

Emenda Constitucional N° 90/2015: do Direito ao Transporte à Questão da Efetividade dos Direitos Sociais

Constitutional Amendment 90/2015: from the Right of Transportation to the Issue of the Effectiveness of Social Right

Marcelo Ferreira Ribas

Universidade Estadual de Londrina, Pós-Graduação Lato Sensu em Filosofia Moderna e Contemporânea. PR. Brasil.
E-mail: marceloferreiraribas@hotmail.com

Resumo

O presente artigo visa abordar a questão da efetividade dos Direitos Sociais a partir da análise da Emenda Constitucional n° 90/2015, que inseriu o transporte no rol dos Direitos Sociais da Constituição Federal. Para tanto, adota-se a metodologia de abordagem dedutiva, posto partir da análise doutrinária do direito material para compreender seus desdobramentos fáticos e, no desenvolvimento da pesquisa, emprega-se a técnica de documentação indireta, mediante o recurso à bibliografia de juristas que discorrem sobre o tema. Depreende-se que o reconhecimento do direito ao transporte como Direito Social apresenta-se como oportunidade para refletir acerca do conceito e da natureza jurídica dos Direitos Sociais e de seu lugar no ordenamento jurídico. Como Direitos Fundamentais, os Direitos Sociais privilegiam a igualdade material na sociedade e, para tanto, demandam prestações por parte do Estado em benefício da população carente. Juridicamente eficazes, a eficácia social ou efetividade encontra óbice na teoria da reserva do possível, por meio da qual o Estado alega insuficiência de recursos a serem dispendidos para a concretização desses direitos. Além disso, há também o poder de disposição do Estado para geri-los discricionariamente, por meio do qual age, por vezes, desconsiderando as expectativas da sociedade. Ao final, propõe-se o aprimoramento dos instrumentos que garantam a participação popular na gestão democrática do orçamento público e na tomada de decisões, em vista da superação dos problemas relativos à efetividade dos Direitos Sociais e, conseqüentemente, da distância existente entre a norma e a realidade.

Palavras-chave: Transporte. Direitos Sociais. Reserva do Possível. Discricionariedade.

Abstract

This article aims to approach the issue of the effectiveness of social rights from the analysis of Constitutional Amendment 90/2015, which inserted the transportation in the roll of social rights of the Federal Constitution. For that, the methodology of deductive approach is adopted, based on a doctrinal analysis of the material law to understand its unfolding events and, during the research development, the technique of indirect documentation is used, through the use of the jurists' bibliography who discourse about the subject. It seems that the recognition of the right to transportation as a social right presents itself as an opportunity to reflect on the concept and legal nature of social rights and their place in the legal system. As fundamental rights, the social rights privilege the material equality in the society and, therefore, demand State provisions in benefit of the poor population. Legally effective, the social effectiveness or effectiveness finds obstacle in the reserve of the possible theory, whereby the State claims insufficient resources to be spent for the realization of these rights. In addition, there is also the State's power to dispose of it at its own discretion, by means of which it sometimes acts in disregard of the society expectations. In the end, it is proposed to improve the instruments that guarantee popular participation in the democratic management of the public budget and in decision-making, in order to overcome the problems related to the effectiveness of social rights and, consequently, the distance between the norm and the reality.

Keywords: *Transportation. Social Rights. Reserve of the Possible. Discretion.*

1 Introdução

A Emenda Constitucional n° 90/2015, promulgada em 15 de setembro de 2015, alterou o artigo 6° da Constituição Federal para neste inserir o transporte entre os Direitos Sociais ali elencados. A novidade legislativa, produto do exercício do Poder Constituinte Derivado de Reforma, para além de alçar o direito ao transporte ao patamar de Direito Social explicitamente reconhecido, também se revela como oportunidade de reflexão acerca do conteúdo jurídico dos próprios Direitos Sociais em geral e da sua finalidade prática, enquanto afetos à vida em sociedade.

Para tanto, o estudo adota a metodologia de abordagem dedutiva, pois parte da análise doutrinária do direito

material para compreender seus desdobramentos fáticos. No desenvolvimento da pesquisa se emprega a técnica de documentação indireta, mediante o recurso à bibliografia de juristas, que discorrem sobre a problemática dos Direitos Sociais.

A discussão se revela pertinente, quando se tem em vista o fato de que o Brasil é um país marcado por desigualdades sociais; é justamente em um contexto de exclusão social que a importância de se discorrer sobre os Direitos Sociais se faz sentir. Como se tratam de Direitos Fundamentais, a função social do intérprete da norma se desvela sobremaneira, pois a este cumpre extrair do texto a interpretação, que possibilite a máxima efetividade de direitos, com o intuito de viabilizar condições reais de igualdade a todos os indivíduos da sociedade

para que cada um busque o seu desenvolvimento pessoal e também contribua para o bem comum da coletividade. Sob esse prisma, submete-se à análise o direito que a referida Emenda Constitucional pôs em relevo, pois esta deve influir na concreta promoção da justiça social, afastando a possibilidade de se tornar letra morta da lei.

