

Garantia Constitucional dos Direitos Sociais e sua Concretização Jurisdicional

Francisco das C. Lima Filho

Mestre em Direito – UnB, Doutorando em Direito-Universidad Castilla-la Mancha, UCLM, Espanha, Juiz do Trabalho em Mato Grosso do Sul.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direitos fundamentais: características; 2 Direitos fundamentais sociais; 2.1 Caracterização dos direitos sociais; 2.2 Os direitos sociais como direitos prestacionais; 2.3 Os sujeitos dos direitos sociais; 2.4 Positivção constitucional dos direitos sociais; 3 Obrigações do Estado em matéria de direitos sociais; 4 Exigibilidade dos direitos sociais; 5 Mecanismos de garantia e concretização jurisdicional dos direitos sociais; Conclusão; Referências bibliográficas.

PALAVRAS-CHAVE: Garantia constitucional; direitos sociais.

INTRODUÇÃO

Embora a história dos direitos humanos encontre seus antecedentes intelectuais mais remotos na Antiguidade Clássica, especialmente na filosofia de pensadores como Aristóteles, Platão e Sócrates, na realidade, os direitos humanos com o rosto moderno somente começam a ser concebidos a partir do Renascimento, na passagem aos séculos XVI e XVII e com protagonismo principal do século XVIII. Por conseguinte, estavam situados somente na cabeça de alguns ilustres pensadores, ou no ideário moral e político de certos movimentos políticos e sociais, humanistas ou religiosos.

Pode-se afirmar que a reforma protestante, os jusnaturalistas contratualistas e racionalistas que emprestaram sua contribuição para a filosofia da tolerância e dos limites ao poder – político e eclesiástico –, particularmente Locke e Spinoza, o primeiro liberalismo com Rousseau e Condorcet à frente e Kant, constituem o que se pode denominar o marco cultural, ideológico e intelectual da primeira versão moderna dos direitos do homem e do cidadão, que adquire relevância muito especial com as revoluções liberais do século XVIII e suas declarações de direitos, nomeadamente a americana de 1776 e a francesa de 1789 que marcam o rompimento com o Estado absoluto.

Todavia, essa ruptura não implicou no abandono da idéia mesma de Estado, que se consolida precisamente e se aperfeiçoa com a burguesia no poder. É agora o Estado-nação que tem como protagonista o cidadão, não

qualquer cidadão, mas aquele que é titular de certos direitos, exatamente como conseqüência desse *status* ou condição. Por conseguinte, os direitos do homem e os direitos do cidadão se configuram como dois catálogos diferentes que apenas são gozados em sua plenitude pelo homem cidadão que é identificado como varão, branco, nacional e proprietário.

É claro que nesse contexto os direitos tinham um alcance muito limitado, quer sob o ponto de vista teórico ou em relação com o seu conceito e fundamento moral, quer ainda sob o âmbito jurídico-positivo. A distância teórica e prática entre os direitos do homem e os direitos do cidadão se mostra muito grande, na medida em que a cidadania não incluía as mulheres, os não-proprietários (aqueles que, posteriormente, passa-se a denominar classe trabalhadora ou assalariada) e nem mesmo os estrangeiros. Portanto, essa cidadania correspondia basicamente a um tipo humano especial: o tipo humano varão, não-estrangeiro, burguês branco e proprietário (cidadania liberal), o que na prática a tornava vazia de conteúdo.

“Los hombres, todos los hombres, solo gozan de ciertos derechos vinculados con la idea de dignidad humana entendida en un sentido muy reducido (son derechos del liberalismo, básicamente de naturaleza civil – libertad de conciencia, de expresión, de pensamiento, de imprenta o de prensa, etcétera). En la práctica, ni siquiera podrán ejercer con garantías suficientes, en condiciones reales de igualdad, estos derechos que pertenecen – según reza la ideología liberal y sus textos más emblemáticos – a todos los hombres por igual.”¹

Teve-se, pois, de esperar os séculos vindouros, os autores e os movimentos políticos mais avançados, desde o pensamento democrático, até o socialista, passando pelo liberalismo progressista no século XIX, para que a idéia de direitos humanos evoluísse progressivamente de uma compreensão da cidadania particularmente restritiva, passando-se primeiro pela luta e pela conquista do sufrágio universal masculino com a incorporação pela classe trabalhadora dos direitos políticos e sua posterior generalização às mulheres.

De fato, o reconhecimento dos direitos humanos fundamentais no constitucionalismo do final do século XVIII representa a transladação ao direito positivo da teoria dos direitos naturais elaborada pelo jusnaturalismo racionalista desde o começo do século precedente. O objetivo era, em ambos os casos, preservar certos valores ou bens morais que se encontravam inatos, inalienáveis e universais, como a vida, a propriedade e a liberdade. Por isso, o titular desses direitos também era o mesmo sujeito abstrato e racional, o homem autônomo e independente portador de direitos naturais, que, em sua qualidade de cidadão e, portanto, guiado só por seus interesses, concluía um contrato social que dava vida artificial às instituições, e

1 AÑON ROIG, Maria José et al. *Lecciones de derechos sociales*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004. p. 15-16.

que na condição de proprietário, movido assim mesmo só por interesse, pactuava sucessivos negócios jurídicos de acordo com certas regras formais fixas e seguras, sem que fosse relevante a condição social de quem negociasse, nem que coisas se intercambiavam. Por conseguinte, o conteúdo, aquele que representa a cara obrigacional que acompanha todo direito, também era comum e muito simples, na medida em que visava a lograr a garantia do âmbito da imunidade necessária para a preservação da própria vida e da propriedade e para o exercício da liberdade no público e no privado.

Dessa forma, o Estado deveria ser tão extenso como fora imprescindível para assegurar dita imunidade frente aos demais indivíduos e tão limitado como fosse possível para não converter-se em uma ameaça aos direitos². Por conseguinte, e somente bem mais tarde, já na entrada do século XX, é que começa a surgir a preocupação com o aparecimento de movimentos em busca da igualdade material para que os direitos pudessem ser reais e efetivos para todos, porém sempre em âmbito particular de alguns Estados-nação, o que significa afirmar que a atenção prestada a esses direitos na dimensão internacional era ainda muito débil.

Entretanto, e fundados na mentalidade de igualdade efetiva no exercício dos direitos, surgem os direitos econômicos, sociais e culturais, como indispensáveis para o gozo generalizado e efetivo dos direitos civis e políticos, praticamente já no século XX, com a idéia de Estado social.

Desse modo, pode-se afirmar que o processo de passagem do Estado liberal ao Estado social, com seus antecedentes especialmente nas Constituições do México de 1917 e da República de Weimar de 1919, centra-se na colocação em marcha de direitos que garantem ou tornam possível uma participação política igualitária, e, por conseguinte, a incorporação da classe trabalhadora na configuração de uma nova generalização de direitos fundamentais para assegurar a solidariedade e a igualdade, ou seja, os direitos sociais como o direito de associação e do sufrágio universal, e, como consequência dessa visão, se incorporam ao parlamento representantes dos partidos obreiros que passam a defender seus interesses colocando em discussão problemas alheios aos que tradicionalmente interessavam à burguesia, levando à formação de governos socialistas, cuja dinâmica incidirá no constitucionalismo com uma atuação positiva dos poderes públicos e com uma função atribuída ao Direito administrativo e ao Direito laboral, o que termina contribuindo para a formulação de novos direitos, os chamados *direitos econômicos, sociais e culturais*, cujo fundamento será a igualdade e a solidariedade, que têm por objetivo satisfazer as necessidades básicas não cobertas com os direitos civis e políticos por meio de uma função promocional dos poderes públicos.

2 PRIETO SANCHÍS, Luis. *Leys, principios, derechos*. Madrid: Dykinson, 1998. p. 69-70.

Para se atingir a esse desiderato, é necessário utilizar-se a igualdade como diferenciação, como método para alcançar a igualdade como equiparação. Essa igualação se alcança no ponto de chegada, enquanto nos direitos clássicos, individuais, civis e também políticos, como o sufrágio universal, a igualdade existe desde o ponto de partida, igualdade como equiparação desde o princípio, o que em muitas ou na grande maioria das vezes termina por produzir substancialmente desigualdade.

Todavia, alerta Geraldo Pisarello³, do ponto de vista constitucional, é principalmente através do caráter “programático” dos direitos sociais constitucionais, como nas democracias ocidentais emergentes no pós-guerra, que respondem, com maior ou menor êxito, as tendências estruturais para consolidação do Estado social, na medida em que a constitucionalização dos direitos sociais é quase sempre concebida em um sentido débil, porque esses direitos, para alguns, ainda são considerados mandatos políticos e as normas a seu respeito costumam ter efeitos indiretos, mediatos, cumprindo uma função basicamente de cobertura, de habilitação, que permitem ao legislador incursões em esferas que o constitucionalismo liberal vedava radicalmente. Porém, não adquirem, em muitos casos, o *status* de verdadeiros direitos subjetivos, pois quase nunca resultam passíveis de concretização por meio da jurisdição, ficando dependentes da atividade legislativa e administrativa e, até mesmo, financeira do Estado.

Entretanto, essa forma de ver e interpretar os direitos sociais não parece correta e, por isso, não deve ser aceita passivamente, pois os direitos sociais obrigam o Estado e os particulares ao seu cumprimento e também podem, em muitos casos, ter sua concretização exigida por meio dos mecanismos jurisdicionais previstos nas próprias constituições dos Estados. Por essa razão, têm eficácia, não podendo, as normas que os garantem, serem vistas como meras promessas ou programas.

Dessa forma, a adoção de normas constitucionais ou de tratados internacionais que consagram direitos econômicos, sociais e culturais termina gerando obrigações concretas para o Estado, que, mesmo assumindo suas particularidades, podem ser exigidas jurisdicionalmente. Por conseguinte, não pode o Estado justificar impunemente o seu descumprimento com base no mero argumento de que não teve a intenção de assumir uma obrigação jurídica, mas simplesmente realizar uma declaração de boa intenção política⁴.

Como lembra Luigi Ferrajoli⁵, os direitos fundamentais, quando têm expressão em normas constitucionais ou em tratados internacionais, corres-

3 PISARELLO, Geraldo. Del estado social legislativo al estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales. *Isonomía*, Barcelona, p. 84, n. 15, out. 2001.

4 ABRAMOVICH, Victor et al. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p.19-20.

5 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Iáñez y Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 50.

pondem não apenas a proibições, mas, também, a obrigações a cargo do Estado, cuja violação é causa de invalidez das leis e das demais decisões públicas, e cuja observância é, pelo contrário, condição de legitimidade dos poderes públicos.

