

Direitos Sociais: Sua Circunstância e sua Justiciabilidade

MARIA CRISTINA DE BRITO LIMA
Juíza de Direito do TJ/RJ.

A abordagem que se pretende dos direitos sociais no contexto de sua circunstância tem por objetivo a investigação do conteúdo ontológico desses direitos no seu ambiente, ante as influências que sofrem, a análise de suas particularidades, bem como o desafio que a eles se impõe. Assim, desde logo, cabe um ligeiro retorno às bases históricas do tema.

1.1 PERCURSO INICIAL

A estruturação dos direitos sociais não está dissociada da formação do Estado e suas ideologias, mas, ao contrário, a ele intrinsecamente ligada.

Os direitos sociais foram concebidos em meio ao amadurecimento da sociedade e sua demanda por um instrumento que contrabalançasse os clássicos direitos individuais e civis, responsáveis pela afirmação de que todos os homens nascem e permanecem livres e iguais em direito, com os direitos políticos, os quais impõem uma limitação de acesso à participação política dos cidadãos por motivos econômicos e culturais¹.

Numa primeira fase, a idéia de se organizar e participar da vida política do Estado deu ensejo a que a sociedade fosse em busca do reconhecimento do sufrágio universal e do direito de asso-

¹ PECES-BARBA, Gregório. *"Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de Filosofía jurídica y política)"*. Cuadernos Bartolome de Las Casas. Instituto de Derechos Humanos Bartolome de Las Casas. Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1999, p. 8.

ciação². Estes, a seu turno, acabaram por conferir nova densidade aos direitos políticos, recebendo a contribuição de novos sujeitos, novas ideologias liberal-progressistas e socialista-democráticas. A meta a ser alcançada era a criação de uma homogeneidade social através da técnica dos direitos. Em outras palavras, o objetivo dos direitos políticos estava na igualdade através da satisfação de necessidades básicas, sem as quais muitas pessoas não poderiam alcançar os níveis de humanidade necessários para desfrutar dos direitos civis e políticos, participando em plenitude da vida política e de seus benefícios³.

Esse novo cenário tornou-se propício para o desenvolvimento da idéia de um Estado intervencionista, social, em substituição ao Estado liberal de outrora. A incumbência desse novo Estado estava em conformar a vida coletiva, construindo uma sociedade onde houvesse igualdade de oportunidade para todos os cidadãos e garantia da realização das prestações correspondentes aos direitos sociais que proporcionassem às pessoas uma razoável qualidade de vida⁴.

Os períodos revolucionários de 1776 (Virginia Bill of Rights), 1789 e 1848 e ainda outros momentos do século XIX ajudaram a sedimentar e consagrar normativamente algumas demandas destinadas à modificação das condições de vida dos grupos menos favorecidos. Contudo, somente em finais do século XIX e metade do século XX, em meio às mazelas provenientes dos movimentos bélicos, é que nasce um verdadeiro movimento reivindicativo de um Estado social pleno, pretendendo-se a regulamentação das cargas horárias de trabalho, auxílio aos desempregados, educação, assistência pública, dentre outros ⁵.

² PECES-BARBA, *ibidem*, p. 57, pontua que a luta pela generalização do sufrágio e pelo direito de associação prolongou-se por mais de um século e foi de uma dureza inusitada, expressando até onde estavam dispostos a chegar os detentores excludentes do poder para evitar que os excluídos se organizassem e participassem com seu voto da tomada de decisões políticas.

³ PECES-BARBA, *Derechos y....* p. 57.

⁴ CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. Vol. I. 2ª ed., revista e atualizada por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 382.

⁵ DIAZ, José Ramón Cossio. **Estado social y derechos de prestación**. Madrid:Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 32.

Dessa forma, como implemento característico do Estado social está a nova geração de direitos denominados sociais, cujo conteúdo vai variar de Estado para Estado e de momento para momento na história de cada sociedade, ainda que o propósito seja sempre o mesmo: igualdade de oportunidade para todos os cidadãos e garantia da realização das prestações que proporcionem às pessoas uma razoável qualidade de vida.

Não há dúvida de que essa transição de liberal para social importou em grandes mudanças operacionais para o Estado, passando este a se encarregar da tarefa de proporcionar à sociedade prestações necessárias e serviços públicos adequados para o pleno desenvolvimento da personalidade de seus cidadãos. Contudo, não se pode deixar de afirmar que a mudança de maior importância está na reestruturação e no equilíbrio das receitas públicas e do seu planejamento social, o que somente se conseguirá através de uma boa política fiscal⁶.

1.2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO: O CONFRONTO COM A FUNDAMENTALIDADE

Extraídos da concepção unívoca dos Direitos do Homem, os direitos de liberdade e os sociais tomaram caminhos diferenciados. Enquanto os direitos de liberdade afirmam-se por ações livres dos cidadãos, praticadas sem a possibilidade de interferência do Estado, os direitos sociais dele, em princípio, exigem a intervenção para satisfação de necessidades básicas dos cidadãos⁷.

Assim, enquanto os direitos de liberdade representam um *status negativus libertatis*, os direitos sociais exprimem-se como um *status positivus* do cidadão, verdadeiro *status socialis positivus*, nas palavras de JELLINEK⁸.

Mas em que pese seu *status*, os direitos de liberdade e os sociais não estão em posições antagônicas. A garantia do direito de

⁶ PÉREZ-LUÑO, Antonio. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. Madrid:Tecnos, 1999, p.224.

⁷ Convém desde já destacar que existem direitos sociais que independem da ação do Estado como, por exemplo, o direito à associação sindical.

⁸ *Apud* MANGOLDT-KLEIN. *Das Bonner Grundgesetz*. Berlingo-Franco-forte, 1955, *passim*.

liberdade é condição para que a prestação social do Estado possa ser objeto do direito individual; a seu turno, a garantia do direito social é condição para o bom funcionamento da democracia, principalmente para a efetivação da liberdade civil e política⁹. Portanto, esses direitos complementam-se. De nada servirá a liberdade se o homem não puder compreender o seu significado.

O binômio igualdade/liberdade é a base de sustentação da teoria dos direitos fundamentais, que recebe os influxos em consonância com a idéia político-constitucional de cada Estado. Assim, a igualdade, na concepção liberal, representa a titularidade dos direitos e demanda liberdade para todos. Tem, portanto, caráter universal. Já na concepção social, a igualdade demanda uma efetiva igualdade de agir e a liberdade impele à ação, trata-se de uma liberdade condicionada a uma igualdade material, a um efetivo *facere* ou *dare*¹⁰.

Contudo, é inegável que os direitos sociais encontrem dificuldades conceituais em razão de sua grande complexidade^{11/12}. JORGE MIRANDA lembra que muitos autores os relegam às zonas das imposições dirigidas ao legislador ou para a das garantias institucionais¹³. A dificuldade está em que os direitos sociais não possuem um catálogo fixo de bens juridicamente tutelados. Na verdade, as necessidades dos homens vão mudando de época para época, e de sociedade para sociedade. Logo, o que é imprescindível hoje para que o homem goze de uma situação igualitária na sociedade em que vive, pode deixar de ser em pouco tempo. Como o papel dos direitos sociais está justamente em remover obstáculos

⁹ MAZZIOTTI, Manlio. *Diritti sociali*. Enciclopédia Del Diritto. Vol. XII, Milano: Giuffrè editore, 1964, p. 805.

¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Vol. IV, Coimbra: 2000, p. 103, ressalta, ainda, que a igualdade material em questão deve ser criada, representando uma verdadeira consequência.

¹¹ CID, Benito de Castro. *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*. Universidade de Leon, 1993, p. 13 e ss.

¹² FORSTHOFF, Ernst. *Problemas constitucionales del Estado Social. El Estado Social*. Madrid, 1986, p. 44-67. Vale lembrar que FORSTHOFF atribuíra dificuldade até mesmo para definir uma fórmula conceitual para Estado social, sob o argumento de que o termo social sofre interpretações muito contraditórias. Em suas palavras o "social" é um indefinível definido.