O presente artigo visa destacar a relevância dos Direitos Sociais no contexto Constitucional, perfazendo um itinerário que, partindo da análise da EC nº 90/2015, sobre o Direito Social ao transporte, adentra nos fundamentos teóricos sobre os quais se erige o estatuto jurídico desses direitos no constitucionalismo brasileiro atual. Ao final, sem pretender exaurir o assunto, visa-se esboçar um aporte teórico à problemática da efetividade dos Direitos Sociais, vislumbrando possibilidades de superação da distância existente entre a norma e a realidade ou, em termos kelsenianos, entre o *dever ser* e o *ser*, para que tais direitos saiam do papel para incidir no mundo da vida.

2 Desenvolvimento

2.1 EC Nº 90/2015 e o Direito Social ao transporte

O processo legislativo que produziu a Emenda Constitucional em pauta teve origem na Proposta de Emenda à Constituição nº 90/2011, apresentada na Câmara dos Deputados em 29 de setembro de 2011, de autoria da Deputada Federal Luiza Erundina e outros parlamentares. Na justificativa, a autora destacou o papel do transporte na dinâmica da sociedade contemporânea, posto se tratar de instrumento viabilizador da mobilidade das pessoas e do acesso destas aos bens e serviços produzidos, para disso concluir que “o maior ou menor acesso aos meios de transporte pode tornar-se determinante à própria emancipação social e ao bem-estar daqueles segmentos que não possuem meios próprios de locomoção” (BRASIL, 2011, p.2).

Na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara, o relator emitiu voto favorável quanto à constitucionalidade da proposta, o que foi seguido por seus pares. No relatório, fez menção à natureza instrumental do direito ao transporte, afirmando que se trata de direito-meio para o acesso da população aos demais Direitos Sociais, como a educação, a saúde, a alimentação, entre outros que são fins em si mesmos.

Ainda, nessa Casa Legislativa, uma comissão especial de parlamentares foi constituída com o encargo de aprofundar a discussão da matéria. Foram promovidas audiências públicas e seminários regionais com a participação de diversos representantes da sociedade civil que, nessas ocasiões, puderam expor suas contribuições.

Aprovada na Câmara dos Deputados, a proposta foi remetida ao Senado Federal, tendo sido autuada sob nº 74/2013. Submetida à nova análise de constitucionalidade, desta vez operada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, o voto favorável do relator salientou

a pertinência da proposta para corrigir a omissão do texto Constitucional quanto ao reconhecimento explícito do Direito ao transporte como Direito Social. Nessa Casa, a proposta também foi aprovada segundo o rito próprio para as Emendas Constitucionais.

Vencidas as etapas do processo legislativo, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal promulgaram, em 15 de setembro de 2015, a Emenda Constitucional nº 90, que alterou a redação do artigo 6º do texto Constitucional para neste incluir o transporte como Direito Social. Contemplando o novo direito, assim restou a redação final:

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.

Durante o trâmite da proposta, mais precisamente durante o ano de 2013, diversas manifestações populares eclodiram em todo o país para expressar a insatisfação do povo quanto à situação política, econômica e social do Brasil. Entre as várias reivindicações, destacou-se a cobrança de melhorias no serviço público de transporte, que foi inclusive o estopim para o acontecimento dos protestos. Embora não seja possível mensurar o impacto das manifestações na aprovação da proposta de Emenda, em específico, não se pode negar que o fenômeno social expôs que o transporte continua sendo uma questão sensível, que afeta toda a sociedade e que, por isso, deve merecer maior atenção do Estado. O brado das ruas, certamente, se fez ouvir pelos Poderes da República, contribuindo para conferir legitimidade ao reconhecimento do Direito ao transporte como Direito Social.

Mesmo não havendo expressa menção do Direito Social ao transporte antes da promulgação da EC nº 90/2015, há quem se debruçasse sobre o tema, o resultado de suas reflexões não poderia ser diferente. Contudo, era necessário o emprego da hermenêutica para extrair do texto Constitucional os fundamentos desse entendimento. Com efeito, da leitura do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República (art. 1º, III), em conjunto com o Direito à liberdade de locomoção de pessoas e bens (art. 5º, XV), tutelado pelo *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII), entre outros dispositivos esparsos no texto Constitucional (a exemplo, os artigos 7º, IV; 144, §10, I; 208, VII; 227, §2º; 230, §2º e 244), é possível conceber a natureza social do transporte como substrato ao exercício dos Direitos Fundamentais, ou seja, como direito básico para o usufruto dos demais direitos. Na ordem internacional, a importância desse direito é corroborada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos que, no artigo 13, o reconhece como Direito humano.

De fato, sem transporte, ou havendo sua prestação sob condições precárias, o âmbito da liberdade de locomoção do ser humano fica reduzido, sendo a consequência trágica que disso resulta a privação do gozo pleno dos demais Direitos Fundamentais Sociais, como educação e saúde, pela não

disposição de meios para se ter acesso a esses bens.

