRACT

Aiming at making a proposal for putting social rights in Brazil into effect this study presents an analysis about the doctrinal concepts that discuss the inclusion of these social rights in the category of fundamental rights and their entailment due to what is stated in the first paragraph of the 5th article of the Federal Law. It analyzes the positioning adopted at the STF through jurisprudence professed in Direct Action of Constitutionality, confronting it with the theory of Robert Alexy related to the clashing of constitutional principles, suggesting a solution different from the one adopted at the Brazilian Constitutional Court.

Key-Words: Social Fundamental Law – Judicial Power.

* Mestrando em Direito, Estado e Cidadania na Universidade Gama Filho, UGF/ RJ
Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina, UEL/PR
Professor de Direito Constitucional na Universidade Estadual de Londrina / UEL e na UniFil
Procurador do Município de Londrina, Pr.
E-mail: <joao.esteves@londrina.pr.gov.br> .



SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Direitos Sociais e Aplicabilidade Imediata. 3 Conflitos entre Regras e Colisões entre Princípios. 4 Princípio da Proporcionalidade. 5 Necessidade de Aplicação do Princípio da Ponderação na Jurisprudência Nacional no caso do Salário Mínimo. 6 Considerações Finais. Referências.

1 Introdução

Este artigo busca analisar a questão da eficácia e aplicabilidade dos direitos sociais, dado o preceituado no parágrafo primeiro do art. 5º, da Constituição Federal brasileira, que determina a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais. Para tanto, discorre-se brevemente sobre sua conceituação e inserção nos Direitos Fundamentais e, mais detidamente, sobre posições doutrinárias, favoráveis ao entendimento de seu conteúdo programático, segundo o qual dependem de ações governamentais e legislativas para sua implementação. Por fim, analisa-se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que cuida especificamente da aplicabilidade do disposto no inc. IV do art. 7º da Constituição Federal, interpretando-a e sugerindo a aplicação da teoria dos princípios proposta por Robert Alexy. A argumentação e fase conclusiva derivam de um estudo “reflexivo”, analítico, frente ao problema que vem se apresentando, desde a edição da Constituição Federal em 1988, quanto à eficácia das normas de direitos fundamentais, e tem por objetivo o rompimento com teses programaticistas e dogmas doutrinários, no âmbito do direito constitucional, os quais têm negado, cada um à sua maneira, a efetividade desses direitos, e que, aliadas a uma posição de não enfrentamento por parte do poder judiciário, representado pelo seu tribunal de cúpula, têm colocado em descrédito a possibilidade prática de exercício de um grupo dos direitos fundamentais.

2 Direitos Sociais e Aplicabilidade Imediata

São os Direitos Sociais, grupo integrante dos Direitos Fundamentais, os quais se constituem como aqueles “essenciais”, básicos, definidos temporalmente e desenvolvidos através das lutas e conquistas sociais decorrentes da história humana. Suas declarações vêm sendo albergadas pelas constituições nos últimos duzentos anos e configuram-se como um conjunto de valores que, considerados como fundamentais dentro de cada ordenamento jurídico, conferem materialidade à igualdade e reconhecem o valor humano em sua dimensão de liberdade.

Não obstante identificarem-se, portanto, como conteúdo mínimo de direitos assegurados ao indivíduo para que possa atingir uma existência digna de sua condição humana, sua eficácia imediata vem encontrando obstáculos não somente dos detentores do poder estatal, controladores do poder executivo e do legislativo,

como também no âmbito do Poder Judiciário, que vem encontrando esteio para seu descompromisso com a aplicação prática desses direitos, em doutrinas limitadoras de sua eficácia jurídica e, portanto, do seu efetivo exercício.

A construção teórica alegada para a não imediatividade da aplicação dos Direitos Sociais reside na argumentação de que suas normas não seriam auto-aplicáveis, como as dos Direitos Individuais, mas se apresentariam como “normas programáticas”, típica e exclusivamente “direcionadoras” da política econômica e social do governo, e regulamentação infra-constitucional. No Brasil, essa concepção tem sido aceita pela doutrina, em que pesem críticas feitas constantemente nos meios acadêmicos, sendo objeto de estudo crítico em cursos de pós-graduação.

A classificação das normas constitucionais, quanto à sua eficácia, é variável de autor para autor em grande parte da doutrina que, variando na formulação, não divergem no conteúdo ao indicarem o caráter programático de normas constitucionais, nomeadamente a dos direitos e garantias fundamentais. E é curioso notar que, apesar de vários doutrinadores pregarem a inserção, principalmente, dos Direitos Sociais entre as normas programáticas, simultaneamente reconhecem a atual disposição constitucional da auto-aplicabilidade dos Direitos “Fundamentais”, ou seja, não apenas Individuais e Políticos, mas também Econômicos e Sociais. Disposição essa que se apresenta com a imperatividade de determinar a “imediate” aplicabilidade desses direitos, presente no art. 5º, § 1º. Exemplo de tal contradição é a contraposição da assunção desse mandamento constitucional com a afirmação de que a maioria dos direitos sociais vem enunciada em normas programáticas que demandam intervenção legislativa para se tornarem operativas e aplicáveis, pelo que não podem os destinatários invocá-los ou exigí-los imediatamente.

Tal posicionamento tem caminhado no sentido de negar a concretização dos valores constitucionais superiores conferidos pela constituição, inversamente ao entendimento que parece dominante na Europa. Pelo menos na Alemanha e Espanha¹, a doutrina das normas programáticas não é admitida por constitucionalistas renomados, por levar à paralisia da Constituição.