¹³ *Ibidem*, p. 101.

que impeçam o desenvolvimento dos cidadãos, atendendo às suas carências em relação a uma necessidade básica pontual, o bem juridicamente tutelado não pode e não deve mesmo ser fixo, mas sim variável, dependente da necessidade do momento¹⁴.

Por outro lado, ainda que variável o bem tutelado, a força motriz do direito social é inalterável, repousando sempre na *solidariedade*, ou seja, a sua meta terá sempre um sentido moral vinculativo do indivíduo à vida, aos interesses e às responsabilidades de um grupo social, de uma nação, ou da própria humanidade.

Não é sem razão que a idéia de comunhão entre os homens, através de relações baseadas no amor, na amizade, no apoio e na cooperação apareceu na Grécia, cultura que iniciou uma união espiritual viva e ativa capaz de influenciar o ocidente, responsável, finalmente, pela germinação e crescimento dos direitos sociais¹⁵. Com efeito, as grandes idéias nunca aparecem subitamente; aquelas que têm por base a verdade sempre apresentam precursores que lhes preparam parcialmente o caminho. E foi esse o papel da Grécia na história dos direitos sociais: dar-lhes a substância, para que muito se pudesse fazer no mundo em decorrência dela.

Donde se afirmar que o elemento identificador dos direitos sociais está na consequência da igualdade material criada com a implementação do bem que, em determinado momento da história, passou a ser tutelado¹⁶.

Muito se discute acerca da fundamentalidade dos direitos sociais. Contudo, a tese de que os direitos sociais são também funda-

¹⁴ É interessante notar que muitas vezes o que é essencial para determinada sociedade em uma certa época, não é mais para outra, que já está em nível superior porque outrora seus cidadãos tiveram reconhecido determinado direito social capaz de atender à sua necessidade básica. Com isso, pode-se aduzir que os direitos sociais sofrem também gradações de Estado para Estado, de época para época. Tome-se como exemplo a questão da educação na França e no Brasil. Enquanto a França já conseguiu expandir o direito à admissão universal no jardim de infância, o Brasil ainda luta para cumprir o direito à admissão universal ao ensino fundamental, nível que se inicia apenas aos sete anos de idade.

¹⁵ JAEGER, Werner. *Paidéia. "Los ideales de la cultura griega"*. Traducción para o espanhol de Joaquín Xirau y Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Económica, 1967, p. 8

¹⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual.....*, p. 103, com imensa propriedade sintetiza: "os direitos de índole social resumem-se num direito geral à igualdade, a qual não se oferece, cria-se; não se propõe, efetiva-se; não é um princípio, mas uma consequência".

mentais ainda navega por águas revoltas em busca de um porto seguro. Muitos autores vêem distinções ontológicas entre os direitos de liberdade e os sociais, a ponto de impedir que estes gozem do caráter de fundamental. A dar suporte a esse entendimento, aduzem que esses direitos articulam-se de maneira diferente em relação com dois elementos identificadores: a universalidade e os critérios de igualdade aplicáveis, ou seja, a liberdade e a igualdade.

JORGE MIRANDA, enfrentando a questão, conclui pela natureza fundamental do direito social, esclarecendo que ambos são expressões jurídico-constitucionais das relações entre as pessoas e as entidades públicas, residindo a distinção apenas no regime jurídico aplicado a cada um¹⁷.

PECES-BARBA rechaça a idéia de que os direitos sociais se reduzem a postulados políticos ou pretensões morais, não se podendo considerá-los direitos. Para ele, são direitos que servem de elemento integrador dessas sucessivas incursões, que vão desde os direitos individuais e civis aos direitos sociais, passando pelos direitos políticos¹⁸.

Antes de enfrentar a polêmica, convém refletir sobre o que ou quais são direitos fundamentais. Para tanto, será preciso um retorno às bases, que se encontram na América do Norte.

O processo de independência das colônias norte-americanas iniciou-se na Virgínia no ano de 1776. Foi lá que se elaborou a primeira Declaração de Direitos, contendo não só os direitos que os cidadãos reservavam a si, mas também a estrutura básica do Estado, uma verdadeira constituição, nos moldes atuais¹⁹. Esse primeiro passo dado por Virgínia foi seguido de perto por outras colônias, entre elas Pensilvânia (1776), Vermont (1777), Massachussetts (1780), que já denominavam as suas declarações de independência

¹⁷ *Manual...*p. 99.

¹⁸ *Derechos...*p. 59.

¹⁹ VILLALON, Pedro Cruz. "Formación y evolución de los derechos fundamentales". *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 9. Num. 25. Enero-Abril, 1989, p. 44, acrescenta, ainda, que dos dezesseis artigos da Declaração de Virgínia, oito estão dedicados ao desenho da estrutura política do Estado e apenas os restantes aos direitos individuais, tendo a Declaração Francesa dos Direitos do Homem seguido o mesmo caminho.

de Constituição, integrando-a com a Declaração de Direitos e a Estrutura Política do novel Estado, conformando, assim, a declaração de direitos em efetivo direito positivo esculpido²⁰.

Esse movimento que vinha ameahando forças concomitantemente na Europa e na América veio, posteriormente, a eclodir também na França de 1789, quando os franceses, responsabilizando a ignorância, o esquecimento ou o menosprezo dos direitos do homem pelas desgraças públicas e a corrupção dos governos, trouxeram à baila a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Confrontando as declarações americanas e a europeia, percebe-se que elas se complementam, dando motivação e propiciando a geração de novos direitos.

Enquanto a Declaração de Direitos de Virgínia, de 12 de junho de 1776, estabeleceu direitos aos homens tendentes à sua prosperidade (artigos 1º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 16) e organizou a estrutura política do Estado (artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 14 e 15), a Declaração Francesa de Direitos do Homem de 1789 estava totalmente voltada ao reconhecimento de direitos que especificamente atendessem ao homem, em sua integridade física e moral.

Assim, enquanto a Declaração de Direitos da Virgínia, modelo seguido por outras colônias americanas, incorporou os elementos necessários à formação do Estado — o que realmente se confirmou com a Declaração de Independência Americana de quatro de julho de 1776 —, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão teve outro perfil: o de servir de bandeira libertadora do povo francês²¹.

²⁰ VILLALON, *Op. cit.*....., p. 47.

²¹ Eis o preâmbulo da DFDHC: "*Os representantes do povo francês, constituídos em Assembléia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o menosprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos, resolveram expor, numa declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, constantemente presente em todos os membros do corpo social, lhes recorde incessantemente os seus direitos e os seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e os do Poder Executivo, podendo ser a cada momento comparados com o fim de toda a instituição política, sejam mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, fundadas doravante sobre princípios simples e incontestáveis, se voltem sempre para a conservação da Constituição e para a felicidade de todos. Em consequência, a Assembléia Nacional reconhece e declara, em presença e sob os auspícios do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão*".

Com isso, as Declarações de Direitos americanas acabaram por ser pioneiras em incluir necessariamente a observância dos direitos do homem na estrutura político-organizacional do Estado. Diferentemente da Declaração Francesa, que só serviu de preâmbulo à Constituição Francesa de 1791.

· Não se trata aqui de atribuir maior ou menor valor aos diplomas em evidência — já que cada um teve o seu valor contributivo para a história —, mas sim de demonstrar que a inserção de direitos do homem e para o homem como componente essencial na formação do Estado lhes conferiu o caráter de fundamental, ou seja, direitos que representam o próprio fundamento do Estado²². É certo que a hipótese americana teve maiores chances para fixar esta fundamentalidade, vez que se preocupava não só em estabelecer os direitos do homem, mas também em formar um Estado independente, o que não aconteceu com os franceses.

As Constituições modernas, representando a Lei Fundamental de um Estado, têm como elementos constitutivos essenciais: a forma de Estado; a forma de seu governo; os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias; o modo de aquisição e o exercício do poder; o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação.

Cada Estado vai definir os seus direitos fundamentais, podendo-se dizer que cada um insere em sua Lei Fundamental a "*sua declaração de direitos*".

· Toda essa trajetória serve para demonstrar que a fundamentalidade de um direito repousa no contexto de sua disposição jurídico-constitucional. Mas isto não significa de forma alguma engessamento do direito. Uma vez reconhecido constitucionalmente, todas as suas variáveis e variantes gozam do mesmo regime, ainda que inseridas no ordenamento infraconstitucional.