Além disso, a realidade social é rica em exemplos que denotam o caráter essencialmente social do tema. É de conhecimento notório que, todos os dias, milhões de brasileiros se locomovem em direção aos locais de trabalho ou de prestação de serviços, públicos ou privados, e destes para suas casas, servindo-se de meios de transporte em más condições, o que coloca em risco a incolumidade das pessoas. Os acidentes de trânsito vitimam milhares de vidas e as Políticas Públicas voltadas para essa área nem sempre surtem o efeito esperado. Esses são apenas alguns exemplos que atestam que os graves problemas na área de transporte extrapolam a esfera dos interesses individuais por afetar um grande número de pessoas.

O advento da EC nº 90/2015 teve o mérito de explicitar o que a Constituição já comportava de modo tácito, reconhecendo expressamente o *status* de Direito Social ao direito ao transporte, por força do peso que exerce na ordem social brasileira e que, a partir de então, encontra-se no mesmo grau de importância que os consagrados direitos à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, entre outros que constam no artigo 6º do texto Constitucional.

Diante de uma Emenda Constitucional que traz em seu bojo um direito eminentemente social, cabe-se perguntar se a medida pode realmente afetar a vida das pessoas. A alteração de um texto normativo é capaz, por si só, de transformar a realidade social, ou seja, de promover melhorias no âmbito do transporte, que é o que a população anseia?

Na verdade, a compreensão do real impacto dessa mudança do texto Constitucional na vida das pessoas perpassa, necessariamente, o entendimento do que constituem os próprios Direitos Sociais, já que o direito ao transporte foi reconhecido como tal. Assim, devem-se explicitar os denominadores comuns, que identificam diferentes direitos como Direitos Sociais, e expor a problemática da efetividade que os envolve. Com a elucidação do papel que tais Direitos Fundamentais desempenham na ordem Constitucional brasileira é possível delinear eventual resposta à questão posta supra e, talvez, oferecer subsídio para a concretude dos Direitos Sociais e, notadamente, do direito ao transporte.

2.2 Direitos Sociais: conceito e natureza jurídica

Para se tecer considerações acerca dos Direitos Sociais e do posto que estes ocupam na configuração Constitucional, preliminarmente, faz-se necessário desenvolver uma concepção que melhor apreenda o conceito e a natureza jurídica de tais direitos. Nesse sentido, é imprescindível recorrer à vasta gama de definições que a doutrina jurídica apresenta.

Para Bulos (2014, p. 809) os Direitos Sociais consistem em “liberdades públicas que tutelam os menos favorecidos, proporcionando-lhes condições de vida mais decentes e condignas com o primado da igualdade real”. Semelhante entendimento apresenta Moraes (2011, p.206), que os

entende como “verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes”. Em ambos os autores, observa-se a tônica subjetiva de suas definições ao colocar em relevo a liberdade do indivíduo, já que este só é verdadeiramente livre para desenvolver suas potencialidades como pessoa humana se, antes, suas necessidades vitais básicas forem atendidas, o que implica na necessária intervenção do Estado para o seu suprimento.

Por sua vez, para Silva (2005, p.286), os Direitos Sociais são:

Prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta e 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.

A definição supracitada apresenta acento objetivo, já que identifica os Direitos Sociais com as ações estatais prestadas à população mais carente. Entretanto, Sarlet (2012, p.553), partindo da teoria geral dos Direitos Fundamentais, a concepção não deve se encerrar à mera prestação de cunho material, pois esta é apenas uma das suas funções:

[...] visto que também assumem uma nítida função defensiva (negativa), atuando como proibições de intervenção, além de implicarem prestações do tipo normativo (prestações jurídicas), inclusive de feição organizacional e procedimental.

Assim, o autor amplia o seu horizonte conceitual para afirmar que os Direitos Sociais comportam dupla dimensão, sendo uma negativa (defensiva) e outra positiva (prestacional). A função defensiva consiste na imposição de não interferência por parte do Estado, no sentido de que a este é vedado lesionar ou ameaçar de lesão tais Direitos Fundamentais; concomitantemente, desvela-se a função prestacional que, por sua vez, engloba tanto a prestação efetiva do serviço social como também a prestação normativa, isto é, a criação de regulamentos e de todo o aparato estatal que a prestação regular do serviço demanda.

Embora cada autor apresente uma definição própria, acentuando um ou outro aspecto, é consenso de que os Direitos Sociais reclamam a atuação positiva do Estado, a quem incumbe propiciar condições mínimas de vida digna a todos, o que significa “oferecer meios materiais imprescindíveis à efetivação dos direitos individuais” (RAMOS, 2012, p.502). É evidente o interesse social imbricado nesses direitos, que transcende a esfera da realização individual, pois um ser humano bem-educado, saudável, bem alimentado, com trabalho digno, com transporte de qualidade, etc., isto é, que usufrua dos benefícios que os Direitos Sociais comportam, tem condições de se realizar como pessoa e de contribuir para o bem-estar da coletividade à qual pertence.