É esse o objetivo deste trabalho: demonstrar que os direitos econômicos, sociais e culturais, quando previstos em tratados internacionais ou constitucionalmente garantidos estão providos, pelo menos em sua grande maioria, de eficácia e as normas que os garantem vinculam e obrigam o Estado, que não pode deixar de cumpri-las ou concretizá-las sem justificção razoável, e por isso mesmo podem ser exigidos por meio dos vários mecanismos jurisdicionais previstos nas constituições dos Estados, não constituindo, assim, meros programas ou intenções governamentais.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: CARACTERÍSTICAS

De acordo com o pensamento de Norberto Bobbio⁶, o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem encontram-se na base das constituições democráticas modernas, na medida em que estreitamente ligados à democracia e à paz.

Os direitos do homem, a democracia e a paz são, na visão do pensador italiano, três momentos necessários do mesmo movimento histórico, pois sem os direitos reconhecidos e protegidos do homem não há de falar em democracia, e sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos, ou seja, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos somente se tornam cidadãos na medida em que lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais.

Assim, os direitos não são realidades eternas, situadas fora do tempo e do espaço, são, ao contrário, fenômenos históricos e, por isso mesmo, devem ser situados na história e a partir dela se deve analisar a sua formação, o seu desenvolvimento e as suas vicissitudes.

Portanto, como lembra Bobbio, por mais fundamentais que sejam os direitos do homem são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas⁷.

Assim, e abstraindo as intensas e ainda não pacificadas discussões sob as várias perspectivas em que se pode analisar os direitos dos nossos tempos, é possível afirmar que os direitos fundamentais são aqueles direitos que os indivíduos podem reclamar ante e contra a sociedade e os pode-

6 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992. p. 1.

7 BOBBIO, Norberto. Ob. cit., p. 5.

res que a governam, ou seja, aqueles direitos que se percebem, se entendem e atuam como fundamento de todo o ordenamento jurídico-político plasmados em textos, em cartas constitucionais e nas declarações ou pactos internacionais.

A atribuição aos direitos fundamentais da condição de direitos de nossa época tem um valor universal, entendida a nota da universalidade não apenas no sentido formal, que atende a titularidade dos direitos, mas, sim, a um significado material, na medida em que longe de configurar uma categoria fechada de uma vez por todas. Os direitos fundamentais têm vindo incorporando em seu catálogo novos interesses, bens e expectativas como consequência das sucessivas e não esgotadas reivindicações e lutas dos indivíduos e de grupos sociais em que neles se integram, a fim de conseguir, inclusive com a derrubada de regimes de signo totalitário, maiores e mais decentes espaços de igualdade, liberdades e solidariedade.

Acertada, assim, é a afirmação de Fernando Valdés Dal-Ré, no sentido que:

*“Pero los derechos fundamentales no solo han ampliado su catálogo, el cual tiende a enunciarse en la actualidad de nuestros días con la ayuda de símiles biológicos, en cuanto formado por distintas generaciones (ya se habla de la cuarta) de derechos o en cuanto integrando por derechos de protección generacional (Häberle); también ha variado la propia configuración dogmática de la noción derecho fundamental, señaladamente en lo que se refiere a su estructura y su eficacia.”*⁸

Adotando-se aqui o pensamento de Luigi Ferrajoli⁹, pode-se dizer que os direitos fundamentais são aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados de *status* de pessoa, cidadãos ou pessoas com capacidade de agir, ou nas palavras do próprio jurista italiano que, adotando uma definição formal ou estrutural de direitos fundamentais, afirma que os direitos fundamentais são:

“Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derechos subjetivos’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; e por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.”

8 VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. Los derechos fundamentales de la persona del trabajador: un ensayo de noción lógico-formal. *Revista Relaciones Laborales*, Madrid, n. 18, a. XIX, p. 2, set. 2003.

9 FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., p. 37.

São, pois, direitos universalmente atribuídos a todas as pessoas, a todos os cidadãos ou a todos os sujeitos com capacidade de agir, qualquer que seja o conteúdo que revistam e qualquer que seja a extensão da classe dos sujeitos que, em um determinado ordenamento jurídico, sejam qualificados como pessoas, cidadãos e capazes de agir.

Assim, os direitos humanos fundamentais são direitos pré-jurídicos, na medida em que nascem com a pessoa humana. Por conseguinte, têm origem e justificação no valor supremo da dignidade humana.

O primeiro parágrafo do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, enuncia o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana, afirmando que seus direitos são iguais e inalienáveis, constituindo fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo. Os direitos fundamentais são, nessa perspectiva, aqueles direitos normalmente positivados a nível estatal em textos constitucionais ou em tratados internacionais que expressam a articulação do sistema de relações entre o indivíduo e os grupos de indivíduos e o Estado, enquanto fundamento de ordem política¹⁰. Em sentido estrito, os direitos fundamentais constituem a justificação das instituições e condicionam o exercício do poder.

Por força da noção introduzida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, os direitos humanos são caracterizados pela universalidade e indivisibilidade. Clamam, pois, pela sua extensão universal, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e a titularidade dos mesmos. Além disso, são indivisíveis, porque a garantia dos direitos civis e políticos constitui um pressuposto para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais, e vice-versa. Por conseguinte, quando um deles é violado, os demais também o são, já que compõem uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, de forma que têm a capacidade de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.

Assim, e de acordo com a doutrina de Luigi Ferrajoli citado por Fernando Valdez Dal-Ré¹¹, três são os traços ou características estruturais dos direitos fundamentais, independentemente das expectativas que possam tutelar; e o entendimento do citado doutrinador italiano distingue este tipo de direito dos demais:

10 Por isso, é correto afirmar que em relação a determinados direitos fundamentais não é possível, pelo menos de forma razoável e consistente – não apenas do ponto de vista da análise estrutural das normas atributivas, mas também sob a perspectiva das razões e finalidades sociais que justificam a posituação desses direitos –, propor a exclusão dos particulares como sujeitos destinatários (sujeitos passivos), como, por exemplo, nos direitos da personalidade, direito à igualdade e a não-discriminação, direito à inviolabilidade do domicílio, das comunicações telegráficas e telefônicas, direito de reunião e de associação, direito de greve, entre outros como garantidos nos art. 5º, 7º e 9º do Texto Constitucional brasileiro de 1988.

11 VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. Ob. cit., p. 3.

- a) a primeira é a *forma universal de sua imputação*: se trata de direitos universais, em sentido deontológico e não valorativo da qualificação universal da classe dos sujeitos que, como pessoas, cidadãos ou capazes de agir, são titulares.

Nesse sentido, lembra Flávia Piovesan¹² que a indivisibilidade dos direitos humanos leva ao afastamento da noção de que uma classe de direitos – civis e políticos – merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe de direitos – sociais, econômicos e culturais –, ao invés, não mereceria qualquer observância, pois, sob a ótica da normativa internacional, encontra-se completamente superada a equivocada concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não seriam legais.

Na verdade, a idéia – equivocada – da não-justiciabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica, e não científica, pois são eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais acionáveis e exigíveis demandando séria e responsável observância pelo que devem ser reivindicados como direitos, “e não como caridade ou generosidade”.

Lembram Victor Abramovich e Christian Curtis¹³ que os direitos econômicos, sociais e culturais se caracterizam justamente por envolverem um espectro amplo de obrigações estatais. Por conseguinte, é falso afirmar que as possibilidades de jurisdicalização destes direitos sejam escassas, na medida em que cada tipo de obrigação oferece um leque de ações possíveis, que vão desde a denúncia do incumprimento de obrigações negativas, passando por diversas formas de controle do cumprimento de obrigações negativas e positivas, até chegar a exigência de cumprimento de obrigações positivas não cumpridas. Aliás, esse reconhecimento foi reafirmado pela Declaração dos Direitos Humanos de Viena, de 1993, quando dispôs:

“Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase.”

- b) a segunda característica dos direitos fundamentais é a *sua indisponibilidade*. Essa indisponibilidade se mostra sob o aspecto *ativo*, na medida em que os direitos fundamentais são inalienáveis pelo seu titular, bem como o *passivo*, já que não podem ser expropriados por outros sujeitos, começando pelo próprio Estado que, ao contrário, tem o dever de garanti-los e protegê-los.
- c) o *terceiro e último traço dos direitos fundamentais é o da abstração*: os direitos fundamentais têm seu estatuto constituído por regras

12 PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, globalização econômica e integração regional. In: GRAU, Eros Roberto et al (Coord.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 619.

13 ABRAMOVICH, Victor et al. Ob. cit., p. 36.

gerais e abstratas, vale dizer: são conferidos mediante normas gerais de natureza habitualmente constitucional, que são normas substanciais, auto-aplicáveis e não meramente hipotéticas, pois dispõem de maneira imediata sobre as situações nelas expressadas.

De acordo com Naranjo de la Cruz citado por Wilson Steinmetz¹⁴, os direitos fundamentais, em sua dupla vertente subjetiva e objetiva, constituem o fundamento de todo o ordenamento jurídico, e, por isso, são aplicáveis em todos os âmbitos de atuação humana de maneira imediata, sem necessidade de intermediação do legislador.

Por conseguinte, as normas de direitos fundamentais contidas na Constituição – e nos tratados internacionais – geram, conforme a sua natureza e teor literal, direitos subjetivos para os cidadãos oponíveis tanto aos poderes públicos como aos particulares¹⁵.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Junto aos tradicionais direitos de liberdade – à vida, à integridade física, à livre consciência, à intimidade, etc. – e políticos – ao sufrágio, ao acesso a cargos públicos etc. –, os ordenamentos jurídicos contemporâneos têm reconhecido outros direitos igualmente vitais, como o direito à subsistência, à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, entre outros, lhes outorgando, da mesma forma como fazem com os chamados direitos civis, nível e garantia constitucional.

Esses direitos, conhecidos como *direitos de segunda geração*, constituem uma ampliação da esfera pública dos direitos ligada à proteção de novas classes de sujeitos e à assunção por parte de instituições de uma série de funções relativas ao bem-estar material que na ordem jurídica liberal estavam excluídos da ação estatal. Lembra Paulo Bonavides¹⁶ que esses direitos foram introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal. Por isso, nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não podem se separar, na medida em que fazê-lo equivale a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Francisco J. Laporta¹⁷ afirma que o postulado moral que mais usualmente é chamado a justificar os direitos sociais é o princípio da igualdade.

14 DE LA CRUZ, Rafael Naranjo. Los limites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fé. Apud STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 167.

15 No Brasil, a Constituição de 1988, incorporando essa tese, prevê no § 1º do art. 5º que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, o que infelizmente na prática não tem sido observado pela jurisprudência do STF.

16 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 518.

17 J. LAPORTA, Francisco. Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema. In: *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004. p. 307.