No que pertine aos direitos sociais, antes de ingressarem especificamente como tal nos textos constitucionais, passaram por uma fase de construção intelectual.

Com efeito, a construção intelectual de seu conteúdo e de sua denominação específicas só veio a se fixar bem mais tarde, em decorrência de um processo que teve início no final do século XIX, quando foram se configurando as linhas da ideologia do Estado social. Este Estado tinha como meta utilizar o Direito como um instru-

²² Note-se que a eventual suspensão dos direitos fundamentais conferidos pela Constituição têm hoje o caráter de temporariedade, conforme artigos 136 a 139 da Constituição Brasileira.

mento para alcançar a igualdade que permitisse a todos, por sua extensão generalizada, participar da democracia social, desfrutando das condições dos direitos clássicos, individuais, civis e políticos, com a satisfação de suas necessidades básicas, alcançando o desenvolvimento e salvaguardando a sua livre personalidade²³.

Numa etapa inicial, prestigiou-se o trabalho, dando-se relevo ao tema através da sua positivação na Constituição (jacobina) de 1793. Seu artigo 21 estabeleceu que: "*À sociedade incumbe o sustento dos cidadãos que caíram em desgraça, seja dando-lhes trabalho ou assegurando o meio de subsistência àqueles que carecem de trabalho*", como resposta à situação e à miséria social dos trabalhadores que se produziu em decorrência do processo de industrialização e por obra do modelo liberal de ordenamento da sociedade burguesa da época.

Nos primórdios do século XX, a Carta Política Mexicana de 1917 atribuiu aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos sociais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (artigos 5º e 123)²⁴.

Esse precedente histórico teve grande importância, já que na Europa a consciência de que os direitos do homem têm também uma dimensão social só veio a se firmar efetivamente após a primei-

²³ PECES-BARBA, *Derechos Sociales y...*, p. 45.

²⁴ COMPARATO, Fábio Konder. "A Constituição Mexicana de 1917". No site: www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm, enfatiza que a fonte ideológica da "Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos", promulgada em 5 de fevereiro de 1917, foi a doutrina anarcossindicalista, que se difundiu no último quartel do século XIX em toda a Europa, mas principalmente na Rússia, na Espanha e na Itália. COMPARATO aduz que «o pensamento de Mikhail Bakunin muito influenciou Ricardo Flores Magón, líder do grupo *Regeneración*, que reunia jovens intelectuais contrários à ditadura de Porfirio Díaz. O grupo lançou clandestinamente, em 1906, um manifesto de ampla repercussão, no qual se apresentaram as propostas que viriam a ser as linhas-mestras do texto constitucional de 1917: proibição de reeleição do Presidente da República (Porfirio Díaz havia governado mediante reeleições sucessivas, de 1876 a 1911), garantias para as liberdades individuais e políticas (sistematicamente negadas a todos os opositores do presidente-ditador), quebra do poderio da Igreja Católica, expansão do sistema de educação pública, reforma agrária e proteção do trabalho assalariado. Todavia, a transformação desse ideário em normas constitucionais produziu um efeito político exatamente contrário ao objetivo visado. É que, pela primeira vez, na movimentada história do caudilhismo mexicano, criou-se uma sólida estrutura estatal, independente da figura do chefe de Estado, ainda que a Constituição o tenha dotado de poderes incomensuravelmente maiores do que o texto constitucional norteamericano atribuiu ao presidente da república. O ideário anarquista de destruição de todos os centros de poder engendrou contraditoriamente, a partir da fundação do Partido Revolucionário Institucional em 1929, uma estrutura monocrática nacional em substituição à multiplicidade de caudilhos locais».

ra guerra mundial (1914-1918), quando se fechou o ciclo do "longo século XIX"²⁵

A Constituição de Weimar, em 1919, trilhou a mesma via da Carta Mexicana, e todas as convenções aprovadas pela então recém-criada Organização Internacional do Trabalho (OIT), na Conferência de Washington do mesmo ano de 1919, regularam matérias que já constavam da Constituição Mexicana: *a limitação da jornada de trabalho, o desemprego, a proteção da maternidade, a idade mínima de admissão nos trabalhos industriais e o trabalho noturno dos menores na indústria.*

Mas nessa linha de acontecimentos exponenciais, e entre a Constituição Mexicana e a *Weimarer Verfassung* eclode a Revolução Russa, representando um acontecimento decisivo na evolução da humanidade do século XX.

O III Congresso Pan-Russo dos Sovietes, de Deputados Operários, Soldados e Camponeses, reunido em Moscou, adotou em janeiro de 1918²⁶, portanto antes do término da primeira guerra mundial, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, a qual afirmou e levou às suas conseqüências através da Constituição da República Soviética Russa, de julho de 1918, várias medidas constantes da Constituição mexicana, tanto no campo sócio-econômico quanto no político²⁷.

Portanto, para uma segunda etapa, viu-se ampliado o rol daqueles direitos (sociais) que visavam a garantir uma melhor condição de vida às pessoas, chegando-se na atualidade a se incluir na categoria de direitos sociais o direito à educação, à saúde, à previdência, entre outros.

²⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Ibidem*.

²⁶ Em setembro de 1918, as forças aliadas desfecharam uma grande ofensiva contra os alemães, que foram obrigados a recuar. O novo governo, a "República de Weimar", assinou a rendição em 11 de novembro de 1918.

²⁷ BÖCKENFÖRDE, Emt-Wolfgang. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p.73, aduz que os direitos sociais não constituem monopólio das Constituições socialistas e comunistas, lembrando a Constituição de Weimar e a Constituição Mexicana de 1917. Na mesma opinião manifesta-se VIEIRA DE ANDRADE, *in Direitos econômicos, sociais e culturais*. Polis Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado. Vol. 2, Lisboa: Editorial Verbo, p. 610.

Interessante notar que quase todas as Constituições modernas, posteriores ao período bélico da primeira metade do século XX, adotaram os direitos sociais em suas Constituições, senão de forma expressa, catalogando-os - como Brasil, Portugal e Espanha -, de forma implícita, como a Alemanha, que em sua Lei Fundamental de Bonn deixou de catalogá-los²⁸, mas sustentou a fundamentalidade dos direitos sociais pelo princípio do Estado Social, insculpido no seu artigo 20²⁹ e que tem como substância máxima a tarefa da realização da justiça social como princípio e ordem universal^{30/31}.

1.2.1 PECULIARIDADES CONSTITUCIONAIS

A maioria das Constituições Européias, bem como a brasileira, incorporaram no seu bojo as disposições ou os preceitos dos direitos fundamentais sociais, discutindo-se se, ante a peculiar natureza jurídico-constitucional dos preceitos encarregados de velar pela

²⁸ Pode-se, por exemplo, encontrar a referência ao direito social assistencial materno no artigo 6 daquela Lei Maior (*"Toda mãe terá direito à proteção e à assistência da comunidade"*), juntamente com outros direitos fundamentais, a qual foi qualificada pelo Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) como uma norma de princípio contendo decisão sobre um determinado valor para todo o direito privado e o público (BVerfGE, 273/277). WEBER, Albrecht, in *"Estado Social, Direitos Fundamentais Sociais e Segurança Social na República Federal da Alemanha"*, **Direito Constitucional**, Estudos em homenagem a Manuel Gonçalves Ferreira Filho, Lisboa, Dialética, 1999, p.15, obtempera que esta norma de direito fundamental social representa a concretização do princípio do Estado Social, concretização esta que, em regra, falta nos demais direitos fundamentais.

²⁹ Artigo 20 [Princípios básicos institucionais; direito de resistência] 1. A República Federal da Alemanha é um Estado federal democrático e social. 2. Todo poder do Estado emana do povo. O povo o exercerá por meio de eleições e outras votações e por intermédio de órgãos específicos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. 3. O Poder Legislativo deverá se sujeitar à ordem constitucional, aos Poderes Executivo e Judiciário, à lei e ao direito. 4. Todos os Alemães terão o direito de se insurgir contra quem tentar subverter essa ordem, quando não lhes restar outro recurso.

