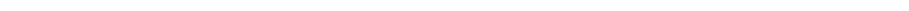

DIREITOS SOCIAIS: QUAL É O FUTURO?

Arruda Alvim

*Advogado em São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília
Professor da PUC/SP e FADISP*



DIREITOS SOCIAIS: QUAL É O FUTURO?

Arruda Alvim

1. Notas introdutórias sobre o surgimento e a definição dos direitos sociais. 2. Das Primeiras Declarações de Direitos Humanos e do Surgimento do Constitucionalismo 3. Dos Direitos Fundamentais de Primeira, Segunda e Terceira Dimensões 4. Do Problema da Efetivação dos Direitos Sociais. 5. Qual é o futuro? 6. Referências.¹

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE O SURGIMENTO E A DEFINIÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Inseridos na categoria dos direitos humanos², os direitos sociais ganharam expressão ampla e genuína consistência com o epílogo do próprio Estado Liberal. Ocorreu que, ante os reflexos sociais e econômicos advindos do processo de industrialização e à vista das

¹ Estudos escritos em homenagem à comemoração dos Vinte Anos do Superior Tribunal de Justiça, por convite do Ministro Fernando Gonçalves.

² É corrente a diferenciação, amparada na Teoria da Constituição de Carl Schmitt, entre direitos humanos e direitos fundamentais, concebendo-se os primeiros como direitos reconhecidos ao ser humano independentemente do ordenamento jurídico nacional em que se insira, pois sua natureza e importância reclama universalização. São, por isso, os direitos humanos objeto dos tratados e declarações internacionais. Já os direitos fundamentais são aqueles assim classificados pelas constituições dos Estados nacionais. Justamente porque a maioria dos direitos humanos encontra-se consagrada em diversas Constituições e sobretudo em se tratando do Estado brasileiro, cuja Constituição é extensa em previsões de direitos e garantias, alguns autores se referem aleatoriamente a direitos humanos ou fundamentais. Para os fins deste artigo, a dissociação é, de certa forma, de pouca utilidade, já que os direitos sociais são reconhecidos tanto no plano dos direitos humanos (plano universal-internacional) como estão também inseridos no rol dos direitos fundamentais das Constituições dos Estados nacionais.

ideologias socialistas, os direitos fundamentais de cunho liberal-burguês tornaram-se insuficientes aos reclamos da sociedade.

A compreensão kantiana dos direitos naturais, calcada na visão do homem sobre si mesmo, e não inserido na coletividade, revelou-se insatisfatória para aplacar os anseios de igualdade material emergentes, o que resultou no acréscimo, aos direitos fundamentais de primeira geração - que consistem basicamente, nas liberdades individuais opostas contra o Estado -, daqueles de direitos de cunho social, voltados à concepção do homem *em sociedade* e, por isso, dependentes da atuação do Estado.

Partindo da premissa de que a concepção individualista do homem natural era insustentável, Leon Duguit preconizou, ainda no limiar do século XX, disse que não era necessário desprezar os códigos para verificar que *a concepção do homem isolado e independente é pura ficção e que o homem é um ser social; não pode viver se não em sociedade*. Assim, explicava Duguit que, falar em direitos do homem natural, isolado, do indivíduo em si, separado de seus semelhantes, seria uma contradição nos próprios termos. O direito, por definição, implica uma relação entre os sujeitos; daí ter-se utilizado a expressão - hoje corrente - *função social* para justificar o que então se concebia como direitos individuais³.

A transição de mentalidade que contextualizou o surgimento dos direitos sociais é bem sintetizada por Canotilho ao enunciar que o paradigma sob o qual emergiram os direitos fundamentais inerentes ao Estado Liberal-Burguês, fundado na igualdade formal e nas liberdades negativas, deu lugar, gradativamente, à concepção “republicana” dos direitos fundamentais que, embora também voltada para o homem enquanto indivíduo, deixa de concebê-lo isoladamente para inseri-lo no ambiente social.

Assim é que, como sinaliza o autor:

³ DUGUIT, Leon. *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*. Trad. De Carlos G. Posada. 2ª ed. Madrid: Francisco Beltran Librería Española y Extranjera, s/d, p. 34.



Ao lado desta concepção individualista dos direitos naturais [*i.e.*, da concepção que deu origem aos direitos fundamentais de cunho liberal-burguês], cedo se divisou outra linha – na senda dos ideólogos e dos *cientistas*, de Volney, Destutt de Tracy e sobretudo Condorcet – acentuadora da natureza de *troca* dos direitos no âmbito da sociedade. Os direitos naturais continuam a ser considerados como direitos individuais, pois, ao jeito do jusnaturalismo racionalista, o indivíduo pensante e actuante constitui o eixo nuclear do sistema social. Todavia, os direitos do homem são direitos do homem na sociedade, porque a sociedade é o estado normal e material do homem. Estamos a um passo da viragem *positivista*: os direitos naturais são uma *constructa social* e não um dado; a segurança, a liberdade e a propriedade, embora de natureza irrenunciavelmente individual, emergem de convenções ou trocas sociais. A dimensão historicista espreita também já nessa perspectiva: os direitos naturais realizam-se historicamente através de convenções ou trocas sociais⁴.

Na seqüência desta mudança paradigmática, pronuncia-se o surgimento de uma mentalidade que, sem desprezar os ideários burgueses de liberdade, volta-se à construção novos direitos, desenvolvidos sob uma concepção “republicana e positivista”⁵ dos direitos humanos. Tais direitos são denominados ‘sociais’ em vista do momento político - coincidência do Estado Social - e, por conseguinte, da perspectiva filosófica (indivíduo visto sob a ótica socializante) - em que se situa seu surgimento.

O Estado Social, produto do falecimento do liberalismo e do insucesso do socialismo enquanto forma de organização político-estatal, tem como principais fundamentos o regime democrático, a soberania popular e a justiça distributiva. Foi inaugurado pela Constituição de Weimar (1919), cujo conteúdo foi amplamente difundido na Europa, e,

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O círculo e a linha: da «liberdade dos antigos» à «liberdade dos modernos» na Teoria Republicana dos Direitos Fundamentais. *In: Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 18 (é nossa a anotação em destaque, entre colchetes).

⁵ *Idem ibidem*.

em certa medida, pela anterior Constituição Mexicana de 1917.^{6 7} Estes textos constitucionais foram o prólogo dos Estados Sociais de Direito,

⁶ A Constituição do México de 1917 cuidou, de forma pioneira, dos direitos sociais trabalhistas (vg., duração da jornada do trabalho, proibição do trabalho infantil, salário mínimo, direito de greve e sindicalização, remuneração das horas extraordinárias e previdência social), além de ter tido o mérito de relativizar o direito de propriedade em favor do interesse público e da distribuição de riquezas no tocante à propriedade agrícola. Um dos pontos marcantes desta Constituição, como não poderia deixar de ser, reside no enfoque da igualdade sob a perspectiva da proteção às minorias, dentre as quais se inserem o estrangeiro, o indígena e os menores. Outros direitos sociais positivados na Carta Mexicana foram o direito à saúde (art. 4º, § 2º) e o direito à moradia digna (art. 4º, § 4º), a serem providos pelo Estado ou com o apoio dele.