O apego a essa doutrina pode ser exemplificado pelo tratamento dado pela jurisprudência trabalhista aos direitos definidos no art. 7º da Constituição Federal brasileira. José Felipe Ledur (Ledur, 1998) chama a atenção para o fato de os direitos dos trabalhadores constituírem direitos fundamentais, dada a sua inserção

¹ LEDUR, J. F. *A realização do direito ao trabalho*, p. 58.

no capítulo “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Trata-se, portanto, de normas definidoras de direitos fundamentais, o que significa que seu titular pode, desde logo, fazê-los valer. É o que se depreende da expressão aplicabilidade imediata do art. 5º, § 1º, da Constituição. Segundo o autor, a jurisprudência dominante tem dado maior valor à legislação infraconstitucional, que não é editada, ou editada pelo uso indiscriminado de medidas provisórias, do que à própria norma constitucional, que define os direitos fundamentais.²

Além disso, não está claro, entre os vários doutrinadores, qual seria o critério para a definição de determinada norma como programática ou não-vinculante. Há juristas que estipulam a determinação de uma norma como vinculante a partir da averiguação da possibilidade de constatação de sua lesão pelo Tribunal Constitucional do país – no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal (STF), já que a ele cabe a análise de questões constitucionais.

E, se realmente deve ser esse o entendimento, por certo, a questão já se encontra resolvida, particularmente em relação aos Direitos Sociais, uma vez que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº 1.458-7 – DF³, ao decidir a cerca da vinculação à regra contida no inc. IV do art. 7º da Constituição Federal⁴, em sua fundamentação, reconheceu que:

A cláusula constitucional inscrita no artigo 7º, IV, da Carta Política – para além da proclamação da garantia social do salário mínimo – consubstancia verdadeira imposição legiferante, que, dirigida ao Poder Público, tem por finalidade vinculá-lo à efetividade de uma prestação positiva destinada (a) a satisfazer as necessidades essenciais do trabalhador e de sua família e (b) a preservar, mediante reajustes periódicos, o valor intrínseco dessa remuneração básica, conservando-lhe o poder aquisitivo.

2 Id. Ibid. p. 116.

3 SALÁRIO MÍNIMO E SATISFAÇÃO DAS NECESSIDADES VITAIS BÁSICAS – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.458-7 DISTRITO FEDERAL. Relator: Ministro Celso de Mello - Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS - Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional.

4 Art. 7º - “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...].

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada a sua vinculação para qualquer fim.”

Ou seja, o simples conhecimento e processamento da Ação, que teve por objeto a declaração de omissão constitucional quanto à aplicabilidade de regra prescrita no título dos direitos sociais, a vista do entendimento acima expendido, seria suficiente para ter-se todo o art. 7º, da Constituição, como norma vinculante, a par da conceituação doutrinária, que reconhece a vinculação da norma constitucional pela possibilidade de constatação de sua lesão pelo Tribunal Constitucional do país.

E não bastasse isso, a decisão em seu fundamento reconheceu de forma expressa a vinculabilidade e efetividade do comando constitucional. Portanto, em que pese a continuidade existente, da afirmação doutrinária do caráter meramente programático e, portanto, não vinculativo das normas de direitos sociais, a questão prática encontra-se resolvida na perspectiva jurisprudencial, isto porque tal posicionamento do STF leva ao entendimento que confere extensibilidade de tal vinculação aos demais incisos do art. 7º da CF, por trazerem o mesmo sentido e significado de proteção aos valores sociais do trabalho, e da dignidade da pessoa humana, princípios estes reconhecidos como integrantes dos fundamentos do estado brasileiro.

O problema, a ser colocado, trata não mais do reconhecimento da auto-aplicabilidade e do caráter vinculativo, mas, sim, do fato do Supremo Tribunal Federal ter entendido, nesta mesma ação, acompanhando o voto do relator, como sendo limitado o controle abstrato de omissão inconstitucional. Alegou-se a existência de reduzida capacidade do judiciário, sob fundamento de que o reconhecimento formal do estado de omissão inconstitucional imputável ao Poder Público somente pode gerar, nos precisos termos do que prescreve o artigo 103, § 2º, da Carta Política, mera comunicação, ao órgão estatal inadimplente, de que este se acha em mora constitucional, não podendo obrigá-lo à produção da medida supridora da omissão, mormente se a medida requerida for lei, a qual fica dependente da vontade discricionária do legislador, dizendo em remate que:

[...] Supremo Tribunal Federal, que não poderá, em hipótese alguma, substituindo-se ao órgão estatal inadimplente, expedir provimentos normativos que atuem como sucedâneo da norma reclamada pela Constituição, mas não editada – ou editada de maneira insatisfatória – pelo Poder Público.

Na decisão em comento, restou claro que o STF entende o inc. IV do art. 7º como norma jurídica de aplicação imediata. O que ocorreu foi que somente deu conhecimento, ao órgão legislativo, da inconstitucionalidade por não cumprimento da norma jurídica. Limitou-se a fazer tal cientificação. Não quis dizer a norma.



E porque o fez assim?