³⁰ A vacuidade do princípio chegou a ser reconhecida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), aduzindo que o referido artigo só determina o quê, o objetivo, a ordem social justa, porém deixa em aberto todos os caminhos para o como, isto é, para a consecução do objetivo (BVerfGE 22, 180/204).

³¹ WEBER, Albrecht. *"Estado Social, Direitos Fundamentais Sociais e Segurança Social na República Federal da Alemanha"*, **Direito Constitucional**, Estudos em homenagem a Manuel Gonçalves Ferreira Filho, Lisboa, Dialética, 1999, p.14.

efetividade da dimensão social do Estado de Direito, seria mesmo necessário que estivessem elencados na Constituição³².

BÖCKENFÖRDE aduz que, em geral, se se opta por colocar na Constituição os *direitos fundamentais sociais*, deve-se cuidar para que estes estejam separados ao máximo dos direitos fundamentais individuais e coletivos e estejam claramente diferenciados destes, pois não podem tomar a forma de asseguração dos direitos de liberdade³³.

Ainda segundo o autor alemão, a intenção de codificar uma carta de direitos mais ampla possível de mandados constitucionais sociais teria como consequência, contrariamente ao que sucede nas codificações de direitos de liberdade, a de que os mandados particulares se debilitariam entre si, ou ainda se neutralizariam. Seria apenas um programa de boa política.

E é nesse contexto dos direitos fundamentais sociais que tem grande relevo para a questão o estudo de um dos pilares essenciais do edifício da teoria dos direitos fundamentais: *a distinção entre regras e princípios*³⁴.

ALEXY lembra que tanto as regras como os princípios são normas, porque dizem o que deve ser, são razões para juízos concretos de dever ser, manifestadas em forma de mandados; logo, a distinção se dá na estrutura normativa. E o ponto decisivo dessa distinção está em que os direitos fundamentais sociais são princípios, os quais ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro

³² OÑA, Fernando Vallespín. "Estado de Bienestar y Constitución". **Revista Del Centro de Estudios Constitucionales**. Num. 1 Septiembre-diciembre, 1988, p.126, bem como, por pressupostos teóricos e ideológicos distintos, FORSTHOFF, E. (et alli), *in* **Concepto y esencia del Estado Social de Derecho. El Estado Social**. Madrid, 1986, p. 44-106.

³³ *Op. cit.*, p. 82. Lembra, ainda, o citado autor que o Projeto da Comissão de Espertos para a Revisão Total da Constituição Federal Suíça extraiu conscientemente esta consequência, sugerindo, a seu turno, que seria conveniente reunir os mandados constitucionais sociais (direitos fundamentais sociais) em uma seção própria, intitulada, por exemplo, "A Configuração Da Ordem Da Vida Social". Essa seção haveria que ter o cuidado de não se codificar um grande número de mandados constitucionais, mas sim somente aqueles em cujo âmbito exista ainda uma demanda acumulada reconhecível de conformação do Estado Social, com o objetivo de que não gire no vazio o efeito-estímulo neles contido.

³⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 83.

das possibilidades jurídicas e reais existentes. São, no dizer do mestre alemão, mandados de otimização, que estão caracterizados pela potencialidade de cumprimento em diferentes níveis. A medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, como também das jurídicas. Factualmente, os princípios dotam-se de diferentes pesos.

Ao contrário, as regras são normas que devem ser cumpridas, desde que válidas. Assim, se válida a regra, deve-se fazer exatamente o que ela determina, nem mais nem menos, tal qual o cumprimento dos direitos fundamentais de liberdade. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau, isto é, não se verifica em decorrência da maior ou menor generalidade³⁵. O diferencial reside na própria estrutura da norma. Toda norma ou é uma regra ou é um princípio³⁶.

Na mesma esteira, mas discutindo por outro ângulo a questão, CANOTILHO aborda a falência do modelo de Constituição dirigente, apontando que não se pode, no mundo atual, pretender que a Constituição assuma o «*papel de alavanca de Arquimedes com força para transformar o mundo, mas sem atender ao fato de ela estar cercada por outros mundos*»³⁷, não sendo mais crível a concepção de programas constitucionais que não visualizem a macrodimensão que os Estados vêm tomando quer com a “europeização” ou com a globalização³⁸.

Mas o fato é que muitas Constituições ainda continuam a trazer no seu bojo um catálogo de direitos fundamentais sociais, como no caso da brasileira e da portuguesa, que os apresentam com con-

³⁵ Generalidade não se confunde com universalidade. Normas universais são aquelas que se referem a todas as pessoas de uma classe aberta. O oposto de uma norma universal é uma norma individual, onde a menor incidência ocorrerá em razão dos destinatários. Já o inverso da generalidade é a especialidade, que se dá no âmbito de incidência de conteúdo. ALEXY, na clássica obra citada, p. 83, confere o seguinte exemplo diferenciador de generalidade e especialidade: a norma segundo cada qual goza de liberdade de religião é genérica, ao passo que cada presidiário tem o direito de converter à sua própria religião outro presidiário já conta com especialidade.

³⁶ *Op. cit.*, p. 86-87.

³⁷ **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2ª ed. : Coimbra ed., 2001, p. XI.

³⁸ Ver mais sobre o tema em CANOTILHO, **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**, edição 2001.

tornos diferenciados, demonstrando que as necessidades do homem são diferentes não só em cada sociedade, mas também em cada momento desta sociedade, espraiando-se as suas expectativas sociais para todos os ramos do Direito e exigindo interferência não só do legislador, mas também e principalmente da Administração na concretização e na efetivação dos direitos³⁹.

1.2.2 ESPECIFICIDADE BRASILEIRA

O Brasil adota em sua Carta Magna a catalogação dos direitos sociais, apontando como tais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, dentre outros, como, por exemplo, o meio-ambiente.

Mas consciente das dificuldades econômico-financeiras que a implementação desses mandados constitucionais induzem, o legislador constituinte implantou a sistemática de estabelecer a fonte de custeio para o seu cumprimento na própria Constituição, fator relevantíssimo considerando a natureza econômica que reveste a implementação dos direitos sociais. Na verdade, tal associação representa um mandado de otimização com indicação financeira preparada e adequada ao atendimento imediato, pendente, apenas, de uma norma conformadora apta a definir o conteúdo do direito social reconhecido⁴⁰.

Assinala-se, desde já, o direito à seguridade social (artigo 194), consubstanciado em um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, que, de acordo com o artigo 195, é financiado com recursos dos orçamentos dos entes federados e das contribuições sociais do empregador, do trabalhador e das receitas de concursos de prognósticos. E ainda o direito à educação, mais especificamente aos programas suplementares de alimentação e assistência à saúde, artigo 212 § 4º, que são

³⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual....*, p. 32,

⁴⁰ artigo 208 da Constituição Brasileira assevera que "o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria", ficando a cargo da lei infraconstitucional definir o que seja ensino fundamental.

financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários, além da fonte adicional de financiamento ao ensino fundamental através da contribuição social do salário-educação recolhido pelas empresas, artigo 212, § 5º. Direitos sociais com fonte de custeio evidenciada pela própria Constituição, restando apenas ao legislador infraconstitucional a regulamentação do direito, o que lhe dá um "quê" de justiciabilidade impressionante.