Quanto aos direitos trabalhistas, observa Comparato, “é secundário o fato de que, numa sociedade largamente agrícola, como a mexicana do início do século XX, os direitos trabalhistas interessavam a uma parcela ínfima da população, sem falar na sua inaplicabilidade para as pequenas e médias empresas urbanas”, devendo sobrelevar a circunstância de que “a Constituição Mexicana, em reação ao sistema capitalista, foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho” e, também, “firmou o princípio da igualdade substancial de posição jurídica dos trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes de trabalho e lançou, de um modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito” (Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 181/182).

Já quanto ao direito de propriedade, a Carta Constitucional relativizou o direito à propriedade privada e condicionou o exercício deste ao interesse público, além de haver implementado a primeira reforma agrária no continente americano (*Op. cit.*, pp. 181/182).

Já a Constituição de Weimar teve papel singular na consolidação dos direitos sociais que mais tarde embasariam o constitucionalismo pós-guerra, quando então se verificaram o colapso final do Estado Liberal-Individualista, a derrocada do Socialismo e o questionamento das idéias positivistas. Nesta Constituição se pôde observar a proteção de valores sociais como o idioma (art. 113), a entidade familiar (art. 119), a integridade moral, intelectual e física da juventude (art. 122), a educação (arts. 145 e ss.), a habitação (art. 155). A Constituição de Weimar foi pioneira em instituir a igualdade de direitos entre ambos os sexos (art. 119), preceito que reforçou a igualdade material, tanto quanto a previsão de iguais condições de desenvolvimento físico, espiritual dos filhos legítimos e ilegítimos.

Além destes, o Constituinte Alemão assegurou o direito ao trabalho (art. 157), à liberdade de associação para a proteção e o progresso das condições econômicas e de trabalho (art. 161), propôs a criação de um padrão mínimo para regulação das relações jurídicas de trabalho (art. 162).

⁷ Em monografia sobre o tema, Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro elucida que a preponderância da Constituição de Weimar sobre a Constituição Mexicana no que diz respeito ao surgimento do constitucionalismo social é devida, em parte, à localização da Alemanha no continente europeu, com a conseqüente difusão dos preceitos contidos naquela, e, em parte, ao fato de que a Constituição Mexicana concentrou maior atenção à questão agrária, matéria que ainda não assumira, na Europa, as proporções que houvera alcançado no México, e à questão trabalhista, já conhecida na Europa, embora ainda não positivada em textos constitucionais, ao passo que a Constituição de Weimar continha um rol mais extenso e “universalizante” de direitos sociais. Nas palavras da autora: “Essa preponderância de Weimar sobre a Constituição Mexicana, cronologicamente anterior, deve-se não apenas à circunstância de se tratar de uma constituição promulgada em solo europeu (e não em longínquas terras americanas), mas, também, à natureza mais abstrata e menos local de suas prescrições e à força, autoridade e vivacidade da doutrina constitucional alemã da época, que fez correr pelo mundo as vitórias e as vicissitudes do novo texto republicano.” (PINHEIRO, Maria Cláudia Buchianeri. A Constituição de Weimar e os Direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã à luz da Constituição Mexicana de 1917. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, v. 43, n. 169, p. 126, jan-mar 2006). No trabalho citado, Bucchianeri identifica alguns exemplos de posituação de direitos coletivos nas Cartas Mexicana e Weimariana, o que, na visão da autora, deve ser atribuído à relação de complementariedade existente entre direitos sociais (segunda geração) e coletivos (terceira geração), ponto que será enfatizado mais adiante.



porquanto erigiram à categoria de direitos fundamentais exigências radicadas na *dignidade da pessoa humana* e, por que não dizer, na solidariedade social, como expõe Canotilho.⁸

Também Ferreira Filho admite serem direitos oriundos da *solidariedade*, embora sob a ressalva de que a utilização desta expressão deve ser reservada aos direitos difusos, denominados de terceira geração: “esse fundamento [dos direitos sociais] é, numa palavra, a solidariedade entre os homens se isso não trouxesse confusão com os direitos de terceira geração, chamados direitos de solidariedade.”⁹

Nessa direção, quando se associa a dignidade da pessoa humana à consecução da igualdade na diversidade (igualdade substancial), é possível falar em *dignidade social*, eis que “não se refere ao indivíduo já desenraizado da abstração contratualista setecentista (teorias do contrato social), mas ao *ser*, na sua dupla acepção de ‘cidadão’ e ‘pessoa’, inserido numa determinada comunidade, na sua relação vertical com o Estado e outros entes públicos, e ‘horizontal’ com os outros cidadãos”¹⁰.

Cuidam-se de direitos que, na visão de Bobbio, emergem de um núcleo genérico “que se desdobra em especificações”¹¹, e que têm sido consagrados por enunciados que *particularizam hipóteses*, de que antes não havia consciência e em relação a situações que não provocavam reclamos sociais.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O círculo e a linha ..., *op. cit.*, pp. 19/24, onde se conclui que: “No fundo, a tensão dos direitos naturais/teoria republicana dos direitos fundamentais residia aqui: o homem era o fundamento dos direitos naturais (e nisso estavam de acordo o republicanismo e o liberalismo), mas o homem de uns é o homem isolado e independente (perspectiva liberal) e para outros é o homem social, fraternal e solidariamente vinculado (perspectiva republicana)” (*op. cit.*, p. 24).

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 51.

¹⁰ QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais: Questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros: 2005, p. 172.

¹¹ Anota autor que esta especificação “consiste na passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direitos. (...) Essa especificação ocorreu seja com relação ao gênero, seja às várias fases da vida, seja à diferença entre estado normal e estados excepcionais de existência humana. Com relação ao gênero, foram cada vez mais reconhecidas as diferenças específicas entre mulher e homem. Com relação às várias fases da vida, foram-se progressivamente diferenciando os direitos da infância e da velhice, por um lado, e os do homem adulto, por outro. Com relação aos estados normais e excepcionais, fez-se valer a exigência de se reconhecer direitos especiais aos doentes, aos deficientes, aos doentes mentais etc.” (BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução por Carlos Nelson Coutinho. 5ª reimp. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 88).

Em nossos dias, fala-se em *direitos da mulher, da criança, do idoso, dos deficientes*, que são particularizações. Destinam-se a atender a *necessidades especiais*. Em relação a esses afirma a nossa Constituição que 'são direitos de todos e dever do Estado'. No plano internacional, podem-se citar diversos tratados e convenções que consagram direitos humanos específicos, como a Convenção de Genebra sobre a Escravatura (1926), a Convenção Relativa aos Prisioneiros de Guerra (1929), as Convenções de Genebra de 1949, sobre a proteção de vítimas de conflitos bélicos, a Declaração dos Direitos da Criança (1959), a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação da Mulher (1959), a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental (1971).

Os direitos sociais cuidam, predominantemente, dos direitos daqueles que se encontrem em situações diferenciadas e que, por isso, necessitam de tutela especial do Estado. Tais direitos marcaram uma mudança de enfoque acerca do princípio da isonomia, o qual, até então, era visto pela perspectiva meramente formal - o que, afinal, era conveniente à classe burguesa -, e passou a ser encarado sob a ótica substancial, no sentido de se compensarem as diferenças existentes no plano fático (social, econômico, etc.) mediante tratamento diferenciado da lei.

O *equilíbrio social* é, pois, a tônica do Estado Social de Direito. Se, no período liberal, partiu-se de uma visão do indivíduo isolado, alheio à sociedade, para conceber os direitos de primeira dimensão, já no Estado Social tem-se em mira o homem inserido na sociedade, donde florescem os direitos de segunda dimensão. Estes direitos, embora se já se revistam de cunho social, são ainda, em sua maioria, direitos de natureza individual, eis que somente com a emergência dos direitos de terceira dimensão é que se verão bem definidos os direitos coletivos num sentido amplo e, bem assim, as possibilidades da respectiva tutela pelo Estado.