Enquanto os direitos civis e políticos se movem no âmbito do princípio da liberdade, os direitos sociais, ao contrário, movem-se em volta do princípio da igualdade e em concreto do princípio da igualdade como critério de justiça distributiva. Por isso, as prestações que muitos deles têm como conteúdo se derivam precisamente das exigências da igualdade sob o ponto de vista material, e não meramente formal. Por isso, os direitos sociais são normas jurídicas expressamente formuladas ou derivadas interpretativamente a partir de cláusulas gerais que integram o núcleo definatório de uma forma de Estado, o Estado Social Democrático de Direito.

De fato, a transformação do Estado liberal em Estado social constitucional terminou por imprimir dinamismo ao significado dos direitos fundamentais, pois a função de ser garantia das liberdades existentes abriu um horizonte emancipatório a ser alcançado fazendo com que os direitos deixassem de ser meros limites negativos ao exercício do poder político, ou seja, garantias negativas de interesses individuais, para transformarem-se em um conjunto de valores ou fins diretivos da ação dos poderes públicos. Por conseguinte, esses direitos, denominados direitos sociais, podem operar, como, de fato, operam em muitos casos, como autênticos direitos subjetivos. Porém, é o seu caráter de normas objetivas que expressa um conjunto de valores ou decisões básicas de uma sociedade consagrados quase sempre em um texto constitucional – ou em tratados internacionais – que informam a produção, a interpretação e a aplicação do Direito, ou seja, o desenvolvimento da ordem jurídica infraconstitucional, e que se erigem como parâmetro do juízo abstrato de constitucionalidade, o que lhes confere a natureza de normas constitucionais e, portanto, de obrigatória aplicação e concretização por parte do Poder Público e, até mesmo, dos particulares, como se verá na seqüência.

2.1 Caracterização dos direitos sociais

Costuma-se afirmar que a nota que caracteriza os direitos sociais é sua natureza prestacional. De acordo com essa visão convencionalmente aceita, os direitos civis – e também os políticos – são aptos a gerar obrigações negativas de fazer para os poderes públicos, ao passo que os direitos sociais criam obrigações positivas ou de fazer, portanto, gerando prestações. Contrariamente aos direitos civis e políticos – que em regra são direitos de proteção do indivíduo da intromissão na esfera da liberdade individual, e cuja satisfação reclama uma atitude omissiva ou de abstenção de terceiros, e mais especificamente do Poder Público do Estado –, os direitos sociais constituíam expectativas para cuja concretização torna-se necessária uma ação de dar ou fazer, ou seja, uma ação positiva por parte do Estado.

Desse modo, os direitos civis e políticos são concebíveis sem o Estado, sem necessidade de instituições sociais que os definam, pelo menos assim têm sido tradicionalmente concebidos, ao passo que os direitos sociais, econômicos e culturais sequer podem ser pensados sem alguma forma

de organização política. Isso porque a vida, a propriedade e a liberdade são, para a filosofia política liberal, direitos naturais anteriores a qualquer manifestação institucional, e, precisamente por essa razão, o Estado pode tornar-se necessário para garantir dita proteção, mas não para definir o essencial do conteúdo dos direitos, na medida em que a liberdade aqui é algo antecedente, não sendo criada por regulação legal, mas apenas protegida e/ou limitada por ela¹⁸.

No que se refere aos direitos sociais, acontece exatamente o inverso, porque a simples determinação do catálogo e conteúdo de tais direitos, de caráter marcadamente histórico e variável, pressupõe um processo de debate que quase sempre se encontra à margem da sociedade política, porquanto essa determinação depende em grande medida do grau de desenvolvimento das forças produtivas, do nível de riqueza que o conjunto da sociedade possa ter alcançado, da escassez de bens e, inclusive, da sensibilidade cultural que tenha a aptidão de converter em urgente a satisfação de algumas necessidades, pois aqui não nos encontramos frente a direitos racionais, de pretensões que possam ser postuladas em favor de todo e qualquer indivíduo, qualquer que seja a situação social, mas ante a direitos históricos cuja definição requer sempre uma decisão prévia acerca da forma de repartição dos recursos e dos encargos sociais, que a toda evidência não pode ser adotada em abstrato nem de forma universal.

Por outro lado – como lembra Luiz Prieto Sanchís¹⁹ –, se a proteção de todos os direitos supõe uma mínima estrutura estatal, a dos direitos sociais é muito mais complexa, na medida em que terá de contar com uma organização de serviços e prestações públicas somente conhecidas no Estado contemporâneo, ou, nas palavras do citado jurista espanhol:

“Cabe decir que en este punto la distancia que separa a los derechos civiles de los sociales es la misma que separa al Estado liberal decimonónico del Estado social de nuestros días.”

Desse modo, essa atividade prestadora pressupõe, antes de tudo, a existência de um denso entremeado institucional e organizacional, bem como a existência de recursos financeiros destinados à satisfação das prestações que concretizam os direitos sociais, o que tem marcado esta espécie de direitos como direitos de natureza prestacional, sendo para muitos o seu traço fundamental, como demonstrará nos próximos itens.

2.2 Os direitos sociais como direitos prestacionais

Como se afirmou no item precedente, o caráter prestacional dos direitos sociais tem sido destacado com freqüência como um dos seus traços

18 PRIETO SANCHÍS, Luís. Ob. cit., p. 73.

19 PRIETO SANCHÍS, Luís. Ob. cit., p. 74.

mais relevantes. Todavia, torna-se necessário fazer algumas considerações a respeito dessa afirmação, pois o atributo prestacional também é encontrado em alguns direitos clássicos de liberdade e nos direitos políticos.

Com efeito, alguns direitos sociais se separam do esquema acima mencionado, pois, muitas vezes, por sua própria natureza, carecem de conteúdo prestacional, na medida em que a intervenção pública que supõem não é traduzida exatamente em uma prestação em sentido estrito como, por exemplo, no caso do direito social de greve, de associação sindical, que, para poder ser concretizado, demanda exatamente a não-intervenção estatal, não podendo, a evidência, considerar a tutela pública de que gozam como prestação. Não se pode também deixar de mencionar a existência de direitos de natureza social que, apesar de reclamarem algum tipo de intervenção estatal, não são exatamente prestacionais, mas, sim, meras restrições, como no caso da restrição da autonomia individual no contrato de trabalho: limitação da jornada, garantia de um salário mínimo, de férias anuais etc., que, apesar de evidenciarem intervenção do Estado, não têm tônus prestacional. Vale anotar, ainda, por importante, que ao se falar de direitos prestacionais em sentido estrito na verdade estamos nos referindo a bens e a serviços avaliáveis como subsídios de combate ao desemprego e à enfermidade, de incentivo à educação e à construção de moradias etc.

Como se vê, é preciso ter certo cuidado com a afirmação de que os direitos sociais sempre reclamam prestações (positivas), pois todo direito fundamental exige em maior ou menor medida uma organização estatal que permita o seu exercício, e, mais que isso, medidas de sua proteção frente às intromissões indevidas, ou, também, o desenho de formas de participação e tutela que inclui, inclusive, a tutela jurisdicional efetiva, pois, como lembra Faustino Cavas Martínez²⁰, a pedra angular da proteção dos direitos fundamentais é o controle judicial, porque somente quando o direito pode ser alegado por seu titular ante um Tribunal de Justiça instando sua restauração ou preservação (quando violado ou danificado) é possível falar realmente e em sentido integral de proteção.

“No cabe, em definitiva, reconocimiento efectivo de un derecho subjetivo, fundamental o de outra naturaleza, si no se prevé paralelamente una acción procesal encaminada a hacerlo valer.”²¹

Assim, parece correto afirmar que todos os direitos fundamentais demandam prestações em sentido amplo.

É, portanto, necessário lembrar que as técnicas prestacionais não são exclusivas a certa classe de direitos, pois, em geral, são aplicáveis a quais-

20 CAVAS MARTÍNEZ, Faustino. *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2004. p. 21.

21 CAVAS MARTÍNEZ, Faustino. Ob. cit., p. 22.

quer fins estatais, inclusive no âmbito dos direitos civis e políticos. Nesta perspectiva, pode-se afirmar que os direitos civis e políticos e os direitos sociais, econômicos e culturais ostentam uma diferença não substancial, mas apenas de grau, porquanto estes direitos também podem ser caracterizados como um complexo de obrigações positivas e negativas por parte do Estado, ainda que nesse caso as obrigações positivas revistam uma importância simbólica maior para a sua identificação. Por conseguinte, parece acertada a visão daqueles que afirmam que os direitos sociais não se tratam de uma nova geração – a segunda – nem tampouco de direitos de natureza diversa daquela dos direitos civis e políticos, porque na realidade se tratam, em grande medida, dos mesmos direitos que vão adquirindo perfis e caracteres novos e, com isso, incrementando sua complexidade, e, por essa razão, apelam a técnicas normativas mais diversificadas, na medida em que, como aqueles, também vinculam obrigando a sua concretização²².

Para finalizar este item, deve-se concordar com Victor Amamovich e Christian Courtis²³ que a estrutura dos direitos civis e políticos pode ser caracterizada como um complexo de obrigações negativas e positivas de parte do Estado. Essas obrigações podem consistir em abstenção de atuar em certos âmbitos e de realizar uma série de funções para garantir o gozo da autonomia individual e impedir sua afetação por outros particulares. Porém, levando em conta a coincidência histórica desta série de funções positivas com a definição do Estado liberal moderno, a caracterização dos direitos civis e políticos tende a estabelecer uma espécie de neutralização dessa atividade estatal, pondo ênfase sobre os limites de sua atuação.

2.3 Os sujeitos dos direitos sociais

No item anterior, discorreu-se a respeito das características e das distinções entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais. Agora coloca-se a questão a respeito da titularidade dos direitos sociais.

É praticamente unânime o entendimento de que, contrariamente aos direitos civis e políticos – que têm uma titularidade universal e abstrata –, os direitos sociais têm uma titularidade específica, o que de certa forma nega o caráter da universalidade dos direitos fundamentais. Argumenta-se que os direitos civis e políticos são atribuídos ao homem enquanto ser abstrato e racional, ou seja, a todos, independentemente da sua condição social, na medida em que os bens e os valores tutelados por esses direitos, como a vida, a integridade física e psíquica ou mental, a liberdade, a honra, a intimidade etc., são bens presumidos valiosos para todos, independentemente de sua posição social, da origem, do sexo, da profissão etc., e, neste sentido, são universais.