Essa especificidade brasileira vai além, ingressando na esfera do constituinte derivado, que também implementa as fontes de custeio via emenda constitucional. Veja-se o caso do ensino fundamental⁴¹. Através da Emenda Constitucional nº 14, de 12.9.1996, buscaram-se meios financeiros para a implementação financeira do direi-

⁴¹ O maior problema enfrentado pela educação no Brasil sempre foi a destinação de verbas específicas, cuja escassez era uma tônica constante em todos os governos. O Brasil não tinha por hábito legal deixar clara a vinculação de verbas para as atividades financeiras, sendo possível verificar essa assertiva desde a Carta de 1824, quando, então, estabelecia a instrução primária gratuita a todos os cidadãos (art. 179, alínea 32), mas não previa a sua fonte de custeio, apenas dispendo "que ninguém será isento de contribuir para as despesas do Estado em proporção dos seus haveres" (alínea 15). Na mesma esteira, a Constituição de 1891 sequer atribuiu receita ao atendimento do sistema educacional popular, muito embora tivesse deixado ao Congresso (art. 35) a incumbência de criar instituições de ensino superior e secundários nos Estados. Já a Carta Magna de 1934 estabeleceu a aplicação de, no mínimo, 10% da renda resultante de impostos da União e dos Municípios (sendo que 20% das cotas destinadas pela União para a educação, anualmente, eram destinadas, também por força de lei, para o ensino nas zonas rurais) e 25% da mesma renda dos Estados e do Distrito Federal para a manutenção e desenvolvimento dos sistemas educativos, além de prever que as sobras das dotações orçamentárias acrescidas das doações, percentagens sobre o produto de vendas de terras públicas, taxas especiais e outros recursos financeiros constituiriam fundos especiais da União, dos Estados e dos Municípios a serem aplicados exclusivamente em obras educativas, determinadas em lei. Ainda que o legislador constituinte não tivesse sido suficientemente claro acerca da destinação de verba específica para atender à educação, deixando à margem de lei complementar a sua instituição, esses dispositivos apresentaram um avanço na atividade financeira destinada à educação. Porém a Constituição Democrática de 1934 não chegou a vingar, por força do golpe Estado e a consequente outorga da Carta de 1937, que, por sua vez, nada dispôs a respeito. A Constituição de 1946 determinou que a União aplicasse nunca menos de 10% (dez por cento), e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nunca menos de 20% (vinte por cento) da renda resultante dos impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino. Entretanto, essas especificações ainda não eram suficientes para atender às necessidades que a educação impunha. A Carta de 1967 não trouxe qualquer alteração no que toca ao custeio da educação, porém a ausência de verbas para tal acabou por preocupar os militares, quando, ao assumirem o poder, espantaram-se com a situação caótica encontrada no sistema educacional do País. Assim, os ajustes para o Estado cumprir com o dever da educação foi sendo, aos poucos, efetivado através de leis infraconstitucionais. A Constituição de 1969, no seu artigo 15, alínea f, trouxe algumas alterações no tocante, pois determinou aos Municípios, de forma indireta, a aplicação de 20% (vinte por cento), no mínimo, de sua receita tributária no ensino municipal, sob pena de intervenção dos Estados. Mas foi com o advento da Constituição Cidadã de 1988 que o Brasil deu o grande passo, assumindo o compromisso de atender ao dever do Estado com a educação fundamental, garantindo-lhe inclusive meios para a efetivação desse direito, com fonte de custeio e verbas diretamente vinculadas ao mister.

to público subjetivo conferido pela Lei Fundamental, vinculando verbas específicas para tal⁴². Neste caso, o legislador constitucional revestiu o cidadão do direito subjetivo público, podendo este exigir do Estado o cumprimento daquele mandado.

1.3 NORMAS CONCRETIZADORAS

Os direitos sociais, diferentemente dos direitos de liberdade, carecem da intervenção legislativa. Com efeito, os direitos sociais vêm em geral, embora haja exceções, contemplados em normas programáticas, impondo-se, portanto, não só a lei que os concretize, mas também modificações econômicas, sociais e administrativas na estrutura organizacional do Estado. JORGE MIRANDA enfatiza que os direitos sociais estão diretamente relacionados com a vida econômica e social, fato que torna a sua realização indissociável da política econômica e social de cada momento⁴³.

Em geral, as normas constitucionais consagradoras dos direitos sociais são abertas, de forma a receberem concretizações diferenciadas, compatíveis com as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado⁴⁴.

Na atualidade, busca-se não deixar os direitos sociais relegados a meras proposições programáticas políticas não vinculantes. A conformação jurídico-prática desses direitos na Constituição aponta para uma forma de mandado constitucional, como a chama BÖCKENFÖRDE, aduzindo que esses mandados representam deveres jurídicos-objetivos que têm por destinatários os órgãos estatais, compreendidos aqui o Legislativo e a Administração⁴⁵.

⁴² A Emenda Constitucional nº 14/96 modificou os artigos 34, 208, 211 e 212 da Constituição, além de dar nova redação ao artigo 60 do ADCT. Mas, dentre as modificações operadas, as mais importantes foram, sem dúvida, a do § 1º, do artigo 211 — *que atribuiu à União, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios* —, a do § 5º do artigo 212 — *que impediu que a empresas deduzissem a aplicação realizada no ensino fundamental de seus empregados e dependentes* —, e a do artigo 60 do ADCT, com inclusão dos parágrafos 1º a 7º, vinculando efetivamente verbas específicas ao ensino fundamental.

⁴³ *Manual ...*, p. 113.

⁴⁴ MIRANDA, *ibidem*, p. 113.

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 80.

No cumprimento desses deveres, impõe-se aos referidos órgãos um atuar para a realização da finalidade do programa formulado em um mandado através das medidas apropriadas, demonstrando, assim, o juízo político do órgão atuante, e com ele o processo político, a via, a dimensão e as modalidades de realização.

BÖCKENFÖRDE aduz que a vinculação jurídica efetiva que se consegue com tais mandados constitucionais consiste em três vetores: a) *estabelecer o fim ou os objetivos dos órgãos políticos, vinculando-os ao programa constitucional*⁴⁶; b) *considerar que as regras e as medidas tendentes à consecução da finalidade, uma vez estabelecidas, se mantêm constitucionalmente, de maneira que a via da realização do mandado nelas descritas está protegida frente a uma supressão definitiva ou a uma redução que trespasse os limites da desatenção grosseira*⁴⁷; c) *fornecer um efeito estimulante e que pode enxertar-se na discussão política como ponto de referência e como legitimação para exigências de realização*⁴⁸.

Ao lado dessas vinculações jurídico-objetivas, o mandado constitucional também pode trazer um componente jurídico-subjetivo ou construí-lo sem pôr em perigo a estrutura constitucional democrática baseada no princípio do Estado de Direito. Essa vertente jurídico-subjetiva aparece na forma de pretensões de defesa dos particulares afetados frente a uma inatividade, uma desatenção injustificada ou uma supressão definitiva das medidas adotadas na execução do mandado constitucional social, e emergem da mesma maneira que fazem as pretensões que visam a atacar a discricionariedade⁴⁹.

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 81, Pode-se dizer, ainda, que há uma vinculação efetiva *indireta* dos programas dos partidos políticos aos mandados constitucionais, os quais devem estar atentos à vontade soberana da sociedade.

⁴⁷ Estabelece-se aqui a eficácia plena dos mandados constitucionais, impeditivos de alterações posteriores por meio normas contrárias àquelas ali inseridas.

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 80. Os programas de governo têm nova relevância nesta vinculação objetiva, pois podem extrair dos mandados constitucionais toda a força que pretendem explorar na representação popular com que se dispõem a arcar.

⁴⁹ Aqui se pode, no caso brasileiro, pensar nas ações diretas de inconstitucionalidade, nas ações de arguição de preceito constitucional, nos mandados de injunção ou até mesmo numa ação civil pública.

Ademais, sugere o referido autor que podem existir ainda mandados constitucionais sociais que possuem um componente especial, e por isso são mais precisos. Refere-se ele aos *mandados constitucionais especiais*, os quais têm em certa medida uma vinculatividade subjacente, isto é, há uma fixação de prioridade em benefício dos fins sociais de conformação contidos nesses mandados e que, devido à escassez de recursos, vai necessariamente em prejuízo de outros fins de conformação não mencionados expressamente⁵⁰. Sem dúvida, tais fixações significam uma certa proteção jurídica para o estágio já alcançado de garantias sociais conformadas, no caso de estas virem a ser ameaçadas.

Donde se afirmar que os direitos sociais concebidos em forma de mandados constitucionais sociais contêm especificações concretas do genérico mandado de Estado social a que, justamente por meio desta especificação, corresponde um caráter obrigatório mais forte (e um correlato efeito de estímulo) ao estar dirigida a fins ou programas concretos, oferecendo ao cidadão um apoio expresso para expectativas determinadas e especialmente mencionadas com respeito à sua participação nos bens sociais materiais⁵¹. Logo, para a concretização de norma principiológica⁵² de direito fundamental social, é necessária a junção da opção política aos recursos econômicos disponíveis.