A afirmação de que os direitos de primeira dimensão (*i.e.*, liberdades provenientes do liberalismo) têm caráter *individualista* ao passo que os direitos de segunda dimensão (*i.e.*, direitos sociais) possuem feição *socializante* não acarreta necessariamente a conclusão de que estes sejam direitos coletivos.

É fato que *alguns* direitos coletivos surgiram em decorrência do Estado Social e que, mesmo no Brasil, sua tutela coletiva pelo processo



judicial foi implantada antes mesmo da expansão dos direitos de coletivos e difusos (foi o que ocorreu, a propósito, com os direitos do trabalhador, como se verifica dos artigos 868 e s. da CLT, que estabeleceu a extensão subjetiva da sentença); cuidam-se, porém, de exemplos pontuais, decorrentes mais da necessidade prática de conferir maior abrangência a eficácia das decisões acerca destes direitos, de molde a permitir sua tutela, do que da consciência científica de que alguns direitos pertencem à coletividade ou à sociedade como um todo. Nem por isso se pode afirmar que os direitos sociais sejam, em regra, coletivos; ao revés, é preciso repisar que os direitos sociais são individuais em sua maioria e que, no Estado Social, ainda não se concebia a visão de direitos coletivos e difusos tal como posteriormente se veio a conhecê-los.

Esse argumento é reforçado por Ingo Wolfgang Sarlet, para quem

A exemplo dos direitos de primeira dimensão, também os direitos sociais (tomados no sentido amplo ora referido) se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos de terceira dimensão. A utilização da expressão 'social' encontra justificativa, entre outros aspectos que não nos cabem aprofundar neste momento, na circunstância de que os direitos de segunda dimensão podem ser considerados densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico¹².

Os direitos sociais são, em princípio, direitos individuais vistos sob uma *perspectiva* socializante. Conquanto já estejam inseridos numa concepção de direito que tem em vista o interesse público e social, foram necessários outros fatores evolutivos para a conformação sócio-econômica em que eclodiram os direitos difusos e coletivos, hoje denominados direitos de terceira dimensão. Somente na segunda metade do século XX os direitos coletivos passaram a constituir objeto de estudos doutrinários

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 1988, p. 50.

mais aprofundados e, entre nós, foram alçados a direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXXV, da CF).

Em verdade, a circunstância de existirem direitos sociais de índole coletiva corrobora a inexistência de hierarquia entre direitos fundamentais e, até mesmo, a possibilidade interpenetração dos direitos de diversas gerações plano histórico. Importa, porém ter em mente que o traço distintivo dos direitos sociais reside na *mentalidade* socializante em que está inserido seu surgimento, e na sua *finalidade* de propiciar a justiça distributiva.

Outro aspecto distintivo dos direitos sociais, comparativamente às liberdades do Estado Liberal-Burguês, reside na índole *predominantemente prestacional* dos direitos sociais. A expressão *prestacional* designa o direito subjetivo do indivíduo de obter uma prestação do Estado; já o vocábulo *predominantemente* presta-se ao esclarecimento de que também os direitos sociais podem, algumas vezes, conter obrigações negativas (abstenções) do Estado¹³.

De qualquer modo, a postura intervencionista do Estado é o traço distintivo entre direitos de primeira e segunda dimensão: enquanto as liberdades de primeira dimensão demandavam do Estado uma abstenção, de modo a delinear a intervenção estatal mínima sobre a esfera jurídica do indivíduo, as liberdades de segunda dimensão, ao revés, exigem do Estado uma postura ativa, no sentido de assegurar tratamento jurídico diferenciado àqueles que se encontrem em situação de inferioridade social, econômica ou cultural. O Estado, assim, obriga-se a prestações sociais que propiciem a correta distribuição dos direitos individuais.

Em síntese, podem os direitos sociais ser definidos como direitos subjetivos de natureza predominantemente individual, voltados à concretização da dignidade humana em termos substancialmente isonômicos, cuja concretização depende, no mais das vezes, da postura

¹³ Ingo Sarlet elucida bem este ponto: “Ainda na esfera dos direitos de segunda dimensão, há que se atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim chamadas ‘liberdades sociais’, de que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos. A Segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho ‘positivo’ possa ser considerado o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 50)



ativa do Estado no sentido de assegurar tratamento especial aos indivíduos que se insiram em grupos particulares.

No Brasil inaugurou-se esta previsão de direitos sociais, ao lado dos individuais, com a Constituição de 1934, ao influxo do modelo inaugurado pela precitada Constituição de Weimar, seguida pelas Cartas que lhes sucederam de 1946, 1967, EC n. 1/1969, 1988. A Constituição de 1988 é rica na previsão destes direitos e a legislação ordinária aponta para a defesa crescente das minorias.

Em sede doutrinária, utiliza-se a classificação de José Afonso da Silva, amparada no direito positivo vigente: “a) direitos sociais relativos ao trabalhador; b) direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e assistência social; c) direitos sociais relativos à educação e à cultura; d) direito social relativo à família, criança, adolescente e idoso; e) direitos sociais relativos ao meio ambiente.”¹⁴

Autores da mais alta respeitabilidade há, como o Prof. Augusto Cançado Trindade¹⁵ que se insurgem contra classificações, porque prestariam um desserviço à causa dos direitos humanos (e, dentre estes sediam-se os direitos sociais). Serviriam as classificações a manipulações de governo, com vistas a escamotear a efetividade dos direitos sociais. Essa crítica não é despida de razão, já que, como se verificará no decorrer da evolução dos direitos humanos traçada neste artigo, e de acordo com o prognóstico de Bobbio¹⁶, os direitos sociais não se exaurem em nenhuma enumerações ou classificações, já que se encontram ainda *em multiplicação*.

¹⁴ TRINDADE, Augusto Cançado. Visão Integral dos Direitos Humanos. In: *Relatório Azul 97*, editado pela Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, 1997, p. 2.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1988, p. 289. A classificação é adotada pelo Ministro Carlos Velloso em: VELLOSO, Carlos Mário. *Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil*. Disponível em: http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/dpr0027/velloso_carlos_dos_direitos_sociais_na_cf.pdf

¹⁶ De acordo com o autor: “Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens”. (*Op. Cit.*, p. 19).

2. DAS PRIMEIRAS DECLARAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS E DO SURGIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO

Uma vez assentado que os direitos sociais, a par de positivados nas Constituições contemporâneas na condição de direitos fundamentais, enquadram-se também na categoria dos direitos humanos, cumpre-nos proceder a uma breve retrospectiva acerca das primeiras declarações de Direitos Humanos e do surgimento do próprio constitucionalismo, com o fito de melhor contextualizar o objeto de estudo.

Convém adiantar que o constitucionalismo, ou constitucionalismo moderno, surgido no Estado Liberal-Burguês - à luz, portanto, do paradigma individualista, antecedente àquele paradigma socializante sob o qual seriam concebidos mais tarde os direitos sociais -, pode ser delineado à luz do binômio limitação ao poder estatal - ampliação das liberdades privadas.