O comando prescrito no inc. IV do art. 7º é norma de aplicabilidade imediata, que guarda princípios constitucionais fundamentais como a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, que são fundamento do estado brasileiro. Portanto, além de ser regra constitucional, de efetiva aplicabilidade como já demonstrado, traz embutida a força valorativa conferida aos princípios constitucionais. Dessa forma, é norma com característica de regra e princípio e auto-aplicável. Para que não seja cumprida deveria existir, em tese, fator de extrema relevância a impedi-lo.

A oposição colocada, e defendida pelo STF, foi o comando inscrito no § 2º do art. 103 da constituição, o qual diz que “será dada ciência ao Poder competente para a adoção de medidas necessárias”. No caso, uma omissão legislativa.

Mas, contrariamente ao dissertado na decisão aqui analisada, o dispositivo constitucional referenciado não traz embutida proibição ao Tribunal Constitucional de expedir, através de medida liminar, conforme pedido na ação em comento, a norma necessária à efetivação do direito. Uma coisa não é excludente da outra. Poderia o órgão encarregado do controle concentrado de constitucionalidade expedir norma que suprisse a inconstitucionalidade até o momento em que o poder competente o fizesse, ao mesmo tempo em que o cientificaria para a adoção das medidas necessárias.

O alicerce da posição adotada pelo STF, conforme se pode verificar, somente procurou justificação na aplicação do princípio constitucional da separação de poderes, restando a argumentação de que o judiciário estaria legislando frente à inércia ou omissão do legislativo. Os princípios já destacados, do valor social do trabalho e fundamentalmente o da dignidade da pessoa humana, os quais reclamam aplicabilidade, apesar de terem servido de linha para fundamentação, não se fizeram valer na parte dispositiva da decisão judicial.

Entretanto, será que efetivamente esta é a solução acertada e justa para a questão? Deve ser aplicado um dogma doutrinário relativo à organização estatal em detrimento da almejada justiça social, sob a qual se orienta o ordenamento jurídico constitucional?

Tem-se, no caso, o conflito entre duas normas de caráter principiológico⁵. Problema este que pode ser investigado, quanto à sua solução, na “teoria dos princípios” de Robert Alexy, o que é sugerido pelo próprio autor em artigo publicado, onde diz que:

Em uma constituição como a brasileira, que conhece numerosos direitos fundamentais sociais generosamente formulados, nasce sobre esta base uma forte pressão de declarar todas as normas que não se deixam cumprir completamente simplesmente como não vinculativas, portanto, como meros princípios programáticos. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas que não se deixam cumprir de todo como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, são dependentes de uma ‘reserva do possível no sentido daquilo que o particular pode exigir razoavelmente da sociedade’. Com isso, a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, senão também uma do problema da vinculação.⁶

Pelo aqui exposto até agora, e conforme já declarado, a questão da vinculação dos direitos sociais encontra-se resolvida na perspectiva jurisprudencial, restando a indagação quanto ao alcance de tal vinculação, mormente quanto ao judiciário, que se esconde atrás de um princípio da teoria do estado liberal, de caráter dogmático, o qual colide com outro, que constitui fundamento do estado social. Confronto este que caracteriza claramente uma colisão de princípios, na perspectiva de Robert Alexy, e requer uma abordagem explicativa.

⁵ Quanto à essa referência a regras e princípios, cabe ressaltar o entendimento de que regras e princípios são normas jurídicas, porquanto, segundo defende Robert Alexy, ambos se formulam com a ajuda de expressões deonticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição. Pode-se dizer que regras e princípios são espécies de normas que se constituem em fundamentos para juízos concretos de ‘dever ser’. ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 83. Concepção esta fundamental para transposição da teoria formal-positiva para o estabelecimento de uma teoria material da constituição e, particularmente, dos direitos fundamentais.

⁶ ALEXY, R. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, p. 279.

3 Conflitos entre Regras e Colisões entre Princípios

A distinção entre regras e princípios jurídicos se apresenta sumamente relevante quando da resolução das tensões que se produzem dentro do sistema normativo. Em um sistema de normas, constituído por regras e princípios constitucionais em constante e necessária transformação, que refletem uma sociedade dinâmica e heterogênea, inevitáveis são os conflitos entre as espécies normativas, situação que reclama adoção de critérios capazes de resolver o conflito e salvar a unidade e a coerência do ordenamento jurídico. Segundo Robert Alexy:

La distinción entre reglas y principios se muestra clarísimamente en las colisiones de principios y en los conflictos de reglas. Común a las colisiones de principios y a los conflictos de reglas es el hecho de que dos normas, aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios. Se diferencian en la forma cómo se soluciona el conflicto.⁷

Quando o conflito se desenvolve entre as diferentes espécies de normas jurídicas, isto é, na contradição entre regras e princípios, a resolução do conflito é, de certo modo, facilmente alcançada. Deve-se aplicar o critério que determina, no mais das vezes, a superioridade hierárquica dos princípios constitucionais sobre as regras. Os princípios constitucionais, pela condição de normas gerais e fundamentais, prevalecem sobre as regras constitucionais e infraconstitucionais, normas de generalidade relativamente baixa. É certo, porém, que em condições muito peculiares deve ser aplicada a regra específica, ficando afastada a aplicação do princípio constitucional.

O conflito entre regras já reserva maiores dificuldades de resolução. Em determinados casos, tais tensões podem ser sanadas mediante o emprego de critérios de resolução de conflitos entre regras jurídicas. Neste caso, a regra hierarquicamente superior derroga a inferior (*lex superior derogat legi inferiori*), segundo a determinação do critério hierárquico. A regra posterior derroga a regra anterior (*lex posterior derogat legi priori*), pela aplicação do critério cronológico. Pode-se estabelecer, ainda, a prevalência da regra especial sobre a regra geral (*lex specialis derogat legi generali*), usando-se o critério da especificidade.