A opção política, a seu tempo, deve observar a catalogação exposta na Constituição, sua fonte única inspiradora, já que nela se encontram inseridos os direitos fundamentais sociais, em forma de verdadeiros mandados constitucionais sociais, repita-se.

Quanto aos recursos econômicos disponíveis, são trabalhados por outro ramo do conhecimento, apesar das repercussões verificadas na esfera jurídica. Cumpre relevar que as opções políticas só se concretizarão na medida e nos limites dos recursos econômicos.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 82. Aqui vale considerar a especificidade brasileira, vide tópico supra.

⁵¹ BÖCKENFORDE, *op cit.*, p.199. Tradução própria.

⁵² Nem todas as normas constitucionais concernentes a direito fundamental social são principiológicas, pois algumas não estão sujeitas à concretização, conforme se verá mais à frente, no regime específico dos direitos sociais.

Presente esse binômio opção política/recursos econômicos, que reflete os programas ou as aspirações político-sociais elevadas ao nível constitucional, a norma conformadora de logo se impõe. Tal norma conta com uma função unicamente integradora, ou seja, suprir as lacunas deixadas pelo constituinte na integral determinação do direito social de que se trata. Assim, ela se limita a complementar o conteúdo, já marcadamente delineado na Constituição, através de uma norma programática⁵³. Respalhando o dito, tome-se como exemplo o artigo 205 da Constituição da República Federativa do Brasil. Pelo dispositivo, é possível identificar os obrigados à prestação, os destinatários e as metas visadas. O dispositivo seguinte esclarece detalhadamente os princípios que norteiam a aplicação. Pelo simples teor constitucional é possível formular uma definição. Contudo, não é o bastante para que esse direito possa ser exercido plenamente, sendo, pois, necessária a superveniente lei concretizadora, apesar de suficiente para já gerar alguns efeitos jurídicos.

Por fim, cabe esclarecer que, para a concretização, o legislador é livre para escolher os meios concretos para satisfazer as exigências constitucionais, desde que em conexão com o princípio do Estado Social e Democrático. Isso porque, a concretização legislativa baseia-se na tarefa da realização da justiça social como princípio da ordem universal⁵⁴. Entretanto, essa liberdade se resume ao *como* realizar o direito fundamental social, inexistindo qualquer margem de escolha no tocante ao *se*.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 122, esclarece, entretanto, que *"o fato de uma regra constitucional contemplar determinado direito cujo exercício dependa de legislação integradora não a torna, só por isso, programática. Para ele, não há identidade possível entre a norma que confere ao trabalhador direito ao "seguro desemprego" em caso de desemprego involuntário (Constituição Brasileira, artigo 7º, II) e a que estatui que a família tem especial proteção do Estado (Constituição Brasileira, artigo 226). Naquela hipótese, há uma prestação positiva a exigir-se, eventualmente frustrada pela omissão do legislador ordinário. Nesta última, faltando o Poder Público a um comportamento comissivo, nada lhe será exigível, senão que se abstenha de atos que impliquem na desproteção da família"*.

⁵⁴ WEBER, Albecht. *"Estado Social, direitos fundamentais sociais e segurança social na República Federal da Alemanha"*. **Direito Constitucional**. Estudos em homenagem a Manuel Gonçalves Ferreira Filho. Lisboa: Dialética, 1999, p.14.

A norma concretizadora do direito fundamental social eleito observará as seguintes premissas: 1) a atribuição do alcance imediato do conteúdo do direito fundamental social⁵⁵; 2) os princípios e as diretrizes, que englobam, respectivamente, as óticas informativa e aplicativa do direito social consubstanciado na lei; 3) o detalhamento da providência ou providências referentes à prestação daquele direito social, ou, em outras palavras, o modo de atuação da Administração⁵⁶; 4) os destinatários do respectivo direito social⁵⁷ e 5) o financiamento, abrangendo a fonte financiadora e a dotação orçamentária estipulada para os gastos com aquela prestação pública⁵⁸.

A última premissa defronta-se com maior complexidade, pois mais difícil a sua materialização, exigindo feitura de mais de um ato normativo e contínuo ajuste, pela própria necessidade orçamentária. À lei concretizadora cumpre evidenciar a fonte de custeio do direito contemplado, ou seja, de onde provirá a verba destinada a arcar com a despesa decorrente da implantação do programa governamental que atende aquele determinado direito fundamental social. Tal providência se faz forçosa para que se possa exigir a fixação da dotação orçamentária na lei orçamentária anual, através da qual são previstas as receitas, autorizadas as despesas públicas, explicitados a política econômico-financeira e o programa de trabalho do Governo, além da definição dos mecanismos de flexibilidade que a Administração fica autorizada a utilizar.

A lei concretizadora não precisa necessariamente corresponder a uma inovação legislativa. A conformação pode se efetivar através da recepção de lei editada sob a égide da Constituição anterior que

⁵⁵ Como exemplo o mesmo caso da educação na Constituição Brasileira: o artigo. 208, inciso I, que estabelece que o ensino fundamental é obrigatório e gratuito. Cabe à lei concretizadora detalhar o conceito de ensino fundamental, alargando-o ou não, repita-se.

⁵⁶ Difere-se da diretriz, pois esta se relaciona aos objetivos preconizados pelo texto legislativo, enquanto aquela última possui um cunho mais prático.

⁵⁷ A discriminação, *in casu*, compreende os destinatários positivos e negativos, de forma a maximizar projetos de ordem redistributiva.

⁵⁸ Neste ponto específico, a norma concretizadora pode ser desmembrada. O exemplo brasileiro está nas leis previdenciárias: a 8.213, de 24 de julho de 1991, dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social, enquanto que a 8.212, também de 24 de julho de 1991, trata do custeio da Previdência.

não colida materialmente com a nova ordem constitucional⁵⁹. Nesses casos, o direito já se torna integralmente exigível com a promulgação da Constituição.

1.4 REGIME ESPECÍFICO

Certamente que não basta colocar os direitos fundamentais sociais de prestação na Constituição, ao lado dos direitos fundamentais de liberdade, como aconteceu no caso brasileiro, sem considerar as diferenças que levam a formas de garantia jurídica diferenciada. Dotar os direitos sociais da mesma aplicabilidade dos fundamentais de liberdade, como se fossem da mesma natureza, deixando, porém, a concretização daquele para o legislador, para a Administração e para os Tribunais, de nada adianta⁶⁰.

Os direitos sociais têm conformação geral, indo mesmo além da mera interpretação da pretensão jurídica. Em outras palavras, os direitos fundamentais sociais consubstanciam-se em direitos (à saúde, à educação, ao trabalho, à moradia, à previdência social etc.) que requerem meios financeiros para sua realização, não bastando, apenas, que se afirme constitucionalmente este direito. Logo, sua efetivação é indiscutivelmente mais complexa que os direitos individuais. É claro, como reforça HESSE, que em um ordenamento constitucional democrático, baseado no princípio da articulação de poderes, a concretização dos direitos fundamentais sociais compete ao legislador legitimado democraticamente de maneira direta e em segundo à Administração, e não pode se resolver simplesmente pela via da interpretação judicial do enunciado constitucional que formula o direito social⁶¹. Não se pode mais negar a exigibilidade e acionabilidade desses direitos, sob pena de se pender a uma posi-

⁵⁹ Relembre-se que a incompatibilidade formal não impede a recepção. O tema pode estar tratado em espécie normativa distinta daquela exigida na nova ordem constitucional.

⁶⁰ BÖCKENFÖRDE, *Op. cit.*, p. 75.

⁶¹ HESSE, Konrad. **Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland**: EuRGZ 1978, p. 434.1. Pode-se aqui também evidenciar as palavras de HOLMES e SUNSTEIN, *in The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Co., 1999, p. 97, «nenhum direito cuja eficácia pressuponha o gasto seletivo de recursos dos contribuintes pode, em última instância, ser protegido unilateralmente pelo Judiciário, sem observância das conseqüências orçamentárias que afetam a competência dos demais Poderes».

ção puramente ideológica e não científica⁶², embora sua efetivação seja mais complexa do que a das demais categorias.