Veja-se a acepção de constitucionalismo fornecida por Luís Roberto Barroso:

No plano das idéias e da Filosofia, (...) é produto do iluminismo e do jusnaturalismo racionalista que os acompanhou, com o triunfo dos valores humanistas e da crença no poder da razão. Nesse ambiente, modifica-se a qualidade da relação entre o indivíduo e o poder, com o reconhecimento de direitos fundamentais inerentes à condição humana, independentes de outorga por parte do Estado. No plano político, notadamente na Europa continental, a Constituição consagrou a vitória dos ideais burgueses sobre o absolutismo e a aristocracia. Foi, de certa forma, a certidão do casamento duradouro entre o poder econômico – que já havia sido conquistado pela burguesia – e o poder político.¹⁷

Malgrado não se trate de uma declaração de direitos humanos nos moldes das que sucederam a industrialização no século XVIII, a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) de 1689, na Inglaterra, consistiu no *prelúdio* do constitucionalismo social. O rompimento com o

¹⁷ A concepção é de Luís Roberto Barroso, em anotação ao termo “Constituição”. In: BARRETO, Vicente Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro/Rio Grande do Sul: Renovar/Unisinos, 2006, p. 146.



regime absolutista foi, então, consolidado pela imposição ao monarca de normas criadas pelo Parlamento e pela separação dos poderes estatais. A nova configuração criou ambiente propício à concretização de direitos humanos, donde se poder extrair, com Comparato, que o *Bill of Rights* criou, “com a divisão dos poderes, aquilo que a doutrina constitucionalista alemã do século XX viria denominar, sugestivamente, uma *garantia institucional*, isto é, uma forma de organização do Estado cuja função, em última análise, é proteger os interesses da pessoa humana.”¹⁸

As primeiras Declarações de Direito, contemporâneas da idéia *moderna* de Constituição, foram a de Virgínia e a Declaração de Independência dos Estados Unidos, que lhe sucedeu. Esta é de 12 de janeiro de 1776 e a Declaração de Independência é de 14 de julho do mesmo ano. O que se ressalta quanto à Declaração de Independência Norte-Americana é o destaque conferido à soberania popular, pela instituição de princípios democráticos e a previsão da existência de “direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social”¹⁹.

A Declaração de Direitos mais famosa, entretanto, é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que veio no bojo da Revolução Francesa, de 1789. A necessidade de romper a estrutura estamental vigorante na sociedade francesa de então, predominantemente agrícola, fez sobrelevarem, dentre os ideais revolucionários - liberdade, igualdade e fraternidade -, a liberdade e a igualdade formal, com a eliminação dos privilégios pertencentes à nobreza e ao alto clero, como era do interesse da burguesia. A destituição do poder monárquico visava, em princípio e em tese, à consolidação da soberania popular e do modelo de democracia representativa. As principais preocupações da burguesia foram consignadas na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e consubstanciavam-se no direito à propriedade privada sem expropriações abusivas e na estrita legalidade na criação e cobrança

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção Histórica ...*, *op. cit.*, p. 93. Ainda a respeito do *Bill of Rights* comenta o citado autor que “contrariando o sistema marxista de interpretação histórica, pode-se dizer que, pelo menos na Grã-Bretanha, a revolução política criou condições para a revolução industrial do século seguinte, e não o contrário; ou seja, as relações sociais precederam e tornaram possível a transformação das forças produtivas” (*op. cit.*, p. 95).

¹⁹ *Idem*, p. 107.

de tributos. Acerca do caráter expressamente *sagrado* da propriedade, refere-se Comparato, em tom de crítica, como “um anacronismo”:

Sagrada era a propriedade greco-romana, intimamente ligada à religião doméstica, à casa de família, sede do deus lar, ao terreno adjacente onde ficavam as sepulturas dos membros das *gens*. A sacralidade desses bens, aliás, era bem marcada pela sua fixidez e imobilidade: longe do caráter desprezível das coisas mobiliárias (*res mobilis, res vilis*), a propriedade tradicional é sempre imóvel, à imagem das coisas divinas.

Ora, a revolução burguesa, como bem salientou Marx, desencadeou *o mais rápido movimento de transformação social de todos os tempos*. Tal como o dinheiro, bem central da economia capitalista, tudo pôs-se a circular e a ser trocado. O poder econômico - e com ele a dominação social e a soberania política - deslocou-se da propriedade fundiária para os bens móveis, e destes últimos para os títulos valores e contas bancárias, dissolvendo-se em símbolos, escrituras e códigos eletrônicos. O caráter simbólico da propriedade, se se quiser insistir na qualificação, assumiu nos tempos modernos a abstração simbólica de um mito²⁰.

Como se sabe, a conformação social do Estado liberal, muito embora tenha banido os estamentos sociais e os privilégios clericais e aristocráticos, estava fadada a provocar a insatisfação das camadas menos favorecidas, com o recrudescimento da exploração capitalista à proporção do desenvolvimento econômico.

Nos planos político e jurídico, de outro turno, a associação do surgimento do constitucionalismo à limitação dos poderes do Estado com vistas à garantia dos direitos fundamentais é registrada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Segundo a concepção liberal de constituição, esta é a parte essencial de uma *determinada* organização de estatal – a que visa a garantir a liberdade, por meio de um Estatuto do Poder. Por um estatuto, quer dizer, obviamente, por meio de organização jurídica que não só estruture mas também limite o poder do Estado.

²⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção Histórica dos Direitos ...*, op. Cit., p. 152.



Exatamente essa concepção é que difunde o constitucionalismo. É ela que se concretiza com as revoluções liberais, as quais todas levam ao estabelecimento de constituições.

A constituição não é assim qualquer organização dada ao Estado (...). É apenas a organização que garante a liberdade. Está aí a *constituição-garantia*.

Ela presume direitos naturais do ser humano, direitos anteriores ao Estado, superiores ao Poder, pois Estado e Poder só têm como razão de existência a garantia de tais direitos. Não é por mera coincidência que as primeiras constituições foram precedidas de Declarações – o *Bill of Rights* de Virgínia, de 12 de junho de 1776 (...); a *Declaração de Independência*, de 4 de julho de 1776, que contém uma declaração de direitos, a Constituição americana; e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, a Constituição Francesa de 1791.^{21 22}

Nesse contexto de absentéismo estatal e ascensão do individualismo burguês foi que surgiram as constituições modernas, fundadas na perspectiva ainda jusnaturalista de que as liberdades públicas negativas antecederiam à organização estatal e somente poderiam ser concretizadas numa organização que viabilizasse a limitação e o controle do poder político.

A associação entre liberdades públicas com a limitação do poder estatal é enfatizada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ao proclamar, no seu art. 16, que “*toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição.*”

As liberdades tradicionais têm como fundamento primeiro a concepção de que homem possui direitos que lhe são inatos, e que precedem a própria sociedade e, por conseguinte, o direito.

²¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 78.

²² Especificamente quanto à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, há quem afirme tratar-se de norma verdadeiramente constitucional, conforme se extrai da pertinente análise de Comparato: “A Declaração de 1789, foi, aliás, em si mesma o primeiro elemento constitucional do novo regime político. Pelo fato de ter sido publicada sem a sanção do rei, houve quem a interpretasse, de início, como simples declaração de princípios, sem força normativa. Mas em pouco tempo a assembléia aceitou as idéias expostas por Sieyès em sua obra famosa e reconheceu que a competência decisória por ela exercida emanava diretamente da nação, como poder constituinte, e que o rei não passava de poder constituído, cuja subsistência como tal, de resto, dependia ainda de uma aprovação explícita da assembléia, no texto constitucional a ser votado” (*Afirmção Histórica dos Direitos Humanos, op. cit.*, p. 151).