⁷ ALEXY, R. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 87.

Há situações, entretanto, em que os presentes critérios de solução de antinomias restam insuficientes, como no caso de incompatibilidades entre dispositivos legais de um mesmo instrumento legislativo, bastante possível em codificações de leis. Nesse caso, o conflito se resolve no âmbito da validade, já que, se uma regra vale e é aplicável ao caso concreto, então, valem também suas conseqüências jurídicas, pois contidas dentro do ordenamento normativo.

Mediante os ensinamentos de Robert Alexy, é possível afirmar que um conflito entre regras somente pode ser resolvido se for introduzida uma cláusula de exceção em uma das regras conflitantes, na intenção de remover o conflito. Deste modo, se a aplicação de duas regras juridicamente válidas conduz a juízos concretos de “dever ser” reciprocamente contraditórios, não restando possível a eliminação do conflito pela introdução de uma cláusula de exceção, pelo menos uma das regras deverá ser declarada inválida e expurgada do sistema normativo, como meio de preservação do ordenamento.

Por sua vez, a colisão entre princípios constitucionais não se resolve no campo da validade, mas no campo do valor⁸. Se uma determinada situação é proibida por um princípio, mas permitida por outro, não há que se falar em nulidade de um princípio pela aplicação do outro. No caso concreto, em uma “relação de precedência condicionada”, determinado princípio terá maior relevância que o outro, preponderando. Não se pode aceitar que um princípio, reconhecido pelo ordenamento constitucional, possa ser declarado inválido, porque não aplicável a uma situação específica. Ele apenas recua frente ao maior peso, naquele caso, de outro princípio também reconhecido pela Constituição. A solução do conflito entre regras, em síntese, dá-se no plano da validade, enquanto a colisão de princípios constitucionais no âmbito do valor.

Na resolução da colisão entre princípios constitucionais, deve-se levar em consideração as circunstâncias que cercam o caso concreto, para que, pesados os aspectos específicos da situação, prepondere o preceito mais adequado. A tensão se resolve mediante uma ponderação de interesses opostos, determinando qual desses interesses, abstratamente, possui maior peso no caso concreto.

A tensão entre princípios constitucionais, como visto, não é eliminada pela invalidação de um deles, nem, tampouco, pela introdução de uma cláusula de exceção em um dos princípios, de modo a limitar sua aplicação em casos futuros.

8 Id. *Ibid.*, p. 138-170. No item III do capítulo terceiro, o autor dedica atenção especial acerca de princípio e valor.

La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente.⁹

Eqüivale dizer que, tomando em conta o caso, determinam-se as condições sob as quais um princípio constitucional precede ao outro. Havendo modificação nas condições, a questão da precedência pode ser resolvida inversamente.

Robert Alexy denomina “lei de colisão”¹⁰ a solução da tensão de mandamentos de otimização com base na relação de precedência condicionada. E seu critério gradualista-qualitativo¹¹ consiste em conferir aos princípios o caráter jurídico de normas de otimização, que podem ser cumpridas em diferentes graus, sendo que a medida devida de seu cumprimento depende não só das possibilidades reais, mas também das jurídicas¹².

A temática, assevere-se de extrema relevância, acerca da dimensão valorativa dos princípios jurídicos, continuará a ser tratada em seguida, quando se demonstrará os critérios para a resolução de possíveis colisões entre princípios, o que se faz mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, marcadamente pelo seu subprincípio da ponderação.

4 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, desenvolvido na Alemanha, está intimamente ligado ao princípio da razoabilidade, do direito estadunidense, sendo que tanto a proporcionalidade como a razoabilidade têm por escopo oferecer critérios à limitação da atuação do Poder Público, suporte jurídico à salvaguarda dos direitos fundamentais dos cidadãos. No direito brasileiro pode-se defender a impossibilidade de separação entre os dois princípios, havendo quem diga que a proporcionalidade nada mais é que uma “faceta do princípio da razoabilidade”¹³.

9 Id. Ibid., p. 92.

10 Id. Ibid., p. 94.

11 BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**, p. 250. Expressão empregada por Paulo Bonavides, a fim de identificar a tese defendida por Robert Alexy como apta a distinguir as duas espécies de normas jurídicas.

12 ALEXY, R. Op. Cit., p. 86.

13 BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo** p. 68.

Os Subprincípios Constitutivos do Princípio da Proporcionalidade são: adequação, necessidade e ponderação.

A doutrina constitucional alemã, em uma visão estrutural e funcional, consagrou a existência de três elementos parciais que compõem o princípio da proporcionalidade, sendo de enorme relevância como termo de averiguação de vícios substanciais da lei ou do ato administrativo, servindo como parâmetros impositivos de limites à ação do legislador ou do administrador, bem como de máximas diretivas às decisões judiciais sobre conflitos entre princípios constitucionais.

O princípio da proporcionalidade é constituído pelos subprincípios da conformidade ou adequação dos meios, da exigibilidade ou da necessidade e pela ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito. Para uma melhor compreensão, far-se-á um breve apanhado conceitual acerca de cada um deles.