22 J. LAPORTA, Francisco. Ob. cit., p. 304.

23 ABRAMOVICH, Víctor et al. Ob. cit., p. 23-24.

Entretanto, com os direitos sociais ocorre o inverso, pois são atribuídos não ao homem genérico enquanto ser humano, mas ao homem histórico, contextualizado, social e culturalmente determinado e inserido em um complexo de relações sociais e econômicas que leva em conta as suas condições socioculturais, como a condição de trabalhador integrante de uma determinada profissão ou categoria, de pensionista, de inválido, de viúvo, de integrar a certos grupos vulneráveis como as mulheres, os jovens, os deficientes etc.

Assim, os interesses e as necessidades básicas que constituem o objeto e o fundamento dos direitos sociais pertencem não a todos, mas a um sujeito em sua específica situação social, e, nessa perspectiva, pode-se afirmar que os direitos sociais tendem a levar em consideração o homem em sua específica situação social.

Os direitos sociais não podem, pois, ser definidos nem justificar-se sem levar em conta os fins particulares, ou seja, sem ter em consideração, entre outras coisas, as necessidades. Por conseguinte, não podem ser concebidos como direitos universais no sentido de que interessa por igual a todo membro da família humana, já que são formulados para atender carências e postulações instaladas na esfera desigual das relações sociais. Por isso, lembra Luís Prieto Sanchís²⁴:

“Las ventajas o intereses que proporcionan o satisfacen las libertades e garantías individuales son bienes precisos para toda persona, mientras que las ventajas o intereses que encierran los derechos sociales se conectan a ciertas necesidades cuya satisfacción en el entramado de las relaciones jurídico-privadas es obviamente desigual.”

Pode-se, portanto, afirmar que os direitos sociais são direitos de igualdade, ou, mais precisamente, de igualdade material ou substancial no sentido de que por meio deles não se pretende a defesa frente a qualquer discriminação, mas, sim, tornar possível o gozo concreto de um regime jurídico diferenciado ou desigual levando-se em conta precisamente a desigualdade de fato, que, por meio da garantia desses direitos, se pretende limitar ou superar.

“Los derechos sociales son derechos de igualdad entendida en el sentido de igualdad material o sustancial por la filosofía que inspira su positivación, desarrollo y garantía, por los fines da los están orientados (compensación, remoción de desigualdades socioeconómicas) y por las técnicas normativas para cuya satisfacción se introducen en le Derecho a lo largo del desarrollo y despliegue del Estado social.”²⁵

Nessa perspectiva, que vê os direitos sociais como instrumentos em favor da liberdade, da igualdade material, Robert Alexy²⁶ entende que a

24 PRIETO SANCHÍS, Luís. Ob. cit., p. 77.

25 AÑÓN ROIG, María José et al. Ob. cit., p. 66-67.

26 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. E. Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1997. p. 486-487.

satisfação das necessidades anexas aos direitos prestacionais por parte do Estado representa um meio indispensável para o exercício da liberdade jurídica. Portanto, e em razão desse nexu instrumental, conclui afirmando que se deve considerar que a liberdade jurídica amplia e inclui os direitos sociais em seu âmbito jusfundamentalmente garantido, ou seja, esses direitos devem ser considerados como direitos fundamentais em virtude de sua função em favor da liberdade, da igualdade material, enquanto E. Tugendhat²⁷ advoga a tese de que os direitos sociais prestacionais devem ser considerados como fins em si mesmo, na medida em que as normas que tipificam os direitos fundamentais sociais não são apenas um meio para a realização da liberdade e da igualdade, porquanto têm por escopo oferecer a todos os indivíduos as condições mínimas para satisfação de suas necessidades básicas, visando permitir uma existência digna. Por conseqüência, os direitos fundamentais sociais ou de prestação revestem, neste sentido, o caráter de direitos atribuídos a todos aqueles que deles carece, sendo esse também o pensamento de G. Peces-Barba²⁸, ao assinalar que os direitos econômicos, sociais e culturais estabelecem em favor de seus titulares uma prestação normalmente a cargo dos poderes públicos (do Estado), ainda que em certas ocasiões possam estar a cargo dos outros particulares.

Assim, a justificação da intervenção está baseada na convicção de resolver carências, em relação a necessidades básicas que impedem o desenvolvimento como pessoa e a livre eleição de planos de vida de quem se encontra nessa situação.

Essa tese, apesar de ser considerada independente, de certa forma também é acolhida por Carlos Bernal Pulido²⁹; para ele não existe nenhuma contradição no que é defendido por E. Tugendhat, apenas complementa a idéia instrumental dos direitos sociais, pois o âmbito dos direitos prestacionais tem um conteúdo bastante amplo, que abarca não apenas as disposições tendentes a garantir um mínimo existencial, mas também as normas jusfundamentais que conformam a dimensão prestacional das liberdades e dos direitos políticos.

Pode-se, portanto, concluir que os direitos sociais são direitos que efetivamente visam, se não a eliminar, pelos menos a diminuir as desigualdades socio-econômicas e culturais. São, portanto, qualquer que seja o ângulo que os visualizemos, direitos de liberdade e de igualdade que objetivam proporcionar uma existência digna. Por conseguinte, direitos intimamente ligados à dignidade humana e, por isso, atribuídos, sobretudo, aos carentes que em verdade são os seus titulares.

27 TUGENDHAT, E. *Lecciones de ética*. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 344.

28 PECES-BARBA, G. *Derecho y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 27.

29 BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad e los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2005. p. 357-358.

2.4 Positização constitucional dos direitos sociais

A passagem do Estado liberal ao Estado social tem antecedentes na visão dos liberais democráticos, de que o socialismo, como expressão do movimento obreiro, não é uma realidade a ser destruída, mas um fenômeno positivo a ser integrado. Para os socialistas democráticos, o Estado de Direito, o sistema parlamentar representativo e os direitos fundamentais não são instituições essencialmente burguesas, como acreditava Marx, mas de origem histórico-burguesa, mostrando-se adequadas para a realização por meio delas dos ideais socialistas.

Assim, o processo de passagem do Estado liberal ao Estado social, com seus antecedentes especialmente nas Constituições do México de 1917 e da República de Weimar de 1919, se centra na colocação em marcha de direitos que garantem ou tornam possível uma participação política igualitária, e, por conseguinte, uma participação da classe trabalhadora na configuração de uma nova generalização de direitos fundamentais para assegurar a solidariedade e a igualdade, ou seja, os direitos sociais como o direito de associação, do sufrágio universal. Como consequência dessa nova fase da história dos direitos fundamentais, se incorporam ao parlamento representantes dos partidos obreiros que passam a defender seus interesses colocando em discussão problemas alheios aos que tradicionalmente interessavam à burguesia, levando à formação de governos socialistas, cuja dinâmica incidirá no constitucionalismo com uma atuação positiva dos poderes públicos e com uma função atribuída ao direito administrativo e ao direito laboral, o que também acaba contribuindo para a formulação de novos direitos, os chamados “direitos econômicos, sociais e culturais”, cujo fundamento, como já salientado, será a igualdade e a solidariedade que têm por objetivo satisfazer as necessidades básicas não cobertas com os direitos civis e políticos, por meio de uma função promocional dos poderes públicos.

Para atingir a esse desiderato, utiliza-se a igualdade como diferenciação, como método para alcançar a igualdade como equiparação. Essa igualação, como acima se viu, se pretende alcançar no ponto de chegada, enquanto nos direitos clássicos, individuais, civis e também os políticos, como o sufrágio universal, a igualdade existe desde o ponto de partida, igualdade como equiparação desde o princípio, o que em muitas vezes, ou na grande maioria, termina por produzir substancialmente desigualdade.

Após a Segunda Guerra Mundial se coloca, doutrinária (W. Beveridge, T. H. Marshall) e normativamente, a necessidade do reconhecimento dos direitos sociais, de maneira que o Estado torne-se o garantidor de um mínimo de bem-estar social, redistribuindo os recursos econômicos, sociais e culturais. Ao conjunto de políticas que desenhe, delineei um modelo de Estado de Direito Social e Democrático nas possibilidades reais que se denomina Estado de bem-estar.

Pode-se afirmar que o Estado do bem-estar social tem os seguintes caracteres:

- a) é fundamentado em um pacto social-liberal que implica a compatibilidade com o que se poderia denominar capitalismo intervencionista ou estado neocapitalista;
- b) o Poder Público proporciona segurança e certeza econômica aos indivíduos por meio da garantia de um mínimo bem-estar através do desenho de políticas públicas orientadas para garantir um alto nível de ocupação tendentes a proporcionar o pleno emprego; políticas de distribuição de rendas e proteção social que garantam a cobertura das necessidades básicas e fundamentais do cidadão por meio de uma rede ampla e real de serviços sociais como seguridade social, emprego, moradia etc.;
- c) reforçamento da intervenção estatal nos âmbitos social, econômico e laboral;
- d) estabelecimento de um grande convênio global implícito de estabilidade econômica ou pacto Keynesiano, por meio do qual centrou uma distribuição de renda aos excluídos através de um sistema fiscal progressivo e o crescimento do gasto público, que permitia obter pleno emprego, uma rede de seguridade para todos os cidadãos, visando a integrar a classe trabalhadora e diminuir os conflitos sociais, e, para isso, deve existir um excepcional crescimento econômico e a estabilidade do comércio internacional;
- e) extensão dos direitos sociais sobre amplas camadas da população e a colocação em prática de políticas de distribuição de rendas;
- f) criação de bases institucionais necessárias a permitir o diálogo, a negociação e a consertação entre as forças sociais e, com isso, redução dos conflitos sociais e a confrontação de interesses pela diminuição de rendas;
- g) institucionalização do que se poderia denominar salário social, vale dizer: garantia de um mínimo vital que elimine situações de extrema pobreza, mediante a aplicação de forma de salário indireto, como provisão de bens, serviços e prestações a aqueles que têm renda baixa, para satisfazer necessidades básicas.

O Estado social ou Estado do bem-estar social é, pois, a resposta às novas questões sociais surgidas a partir da Revolução Industrial ante a incapacidade manifesta do Estado liberal para dar solução aos novos problemas gerados pela transformação do sistema capitalista, ou seja, não passou de uma tentativa de adaptação do Estado tradicional – liberal burguês – à nova sociedade industrial e, posteriormente, pós-industrial.

“El Estado una respuesta a la creciente necesidad de que exista una regulación de las relaciones sociales y económicas, cada vez más

complejas, que acompañan a la industrialización y al proceso de urbanización; es una respuesta a la menor significación que van tomando las formas tradicionales de asistencia o ayuda social, sobre todo en la familia, y a la agudización de la oposición entre las clases sociales. Su objetivo es: integrar a la población a través de la seguridad social, de una igualdad acrecentada y de una cogestión político-social; estabilizar el sistema político, social y económico existente mediante un proceso de adaptación continua, y transformarlo el mismo tiempo de una manera evolutiva."³⁰

A primeira consequência do surgimento do Estado social foi a consagração de disposições relativas aos direitos prestacionais ou sociais nas constituições dos Estados, e, nesse sentido, as Constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919 foram precursoras e paradigmáticas. Nessas Constituições as disposições relativas aos direitos prestacionais por parte dos Estados eram correlatas aos deveres e competências de intervenção na economia. A Constituição de Weimar, por exemplo, consagrava em suas disposições o direito ao trabalho (art. 163), ao imperativo legal de prever e prover os meios necessários para afrontar as necessidades decorrentes da enfermidade e da velhice (art. 161), o direito à moradia salubre (art. 155), em que pese referidas cláusulas terem sido praticamente esvaziadas pela jurisprudência³¹.