Contudo, a partir do momento em que começam a surgir as declarações escritas destes direitos, mormente no plano internacional, irá, como se demonstrará linhas adiante, operar-se a derrocada da concepção jusnaturalista dos direitos humanos e/ou fundamentais, que cederá lugar, pouco a pouco, ao primado da Lei.

Desta sorte, de forma bastante simplificada, pode-se falar em três fases das Declarações de Direitos Humanos: (i) na primeira, têm lugar as elucubrações e teorias filosóficas que embasam os direitos do homem – o expoente do jusnaturalismo moderno que precedeu às declarações foi, em todos os sentidos, John Locke, que concebeu o homem em seu estado natural, porém, de forma positiva: os homens naturais nascem livres e iguais – cuida-se de uma concepção de direitos humanos *universal e naturalista*; (ii) na segunda, tais proposições filosóficas são veiculadas pelas declarações – a afirmação dos direitos do homem deixa, portanto, de ser natural, por encontrar-se *positivada* nas declarações e, em seguida, nas constituições *nacionais*; (iii) a terceira fase sucederá já no século XX, quando da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), quando, então, a afirmação dos direitos será, ao mesmo tempo, *universal e positiva*²³.

3. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA, SEGUNDA E TERCEIRA DIMENSÕES

A sistematização do contexto político, social e econômico em que se deu a passagem do Estado Liberal para o Estado Social e a análise comparativa entre os paradigmas que permearam estes momentos históricos são essenciais à compreensão dos direitos sociais. Os direitos sociais tinham como meta ou fim os indivíduos, procurando proceder a uma homogeneização desses, com proteção aos mais fracos.

²³ Para uma leitura mais detida das passagens a que ora se alude, cf. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, op. Cit., ..., pp. 28/29. Segundo o autor, as teorias filosóficas, “primeiras afirmações dos direitos do homem”, são universais em relação ao conteúdo, na medida em que se dirigem a um homem racional fora do espaço e do tempo”; a partir do momento em que estas teorias são acolhidas pelo legislador, com as Declarações de Direitos dos Estados Norte-Americanos e a Revolução Francesa, “e postas nas bases de uma nova concepção de Estado – que não é mais absoluto e sim limitado, não é mais um fim em si mesmo e sim um meio para alcançar os fins que são postos antes e fora de sua própria existência - a afirmação dos direitos do homem não é mais expressão de uma nobre exigência, mas o ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos no sentido estrito da palavra, isto é, enquanto direitos positivos e efetivos”.



Importante, também, mencionar uma terceira categoria de direitos (direitos de terceira dimensão) que, na seqüência cronológica dos anteriores, mereceu a atenção do Estado no panorama contemporâneo: são os direitos titularizados pela própria sociedade ou por grupos e categorias que dela participem; o gênero dos chamados interesses *difusos* e *coletivos*. No âmbito internacional, os direitos de terceira dimensão se consubstanciam no direito à paz mundial, no direito a uma ordem econômica mundial e no direito ao patrimônio comum da humanidade. Diz-se, destes, que são fruto *da solidariedade (ou da fraternidade, terceiro cânone da Revolução Liberal)*, muito embora já se tenha dito que também os direitos sociais têm um quê de *socializantes*, predicado que não se verificava nas liberdades negativas burguesas.

Como já foi sinalizado, o Estado liberal – *État Gendarme (Estado Polícia)*, concebido pelas Revoluções Burguesas do século XVIII, tem como principal fundamento o direito à *liberdade* (radicalmente concebida e praticada), porquanto os demais baluartes da ideologia revolucionária francesa (igualdade e fraternidade) não se concretizaram de forma plena e imediata.

A *igualdade* apenas se perfaz sob o prisma *formal*, pressupondo que todos são real e genuinamente iguais, o que deu ensejo à abolição dos privilégios da aristocracia e do alto clero, que empeciam o exercício do poder pela classe burguesa. A *fraternidade*, sequer aludida na Declaração de 1789 e, mesmo quando referida na Constituição de 1791, não chegou a ser praticada; serviu somente como emblema de universalização dos benefícios pregados pelos revolucionários. Isto tanto mais se compreende diante de um Estado que não haveria de intervir na ordem social.

O *Estado de Polícia*, afeiçoado à ordem jurídica vigente, caracterizou-se pela presença avultante do direito privado em contraposição ao poder estatal mínimo, marcado pela intervenção apequenada que se consubstanciava na feitura das leis, polícia e estrutura do Estado. Dentre os traços distintivos da ordem jurídica deste período, destacam-se: (i) *a propriedade*, sagrada à condição de *direito absoluto*; (ii) *a autonomia contratual*, que refletia a máxima de que *tudo o quanto fosse contratado seria considerado justo*, de sorte que o Estado estava impedido de intervir nas manifestações da vontade privada.

A atuação do Poder Judiciário refletia o tecido social sem intervenção do Estado: o órgão jurisdicional não possuía função criadora de direito, sendo sua atividade meramente subsuntiva. Direito e Realidade eram conceitos totalmente dissociados; a norma jurídica (premissa maior), preexistente ao fato (premissa menor), era a este aplicada, numa operação silogística feita pelo juiz, o que situava o *dever-ser* contido na lei em compartimento diverso daquele em que se encontrava o *ser*, correspondente à realidade fática.

A implementação da ordem jurídica fundada numa concepção positivista do direito foi coroada pelas codificações, mormente no âmbito do direito privado, com a perceptível influência do grande diploma da época, o *Código Civil francês*.

Conquanto fossem formalmente reconhecidas como fundantes da ordem jurídica - acolhendo, assim, à distinção entre leis do reino e as do rei, àquelas submissas²⁴ - as constituições eram, à exceção da norte-americana, *praticamente* pouco consideradas, sobretudo no tocante ao direito privado, então compreendido à luz da separação entre as esferas pública e privada. Isso porque, se desde muito antigamente se afirma que as Constituições se sobrepõem ao direito ordinário, a realização prática desta supremacia somente veio a ocorrer isso ocorreu no sistema continental europeu no século XX.

Disse Ripert²⁵ que, com o Código de Napoleão, o reinado do direito começava e que o Código Civil francês foi, durante muito tempo, havido

²⁴ Observou o Ministro Moreira Alves na abertura dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte que “a distinção, na França, de leis do rei e de leis do reino remonta, quando menos, ao século XV. A elas, no último quartel da centúria, se referiu De Harley, que assim as caracterizou, dirigindo-se a Henrique III: *Temos, senhor, duas espécies de leis: umas são as ordenanças de nossos reis, que podem alterar-se conforme a diversidade dos tempos e dos negócios; outras são as ordenanças do reino, que são invioláveis, e pelas quais vós subistes ao trono, e esta coroa foi conservada por vossos predecessores*. Na Inglaterra, no limiar do século XVII, Coke, afastando-se da tradição inglesa de que o parlamento é soberano, sustenta a supremacia da *Common Law* – o direito geral – sobre os poderes do rei. No fundo, a idéia essencial da limitação do poder, a manifestar-se com a afirmação da primazia do Direito, então basicamente o direito consuetudinário e não o direito legal.”. Essa idéia de imposição das normas constitucionais ao poder constituído (primado do Direito sobre o Poder) funda-se no jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII. Com o advento do liberalismo, “reaviva-se a idéia bem antiga de que a fonte verdadeira do poder é a comunidade”; “exalta-se o indivíduo, e se tem como fundamento do governo o contrato da nação, e só assim se legitima”. Em conseqüência, “o postulado da infalibilidade da lei surge com a Revolução Francesa”. Em que pesasse o surgimento das constituições modernas, a imposição efetiva do princípio da supremacia constitucional somente viria a ser viabilizada no plano prático no século XX (ALVES, José Carlos Moreira. Discurso proferido na abertura dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte. *Revista de Informação Legislativa*, n. 83, jan-mar 1987, ano 24).