Pelo subprincípio da adequação pode-se entender que devem ser adotadas medidas apropriadas ao alcance da finalidade prevista no mandamento que pretende cumprir. A medida adotada deve ser pertinente à consecução dos fins da lei.

O subprincípio da necessidade exige que o Poder Judiciário apure se a medida ou a decisão tomada, dentre as aptas à consecução do fim pretendido, é a que produz menor prejuízo aos cidadãos envolvidos ou à coletividade. Dentre as medidas disponíveis deve ser escolhida a menos onerosa, que, em menor dimensão, restrinja e limita os direitos fundamentais dos cidadãos. “O pressuposto do princípio da necessidade é que a medida restritiva seja indispensável para a consecução do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa”¹⁴.

Não se pode adotar medida excessiva para simplesmente garantir o alcance do fim visado pela lei. A certeza na satisfação da finalidade legal não legitima a adoção de medidas que, sem necessidade real, afetem sensivelmente os direitos fundamentais dos cidadãos.

Pelo subprincípio da ponderação ou da proporcionalidade em sentido estrito se pretende alcançar parâmetros para a resolução dos conflitos entre princípios constitucionais, nos casos em que o Poder Judiciário é chamado a decidir pela prevalência de um princípio em detrimento de outro ou outros, reconhecidamente válidos pelo ordenamento constitucional. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito entende os princípios como mandados de otimização com relação às possibilidades jurídicas, enquanto que nas máximas da adequação e da necessidade recorre-se às possibilidades fáticas. Segundo Robert Alexy, o fundamento ao

14 BARROS, S. de T. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília, p. 76.

princípio da ponderação reside nos princípios de direito fundamental, sem que se exclua, contudo, outras fundamentações como os princípios do Estado de Direito, a prática jurisprudencial e o conceito de justiça¹⁵.

O Judiciário, quando da análise de situações que contemplem conflitos entre princípios constitucionais, deve exercer um juízo de ponderação entre o direito efetivado pela decisão e o restringido por ela, a fim de ponderar acerca da justiça da situação amparada. Deve o juiz valorar, segundo as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto, se a decisão obteve um resultado satisfatório, e se o direito limitado deveria sucumbir frente ao efetivado, em uma “relação de precedência condicionada”. Como se pode aferir, a valoração das circunstâncias demanda considerável juízo subjetivo.

Em verdade, deve ser avaliado, no caso concreto, qual dos princípios em colisão tem maior peso; segundo as circunstâncias e condições da situação, qual dos direitos deve ser efetivado, em uma relação de precedência condicionada. Fica conferido ao Judiciário o dever de examinar a situação concreta e decidir se o direito efetivado não afrontou um direito que deveria prevalecer naquele caso, precedendo ao direito respaldado. É dever do juiz, analisando as circunstâncias, ponderar acerca da proporcionalidade da restrição ao direito dos cidadãos, contrastando os resultados obtidos com a restrição efetuada, se razoáveis ou desproporcionados.

Pelo princípio da ponderação dos resultados, deve-se examinar o grau de satisfação e efetivação do mandamento de otimização que a decisão procurou atender. Quanto mais alto for o grau de afetação e afronta ao princípio limitado pelo meio utilizado, maior deverá ser a satisfação do princípio que se procurou efetivar.

5 Necessidade da Aplicação do Princípio da Ponderação na Jurisprudência Nacional no caso do Salário Mínimo

Voltando à problemática assinalada, já verificado que o STF superou a paralisante concepção doutrinária do caráter meramente programático das normas de direitos sociais, conforme entendimento de que a norma inscrita no inciso IV do art. 7º da Constituição tem caráter vinculante – retoma-se a questão atinente à aplicação, exclusivista, do princípio constitucional da separação de poderes, traduzido na argumentação jurisprudencial de que não poderia o judiciário expedir provimentos normativos, mesmo que provisórios, que suprissem a omissão inconstitucional.

15 ALEXY, R. Op. Cit., p. 112-15.

José Afonso da Silva, ao comentar que a constituição brasileira “*abeberou-se*” na Constituição Portuguesa quando da institucionalização da inconstitucionalidade por omissão, diz que não avançou mais do que essa quanto às conseqüências da decretação de inconstitucionalidade. Diz o ilustre constitucionalista:

É sem dúvida, um grande passo. Contudo, a mera ciência ao Poder Legislativo pode ser ineficaz, já que ele não está obrigado a legislar. Nos termos estabelecidos, o princípio da discricionariedade do legislador continua intacto, e está bem que assim seja. Mas isso não impediria que a sentença que reconhecesse a omissão inconstitucional já pudesse dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão legislativa fosse suprida. Com isso, conciliar-se-iam o princípio político da autonomia dos legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais.¹⁶

Assim, José Afonso da Silva, de forma clara, entende que o judiciário não poderia obrigar o legislador a legislar, mas ao mesmo tempo entende que a decisão jurisdicional deveria suprir a omissão constitucional até que o legislador o fizesse.

Na perspectiva regrativa isto é possível, uma vez que, conforme já anunciado, o art. 103 da constituição não traz proibição ao Tribunal Constitucional de dispor normativamente de forma necessária à efetivação do direito. Ao mesmo tempo em que a regra, contida no inc. IV do art. 7º, reclama providência para sua efetivação, e como já reconhecido, vinculando o Poder Público a uma prestação positiva, o que inclui não somente o Poder Executivo ou o Legislativo, mas também o Poder Judiciário, como parte integrante do Poder Estatal.