Em sua essência, os Direitos Sociais são direitos-meio para o exercício de todo e qualquer direito. A natureza instrumental é reforçada por André Ramos Tavares, que afirma que:

De nada vale assegurarem-se as clássicas liberdades se o indivíduo não dispõe das condições materiais necessárias a seu aproveitamento. Nesse sentido, e só nesse sentido, é que se afirma que tal categoria de direitos se presta como meio para propiciar o desfrute e o exercício pleno de todos os direitos e liberdades. Respeitados os direitos sociais, a democracia acaba fixando os mais sólidos pilares (2012, p.503).

Segundo a teoria das gerações (ou dimensões) de Direitos Humanos, atribuída ao jurista tcheco Karel Vasak, que a desenvolveu a partir do lema da Revolução Francesa, “Liberdade, Igualdade, Fraternidade” (MAZZUOLI, 2014, p.43), os Direitos Sociais, juntamente com os direitos econômicos e culturais, são considerados Direitos Humanos de segunda geração. Segundo essa classificação, os Direitos de primeira geração (civis e políticos) são direitos ligados à liberdade, enquanto os direitos de segunda geração (sociais, econômicos e culturais) assentam-se na igualdade; por sua vez, à fraternidade correspondem os direitos de terceira geração, como meio ambiente, desenvolvimento, paz, entre outros.

Para além de consistir em uma divisão didática dos Direitos Humanos, o que a teoria das gerações ou dimensões pretende expressar é que tais direitos surgiram como desdobramentos históricos do princípio da dignidade da pessoa humana, e que esse processo continua em andamento à medida que surgem novos direitos. Por essa razão, leciona Inocêncio Mártires Coelho, invocando o pensamento de Bobbio (2009, p. 758-759), que:

[...] as sucessivas gerações de direitos, a rigor, não passam de especificações, como novos direitos, de um núcleo originário ou de um conteúdo essencial de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, e que se vai revelando, progressivamente, à medida que tomamos consciência de que a fórmula inicial — por sua generalidade e abstração — já não atende às necessidades do homem concreto, como sujeito de direitos que exigem tratamento diferenciado, para se tornarem efetivos, dada a singularidade dos seus titulares.

Gradualmente, à medida que os Direitos Humanos foram reconhecidos e positivados nos textos Constitucionais dos Estados, tornaram-se Direitos Fundamentais. Quanto aos direitos de segunda geração, estes foram “introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX” (BONAVIDES, 2004, p.564), e passaram por etapas distintas de desenvolvimento.

Em um primeiro momento, estes direitos sofreram certa desconfiança quanto à eficácia jurídica de suas normas, porque não eram imediatamente aplicáveis, haja vista envolverem prestações materiais exigidas do Estado, que dependem da disponibilidade de recursos. Posteriormente, tais direitos receberam novo tratamento, tendo sido:

[...] remetidos à esfera dos chamados direitos programáticos, em virtude de não conterem para a sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade (MAZZUOLI, 2014, p. 44).

Desse modo, relegados à categoria de normas programáticas, tais direitos serviram apenas para orientar a atuação dos Poderes constituídos. Finalmente, em vias de superação da crise de executividade, as diversas Constituições dotaram os direitos de segunda geração de aplicabilidade imediata, movimento este seguido pela Constituição brasileira de 1988, conforme expresso no artigo 5º, § 1º, que dispensou o mesmo tratamento a todas as normas de Direitos Fundamentais, incluindo aí os Direitos Sociais. Desde então:

[...] os direitos fundamentais da segunda geração tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma (BONAVIDES, 2004, p.565).

Ainda, quanto aos Direitos Sociais Silva (2005) afirma que a ordem social, âmbito em que foram primeiramente inseridos, recebeu tratamento jurídico apenas quando as Constituições passaram a discipliná-la, tendo sido pioneira nesse aspecto a Constituição Mexicana de 1917. No Brasil, a tradição foi inaugurada pela Constituição de 1934 e seguida pelas Constituições posteriores, que disciplinavam a ordem social em conjunto com a ordem econômica. Dessa mescla era possível extrair alguns Direitos Sociais explicitamente reconhecidos.

A Constituição de 1988 inovou ao disciplinar separadamente a ordem social (Título VIII) da ordem econômica (Título VII) e, da primeira, destacar os Direitos Sociais para dispô-los em capítulo à parte (capítulo II), em título inerente aos Direitos e garantias fundamentais (Título II). Conforme adverte Silva (2005, p.285) com o novo arranjo “não ocorre uma separação radical, como se os Direitos Sociais não fossem algo ínsito na ordem social. O artigo 6º mostra muito bem que aqueles são conteúdo desta”. Na verdade, o que fez o constituinte foi cindir a matéria (Direitos sociais) da forma (ordem social), o que mereceu crítica do autor. Contudo, a distinção não pretendeu denotar a existência de objetos distintos, até porque estão interligados.