²⁵ RIPERT, Georges. *Le Déclin du Droit – Études sur la Legislation Contemporaine*. Paris: 1949, LGDJ, n. 2, pp. 2 e ss.



como intangível, dizendo um outro autor que nesse Código somente se poderia tocar “com a mão trêmula”. A idéia de segurança ligava-se em grande parte à de *previsibilidade* e muito mais à de *manutenção do status quo*.

O que parece ser legítimo dizer-se é que os Códigos “eram mais importantes” que as constituições, no plano prático. Se as constituições consagravam direitos, cujo perfil e qualidade foi evoluindo ao longo do tempo, na realidade, pode-se dizer que no século XIX a eficácia das normas constitucionais *restavam represadas ou podiam ficar represadas pelo legislador ordinário*, dado que, se este não criasse condições ordinárias para a eficácia daquelas, não passariam de *normas programáticas*, cujo destinatário era o legislador ordinário. É manifesto o paradoxo, porque o legislador ordinário *limitaria o constituinte*.

A importância secundária das Constituições liberais é sintetizada por Fachini Neto, ao assinalar serem os próprios códigos civis que exerciam a função de “verdadeiras constituições no âmbito das relações jurídicas privadas”²⁶. Desta forma, protegendo a propriedade e autonomia privada de forma absoluta, o Estado situava o direito civil, nascido à margem do Estado, como verdadeiro baluarte da liberdade burguesa, uma liberdade apolítica, que permitia aos particulares dispor de um espaço próprio, sem intromissões do Estado²⁷.

Porém, se o Estado Liberal teve o mérito de concretizar as liberdades individuais, consubstanciadas, dentre outros no direito à vida, a autonomia privada e à propriedade, e vistas à luz do princípio da igualdade formal, verificaram-se nefastos *efeitos colaterais*, que atingiram largos segmentos da sociedade, *formalmente constituídos também por cidadãos; de fato, praticamente párias*.

²⁶ (FACHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 36/37).

²⁷ O deslocamento do eixo privado para o eixo das constituições revolucionárias deflagrou, a propósito: Diferentemente do período anterior, em que os Códigos representavam o eixo central de todo o ordenamento privado, pretendendo disciplinar a totalidade das relações jurídicas do sujeito abstrato sob a égide da autonomia da vontade, esse novo período vê o direito privado deixar os códigos totalizantes em direção à legislação dita ‘extravagante’. Na medida em que as novas constituições rígidas continham verdadeiros programas para o futuro – pois pretendia-se transformar a sociedade, e não só espelhá-la, como buscavam fazer os códigos civis do período anterior – impunha-se o desenvolvimento legislativo e o detalhamento de tais programas”. (FACHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 25).

Constata-se que “a industrialização, realizada sob o signo do *laissez faire, laissez passer*, acentuara o quadro de exploração do homem pelo homem, problema que o Estado Liberal absenteísta não tinha como resolver”²⁸. A reação adveio com o sepultamento do Estado Liberal e com a adoção do Estado Social de Direito.

Além da derrocada do próprio Estado Liberal, diversos fatores contribuíram para a conformação do Estado Social, desde o surgimento das primeiras constituições que consagraram direitos sociais - as já mencionadas Constituição Mexicana de 1917 e Constituição de Weimar, de 1919 -, passando pela instituição das medidas do *New Deal* nos Estados Unidos em virtude da crise econômica ocasionada pela quebra da Bolsa de Valores em 1929, para culminar na efetiva difusão do *Welfare State* no plano mundial, notadamente ao fim da Segunda Grande Guerra e quando do colapso do socialismo.

No planos filosófico e político, o comprometimento da estrutura estatal burguesa inicia-se com o desenvolvimento de ideologias que se contrapõem ao liberalismo e absenteísmo estatal, preconizando por reformas sociais. Dentre estas, podem-se mencionar o socialismo utópico e a doutrina social da Igreja: aquele, ferrenha crítica à dominação econômica, calcado no idealismo e no enaltecimento da luta de classes com a defesa do uso de força pelo proletariado contra a burguesia; já esta, embora avessa ao uso da força pelo proletariado, atuou em defesa de direitos mínimos para o trabalhador e da intervenção estatal para mitigar os reflexos nocivos do liberalismo exacerbado em detrimento das camadas sociais menos favorecidas.

Ainda, a difusão das idéias marxistas, potencializada pela Revolução Russa de 1917 contribuiu sob dois aspectos para o rompimento da ideologia burguesa: o primeiro, referente à própria compreensão do liberalismo enquanto sistema que perpetua a subsistência da “lei do mais forte”; e o segundo, consistente no “medo de que processos revolucionários semelhantes [*i.e. instauração de governos que estabelecessem a apropriação coletiva dos meios de produção*] pudessem acontecer nos países de capitalismo evoluído”²⁹, que resultou na menor

²⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 16.

²⁹ *Idem*, pp. 16/17 (a anotação em destaque, entre colchetes, é nossa).



resistência na transição do Estado Liberal para o Estado Social. O receio de revoluções socialistas, funcionou, possivelmente, como fator contributivo à aceitação e positivação de certos direitos sociais.

Assim também a gradativa passagem do sufrágio censitário e a para o sufrágio universal serviu como mola propulsora na adoção de medidas típicas do *Welfare State* e reforçaram a necessidade de um Estado Democrático (transição do governo representativo clássico à democracia representativa), em contraposição aos regimes totalitários que se instauraram na Europa e na América Latina do entre-guerras e do segundo pós-guerra.

Como sintetizado por Jorge Miranda:

O Estado social de Direito não é senão uma segunda fase do Estado constitucional, representativo ou de Direito. Por dois motivos: 1º) porque, para lá das fundamentações que se mantêm ou se superam (iluminismo, jusracionalismo, liberalismo filosófico) e do individualismo que se afasta, a liberdade – pública e privada – das pessoas continua a ser o valor básico da vida coletiva e a limitação do poder político a um objectivo permanente; 2º) porque continua a ser (ou vem a ser) o povo como unidade e totalidade dos cidadãos, conforme proclamara a Revolução Francesa, o titular do poder político.

Do que se trata é de articular *direitos, liberdades e garantias* direitos cuja função imediata é o refazer das condições materiais e culturais em que vivem as pessoas); de articular a *igualdade jurídica* (à partida) com *igualdade social* (à chegada) e segurança jurídica com segurança social; e ainda de estabelecer a recíproca implicação entre liberalismo político (e não há, ou não já necessariamente, económico) e democracia, retirando-se do princípio da soberania nacional todos os seus corolários (com a passagem do governo representativo clássico à democracia representativa).³⁰

³⁰ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra; Coimbra Editora, 2002, p. 81.

Essa “segunda fase do Estado constitucional” é também designada por constitucionalismo social,³¹ onde surge a consciência de que determinadas situações haveriam de ser protegidas, por obra do legislador, isto passou a ser feito originariamente através das próprias Constituições, com a previsão de proteção aos direitos sociais, abrigando os direitos fundamentais oriundos das relações de trabalho, referentes à habitação, à saúde, e à educação etc.