Somente um princípio de fortíssima valoração poderia inibir a aplicação da norma constitucional, desde que não houvesse outro que se lhe opusesse de forma diametralmente oposta e com mesma carga valorativa. Questão esta que poderia ser perfeitamente equacionada através da aplicação do subprincípio da ponderação, já esboçado no presente texto, onde se procuraria a melhor medida entre ambos, em uma relação de precedência condicionada.

No caso em análise, o Supremo Tribunal Federal encastelou-se, em postura defensiva e conservadora, através da adoção absoluta de um princípio sobre outro, uma vez que decidiu mediante a aplicação exclusiva do princípio constitucional da separação de poderes, com enfoque em seu viés dogmático doutrinário, sem que

16 SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 50-51.

fosse ponderada a necessidade de efetivação do direito omitido e defeso em vários outros princípios constitucionais, restando, então, argumentação de que o judiciário, ao normatizar dispositivo constitucional, estaria legislando frente à inércia ou omissão do legislativo.

Apesar de terem sido abordados na fundamentação da decisão jurisdicional – a fim de decretar-se o caráter vinculante do inc. IV do art. 7º - quando em colisão com o princípio da separação de poderes não se fizeram valer princípios como: da valorização social do trabalho, diminuição das desigualdades sociais e da dignidade da pessoa humana, que inscritos como fundamento e objetivo do Estado, significam não só um reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, como também de que o próprio Estado se constrói com base nesses princípios. E esses princípios abrangem, logicamente, todos os Direitos Fundamentais, encontrando-se reafirmados em diversos trechos constitucionais – arts. 1º, III, IV; 3º, I, III; 170; 193; 5º, III, V; 7º, IV, dentre outros. Reclamam aplicabilidade, e, apesar de alguns terem servido à linha expositiva da fundamentação, não se fizeram valer na parte dispositiva da decisão judicial proferida na ADIn nº 1.458-7.

E talvez - em que pese isto não ter sido demonstrado de forma explícita na decisão – a motivação que levou o STF a ter um papel de auto-restrição¹⁷, seja a concepção de que direitos sociais são custosos, e o Estado não pode atender a eles a não ser por meio daquilo que sobrar, depois de garantidos outros direitos – particularmente os individuais - sob a alegação de que esses não têm custo por demandarem prestações negativas do Estado e aqueles, ao contrário, demandam prestações objetivas por serem custosos. Essa visão é equivocada, e qualquer tentativa neste sentido mostra-se desprovida de correção quando se constata que não somente a implementação de direitos sociais, mas também a dos direitos individuais têm custo econômico.

Flávio Galdino, analisando a obra de Sunstein/Holmes – *The Cost of rights* – diz que “todos os direitos, mesmo os tipicamente individuais, são positivos”¹⁸, ou seja, demandam prestações estatais. Esses autores norte-americanos enunciam a tese de que inexitem direitos ou liberdades privados, senão que o exercício de todo e qualquer direito ou liberdade depende fundamentalmente e em grande medida das instituições públicas: são, portanto, igualmente públicos¹⁹.

17 Sobre a auto-restrição judicial ver: ABRAMOVICHI, V.; COURTS, C; *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, p. 127.

18 GALDINO, F. *O Custo dos Direitos*, p. 183-188.

19 Id Ibid. p. 184

É grande a quantidade de recursos necessários à manutenção de direitos individuais, como, por exemplo, o direito à propriedade, segundo o qual o Estado deve intervir para sua garantia por meio da manutenção de um aparato que tem por objetivo impedir a turbação ou o esbulho de terceiros, o qual se concretiza na organização de diversos serviços públicos, pois a este direito é destinada grande parte da atividade policial, da justiça civil e penal, e também de registro, controle e uso da propriedade móvel e imóvel²⁰. Assim também a realização de eleições e a manutenção de uma justiça eleitoral revelam que existe um custo para o exercício de direitos políticos. Também outras formas de direitos individuais, como a liberdade de comércio, a qual exige do Estado um agir negativo que pode ser até a não-intervenção do aparelho estatal em determinado setor da economia, exigem a intervenção positiva do Estado, que diz respeito à manutenção de instituições políticas e judiciais necessárias ao seu exercício.²¹

Parece ser incontestável que, para asseguramento e garantia de direitos individuais, sejam quais forem, são necessárias prestações positivas ou negativas do Estado, das quais podem decorrer custos, afirmação esta que é compartilhada por Canotilho, o qual, conceituando direitos individuais e denominando-os “direitos de defesa”, entende que estes demandam gastos e, portanto, uma prestação positiva do Estado²². Pode dizer-se o mesmo dos direitos sociais, os quais, em determinadas condições, demandam um agir negativo do Estado, como, por exemplo, quando, para garantia do direito à livre organização sindical e à greve, exige-se a inércia estatal.

Mostra-se deslocada da realidade fática a argumentação de que os direitos individuais se diferenciam de direitos sociais por aqueles não ensejarem uma prestação positiva que demande custos e estes, ao contrário, dependerem de gastos do Estado para sua consecução. E mesmo a tipologia “individual/coletivo” tem sido contestada. Sarlet defende a idéia de que todos os direitos são de “titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva”, exemplificando que é o indivíduo que tem assegurado o direito de voto, à saúde, à assistência social, à aposentadoria, etc²³.