No entanto, se existe tal conexão, qual foi o motivo dessa opção do constituinte? Parece razoável o entendimento de Clève (2003, p.19):

A Constituição de 88 adotou, do ponto de vista da técnica legislativa, uma metodologia distinta em relação à matéria. Ninguém reconhece que, no Brasil, outros textos constitucionais já dispuseram, de maneira fragmentada, a propósito deste tema. Ocorre que, insere-se um dispositivo contemplando esses direitos como verdadeiros direitos fundamentais, introduzindo-o, portanto, no título adequado.

Assim, compreende-se que a intenção do constituinte em dispor os Direitos Sociais em capítulo próprio da Constituição foi de evidenciá-los como Direitos Fundamentais, “deixando para tratar, na ordem social, de seus mecanismos e aspectos organizacionais” (SILVA, 2005, p.285). É possível vislumbrar um novo paradigma que o texto Constitucional de 1988 inaugura: o tratamento diferenciado dado aos Direitos

Sociais, sem precedentes na história Constitucional do país, expressa que, na nova ordem jurídica, o Estado brasileiro está fortemente comprometido com a efetivação desses direitos.

Embora o artigo 6º contenha importantes Direitos Sociais, cabe salientar que o rol ali apresentado é meramente exemplificativo, sem pretensão de encerrar em si toda a matéria. Por força do artigo 5º, §2º, a Constituição Federal reconhece a possibilidade de haver outros Direitos Sociais, implícitos ou explícitos, que estejam distribuídos em outras partes do texto Constitucional e até mesmo em tratados internacionais, conferindo-lhes igual proteção.

Retomando o histórico da abordagem do tema pelas Constituições brasileiras pretéritas, e detendo-se na peculiaridade do texto Constitucional vigente, Sarlet (2012, p.543) observa que é “facilmente perceptível que o art. 6º, onde estão sediados os direitos sociais básicos (sem prejuízo dos direitos específicos dos trabalhadores e outros direitos sociais), insere-se num contexto mais amplo no plano constitucional”. De fato, o artigo não se encontra isolado, mas interligado com o sistema de proteção desses direitos, que se estende por todo o texto. Note-se que, já no Preâmbulo, há o compromisso de instituir um Estado Democrático destinado a assegurar os direitos sociais; que no artigo 1º, III, esse mesmo Estado tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, o que é, aliás, um importante princípio que:

Atua como verdadeiro fio condutor relativamente aos diversos direitos fundamentais, reforçando a existência de uma recíproca complementaridade entre os direitos civis e políticos (por muitos, designados de direitos individuais ou direitos de liberdade) e os direitos sociais, na medida em que os direitos fundamentais (ainda que não todos e não da mesma forma) expressam parcelas do conteúdo e dimensões do princípio da dignidade humana (SARLET, 2012, p.543).

Quanto à titularidade dos direitos sociais, como derivam do postulado da dignidade da pessoa humana, logo se conclui que todo ser humano é seu titular. Contudo, na prática, voltam-se especialmente à tutela dos indivíduos socialmente vulneráveis, que necessitam de atendimento especial em vista do estabelecimento de maior equilíbrio nas relações sociais. Com efeito, tais direitos implicam na adoção de ações estatais de caráter afirmativo que impõem tratamento desigual a sujeitos desiguais com o intuito de promover a igualdade material.

A outra face dos direitos sociais, relativa ao dever de realizar ações para concretizá-los, também merece atenção. A Constituição conferiu ao Estado, como destinatário desses direitos, o encargo de atender tais direitos pelo fato de que o Estado detém a função primordial de buscar o bem comum, o que significa “melhorar a vida humana, evitando tiranias, arbítrios, injustiças e abuso de poder” (BULOS, 2014, p. 809).

Embora as situações sociais concretas denotem o desempenho insuficiente do ônus Constitucional que lhe compete, mesmo assim não se duvida de que o Estado continua a exercer o importante papel de promotor dos

Direitos Fundamentais do homem e, nesse sentido, reconhece Coelho (2009, p.757-758) que:

[...] foi graças à atuação estatal - ora mais agressiva, ora menos intensa - que os direitos sociais, antes reconhecidos apenas por indivíduos altruístas ou generosos, lograram alcançar o status de direitos fundamentais, vale dizer, a condição de direitos oponíveis *erga omnes* - até mesmo contra o Estado, que, ao constitucionalizá-los, dotou as suas normas da injuntividade, por menor que seja, com que esses novos direitos iniciaram a luta pela sua efetivação.

Como o Estado é o sujeito passivo dos direitos sociais, vale dizer, é este quem suporta a efetivação desses direitos, não podendo se imiscuir do ônus por imposição Constitucional, logo se deduz que os direitos sociais têm natureza creditícia, pois envolvem poderes de exigir prestações positivas dos Poderes Públicos (BULOS, 2014, p. 809). Segundo Krell (1999, p.240):

Os direitos fundamentais sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos por meio do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais. O Estado, por meio de leis, atos administrativos e da criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas ‘políticas sociais’ (educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.

A exigibilidade é uma característica importante dos direitos sociais; se a efetivação de direitos é dever do Estado, reconhece-se aos cidadãos a prerrogativa de demandar do Estado as medidas, que satisfaçam seus direitos. Assim, a efetividade dos direitos sociais depende, necessariamente, da atuação do Poder Público, o que nem sempre é realizado a contento, como se verá a seguir.