Nessa linha, a conformação de normas que consagram os direitos sociais produzem efeitos de natureza diferenciada daquelas relativas aos direitos individuais, investindo os cidadãos em posições jurídicas distintas que podem: a) ora gerar situações prontamente desfrutáveis (como exemplo podem-se citar os direitos laborais de exercício coletivo e o direito a um meio ambiente descontaminado⁶³); b) ora criar situações demandantes de prestações positivas do Estado (tais como direito à educação, à saúde, à seguridade social), portanto, circunscritas aos limites de cunho econômico⁶⁴ e político⁶⁵; ou ainda c) contemplar interesses dependentes de norma infraconstitucional integradora (proteção do mercado de trabalho da mulher, proteção das crianças contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições).

Com o propósito de identificar a força jurídico-constitucional dos direitos sociais, identificando a roupagem específica dessa categoria, um reconhecido Acórdão do Tribunal Constitucional Português (nº 39/84 – Processo nº 06/83⁶⁶) fixou alguns traços juridicamente constitutivos das normas constitucionais que os consagram, valendo aqui destacá-los: 1) tais direitos dispõem de vinculatividade normativo-constitucional; 2) as normas que os garantem servem de parâmetro de controle judicial quando em causa a constitucionalidade

⁶² BARROSO, Luis Roberto. *Op cit.*, p. 106.

⁶³ ESTAY, José Ignacio Martínez. **Valor e sentido dos direitos sociais. Direitos Humanos. Teorias e Práticas.** Organização de Paulo Ferreira da Cunha. Almedina, 2003, p. 219.

⁶⁴ Não pode o Estado atender a todos com todos os direitos. É inegável que o atendimento desses direitos pressupõe grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado, por isso certas prestações vão situar-se na esfera da reserva do possível.

⁶⁵ Circunscrito à discricionariedade dos poderes públicos incumbidos de escolher, dentre tantas possibilidades, a que entende mais adequada à sociedade em determinado momento.

⁶⁶ Publicado no **Diário da República** – I Série – nº 104- 5-5-1984. pp. 14555/1466.

das medidas legais ou regulamentares restritivas destes direitos⁶⁷; 3) as normas consagradoras dos direitos sociais representam autênticas imposições legiferantes; 4) as tarefas impostas pela Constituição ao Estado para a concretização desses direitos traduzem-se na edição de medidas concretas e determinadas e não em promessas vagas e abstratas; 5) a produção de medidas concretizadoras não está relegada à livre disponibilidade do legislador, embora possua esta discricionariedade quanto à forma e ao modo como o direito será prestado⁶⁸.

Portanto, os direitos sociais impõem-se frente a qualquer norma, não se podendo admitir a sua inobservância, quer por norma concretizadora, quer por legislativa, do seu conteúdo essencial, pois não cabe retirar-lhe ou inverter-lhe o sentido útil, pondo em risco qualquer princípio constitucional que neles haja de se refletir⁶⁹.

1.5. OS DIREITOS SOCIAIS E SEU DESAFIO

A ligação entre liberdade individual e realização de desenvolvimento social vai muito além da relação constitutiva. SEN lembra que o que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas⁷⁰. É esse conjunto que leva uma sociedade ao desenvolvimento, único responsável pela

⁶⁷ Com relação ao particular, vale trazer a lume recente entendimento do Tribunal Constitucional Português, proferido no Acórdão nº 543/2001 – Processo nº 302/01, ao discutir, especificamente quanto ao direito de denúncia de contrato de arrendamento, as limitações que podem ser impostas ao direito de propriedade, em razão da adequação também aos particulares do direito à habitação insculpido no ordenamento constitucional. Assim, ao tempo em que reconhece tratar-se o direito à habitação de um direito relegado à reserva do possível, isto é, de um direito que corresponde a um fim político cuja realização a Constituição compete ao Estado, também evidencia que por ser fundado na dignidade da pessoa humana, não pode esperar, razão por que clama aos particulares a solidariedade ao seu semelhante, vinculando, designadamente a propriedade privada, a restrições em prol de sua função social.

⁶⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Portugal: Almedina, 1999, p. 453. A organização simplificada apresentada foi exposta pelo constitucionalista na obra citada.

⁶⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual...*p. 384.

⁷⁰ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 19.

própria manutenção dos direitos de liberdade. Em outras palavras, sem que os direitos sociais possam ser efetivamente implementados, por-se-á em risco a manutenção até mesmo daqueles direitos de liberdade, pois de que adiantará a garantia constitucional de uma liberdade que não pode ser usufruída em meio à desagregação gerada no seio do meio social?⁷¹

O mundo não comporta mais discussões acerca da necessidade ou não de implementação dos direitos sociais. Já está pacificado o entendimento de que, sem que haja alguma forma de asseguramento aos direitos sociais, difícil se torna o desenvolvimento do todo.

Assim, pode-se concluir que o principal desafio dos direitos sociais é o de impedir que a disparidade entre a riqueza e a pobreza cresça, assumindo proporções alarmantes, a ponto de o ódio entre as classes ameaçar a estabilidade social e o regime da propriedade privada.

1.6 A QUESTÃO DA JUSTICIABILIDADE

Como direitos que se operam como barreiras defensivas do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos⁷², os direitos sociais levantam o estandarte da superação de uma perspectiva estritamente liberal, dando ensanchas a que o homem passe a ser considerado para além de sua condição individual⁷³.

Todavia, a constatação de que os direitos sociais constituem pressupostos reais para o exercício dos demais direitos e liberdades não é suficiente para afastar as conjecturas sobre possibilidades fáticas de seu atendimento. "*O Direito tem limites que lhe são próprios e por isso não pode, ou melhor, não deve normatizar o inalcançável*", como reforça BARROSO⁷⁴.

⁷¹ Algumas cidades brasileiras enfrentam hoje o resultado da quase abstenção social do Estado. Na cidade do Rio de Janeiro, por exemplo, há um explícito terror urbano instalado, onde as pessoas não se sentem à vontade para sair às ruas com roupas que possam denotar qualquer demonstração do seu poder aquisitivo, o mesmo se dando com os veículos que possuem, com os utensílios que usam, culminando com o horário em que saem às ruas. O medo instalou-se justamente em razão da ausência de oportunidades aos demais membros da sociedade, que não perdoam a inércia do Estado.

⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "Eficácia das normas constitucionais sobre a justiça social". Tese apresentada à IX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Florianópolis, 1982.

⁷³ BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro/São Paulo, 2003, p. 101.

⁷⁴ BARROSO, *op. cit.*, p. 125.

Por isso, a justiciabilidade dos direitos sociais — aqui considerada como a possibilidade de exigir do Estado o seu cumprimento — terá contornos próprios, havendo de se observar a fase de especificação concretizadora em que se encontram, bem como as nuances políticas que envolvem esses direitos⁷⁵, já que para eles a intervenção da lei tem um sentido expansivo, cabendo ao legislador definir e esmiuçar a medida do direito por ele juridicamente assegurada⁷⁶, papel que no Estado Democrático de Direito somente a ele, legislador, cabe.

Assim, estampada, de logo e de forma clara, a distinção aplicativa dos direitos sociais dos individuais⁷⁷, cumpre que se investigue a vertente própria, e mais operatória em termos jurídicos, como ensina MANUEL AFONSO VAZ, da afirmação normativa dos direitos sociais.

1.7 EFETIVAÇÃO E ALCANCE DAS NORMAS DE DIREITO SOCIAL

A sua efetivação está também e principalmente ligada a fatores econômicos, bem como aos condicionalismos institucionais, do modo de organização e funcionamento da Administração Pública e dos recursos financeiros. Há de se ajustar o socialmente desejável ao economicamente possível⁷⁸.

As normas constitucionais consagradoras de direitos sociais, por si só, não têm a capacidade para diretamente atribuir direitos

⁷⁵ WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 135, esclarece que a realização dos direitos sociais exige reorganização do Estado, envolvendo uma pluralidade de interesses, por vezes conexos com a plataforma política de um determinado governo eleito. Mas à medida em que as normas de direitos sociais contenham uma tal especialidade que permita com clareza identificar a obrigação estatal, impõe-se a determinação de sua observância pelo Judiciário, devendo o Estado prestar o direito social a que se comprometeu juridicamente, como decorrência da própria vontade popular, manifestada pelas instâncias democráticas de poder.