20 Ver ABRAMOVICHI, Vitor. y COURTS, Christian. **Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles**, p. 24

21 Id. Ibid.

22 CANOTILHO, J. J. G. Apud, KRELL, A. J., p. 245.

23 SARLET, I. W. p. 22-23.



Se todos os direitos exigem prestações negativas e positivas, ao mesmo tempo em que todos os direitos custam, a definição quanto à aplicabilidade, à prevalência ou à preferência desses direitos não pode ser sobre a idéia de que uns custam e outros não. A questão a ser apresentada é saber como deve ser definida essa prioridade se não houver recursos para o cumprimento simultâneo de todo o catálogo de direitos.

Se não existe distinção que não seja meramente ideológica e de opção por um modelo de Estado entre os direitos fundamentais – sejam eles individuais ou sociais –, pode-se colocá-los em mesmo nível hierárquico. E em um confronto poderão, dependendo das circunstâncias, prevalecer os direitos sociais em detrimento dos individuais.²⁴ Sendo assim, parece que a ponderação de bens é o melhor caminho. Não há como deixar de concordar com Sarmento, que coloca todos os princípios de direito que envolvem os direitos fundamentais submetidos unicamente ao princípio da dignidade da pessoa humana²⁵, dele devendo derivar todo o direito, posicionamento este que encontra respaldo em Vieira de Andrade²⁶.

Não há, porém, que se desprezar o fato da existência de limites financeiros para realização das despesas com o exercício dos direitos fundamentais. É uma realidade concreta que os Estados podem dispor de recursos para custear a sua atividade à medida que haja o ingresso suficiente de receita. Os gastos ficam, portanto, adstritos a um orçamento público, o qual faz a previsão de receita e indicando a fonte da arrecadação ao tempo em que limita a execução da despesa e contempla, excluindo ou restringindo gastos com certos direitos, as prioridades definidas pelo Executivo e pelo Legislativo mediante o devido processo. Ao mesmo tempo, tem sido tarefa do Executivo decidir as prioridades no momento da execução do orçamento, ou seja, quais tarefas se realizarão prioritariamente²⁷ e, caso o ingresso de recursos seja inferior ao previsto, quais deixarão de se realizar. Mas a não-efetivação de direitos fundamentais sociais não pode ter por obstáculo a explicação de que existe “não-previsão orçamentária” ou que, tendo sido prevista, ocorreu “exaurimento de recursos orçamentários”. Acontece que a elaboração do orçamento deve contemplar todas as diretrizes estabelecidas na Constituição, e não há que se privilegiar certos direitos em detrimento de outros. E o mesmo se diga quando ocorre a execução do orçamento por parte do administrador público,

24 GALDINO, F. Op. Cit., p. 210-211.

25 SARMENTO, D. Ponderação de interesses na Constituição Federal, p. 75.

26 ANDRADE, J. C. V. de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, p. 371.

27 KRELL, A. J. p. 242.

que tem sua discricionariedade limitada à vista dos direitos consagrados na Constituição. O estabelecimento de prioridades orçamentárias deve ser retirado da própria constituição, conforme as diretrizes dela emanadas, sob pena de ser tido como inconstitucional. E o gerenciamento dos recursos orçamentários, por sua vez, deve ter por motivação e limite o mesmo comando constitucional, sem o qual também estaria exorbitando a competência delegada constitucionalmente.

A partir daí, surge a questão: a quem cabe decidir definitivamente nas situações em que há de haver decisão sobre qual direito deve ser privilegiado e qual deverá aguardar sua vez quando não existe receita suficiente para arcar com toda a despesa necessária. Mais precisamente, deve-se ter definido, juridicamente, qual é o papel que o Judiciário deve desenvolver no momento em que o Estado, por meio de suas instituições, é chamado a decidir dentro de possíveis limitações ao custeamento dos direitos, principalmente quando são fundamentais.²⁸ A resposta a isso pode ser encontrada na concepção de Clève o qual alega a existência de duas dimensões dos direitos fundamentais: uma subjetiva e outra objetiva. A primeira diz respeito à condição de direitos subjetivos que autorizam o titular a reclamar em juízo determinada ação (omissiva ou comissiva). A segunda compreende o dever de respeito e compromisso dos poderes constituídos com os direitos fundamentais, aos quais vincula também o Judiciário²⁹.

E na esteira do ensinamento de Alexy, quando da tensão entre dois princípios reconhecidos pelo ordenamento constitucional vigente – que no caso em questão podem ser definidos como da valorização social do trabalho e da dignidade da pessoa humana de um lado; e de direitos individuais traduzidos pela liberdade de iniciativa e de propriedade de outro, aos quais se pode juntar o dever do Estado em assegurar outros direitos sociais – o Judiciário deve agir de forma a que o princípio de menor peso, segundo circunstâncias e condições particulares do caso concreto, ceda aplicabilidade ao de maior valor, em uma “relação de precedência condicionada”. Não devem ser estipuladas cláusulas de exceção, como nos casos entre conflitos de regras, pois, senão, estar-se-ia limitando o princípio constitucional para situações futuras, quando poderá preceder frente a outros valores com os quais colida. Busca-se, pela máxima da ponderação, avaliar, ante as condições do caso, qual valor detém maior peso, e que deverá prevalecer na ocasião. E, visivelmente, não se pode utilizar um princípio que não é de direito fundamental – da separação

28 Id. Ibid. p.246.

29 CLÈVE, C. M. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 1551.

de poderes – para colidir com direitos sociais em uma clara filiação a uma “dogmática da razão de estado”³⁰, maximizando esse princípio para retirar a aplicabilidade e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais.