2.3 Uma questão crucial: a efetividade dos direitos sociais

Ao percorrer o estatuto jurídico dos direitos sociais na ordem Constitucional pátria, um obstáculo surge no itinerário, o que Bulos (2014, p.810) denomina, metaforicamente, de “nó górdio da questão”, o problema da efetividade desses direitos. Em um primeiro momento, a Constituição de 1988 reuniu os anseios da sociedade brasileira e os positivou como Direitos Fundamentais; agora, o momento é de fazer com que tais direitos saiam do papel para serem plenamente realizados.

Silva (1999, p.51) considera que as normas jurídicas, e entre estas se incluem as normas Constitucionais, têm em comum o fato de terem sido criadas para incidir na realidade concreta, produzindo nos fatos os efeitos pretendidos. Uma norma jurídica nasce para ser aplicada, e a “aplicabilidade exprime uma possibilidade de aplicação”, ou seja, de atuação concreta da norma.

A aplicabilidade se conecta à noção de eficácia normativa que, por sua vez, manifesta-se nos planos jurídico (eficácia jurídica) e social (eficácia social). A eficácia jurídica denota a possibilidade de uma norma produzir efeitos na ocorrência dos eventos, aos quais se destina a regular, porém, desde o seu ingresso no ordenamento jurídico, já produz efeitos

jurídicos à medida que esvazia a força normativa dos demais regramentos, que lhe são contrários, revogando-os, bem como impede o aparecimento de normas que lhe contrariem. Por sua vez, a eficácia social consiste na concretização do comando normativo, e a essa realização do direito se denomina de efetividade.

Efetuada oportunamente a distinção, compreende-se que “são aplicáveis, segundo esse dizer, todas as normas Constitucionais, pois todas são dotadas de eficácia jurídica” (TEMER, 2008, p.25). Assim, as normas que definem os direitos sociais produzem efeitos jurídicos desde a sua edição, impedindo o surgimento de qualquer lei ou ato normativo incompatível com o seu conteúdo, bem como revogando as disposições contrárias. Corroborar essa compreensão o fato de que tais direitos são extensivamente interpretados como cláusula pétrea (artigo 60, §4º, IV), vale dizer, que consistem em limitações materiais, que impedem o surgimento de inovações, que lhes apresentem oposição.

Abordada a tese de que os direitos sociais são juridicamente eficazes, cabe agora firmar a convicção de que também são efetivos, ou seja, de que são também socialmente eficazes. Em princípio, é possível afirmar que eventual descon sideração da efetividade dos direitos fundamentais e, de modo especial, dos direitos sociais, implica em inevitável retrocesso na marcha histórica das conquistas sociais plasmadas no texto Constitucional de 1988. Isso porque, em momentos anteriores, tolerou-se a discrepância de um texto Constitucional, que enunciava direitos que, na prática, estavam distantes do que as pessoas concretamente viviam, o que resultava na inoperância das normas de direitos sociais.

Acerca desse período pré-Constituição de 1988, descreve Barroso (2009, p.218):

Além das complexidades e sutilezas inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, havia no país uma patologia persistente, representada pela insinceridade constitucional. A Constituição, nesse contexto, tornava-se uma mistificação, um instrumento de dominação ideológica, repleta de promessas que não seriam honradas. Nela se buscava não o caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce. A disfunção mais grave do constitucionalismo brasileiro, naquele final de regime militar, encontrava-se na não-aquiescência ao sentido mais profundo e consequente (*sic*) da lei maior por parte dos estamentos perenemente dominantes, que sempre construíram uma realidade própria de poder, refratária a uma real democratização da sociedade e do Estado.

A “insinceridade constitucional”, nos termos empregados pelo autor supra, configurava um quadro sintomático de certa letargia quanto à incongruência latente entre norma e realidade, que persistiu sem maiores incômodos. Ainda que os direitos fossem mencionados no texto, não havia comprometimento real com a sua implantação, e esse estado de coisas era apaticamente tolerado, em prejuízo da população mais carente de acesso a direitos essenciais. Não é por acaso que “a doutrina da efetividade consolidou-se no Brasil como um mecanismo eficiente de enfrentamento da insinceridade normativa e de superação da supremacia política exercida fora

e acima da Constituição” (BARROSO, 2009, p.218).

Uma importante novidade trazida à experiência Constitucional brasileira em 1988 está expressa no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, que confere eficácia social às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Isso significa que tais normas são de aplicabilidade imediata, produzindo seus efeitos desde logo, ou seja, são direitos que podem ser invocados imediatamente, sem dependerem de regulamentação posterior para produzir efeito. Enquanto Direitos Fundamentais se submetem a esse regime, tanto os direitos individuais quanto os direitos sociais.