Todavia, a força vinculante das disposições de direitos fundamentais prestacionais constantes da referida Constituição não foi óbice, apesar de denunciada e criticada por H. Heller, para que o princípio do Estado social se tipificasse na Lei Fundamental alemã de 1949, e fosse desenvolvida no âmbito dos direitos fundamentais pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, nem para que se consagrassem disposições de direitos fundamentais no preâmbulo da Constituição francesa de 1946, bem como nas Constituições italiana de 1947, grega de 1975, portuguesa de 1976, espanhola de 1978 e, mais recentemente, na Constituição brasileira de 1988, que declara expressamente no seu preâmbulo que o Estado Democrático brasileiro pretende assegurar "o exercício dos direitos sociais e individuais", o que é reforçado nos arts. 6º, 170 e 193, evidenciando, assim, o compromisso e não mera promessa de concretização desses direitos, valendo anotar que a Carta brasileira de 1988 estabelece que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, o que leva a se concluir que adota a incorporação automática dos tratados de direitos humanos (aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais), inclusive lhes atribuindo hierarquia de norma constitucional (art. 5º, § 3º, na redação advinda da

30 RITTER, Gerhard A. *El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Publicaciones, 1991. p. 37.

31 BERNAL PULIDO, Carlos. Ob. cit., p. 359.

Emenda Constitucional nº 45/2004), sendo certo que foi a primeira a elencar o princípio da prevalência dos direitos humanos como princípio fundamental a reger o Estado nas relações internacionais (art. 4º, inciso II).

Assim, pode-se afirmar que a incorporação dos direitos sociais, econômicos e culturais nos textos constitucionais teve como objetivo primordial lhes oferecer uma efetiva garantia constitucional, na medida em que a natureza particular destes direitos exige um tratamento jurisdicional diferenciado daquele que é dado aos direitos civis e políticos, ou seja, o tratamento individualista das ações constitucionais deve ceder diante das exigências de regulamentação legislativa dos direitos constitucionalmente protegidos e, sobretudo, diante do perfil transindividual dos novos direitos fundamentais.

Não se pode deixar de lembrar, ainda, a incorporação dos direitos sociais em pactos internacionais como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU) e a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (OEA), que tratam da matéria dos direitos sociais. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pelas Nações Unidas em 1966, tendo como maior objetivo incorporar os dispositivos da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 sob a forma de preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes, expandindo o elenco dos direitos econômicos, sociais e culturais elencados pela aludida Declaração Universal.

De acordo com o previsto no mencionado Pacto (art. 2º, § 1º), os direitos econômicos, sociais e culturais apresentam *realização progressiva*, significando que estão condicionados à atuação do Estado, que deve adotar medidas econômicas e técnicas, isoladamente e por meio de assistência e cooperação internacional, até o máximo de seus recursos disponíveis, de modo a alcançar progressivamente a completa realização dos direitos nele previstos, o que para alguns significaria que esses direitos teriam sido concebidos como direitos programáticos, já que não podem ser implementados sem que exista um mínimo de recursos econômicos disponível, um mínimo de *standard* técnico-econômico, um mínimo de cooperação econômica internacional, e, especialmente, não podem ser implementados sem que sejam efetivamente uma prioridade na agenda política nacional, o que não me parece acertado, pois o fato de se ter previsto a implementação progressiva não significa que a norma seja programática. Ao contrário, demonstra que os Estados signatários têm o dever de implementar os direitos ali elencados. Por conseguinte, as normas são vinculantes, obrigatórias.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em São José da Costa Rica, conhecida como Pacto de São José, talvez seja o documento de maior relevo no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Porém, lamentavelmente reservou um único artigo para tratar da proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais (art. 26), que, à semelhança do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, prevê a “realização progressiva” desses direitos. Entretanto, o referido instrumento

inova quando prevê a sistemática de petições a serem encaminhadas à Comissão Interamericana (art. 44), bem como as comunicações interestatais (art. 45) e, ainda, os relatórios, embora tais procedimentos não tenham se mostrado suficientes para a efetiva proteção dos direitos humanos.

Como se vê, o reconhecimento e a incorporação dos direitos sociais, econômicos e culturais nas Constituições dos diversos Estados, bem como em Pactos Internacionais, está a evidenciar a importância que esses direitos têm alcançado no cenário doméstico de cada Estado e no âmbito internacional, vinculando e obrigando a sua concretização.

Assim, na medida em que as normas constitucionais e internacionais prevêem a realização dos direitos sociais, econômicos e culturais, deixam de constituir meras declarações ou programas de intenções, passando a vincular, tornando obrigatória a sua concretização, ainda que progressivamente. Por conseguinte, a sua efetivação pode ser exigida, inclusive, jurisdicionalmente.

3 OBRIGAÇÕES DO ESTADO EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS

De acordo com o pensamento de Ricardo Lobo Torre³², “os direitos sociais e econômicos compõem o que se convencionou chamar de cidadania social e econômica, que é a nova dimensão da cidadania aberta para o campo do trabalho e do mercado”, devendo ser equacionados a partir da teoria da justiça.

No Brasil, especificamente, a justiça social encontra sua expressão constitucional no art. 6º do Texto Supremo, segundo o qual “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desempregados”, princípio que é desenvolvido e complementado pelo art. 170, ao estabelecer que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social”³³. Por conseguinte, o conteúdo oferecido pela idéia de justiça social cifra-se, sobretudo, na necessidade de distribuição de rendas, com a conseqüente proteção aos fracos, pobres e trabalhadores, sob a diretiva de princípios como os da solidariedade³⁴ e da igualdade, princípios que, aliás, encontram-se expressos no Preâmbulo, bem como

32 TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 269.

33 O que também é garantido nos arts. 1º, 9.2 e 53 da Constituição espanhola de 1978.

34 De acordo com Wilson Steinmetz, o princípio constitucional da solidariedade exige do Estado: 1) a garantia efetiva dos direitos fundamentais sociais; 2) a promoção do bem-estar social geral das pessoas; 3) a criação de mecanismos e incentivos de cooperação social e de ajuda mútua entre os particulares, ou seja, o fomento da solidariedade nas relações horizontais. Em outras palavras: o princípio da solidariedade exige do Estado ações positivas, normativas e fáticas, em prol do bem-estar geral das pessoas. In: STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 119-120.

no art. 3º, I, II, III e IV, da Carta da República de 1988, e, por isso, constituindo objetivos e obrigações a serem concretizados no plano prático pelo Estado Democrático de Direito brasileiro e não mera promessa do constituinte.

Todavia, tem sido sustentado por certa doutrina que, por dependerem da concessão do legislador, os direitos sociais não tendo *status negativos* afastam-se da noção de direitos fundamentais e, por essa razão, não teriam aptidão de gerar direito a prestações positivas do Estado, portanto, não sendo passíveis de judicialização. Na medida em que não passariam de princípios de justiça, de normas programáticas, dependendo da disponibilidade orçamentária do Estado, encontra-se na dependência da “reserva do possível” para a sua implementação. Para essa corrente os direitos sociais não obrigam, mas apenas facultam ao legislador, na medida em que não lhe exigem certo grau de desenvolvimento ou de realização, se não o autorizam para limitar os direitos de liberdade, quando as limitações se endereçam a cumprir os objetivos da justiça social sendo, pois, normas programáticas, embora não se esclareça até que ponto está o legislador legitimado para intervir no âmbito das liberdades sob pretexto de realizar os direitos prestacionais.

Como deixamos antever nos itens anteriores, essa visão não parece correta, pois não há, *a priori*, a prevalência de direitos individuais civis e políticos sobre direitos sociais, na medida em que tanto aqueles como estes são direitos fundamentais gozando de igual proteção, máxime quando se sabe que as prestações positivas não se esgotam unicamente em dispor de reservas ou recursos financeiros, pois há obrigações de promover certos serviços que podem ser caracterizadas pelo estabelecimento de uma relação direta entre o Estado e o beneficiário, podendo o Estado até mesmo assegurar o gozo de certo direito através de outros meios, em que podem tomar parte outros sujeitos obrigados.

Assim, os direitos sociais podem ser, e muitas vezes são, tão vitais quanto os civis e políticos, sendo, pois, irrelevante o fato de serem direitos positivos em contraposição aos direitos individuais civis e políticos negativos. Ademais, vale lembrar que os direitos civis e políticos podem ser caracterizados como um complexo de obrigações negativas e positivas por parte do Estado: obrigações de abster-se de atuar em certos âmbitos e de realizar uma série de funções com o objetivo de garantir o gozo da autonomia individual e impedir sua afetação por outros particulares. Por isso, os direitos econômicos, sociais e culturais também podem ser caracterizados como um complexo de obrigações positivas por parte do Estado, ainda que neste caso as obrigações positivas revistam uma importância simbólica maior para identificá-los.

Aliás, Norberto Bobbio³⁵ entende que os direitos sociais são equiparados aos direitos fundamentais. Para ele, os direitos civis e políticos consis-

35 BOBBIO, Norberto. Ob. cit., p. 21.

tem em liberdades que exigem obrigações negativas dos órgãos públicos, ao passo que os direitos sociais consistem em poderes, podendo ser realizados somente com certo número de obrigações positivas, especialmente no ambiente do Estado social em que os direitos sociais constituem os fins do próprio Estado, pois, se existe o dever de alcançar ou propender para a consecução de um determinado objetivo, então deve deduzir-se logicamente também a validade do dever de adotar os meios pertinentes para o alcance desses efeitos.

Dessa forma, o legislador encontra-se vinculado pela obrigação de perseguir o fim constitucionalmente estabelecido, tendo, assim, plena liberdade para decidir acerca dos meios e até mesmo da oportunidade para torná-los em prática quando não tenham sido desde logo estabelecidos pela Constituição. Porém, como em todas as disposições de fins do Estado – aí incluídos os direitos sociais – contêm um *núcleo essencial* vinculante para o legislador. Este núcleo constitui o limite da sua liberdade de configuração que não pode ser violado, pena de inconstitucionalidade.