Em última análise, não existem princípios constitucionais absolutos ou um princípio constitucional absoluto que, em colisão com outros princípios, precederá independentemente da situação posta³¹. E o Tribunal Constitucional não pode furta-se a confrontar os princípios de direitos fundamentais que estejam colidindo, e nem deixar de justificar de forma fundamentada os motivos que o levam à aplicação de um princípio dogmático em detrimento de outro que é fundamento do Estado e da sociedade. Ainda mais que não se pode negar que os princípios precedidos no caso vertente são mandamentos de otimização, fortes o bastante para preceder aos outros, em praticamente todas as situações de colisão.

6 Considerações Finais

Uma análise do sistema jurídico constitucional brasileiro deve levar em consideração que o debate acerca da programaticidade das normas sobre direitos fundamentais da constituição, em que pese a insistência de grande parte dos doutrinadores no combate à disposição contida no parágrafo único do art. 5º, o qual lhes confere aplicabilidade imediata, perde força a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal, como a emanada na ADIN 1.458-7 – DF, que definiu o inc. IV do art. 7º como norma que vincula o poder constituído à efetividade de uma prestação positiva, ao mesmo tempo em que coloca a questão acerca da efetividade desses direitos em outro patamar.

O problema que se apresenta diz respeito à possibilidade do sistema de controle da constitucionalidade da República Federativa do Brasil, através do seu critério concentrado de controle, proceder de forma a resolver questões ligadas à omissão do poder vinculado em fazer cumprir os direitos inscritos constitucionalmente.

30 CLÈVE, C. M. A **Eficácia dos Direitos Fundamentais sociais**, p. 151. Na perspectiva jurídico-ideológica, é contundente a observação de CLÈMERSON CLÈVE, o qual, fazendo um corte bipolar, defende a idéia de que contemporaneamente se encontram delineadas duas correntes doutrinárias: uma denominada “dogmática da razão do Estado” e outra que chama de “dogmática constitucional emancipatória”. A primeira tem como característica principal a insensibilidade aos institutos que formaram a nova ordem constitucional e a ligação com a manutenção do *statu quo* ao procurar legitimar a atuação do poder político, qualquer que seja ele. A segunda apresenta-se com o objetivo de estudar o texto constitucional à luz da idéia de dignidade da pessoa humana: “Consiste em formação discursiva que procura demonstrar a radicalidade do constituinte de 1988, tendo em vista que o tecido constitucional passou a ser costurado a partir de uma hermenêutica prospectiva que não procura apenas conhecer o direito como ele é operado, mas que, conhecendo suas entranhas e processos concretizadores, ao mesmo tempo fomenta uma mudança teórica capaz de contribuir para a mudança da triste condição que acomete a formação social brasileira.”

31 ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 94.

Isso porque, a natureza normativa e vinculativa das regras e princípios constitucionais sobre direitos fundamentais pode colidir com outros princípios, entre eles os que digam respeito à organização e estrutura do estado e dos poderes, além de outros que lhe possam ser contraditórios.

Tal problemática enseja o estabelecimento de critérios para a solução de conflitos surgidos entre tais espécies normativas, quando da sua aplicação à resolução do caso concreto. A referência não toca às antinomias próprias que surgem quando da contradição entre regras jurídicas, ou entre regras e princípios. Diz respeito às antinomias impróprias, que não resultam de incompatibilidade insuperável entre princípios constitucionais, capazes de serem solucionadas pela aplicação de um princípio em detrimento de outro ou outros, em uma relação de precedência condicionada.

A “teoria dos princípios”, de Alexy, pode ser instrumento importante na solução de colisão de princípios constitucionais, reconhecidamente válidos no sistema normativo brasileiro. Principalmente se aplicada para solucionar o problema enfrentado quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por omissão, que não vêm tendo utilidade prática no ordenamento jurídico, para que efetivamente possa o judiciário dizer o direito, expedindo provimento normativo em caso de inconstitucionalidade derivada de omissão do legislativo.

Para que isso ocorra, se faz necessário que o Tribunal Constitucional brasileiro adote uma postura mais arrojada, menos conservadora e de não submissão a interpretações dogmáticas, como a versada sobre a “separação de poderes”, que não encontram abrigo em uma época na qual a própria doutrina do direito vem buscando e apresentando construções racionais que modifiquem e legitimem a relação do poder com a sociedade, a quem efetivamente são dirigidas as emanações da constituição.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICHI, V.; COURTS, C. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

ALEXY, R. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre: Síntese, v. 17, 1999.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, J. C. V. de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001.



_____. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

BARROS, S. de T. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília – DF: Brasília Jurídica, 1996.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

CLÈVE, C. M. A Eficácia dos Direitos Fundamentais sociais. **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília: ESMPU, n. 8. jul/set, 2003. (degravação)

_____. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GALDINO, F. O Custo dos Direitos. In: BARCELOS, A. P. et al. **Legitimação dos Direitos Humanos**. (Org.) Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

KRELL, A. J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). In **Revista de Informação Legislativa/Senado Federal**, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, n. 36, 1999.

LEDUR, J. F. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

SARLET, I. W. Os direitos fundamentais sociais e o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988. **Direito Público**. v.1, n.2. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003.

SARMENTO, D. **Ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.