A aplicabilidade imediata expressa que os direitos sociais têm plena eficácia, o que afasta a ideia de que consistem em normas programáticas, ou seja, de que são meras diretrizes sobre as quais se pauta a atuação dos Poderes Públicos e que, portanto, têm eficácia diferida. Porém, ainda que se reconheça o avanço proposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição, a medida não resolve, por si só, os problemas que cercam a efetividade dos direitos sociais.

Considerando que os direitos sociais exigem prestações positivas do Estado, a sua realização depende da disposição de recursos financeiros, humanos e físicos a serem alocados para essa finalidade. É preciso que toda a máquina estatal se movimente para o atendimento das demandas sociais. Entretanto, é comum que o Estado alegue insuficiência de recursos para serem dispendidos com serviços sociais, e essa justificativa representa um limite fático à efetividade dos direitos sociais, que é relegada ao campo da disponibilidade financeira para executá-los, postergando seus efeitos na vida concreta de quem mais depende da assistência estatal.

A dependência de fatores econômicos para a realização de direitos é conhecida na doutrina como teoria da reserva do possível, tese que sustenta que a efetividade dos direitos sociais se reserva à capacidade financeira estatal para dar-lhes pleno cumprimento. Conforme explicita Krell (1999, p. 246):

Essa teoria, na verdade, é uma adaptação da jurisprudência constitucional alemã (*Vorbehalt des Möglichen*), que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos. Ao mesmo tempo, a decisão sobre a disponibilidade dos mesmos estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos (composição de orçamentos).

Além da disponibilidade real de recursos, a reserva do possível aborda também a capacidade jurídica do Estado para deles dispor, isto é, a competência para administrar os recursos, definir gastos e afetá-los para o atendimento das demandas sociais. Sarlet (2008, p.23) considera que a possibilidade material (recursos disponíveis) e a possibilidade jurídica de disposição constituem “duas facetas diversas, porém intimamente entrelaçadas, que caracterizam os direitos fundamentais sociais prestacionais”.

O poder de disposição expõe que as deliberações acerca do planejamento de Políticas Públicas e dos recursos afetados para a sua execução se situam no campo da discricionariedade, que

consiste na liberdade de atuação que a lei confere aos agentes públicos para escolher entre duas ou mais opções amparadas pelo ordenamento jurídico, segundo critérios de oportunidade e conveniência. Consta-se que tanto os administradores quanto os legisladores dispõem de discricionariedade para decidir acerca de quais Políticas Públicas serão custeadas e do quanto de recursos serão a estas destinadas, seguindo um modelo que prescinde da participação das demais instituições e da sociedade em geral em sua elaboração.

Assim, por vezes, sem envolver os interessados, o Estado age a par das expectativas da população. Não raras vezes, graças a decisões discricionárias, os recursos disponibilizados para a efetivação dos direitos sociais se revelam insuficientes para tanto, ou ainda, são mal administrados, prejudicando especialmente as pessoas às quais se destinam as ações de assistência pública. É por essa razão que:

Quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, assim como do próprio processo de administração das políticas públicas em geral (SARLET, 2008, p.26-27).

Portanto, tendo em vista o custo dos direitos sociais e a necessidade da correta disposição de recursos, há que se buscar um novo paradigma tanto para a organização de Políticas Públicas quanto para a gestão do orçamento público para que se priorize a efetivação dos Direitos Sociais. Uma possibilidade a ser explorada consiste no desenvolvimento de instrumentos de participação dos diversos seguimentos sociais no desenvolvimento de Políticas Públicas em todas as suas fases, do planejamento à execução e avaliação dos resultados, como meio de atender as reais demandas da população. Quanto aos recursos públicos, uma via aberta é o aprimoramento do que Ingo Wolfgang Sarlet denomina de gestão democrática do orçamento público, que contemplaria ampla participação da sociedade no estabelecimento de gastos prioritários para o Estado, como forma de dispor de recursos suficientes para a concretização dos direitos sociais.

Em ambas as possibilidades, fica evidente a imposição de maior limitação à discricionariedade dos agentes públicos. Não se pretende, contudo, suprimi-la, haja vista o fato de que é um poder conferido pelo ordenamento jurídico ao Estado e que se faz necessário pela “impossibilidade de o legislador catalogar na lei todos os atos que a prática administrativa exige” (MEIRELLES, 2004, p.117).

Mesmo encontrando limites na lei, o que a impede que se torne um poder arbitrário, a discricionariedade permite grande liberdade de ação dos agentes públicos que, em nome do interesse público, realizam suas escolhas que nem sempre privilegiam o real bem-estar da população, embora tal decisão tenha o respaldo do direito. Todavia, como o interesse público envolvido não é destes, mas de toda coletividade, “é esta comunidade, e não outras entidades tutelares, que deve

decidir o que deseja e a forma como executar o que tenciona” (DAL BOSCO, 2009, p.231), o que justifica maior restrição da discricionariedade em vista do atendimento preferencial dos direitos sociais.

Visando estabelecer um parâmetro objetivo para a discricionariedade, Dal Bosco (2009, p. 231) propõe que:

A situação que se apresenta no caso concreto deve ser analisada, sempre, com a atenção voltada ao atendimento do básico essencial aos administrados, sendo somente a partir desse pressuposto que se poderia permitir, ao poder público, decidir, de forma discricionária, no que se refere às políticas públicas.