Ademais, lembra com propriedade Carlos Ayres Britto que, se “considerarmos a evolução histórica do Constitucionalismo, podemos facilmente ajuizar que ele foi liberal, inicialmente, e depois social. Chegando, nos dias presentes, à etapa da existência fraternal³⁶”. Para o citado autor brasileiro, esta fase do “Constitucionalismo fraternal”, do constitucionalismo social, é marcada pelas constituições que incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da fraternidade, que é a dimensão das ações estatais afirmativas. Essas ações afirmativas são concretizadas por meio de atividades estatais assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais histórica e sistematicamente desfavorecidos ou discriminados, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos, as mulheres, as crianças, os imigrantes e tantos outros seguimentos vulneráveis.

É claro que essas ações exigem além da mera edição de normas ou da proibição de preconceitos ou de discriminações, pois abarcam a afirmação de um desenvolvimento justo e sustentável que seja capaz de permitir uma vida digna com trabalho, educação, saúde, moradia, saneamento, um ambiente ecologicamente equilibrado etc. a todos, de modo a fazer da vida humana uma verdadeira comunidade.

“No plano do direito constitucional, as coisas se processam numa seqüência lógica. Se já não era possível um estado genérico de liberdade sem uma aproximativa igualdade entre os homens, também não era possível o alcance de uma vida coletiva em bases fraternais sem gozo daquela mesma situação de igualdade social (ao menos aproxi-

36 BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 216.

madamente), pela simples razão de que não pode haver fraternidade senão entre os iguais.”³⁷

Assim, os direitos sociais, econômicos e culturais, sendo instrumentos dessa vida fraterna, são vinculantes constituindo verdadeiras obrigações estatais. Por conseguinte, a sua concretização é condição indispensável, especialmente no Estado social, para a existência de uma vida em que seja possível, se não a eliminação das desigualdades, pelo menos a sua diminuição a tal ponto que todos possam ter uma vida digna, cumprindo, pois, ao Estado adotar as providências para que sejam concretizados esses objetivos. Por isso, acertada a advertência de Beatriz Gonzáles Moreno³⁸ no sentido de que a cláusula do Estado social, que incorpora os direitos sociais, é uma decisão política fundamental estando positivada em uma verdadeira norma jurídica de natureza constitucional, na medida em que vincula o legislador ordinário, informando a aplicação do Direito pelo juiz, e orienta toda a atuação dos poderes públicos. Por conseguinte, sua potencialização se desdobra em três vertentes: como fixação teleológica do Estado, como valor interpretativo do resto de todo o ordenamento jurídico, e como parâmetro constitucional. Portanto, a sua implementação concreta constitui verdadeira obrigação estatal e não mera promessa ou declaração de intenções.

4 EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Como até agora se procurou demonstrar, a concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais não é apenas uma obrigação moral dos Estados, mas um dever jurídico, na medida em que tem fundamento nos pactos internacionais de proteção dos direitos humanos e em suas próprias Constituições.

O mais importante pacto internacional a respeito dos direitos sociais é o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que enumera vários direitos, incluindo o direito ao trabalho e à justa remuneração, o direito de formar e filiar-se a sindicatos, o direito a um nível de vida adequado, à moradia, à educação, à saúde, à previdência social etc. (arts. 6º e seguintes).

É evidente que os Estados, ao firmarem esses instrumentos internacionais, inclusive alguns os incorporando expressa ou implicitamente em suas Constituições, como é o caso do Brasil³⁹, da Espanha⁴⁰, da Argentina⁴¹

37 BRITTO, Carlos Ayres. Ob. cit., p. 217.

38 GONZÁLES MORENA, Beatriz. *El estado social naturaleza jurídica e estructura de los derechos sociales*. Madrid: Civitas Ediciones, 2002. p. 55-57.

39 Arts. 4º, II; 5º, §§ 1º, 2º e 3º do Texto de 1988.

40 Art. 96 da Constituição espanhola de 1978.

41 Art. 75, inciso 22, da Constituição argentina com a reforma de 1994.

e outros, assumem o compromisso de concretizar os objetivos neles previstos, não fazendo simples declaração de intenção.

Lembra abalizada doutrina⁴²:

“Es evidente que la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos no tiene como único objeto servir de complemento a la parte dogmática de la Constitución sino que, necesariamente, implica condicionar el ejercicio de todo el poder público, incluido el que ejerce el Poder Judicial, al pleno respeto y garantía de estos instrumentos. Dada la jerarquía constitucional otorgada a los tratados de derechos humanos, su violación constituye no sólo un supuesto de responsabilidad internacional del Estado sino, también, la violación de la Constitución misma.”

Assim, os Estados, por meio de seus governantes, têm obrigação de garantir de forma adequada as condições necessárias para a concretização dos direitos sociais, pois que isso decorre de uma responsabilidade que repousa nos compromissos assumidos pelos constituintes internamente, bem como internacionalmente, quando cada Estado firma pactos internacionais quase sempre incorporados aos ordenamentos jurídicos domésticos com força de norma constitucional⁴³. Até porque esses instrumentos exprimem uma idéia universal acolhida por quase todas as Nações.

De outro lado, como lembra Flávia Piovesan⁴⁴, a indivisibilidade dos direitos humanos leva ao afastamento da noção de que uma classe de direitos – civis e políticos – merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe de direitos – sociais, econômicos e culturais –, ao invés, não mereceria qualquer observância, pois, sob a ótica das normativas internacionais, encontra-se completamente superada a equivocada concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não seriam legais.

Na verdade, a idéia da não-exigibilidade ou da não-acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica, e não científica, pois são eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais. Por conseguinte, acionáveis e exigíveis demandando séria e responsável observância, e, por isso, devem ser reivindicados como direitos, “e não como caridade ou generosidade”.

Nessa perspectiva, são os tribunais internos que têm sob sua responsabilidade a obrigação de velar pelo efetivo e pleno respeito e garantia de todas as obrigações internacionais assumidas pelos países em matéria de

42 ABRAMOVICH, Victor et al. Ob. cit., p. 72.

43 No Brasil a partir da chamada Reforma do Poder Judiciário, levada a efeito 2004 (Emenda nº 45), esses tratados passaram a ter natureza de emenda constitucional.

44 PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, globalização econômica e integração regional. In: GRAU, Eros Roberto et al (Coord.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 619.

direitos humanos, incluídas e incorporadas no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e outros instrumentos normativos, inclusive os de natureza doméstica.

Pondera acertadamente Lenio Luiz Streck⁴⁵ que:

“É pela via do cumprimento da Constituição, através dos órgãos competentes, que é possível, em determinado caso, a realização dos direitos que estão previstos nas leis e na Constituição, e naquilo que se entende por Estado democrático de direito, o Judiciário, através do controle da constitucionalidade das leis, pode intervir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais.”

Desta forma, e tomando em conta o que se encontra expresso no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 2.1, especialmente), deve-se entender que os Estados se comprometeram a adotar medidas até o máximo de seus recursos disponíveis, para alcançar progressivamente por todos os meios apropriados, inclusive e especialmente, a adoção de medidas legislativas, para que os direitos reconhecidos naquele instrumento internacional alcancem a sua plena efetividade. Logo, os Estados assumiram obrigações e se vincularam ao cumprimento daqueles objetivos, nomeadamente de se absterem de adotar medidas que impliquem em retrocesso social.

De acordo com Gomes Canotilho⁴⁶:

“O princípio da proibição do retrocesso social pode-se formular assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de esquemas alternativos compensatórios, se traduzem, na prática, em uma anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado.”

Ademais, como lembra Paulo Bonavides⁴⁷, o Estado social é, enfim, Estado produtor da igualdade e não de desigualdades sociais. Esse objetivo – promoção da igualdade material – deve iluminar sempre toda a hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. Por conseguinte, obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas e a prover meios, se necessário, para concretizar os comandos normativos de isonomia.

Cabe, pois, ao Judiciário, ao contrário do que insistentemente tem afirmado certa autoridade judiciária brasileira que compôs o mais alto Tri-

45 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 21-22.

46 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 1154.

47 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 343.

bunal do Brasil, intervir para tornar concretos esses direitos e impedir a sua violação. Aliás, esse entendimento foi acolhido pelo Tribunal Constitucional de Portugal, ao afirmar que:

“A partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.” (Ac. 34/84 – TC)⁴⁸

Afinal, como adverte abalizada doutrina⁴⁹, o Judiciário, em um Estado que se pretende democrático, não pode ter sua atividade reduzida à mera aplicação do Direito posto, preexistente. Na verdade, essa atividade é criativa e produtora de direito⁵⁰, como se evidencia mesmo na tão atacada doutrina kelseniana, onde a sentença aparece como uma norma jurídica, diversa daquelas gerais e abstratas em que costuma se basear, e o ato de interpretação e aplicação do Direito pelo juiz como integrante da política do Direito, ao importar na opção por alguns dos valores objetivamente consagrados nas normas positivas.

Em síntese, o papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito Social não pode ser o mesmo que lhe foi atribuído na formulação clássica do Estado liberal em que o juiz era apenas a boca da lei, pois no Estado Democrático Social o juiz deve ser não apenas a boca da lei, mas a boca do próprio Direito⁵¹, ou seja, o seu intérprete e concretizador.

48 Apud STRECK, Lenio Luiz. Ob. cit., p. 22.

49 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 37.

50 Lembra Mauro Cappelletti que, do ponto de vista substancial, “não é diversa a ‘natureza’ dos dois processos, o legislativo e o jurisdicional”. Para ele, “ambos constituem processos de criação do direito”. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 27.

51 Acertada, pois, a afirmação de Menelick de Carvalho Neto, em judicioso artigo sobre “A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito”, no sentido de que “no paradigma do Estado Democrático de Direito, é preciso requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e as regras constitutivas do direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto” e isso, salienta, não implica de modo algum em agressão ao princípio da divisão de poderes que, ao contrário, “ganha conteúdo da distinção entre o domínio das atividades legislativas ou discursos de justificação, ou seja, daqueles discursos que têm por critério de imparcialidade a universalidade, e o domínio da atividade de aplicação de normas, ou seja, dos discursos que, por sua vez têm por critério de imparcialidade a sensibilidade para com as especificidades de cada situação de aplicação consoante a ótica de todos os afetados”. CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista notícia do direito brasileiro*, Brasília: Faculdade de Direito da UnB, n. 6, p. 233-250, 2000.

Se os direitos sociais constituem obrigações assumidas pelos Estados, inclusive quando firmam compromissos internacionais ao subscreverem os Pactos Internacionais, a implementação concreta desses pode e deve ser acompanhada e fiscalizada pelos órgãos do Poder Judiciário, nomeadamente por meio do controle de constitucionalidade que no Brasil tanto pode se dar de forma direta como concentrada perante o Supremo Tribunal Federal, bem como na difusa através dos vários instrumentos processuais por meio dos quais se pode exigir o cumprimento pelo Estado e até mesmo pelos particulares dos direitos sociais em casos concretos, como o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, a ação civil pública, as ações coletivas no âmbito do consumidor etc.