Esses direitos sociais (*direitos de segunda dimensão*), porquanto exigem do Estado uma prestação (agir positivo), em contraposição às liberdades tradicionais (*direitos de primeira dimensão*), que apenas demandavam uma postura negativa do – apequenado – Estado Liberal, revelam-se de complexa efetivação, tanto em virtude da generalidade das normas que os conceberam como em decorrência da conflituosidade existente entre os diversos direitos sociais e entre estes e os direitos de primeira dimensão.

Para Bobbio, há, necessariamente, antinomia entre as liberdades tradicionais (= *direitos garantidos quando o Estado não intervém*) e os direitos sociais, a que denomina poderes (= *direitos que exigem intervenção do Estado para sua efetivação*).³² Enquanto “os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos ali os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam abstenção de determinados comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas”. Por via de consequência, *liberdades (primeira dimensão)* e *poderes (segunda dimensão)* seriam antinômicos no sentido de que “o desenvolvimento deles não pode proceder paralelamente: a realização integral de uns impede a realização integral de outros”³³.

³¹ Este novo modelo do Estado refletiu-se, entre nós, na CF de 1934. Foi pela Constituição Federal de 1934 que vieram a ser objeto de previsão os direitos sociais, no seu Título IV do Capítulo II, e, no âmbito do processo, resultou - ainda que sendo instrumento individual contra o Estado - consagrado o mandado de segurança, inserido na parte das *garantias individuais*. Foi com a Constituição Federal de 1988 que se veio a admitir o mandado de segurança coletivo (art. 5º, inc. LXX).

³² *Op. cit.*, p. 43.

³³ *Op. cit.*, p. 22.



Não se nega a possibilidade - e até a probabilidade³⁴ - de ocorrerem casos em que o exercício de uma *liberdade* por parte de um indivíduo venha a ser obstado ou limitado pelo correlato exercício de um *poder* titularizado por outro, ou por uma comunidade. Porém, isso não corresponde à afirmação de que os direitos de segunda dimensão tenham surgido para ocupar o lugar das precedentes liberdades negativas nem tampouco indica que haja hierarquia entre tais categorias de direitos fundamentais.

Do ponto de vista global da esfera dos direitos protegidos pelo Estado, a necessidade de se tutelarem as liberdades individuais típicas do liberalismo é complementar à exigência de intervenção estatal na promoção dos direitos afetos à dignidade social. É certo que a proteção de um direito individual - qualquer que seja ele - só terá sentido, num Estado Democrático de Direito, se sua efetivação tiver em mira o parâmetro da justiça distributiva.

Eventual conflito entre direitos (ou pretensos direitos) fundamentais estará adstrito a casos particulares, não podendo ser excluída a hipótese de tais direitos pertencerem à mesma categoria (v.g. conflito entre liberdades contrapostas - direitos de primeira geração - ou entre poderes antagônicos - direitos de segunda geração), donde ressalta a conclusão de que a consagração de direitos sociais não leva à exclusão de precedentes liberdades. O que existe é cumulatividade dos precedentes direitos com os sucessivos, naturalmente, com a *necessária acomodação proporcionadora da possibilidade de convivência desses direitos*³⁵.

³⁴ Vide, a propósito, o exemplo de Canaris, relativo ao questionamento acerca da possibilidade de se impor à genitora a obrigação de revelar ao filho a identidade do pai biológico. Contrapõem-se, no caso, dois direitos individuais de categoria diversa: o primeiro, direito à filiação (ainda que possivelmente ilegítima), reflexo das liberdades de segunda dimensão e proveniente da necessidade de uma postura ativa do Estado (ao menos enquanto órgão jurisdicional que determinará o cumprimento da obrigação pretendida); já o direito da mãe pode ser considerado como liberdade tradicional, no sentido de impor ao Estado uma abstenção, qual seja, a abstenção de impor à genitora a obrigação de revelar a paternidade do filho (CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, ..., op. cit., p. 232).

³⁵ Nessa direção, consigna Daniel Sarmiento que “não existe qualquer hierarquia entre os direitos individuais e sociais e econômicos.” Aliás, ressalta, “o Estado Social, na sua vertente democrática, não é outra coisa senão uma tentativa de composição e conciliação entre liberdades individuais e políticas e os direitos sociais, possibilidade descartada tanto pelos teóricos do liberalismo como ortodoxo como pelos marxistas”. Por fim, conclui, como nós, que, se não é correto falar em hierarquia de direitos de 1ª e 2ª dimensões, não se pode ignorar ocultar o fato de que os direitos sociais ensejam maiores dificuldades para a sua afirmação concreta do que os direitos liberais”. (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais*..., op. cit., p. 21).

O mesmo se pode dizer quanto à categoria dos direitos que, nos dias contemporâneos, vieram a merecer dos Estados Constitucionais instrumentos destinados a uma proteção maior de grandes partes da sociedade: são os direitos relacionados ao meio ambiente, consumidor, e tantos outros, cuja titularidade seja *coletiva*. Concebe-se a existência *não taxativa* de direitos coletivos, cuja possibilidade de tutela deverá se adequar às características do próprio direito material (em geral, indivisível) e às necessidades de seus titulares (muitas vezes indeterminados ou indetermináveis).

Observa-se, nesse ponto, que os direitos de terceira dimensão³⁶ permitem vislumbrar uma laços de complementaridade ainda mais fortes com os direitos sociais, de segunda dimensão: na medida em que os direitos sociais eram, via de regra, até então tutelados individualmente, a partir do reconhecimento dos direitos de terceira geração, poderão, eventualmente, enquadrar-se também nesta categoria e merecer do Estado - quando no plano jurisdicional - a tutela processual coletiva adequada à sua condição.

Assim, é correto dizer que ação civil pública, que é a ação coletiva por excelência do direito brasileiro, instituída, em princípio, para a defesa de direitos originariamente concebidos como difusos e coletivos (*i.e.*, meio ambiente, consumidor etc.), (*i*) teve sua aplicação ampliada a partir da Constituição de 1988 e, também, da evolução legislativa em torno do art. 1º da Lei n. 7.347, para os direitos sociais que demandem tutela coletiva; e, ainda, (*ii*) que também se aplica, por previsões em leis extravagantes, aos “desdobramentos específicos” do Estado Social, como os direitos coletivos do idoso e do menor.

Analogamente ao que ocorre na relação entre direitos de primeira e segunda dimensões, poderá, eventualmente, haver hipóteses conflito de direitos sociais com os direitos coletivos, o que não implica, porém, na linha do que já se esclareceu, a existência de um embate, no plano teórico, entre as categorias de direitos fundamentais.

³⁶ É a classificação extraível do que dispõe o art. 81, parágrafo único, nos incisos I a III, do Código de Proteção e de Defesa do Consumidor.



4. DO PROBLEMA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Como já foi assinalado, os direitos sociais correspondem a *poderes* a serem exercidos pelos titulares individuais contra o Estado, dependendo sua consecução do equacionamento de questões relativas à *conflituosidade* e à *dificuldade* de delimitação destes direitos quando contrapostos a outros direitos fundamentais. Isso já seria motivo suficiente para a consternação dos juristas diante a questão da efetividade dos direitos sociais, em razão do que Bobbio enuncia que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*”³⁷.