⁷⁶ VAZ, Manuel Afonso. **O Enquadramento jurídico-constitucional dos Direitos Sociais**. Juris et de jure. Nos 20 anos da Faculdade de Direito da UCP. Coordenação Manuel Afonso Vaz e J. A. Azeredo Lopes. Porto, 1998, p. 443.

⁷⁷ Só para recordar, é pacífico na doutrina e na jurisprudência, por força mesmo de preceito constitucional (artigos constitucionais 5º, § 1º, brasileiro, e 18, item 1, português), que os direitos individuais são diretamente aplicáveis e vinculam os poderes do Estado.

⁷⁸ **Manual de Direito Constitucional...IV**, p. 392.

subjetivos⁷⁹. São normas cuja afirmação é acompanhada de preceitos-incumbências ao Estado para a realização do direito, no tempo e no modo (de realização) que a sociedade demandar. Tal demonstra que o legislador constitucional bem percebeu a necessidade de se respeitar o tipo de Estado instituído (Democrático de Direito), quando, então, cabe à sociedade escolher o modelo político-econômico portador dos programas de ação que melhor lhe convém⁸⁰.

Ao legislador ordinário cumpre estar atento às reivindicações da sociedade, de forma a perceber os direitos de realização social demandados, preocupando-se, principalmente, em implementá-los na justa medida das possibilidades econômicas do Estado, sob pena de frustrar os efeitos que a norma concretizadora idealiza.

JORGE MIRANDA acentua que a apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação dos direitos sociais cabe aos órgãos políticos e legislativos. Tais decisões revelam-se como ponderações complexas das normas com a realidade circunstante, cabendo apenas àqueles órgãos pontuar a conveniência de estabelecer diferentes tempos, graus e modos de efetivação desses direitos⁸¹.

Por outro lado, convém deixar assinalado que as dificuldades atinentes à concretização dos direitos sociais fez surgir a idéia do mínimo existencial, dando um alcance inusitado àqueles direitos.

O mínimo existencial⁸², como direito às condições mínimas de existência humana digna, que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige dele prestações positivas, vai servir de critério de relevância para os direitos sociais.

Na verdade, o mínimo existencial reflete o patamar ínfimo do dever estatal, ligado diretamente à sua própria manutenção, representando, portanto, a cidadania reivindicatória, com eficácia plena.

⁷⁹ Diferentemente das normas de direitos fundamentais individuais, que contêm em seu núcleo o caráter preceptivo, isto é, contêm na sua essência o germen do direito subjetivo, o direito social precisa aurir de forma expressa esta conotação. Como exemplo, pode-se trazer a lume o direito à educação obrigatória (fundamental), que recebeu da Constituição Brasileira de 1988 expressamente esse caráter, artigo 208 § 1º.

⁸⁰ VAZ, Manuel Afonso. *Enquadramento.....*, p. 441.

⁸¹ *Manual...IV*, p. 392.

⁸² Expressão muito utilizada por Ricardo Lobo Torres, desde "O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais", *Revista de Direito Administrativo*, 177: 29/49, 1989.

Nos direitos sociais revestidos da condição de mínimo existencial reside o poder máximo da cidadania em exigir o seu implemento, até mesmo independentemente de positivação. Tais direitos, projetados como mínimos, gozam de eficácia plena (*e erga omnes*) e têm aplicabilidade imediata, sendo absorvidos não somente por normas explícitas na Carta Magna, mas também por princípios dos direitos humanos que norteiam toda relação Estado-cidadão.

Assim, exigir do Estado o cumprimento de um direito social que importe na experimentação de um dos seus fundamentos — como a cidadania, por exemplo —, conduz à comprovação da existência de um mínimo existencial que o Estado não pode negligenciar. Não há como ser cidadão pleno sendo analfabeto⁸³. Logo, a educação fundamental reveste-se da característica desse mínimo sem o qual o cidadão não pode ser cidadão pleno⁸⁴.

⁸³ No Brasil, o alistamento eleitoral e o voto são facultativos aos analfabetos.

⁸⁴ Um outro exemplo nessa linha de raciocínio pode ser extraída do resumo do acórdão a seguir transcrito, em que o Supremo Tribunal Brasileiro demonstra que sem atendimento público a doentes que sofrem de males irremediáveis, o cidadão deixa de experimentar o direito individual à vida: *"Paciente com Hiv/Aids - Pessoa Destituída de Recursos Financeiros - Direito à Vida e à Saúde - Fornecimento Gratuito de Medicamentos - Dever Constitucional do Poder Público (CF, Arts. 5º, Caput, e 196) - Precedentes (STF) - Recurso de Agravo Improvido. O Direito à Saúde Representa Consequência Constitucional Indissociável do Direito à Vida.* - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. RE 271286. AgR / RS - Rio Grande do Sul. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 12.9.2000. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ, Data: 24.11.2000, p. 00101, Ement. Vol. 02013-07, p. 01409.

1.8 O PAPEL CONSCIENTE DO PODER JUDICIÁRIO

A Constituição Brasileira de 1988 prestigiou os instrumentos de tutela jurisdicional das liberdades individuais ou coletivas e submeteu o exercício do Poder Estatal — como convém a uma sociedade democrática e livre — ao controle do Poder Judiciário.

Inobstante estruturalmente desiguais, as relações entre o Estado e os indivíduos processam-se, no plano de organização constitucional, sob o império estrito da lei. A *rule of law* — mais do que um simples legado histórico-cultural — constitui, no âmbito do sistema jurídico vigente no Brasil, pressuposto conceitual do Estado Democrático de Direito e fator de contenção do arbítrio daqueles que exercem o poder.

É nesse contexto que se precisa evoluir, cada vez mais, no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito consequencial, a interdição de seu exercício abusivo.

Por outro lado, há de se enfatizar que o Poder Judiciário também precisa desempenhar bem o seu papel. No plano da teoria geral do direito, está completamente superada a concepção que via na atividade jurisdicional uma mecânica de subsunção ao caso concreto das normas gerais⁸⁵. Hoje, sabe-se que a sentença judicial cria Direito, sendo mesmo verdadeira norma individualizada⁸⁶.

E, no campo dos direitos fundamentais, cresce em muito a função do juiz.

Tanto no Brasil como em Portugal, relevo nessa temática possuem o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Constitucional, ambos com a competência específica para administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucionais (artigos 102, *caput*, e 223º, respectivamente, constitucionais).

Em pronunciamento jurisdicional recente⁸⁷, o Ministro Celso Mello esclareceu com precisão cirúrgica o que representa a função

⁸⁵ PECES-BARBA. *Derechos Fundamentales. ...*, p. 146.

⁸⁶ SICHES, Luis Recasens. *Tratado general de filosofia del derecho*. Mexico: Editorial Porrúa: 1978, p. 313.

⁸⁷ MS nº 23.452/RJ, publicado no DJ de 12.05.2000.

jurisdicional. Para ele, o Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a supremacia e a integridade da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República.

O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pactuado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação dos poderes. O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação dos poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, de ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional.

Assim, com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribui-se ao Poder Judiciário a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória.

Porém esse papel atuante da função jurisdicional não pode ser maculado por imprecisões técnicas, pois cabe ao juiz bem distinguir as categorias dos direitos fundamentais e adentrar o mérito do regime de cada um deles. A atenção deve ser redobrada ante um direito social, cabendo também ao juiz respeitar a categorização estabelecida constitucionalmente. Isso não quer dizer que não possa apreciar omissões legislativas de forma eficiente, mas que, ao fazê-lo, deve estar atento a todos os itens que sua decisão deve atender. Não basta determinar o cumprimento de um direito social que ainda não está concretizado sem que se possa evidenciar a fonte de custeio, sua premissa básica.

Logo, o que se pretende é que o Poder Judiciário possa buscar formas e fórmulas para empreender eficiência às suas decisões, tornando-se, assim, mais consciente do seu papel. ◆