5 MECANISMOS DE GARANTIA E CONCRETIZAÇÃO JURISDICIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS

A questão da exigência dos direitos sociais, econômicos e culturais pela via jurisdicional ainda é objeto de muitas discussões e vários obstáculos; têm sido apresentados para tornar plenamente exigíveis esses direitos, especialmente pela via jurisdicional.

Victor Abramovich e Christian Courtis⁵² elencam alguns desses obstáculos.

O primeiro encontra-se vinculado à falta de especificação concreta do conteúdo desses direitos, na medida em que, quando uma Constituição ou um tratado internacional de direitos humanos falam de direito à saúde, à educação, ao trabalho, à moradia, muitas vezes torna-se difícil saber qual seria a medida exata das prestações ou abstenções devidas, pois a exigência de um direito no âmbito judicial sempre supõe a determinação de um descumprimento extremo que se torna impossível de identificar quando a conduta devida não resulta inteligível.

Um outro fator também lembrado reside no critério restritivo que costuma ser empregado pelo Judiciário na hora de avaliar sua faculdade, de anular decisões que podem ser qualificadas como políticas, o que no Brasil tem justificado a recusa dos Tribunais, inclusive do Supremo Tribunal Federal, de avaliar a constitucionalidade de muitas normas e atos administrativos emanados do Poder Executivo, como, por exemplo, no caso do abuso na emissão de medidas provisórias.

Assim, quando o pedido de reparação de uma violação de direitos sociais importar uma ação positiva do Estado que coloque em jogo recursos financeiros, afetando de alguma forma o desenho ou a execução de políticas públicas que possam implicar em uma decisão acerca de grupos ou setores que serão prioritariamente auxiliados ou tutelados pelo Estado, o Judiciário,

52 ABRAMOVICH, Victor et al. Ob. cit., p. 121-133.

nomeadamente aqui no Brasil, costuma recusar intervir nessas questões sob o argumento de que são próprias e da competência dos órgãos políticos, o que, muitas vezes, implica na permissão de condutas manifestamente lesivas aos direitos humanos sociais.

Também se costuma levantar outra barreira importante para a exigibilidade jurisdicional dos direitos sociais, isto é, a inadequação dos mecanismos processuais tradicionais para a tutela desse tipo de direito.

De acordo com aqueles que defendem essa posição, as ações judiciais tradicionais previstas pelo ordenamento jurídico foram pensadas para dar proteção aos direitos civis clássicos, não sendo, então, aptas a proteger os direitos de cunho social, coletivos.

Finalmente, costuma ser mencionado o obstáculo de índole cultural, que potencializa alguns dos anteriores. Vale dizer: a ausência de tradição de exigência dos direitos sociais.

Com efeito, em que pese a existência de normas de nível constitucional e até mesmo de índole internacional, como são os tratados que garantem esse tipo de direitos, as concepções ainda muito conservadoras a respeito do verdadeiro papel institucional do Judiciário, bem como do real significado do princípio da separação dos poderes, têm sido causa da uma tímida prática de exigência pela via judicial dos direitos sociais, havendo de certa forma um menosprezo pelas normas que instituem e garantem os direitos sociais, econômicos e culturais.

É claro que, apesar dos obstáculos acima mencionados, os direitos sociais, econômicos e culturais como os direitos civis e políticos podem e devem ser objeto de proteção e exigência jurisdicional, sendo, portanto, perfeitamente jurisdicionáveis.

Antes de tudo, a partir do momento em que o Estado assume, no âmbito interno, através de sua Constituição e, no internacional, por meio de tratados ou pactos internacionais, determinados compromissos e obrigações de implementação de certos direitos sociais, econômicos e culturais, deve honrá-los com a sua efetiva implementação. A relutância dos governos na implementação dos direitos sociais, econômicos e culturais não se justifica a qualquer título, na medida em que se abandonou a idéia de que esses direitos seriam menos importantes, não acionáveis na via judicial. O descumprimento desses deveres, principalmente o descumprimento injustificado, como costuma acontecer, implica na violação desses direitos, causando prejuízos aos que seriam deles beneficiários, implicando no direito à tutela judicial para exigir perante o Judiciário o cumprimento do dever estatal e a reparação dos danos que eventualmente possa ter sido vítima face à omissão estatal.

“A garantia de efetividade a qualquer direito demanda investimentos, que recaem na órbita da responsabilidade do Estado, dentre cujos

propósitos destaca-se o de assegurar a seus cidadãos as condições necessárias à fruição de direitos e protegê-los da investida de quem quer que seja. A leniência em assegurar o gozo universal de qualquer direito fundamental – independente de sua natureza – constituiu inequívoco descumprimento da responsabilidade estatal, sujeito não apenas à censura da comunidade internacional, mas também à atuação corretiva dos mecanismos internos e internacionais de controle do Estado.”⁵³

Aliás, o direito à efetiva tutela judicial encontra-se previsto e garantido na Constituição de 1988 (art. 5º, inciso XXX), e como direito fundamental protege, antes de tudo, os indivíduos frente ao poder, como reconheceu o Tribunal Constitucional da Espanha (STC 175/2001, de 26.06.2001):

*“Es la falta de poder de cada individuo para imponer sus derechos e intereses – consecuencia necesaria del deber de respecto a los demás y la paz social a que se refiere el art. 10.1CE – lo que dota al derecho a la tutela judicial efectiva de su carácter materialmente esencial o fundamental, en tanto necesario para la realización de los derechos e intereses de los particulares.”*⁵⁴

Assim, a tutela judicial não poderia jamais ser negada sob o argumento da falta de especificação concreta do conteúdo dos direitos sociais. Até porque, como lembram Victor Abramovich e Christian Curtis⁵⁵, a questão da determinação do conteúdo de um direito de nível constitucional não é exclusiva dos direitos sociais, econômicos e culturais, pois todos os direitos desse nível se vêem afetados pelo mesmo inconveniente que “*radica, en el fondo, em la vaguedad característica del lenguaje natural en el que se expresan las normas jurídicas*”. Registre-se que o problema da ausência de especificação do conteúdo de um direito é uma característica típica das normas constitucionais e dos tratados de direitos humanos, dado ao fato de se tratar de normas de maior nível de generalidade da ordem jurídica, o que permite, inclusive, uma maior flexibilidade e adaptação dos instrumentos normativos, e aos órgãos encarregados de definir o conteúdo dos direitos fundamentais por meio desses instrumentos uma margem maior para sua eleição, observadas, é claro, as balizas da prudência, oportunidade, e, especialmente, levando em conta o princípio da proporcionalidade.

Vale ressaltar, também, que, a partir do momento em que o Estado assume uma via de ação no cumprimento de uma obrigação de adotar certas medidas de satisfação de um direito social, está o Poder Judiciário legi-

53 CORRÊA, Lelio Bentes. Efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais e seus sistemas de proteção no direito internacional. In: PAIXÃO, Cristiano et al (Coord.). *Os novos horizontes do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 336-349.

54 SÁEZ LARA, Carmen. *La tutela judicial efectiva y el proceso laboral*. Madrid: Civitas, 2004. p. 25.

55 ABRAMOVICH, Victor et al. Ob. cit., p. 122.

timado constitucionalmente para analisar a via eleita a partir das noções de proporcionalidade, bem como do caráter adequado ou apropriado, o que pode implicar, em alguns casos, certo controle político/constitucional do ato. Porém, ao assim agir, o Judiciário não substituiu os poderes políticos na eleição concreta da política planejada, desenhada para a satisfação do direito, apenas examina a idoneidade das medidas eleitas para alcançar essa satisfação, o que nem de longe fere o princípio da separação dos poderes.

Lembra, a propósito, Luis Prieto Sanchis⁵⁶ que:

“Se de lo que se trata es de mantener el respeto a la autoridad democrática del legislador, tampoco acaba de entender que se rechace la ponderación en el control de las leyes e se acepte en los procesos ordinarios de aplicación de los derechos, pues, a la postre, en esta ponderación aparecerá con frecuencia involucrada una ley. En realidad, la fiscalización abstracta de las leyes podría desaparecer sin gran merma para el sistema de garantías. Lo que no podría desaparecer es la defensa de los derechos por parte de la justicia ordinaria, cuyo primer y preferente parámetro normativo no es la ley, sino la Constitución; e, sin embargo, es aquí donde parece aceptarse la ponderación, que deberá conducir en muchos casos a la ponderación de la ley. Como observa Ferrajoli, una concepción no meramente procedimentalista de la democracia ha de ser ‘garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos y no simplemente de la impotencia de la mayoría’ y esa garantía sólo puede ser operativa con el recurso a la instancia jurisdiccional.”

No que se refere ao argumento da inadequação dos mecanismos processuais, que não seriam aptos a tutelar os direitos sociais porque pensados para resolução de conflitos individuais, também não parece procedente, na medida em que a tutela judicial efetiva encontra-se erigida como um dos principais direitos fundamentais, talvez o mais importante de todos, pois dele depende a concretização dos demais. Por conseguinte, não pode ser negado apenas porque o legislador não cuidou em instituir mecanismos voltados à tutela dos direitos sociais ou coletivos, evidentemente⁵⁷.

Os direitos fundamentais têm proteção constitucional e, por isso, não podem ficar ao desabrigo da tutela judicial efetiva, ainda quando, eventualmente, para hipótese concreta, não se tenha previsto nas normas processuais ou procedimentais alguma ação por meio da qual possam ser reivindicados.

56 PRIETO SANCHIS, Luís. Observaciones sobre las autonomías y el criterio de ponderación. *Revista Jurídica Unigran*, Dourados, n. 14, v. 7, p. 11-33, jul./dez 2005.

57 Até porque a efetivação de um direito fundamental como o acesso à justiça, à jurisdição não pode ficar na dependência da prévia edição de lei que institua certo mecanismo processual, pois esse direito além de constitucionalmente garantido, também se encontra tutelado não apenas pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, mas também na própria Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Cumpra ao juiz, na hipótese de omissão legislativa, aplicar por analogia em um procedimento de integração as normas processuais que mais se aproximam da espécie. O que não se pode admitir é a negativa de tutela sob a invocação de omissão legal. Aliás, no Brasil, o argumento da ausência de mecanismo processual adequado não tem o menor sentido, pois a norma do art. 126 do Código Processual Civil vigente é expressa ao determinar que o juiz não se exime de despachar ou decidir sob o argumento de ausência ou obscuridade da lei. Não havendo normas legais, cumpra-lhe aplicar os princípios gerais de direitos, e no caso concreto de ações que envolvam exigência de direitos sociais os princípios constitucionais e aqueles constantes dos tratados ou pactos internacionais sobre direitos humanos, a analogia, o direito comparado, os costumes, e na pior das hipóteses, a equidade.