Pelo critério de atendimento das necessidades básicas do ser humano, impõe-se aos Poderes Públicos que, em primeiro lugar, providenciem a efetivação imediata dos direitos sociais que, pela essencialidade desses direitos, não podem ter sua concretização protelada sob o argumento da reserva do possível. Somente após o cumprimento de sua obrigação básica, qual seja, a da observância prioritária dos direitos sociais em vista da construção de uma sociedade justa, conforme ideal positivado como objetivo da República (artigo 3º, I, da Constituição Federal), estaria o agente público autorizado a efetuar gastos públicos em outras áreas, de acordo com a oportunidade e a conveniência, que informam a discricionariedade.

4 Conclusão

A Emenda Constitucional nº 90/2015, que reconheceu o transporte como direito social, trouxe em evidência o papel desempenhado por esses direitos na ordem Constitucional brasileira, e discorrer sobre o tema se fez fundamental para compreender a importância da novidade operada pelo Poder Constituinte Derivado de Reforma.

Enquanto Direitos Fundamentais, os direitos sociais proporcionam condições básicas de vida digna aos indivíduos como forma de realização da igualdade material. Voltados ao atendimento de pessoas carentes, consistem em prestações exigíveis do Estado, que detém esse ônus, porque sua finalidade consiste na promoção do bem comum. Contudo, ante o custo financeiro dos direitos sociais, a questão da efetividade desses direitos encontra obstáculo na alegada falta de recursos disponíveis, conforme sustentado pela teoria da reserva do possível. Por essa razão é que o Estado procrastina a eficácia social dos direitos sociais, que ficam na reserva do financeiramente possível de ser executado.

Em busca de superar a tese da reserva do possível, é necessário limitar a discricionariedade do Estado no desenvolvimento de Políticas Públicas e na disposição dos recursos públicos mediante o aprimoramento dos instrumentos, que garantam a participação de todos os atores sociais e a gestão democrática do orçamento público. Assim, como primeira interessada, a coletividade definiria suas prioridades em vista do interesse público.

Isto posto, deduz-se que a EC nº 90/2015, sozinha, não

tem o condão de transformar, imediatamente, a realidade do transporte na sociedade brasileira. Aliás, nem mesmo qualquer interpretação do dispositivo pode, por si, garantir a realização desse e dos demais direitos sociais. Ainda que não incida diretamente nos fenômenos sociais, a reflexão, contudo, é sempre válida como o primeiro passo dado para a transformação da realidade concreta, pois confere subsídios à ação. Assim, ciente de que a reserva do possível e a discricionariedade consistem em entraves à efetivação dos direitos sociais, a sociedade pode e deve pleitear dos seus representantes políticos o pleno cumprimento dos dispositivos Constitucionais.

Como o Estado assumiu para si a obrigação de prestar os direitos sociais, deve cumpri-lo prioritariamente, pois o que está em jogo é o bem-estar da pessoa humana, sobretudo, daquelas mais desprovidas do necessário à manutenção da vida com dignidade. E, se não o faz, dele deve ser exigido o contrário. Não se concebe mais deixar ao alvitre do Estado a decisão do que é melhor para o interesse público; a efetividade dos direitos sociais depende do comportamento ativo da sociedade no sentido de cobrar a satisfação de suas necessidades.

Somente ampliando os espaços de participação popular na tomada de decisões, tanto na elaboração de Políticas Públicas quanto ao gerenciamento dos Recursos Públicos, é que se desponta a possibilidade de aproximação entre norma e realidade, de modo que o direito preceituado no texto Constitucional seja plenamente gozado por seus destinatários.

Referências

BARROSO, L.R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº 90, de 2011*. Dá nova redação ao art. 6º da Constituição Federal, para introduzir o transporte como direito social. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/>

proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?

codteor=925887&filename=PEC+90/2011>. Acesso em: 22 set. 2016.

BULOS, U. L. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CLÈVE, C.M. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Rev. Crítica Juríd.*, n.22, p.17-29, 2003.

COELHO, I.M. Direitos sociais. In: BRANCO, P.G.G.; COELHO, I.M.; MENDES, G. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.757-764.

DAL BOSCO, M.G. Novo conceito da discricionariedade em políticas públicas sob um olhar garantista, para assegurar direitos fundamentais. In: BARUFFI, H. (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos em homenagem aos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e aos 20 Anos da Constituição Federal*. Dourados: UFGD, 2009. p.217-240.

KRELL, A.J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Rev. Inform. Legislativa*, v.36 n.144, 1999.

MAZZUOLI, V. O. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Método, 2014.

MORAES, A. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011.

SARLET, I.W. Direitos fundamentais em espécie. In: MARINONI, L.G.; MITIDIERO, D.; SARLET, I.W. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p.349-614.

SARLET, I.W. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 19 out. 2016.

SILVA, J. A. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, A. R. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEMER, M. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.