Assim, absolutamente correta a afirmação de Victor Abramovich e Christian Courtis⁵⁸ no sentido de que a ausência de mecanismos previstos na legislação doméstica hábil para reivindicar judicialmente o cumprimento dos direitos sociais pode até criar inconvenientes, mas jamais constituir uma barreira intransponível ou insuperável para a discussão pela via jurisdicional da violação desse tipo de direito nem a reparação dos danos causados pela agressão.

Ademais, pelo menos aqui no Brasil, a Carta de 1988 é bastante rica na previsão de mecanismos processuais para a tutela dos direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais. Entre esses mecanismos processuais, visando à tutela efetiva dos direitos fundamentais, inclusive dos direitos sociais previstos no Texto Maior, podem ser citados o mandado de segurança, inclusive o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, a ação declaratória de inconstitucionalidade (por ação e por omissão), a ação civil pública, a arguição de violação de preceito fundamental, bem como a ação coletiva prevista no Código do Consumidor (Lei nº 8.078/1990, arts. 91 e seguintes).

Além disso, entre nós, a própria Constituição deu legitimidade ao Ministério Público e às entidades associativas, na qualidade de substitutos processuais, para exigir a efetivação concreta dos direitos individuais e sociais por meio dos citados mecanismos processuais, como se pode ver do que disposto nos arts. 5º, XXI, LXIX, LXX, LXXI; 8º, III; 127 e 129 da Carta de 1988, devendo-se mencionar ainda o que previsto no art. 102, § 1º, regulamentado pela Lei nº 9.882, de 03.12.1999, que disciplina o processo e o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, bem como a garantia inserta no art. 103 prevendo a ação declaratória de inconstitucionalidade das normas legais e dos atos do Poder Público, disciplinada pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999. Por conseguinte, o argumento da falta de mecanismos processuais aptos a tutelar judicialmente a exigência da implementação dos direitos sociais não pode ser acolhido, pelo menos aqui no Brasil.

58 ABRAMOVICH, Victor et al. Ob. cit., p. 130.

Quanto à última justificação para que se possa exigir judicialmente o cumprimento pelo Estado dos direitos sociais, econômicos e culturais, qual seja, a escassa tradição do controle judicial dessa matéria, igualmente não colhe, pois o povo começa a despertar para o exercício efetivo da cidadania. Na medida em que a cidadania é despertada, a exigência do cumprimento por parte do Estado de seus deveres perante a população tende a aumentar e a crença de que o povo não conhece os seus direitos e, por isso, não os reivindica judicialmente precisa ser revertida, e a forma de tornar possível essa mudança é exatamente exigindo o respeito e a concretização dos direitos sociais por meio dos vários mecanismos jurisdicionais existentes.

Lembra Luigi Ferrajoli⁵⁹ que:

“La tesis de la no susceptibilidad de tutela judicial de estos derechos resulta desmentida por la experiencia jurídica más reciente, que por distintas vías (medidas urgentes, acciones repatriatorias e similares) há visto ampliarse sus formas de protección jurisdiccional, en particular en lo que se refiere al derecho a la salud, a la seguridad social y a una retribución justa... más allá de su justiciabilidad, estos derechos tienen el valor de principios informadores del sistema jurídico ampliamente utilizados en la solución de la controversias por al jurisprudencia de los Tribunales constitucionales. Sobre todo, en fin, no hay duda que muy ben podrían elaborarse nuevas técnicas de garantía.”

Desse modo, a tese da não-jurisdicionalização dos direitos sociais, econômicos e sociais face aos obstáculos antes apreciados está completamente desmentida pela realidade, pois como direitos fundamentais garantidos nas Constituições dos Estados e nos tratados e pactos internacionais de direitos humanos são passíveis de tutela jurisdiccional. Até porque não seriam direitos se não pudessem ser exigidos judicialmente e, porque podem sê-lo, constituem autênticos direitos tuteláveis pelos diversos mecanismos processuais previstos nos ordenamentos jurídicos internos de cada país.

CONCLUSÃO

Os direitos sociais, econômicos e culturais são direitos que visam à não-eliminação, porque talvez isso jamais seja possível, pelo menos a diminuição das desigualdades socioeconômicas e culturais. São, portanto, direitos de liberdade, de igualdade, que objetivam proporcionar uma existência digna. Por conseguinte, direitos intimamente ligados à dignidade humana e, por isso, atribuídos, sobretudo, aos carentes que na verdade são os seus titulares.

O reconhecimento e a incorporação dos direitos sociais, econômicos e culturais nas Constituições dos diversos Estados, bem como em pactos in-

59 FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., p. 64.

ternacionais, confirma a importância que esses direitos têm alcançado no cenário doméstico de cada Estado e no âmbito internacional, vinculando e obrigando a sua concretização.

Assim, e na medida em que as normas constitucionais e internacionais prevêem a realização dos direitos sociais, econômicos e culturais, deixam de constituir meras declarações ou programas de intenções, passando a vincular, tornando obrigatória a sua concretização, ainda que progressivamente. Por conseguinte, a sua efetivação pode ser exigida, inclusive, jurisdicionalmente. Logo, não podem ficar ao desabrigo da tutela judicial efetiva, ainda que, eventualmente, para hipótese concreta não se tenha previsto nas normas processuais ou procedimentais algum tipo de mecanismo para sua tutela judicial.

Cumpra ao juiz, na hipótese de omissão legislativa, aplicar por analogia em um procedimento de integração as normas instrumentais que mais se aproximam da espécie, o que no Brasil não é necessário em face da previsão de vários mecanismos legais e constitucionais de efetivação judicial dos direitos sociais, como a ação civil pública, o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo, a ação coletiva no âmbito do direito do consumidor e outros.

Superada, pois, a tese de não-judicialização, é preciso levar a sério os direitos sociais, econômicos e culturais, e isso implica, ao mesmo tempo, um compromisso com a integração social, a solidariedade e a igualdade material, o que obviamente exige do Poder Público políticas públicas voltadas para a distribuição de renda, educação, saúde, proteção ao meio ambiente etc., com uma atenção especial voltada especificamente para os grupos vulneráveis. Por conseguinte, as necessidades fundamentais não podem nem devem ficar condicionadas à caridade de programas e políticas estatais, muitas vezes com características e objetivos assistencialistas ou eleitoreiros como as que são desenvolvidas pelo atual governo, devendo, ao contrário, serem definidos como direitos passíveis de exigência pelos seus destinatários, inclusive e especialmente, pela via da jurisdição estatal.

Enfim, fazer a verdadeira democracia tomando em sério os direitos fundamentais do homem tal como se encontram somente proclamados nas Constituições dos diversos Estados e nos tratados e pactos internacionais significa colocar fim ao grande e desumano *apartheid* social que exclui do seu desfrute uma imensa parte do gênero humano. Porém, para que isso possa acontecer, é indispensável que os profissionais do Direito, especialmente aqueles que têm a nobre missão de aplicá-lo na condição de julgadores, ampliem seus horizontes tomando conhecimento da normativa internacional e do aparato erigido para assegurar a efetividade desses direitos.

Temos, pois, que nos conscientizar que sobre os nossos ombros recai, enquanto intérpretes/aplicadores do Direito e também como cidadãos, a imensa responsabilidade de assegurar, a qualquer custo, a efetividade dos direitos sociais, pois, como expresso na Declaração de Filadélfia, “a miséria

de um põe em risco o progresso de todos". Por conseguinte, apenas aqueles que tiverem a sensibilidade de ouvir o apelo que lhes é lançado, humanizando a resposta a ser dada, estarão à altura do desafio de participar efetivamente da construção dos alicerces de uma sociedade verdadeiramente justa e, portanto, livre, democrática, fraterna e solidária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMOVICH, Victor et al. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. E. Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- ALONSO DE ANTONIO, Ángel Luís et al. *Derecho constitucional español*. Madrid: Universitas, S.A, 2002.
- AÑON ROIG, Maria Jose et al (Coord.). *Lecciones de derechos sociales*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- _____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- CARVALHO NETO, Menelic de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília: Faculdade de Direito da UnB, n. 6, 2000.
- CORRÊA, Lelio Bentes. Efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais e seus sistemas de proteção no direito internacional. In: PAIXÃO, Cristiano et al (Coord.). *Os novos horizontes do direito do trabalho*. São Paulo: LTr.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Iáñez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2004.
- GONZÁLES MORENO, Beatriz. *El estado social naturaleza jurídica e estructura de los derechos sociales*. Madrid: Civitas Ediciones, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. In: TRINDADE, Antonio Augusto Cansado et al. *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional*. Estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.
- _____. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- J. LAPORTA, Francisco. Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema. In: *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

LIMA FILHO, Francisco das C. Estado social: modelo espanhol e modelo brasileiro. Uberaba, Boletim Jurídico, n. 150, 31.12.2005;

PECES-BARBA, G. *Derecho y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. *Curso de derechos fundamentales*. Teoria general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Leys, principios, derechos*. Madrid: Dykinson, 1998.

_____. Observaciones sobre las autonomías y el criterio de ponderación. *Revista Jurídica Unigran*, Dourados, n. 14, v. 7, jul./dez. 2005.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, globalização econômica e integração regional. In: GRAU, Eros Roberto et al (Coord.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

PISSARELLO, Geraldo. Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección de los derechos sociales. *Isonomia*, Barcelona, n. 25, out. 2001.

RITTER, Gerhard. *El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*. Trad. Joaquín Abellán. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

SÁEZ LARA, Carmen. *La tutela judicial efectiva y el proceso laboral*. Madrid: Civitas, 2004.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

SIMM, Zeno. *Os direitos fundamentais e a seguridade social*. São Paulo: LTr, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TORRE, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TUGENDHAT, E. *Lecciones de ética*. Barcelona: Gedisa, 1997.

VALDES DAL-RE, Fernando. Palestra ministrada no XX Encontro Anual dos Magistrados do Trabalho da 2ª Região (27 a 30 de outubro de 2004). *Jornal Magistratura & Trabalho*, São Paulo, a. XII, 55, dez. 2004.

VILHENA, Oscar Vieira. *Direitos humanos*. Normativa internacional. São Paulo: Max Limonad, 2001.

LEGISLAÇÃO:

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. Edición preparada por Luís López Guerra et al. Madrid: tecnos, 2002.

LEI Fundamental da República Federal da Alemanha. Tradução publicada pelo Departamento da Imprensa e Informação do Governo da República Federal da Alemanha, 1975.