As resistências ideológicas ao exercício de liberdades positivas contra o Estado e a escassez de recursos para cumprimento das prestações sociais, agravados *pela ausência de disposições específicas e direcionadas que permitam o enquadramento da realidade à norma, nos moldes em que se procedia no Estado Liberal*, são também elementos complicadores na consecução dos direitos sociais, tanto que costumam ser utilizados como ‘justificativas’ de uma reacionária concepção dos direitos de segunda dimensão como normas meramente *programáticas*.

Destas considerações é possível extrair a inviabilidade, no plano dos direitos sociais, da aplicação do modelo silogístico de enquadramento da realidade ao direito, compartimentos considerados estanques pela ótica positivista que permeou o liberalismo que antecede a formação dos direitos de segunda geração.

Aliado a tudo isso, tem-se o problema de permitir a análise, no âmbito jurisdicional, de questões que foram ou deveriam ter sido solucionadas pelo Poder Executivo, cujas funções restaram, afinal, bem destacadas no período liberal, o que termina por propiciar uma reflexão acerca do Princípio da Separação dos Poderes e da função do juiz enquanto mero aplicador da lei.

O caráter prestacional dos direitos sociais trouxe à tona a necessidade de se reverem os parâmetros que orientam a atuação estatal: a) sob o ponto de vista da atividade legiferante, que envolve a criação de normas infraconstitucionais de textura aberta, devido, de um lado, ao caráter

³⁷ *Op. cit.*, p. 24.

universalizante dos direitos fundamentais sociais; b) sob o prisma da função administrativa, que demandará a administração dos recursos e escolha dos instrumentos disponíveis para cumprimento dos direitos sociais; e, ainda, c) na atuação do Judiciário, impelido que está a se utilizar de critérios que balizem a segurança e a justiça das decisões a serem proferidas nesse âmbito.

Por serem mais difíceis de proteger que as liberdades negativas, os direitos sociais previstos nas Constituições tem de vir acompanhados de instrumentos que lhes viabilizem a efetividade, em todos esses planos (legislativo, administrativo e jurisdicional). Se os *direitos sociais*, mesmo em certa época, ficavam limitados pelo legislador ordinário, pois não poucas vezes foram havidos como normas programáticas, dependentes de legislação comum ulterior, atualmente há a consciência e a prática de que nisto residiu superior paradoxo.

Entre nós, a Constituição da República estatuiu a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político como fundamentos do Estado (art. 1º). Já os objetivos fundamentais da república - *construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (art. 2º) - remontam, todos, de alguma forma, aos direitos sociais e a visão do indivíduo como integrante da sociedade.

A Constituição de 1988 estabelece, ainda, no artigo 6º, um rol de direitos sociais que “são direitos sociais 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, na forma desta Constituição.” No corpo do texto constitucional podem ser localizados outros dispositivos atinentes à matéria, principalmente no Título VIII, que trata da Ordem Social (arts. 193 e seguintes).

Como decorrência de exigência de efetividade das previsões dos direitos sociais fala-se em um Estado que é devedor de prestações *positivas*. A obra de Peter Häberle, *Grundrechte in Leitungsstaat (Veröffentlichungen*



der Vereinigung des Staatslehrer, vol. 30),³⁸ é farta nesse sentido. Em outra obra de Friedrich Müller, *na Teoria Estruturante do Direito com base na Teoria Estruturante do Direito*, em que a precedente obra de Häberle é muito citada, fala-se em *pretensões de prestação dirigidas contra o Estado*.³⁹

A necessidade de tais prestações é hoje indiscutível; já sua concretização suscita controvérsias quanto à forma de atuação do Estado para o cumprimento deste mister e, sobretudo, aos limites desta atividade. Tais questionamentos envolvem discussões acerca (i) *do órgão competente para a declaração e cumprimento de todos (ou de cada espécie de) direito social*; (ii) *dos limites da intervenção Estatal na esfera privada e individual*; (iii) *do modo ideal de se cumprir determinado direito social*. Essa dificuldade vem expressa nas ponderações de Norberto Bobbio:

Descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva. Sobre isso, é oportuna ainda a seguinte consideração: à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil⁴⁰.

Considerando que os direitos sociais refletem carências do indivíduo ou de uma coletividade, é de se pressupor, *a priori*, a atuação do legislativo, quando o direito dependa de norma regulamentadora, e a atuação do órgão competente na esfera executiva para o cumprimento das providências práticas (previsão orçamentária, liberação de verba, construção de escolas e hospitais, contratação de profissionais etc.) destinadas à efetivação do direito. Pairando inerte o Estado no tocante àquilo que lhe incumbia para assegurar os direitos sociais, cumpre indagar: a) primeiro, se é possível a atuação do Poder Judiciário no sentido de impelir a atuação estatal, ao que a jurisprudência responde afirmativamente, “desde que a questão seja de ilegalidade”; b) segundo, de que se trata esta “ilegalidade” contida na ressalva e quais são os limites da discricionariedade administrativa e os parâmetros para a verificação da necessidade de atuação legislativa; c) por último, e mais objetivamente, quais

³⁸ Obra publicada em Berlim-NovaYork, 1972, ed. De Gruyter, especialmente pp. 43 e seguintes.

³⁹ Publicada no Anuario Ibeamericano de Justicia Constitucional, n. 7/ano 2003, pp. 315 e seguintes.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 63.

são os instrumentos voltados ao suprimento das omissões estatais ou à correção da atuação indevida ou insuficiente.

No âmbito do direito brasileiro, e tendo em vista o princípio do acesso à justiça, os remédios constitucionais existentes e amplitude da tutela processual contida no CPC, já se pode afirmar que os instrumentos (processuais) existem. O problema, contudo, que ainda não foi solucionado, diz respeito às situações em que este remédio seja cabível, levando em conta os questionamentos “a” e “b”, precedentes.

De fato, a omissão estatal em assegurar, de maneira eficaz, os direitos sociais é passível de controle pela via jurisdicional: à omissão legislativa, contrapõe-se o mandado de injunção (art. 5º, LXXI); à omissão ilegal dos poderes públicos em detrimento de direitos líquidos e certos, contrapõe-se o mandado de segurança (art. 5º, LXIX e LXX) e, em casos específicos, voltados aos direitos sociais e coletivos, a ação popular (art. 5º; LXIII), também as ações individuais cominatórias de obrigações de fazer (art. 461 e §§, do CPC) e a ação civil pública (art. 129 da CF) podem veicular pretensões afirmativas, no sentido da implementação de direitos sociais.

Em todos os casos, porém, verifica-se uma hesitação quanto ao cabimento e a abrangência da eficácia dos instrumentos constitucionais e infraconstitucionais voltados à efetivação dos direitos de segunda dimensão, mormente quando se considera exacerbada a intervenção que se pretende do Judiciário sobre os atos praticados pelos demais poderes.

Mas a discussão acerca da admissibilidade de implementação de políticas públicas pela via judicial não é estéril, sendo certo que sua admissibilidade pode ser verificada em alguns casos, mesmo que excepcionais. A jurisprudência, ao que parece, vem, pouco a pouco, abrindo espaço à aplicação imediata do direito constitucional, na linha do que professou o Prof. Claus-Wilhelm Canaris, no prefácio à sua obra *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, em que diz que o século XXI (este século) será o século da aplicação direta das Constituições, inclusive no próprio direito privado⁴¹.

Assim é que, abstraído juízo que se possa fazer acerca da correção dos julgados, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal

⁴¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto.



conferiram aplicabilidade imediata ao artigo 127 da Constituição para, à míngua de lei que disponha especificamente sobre a matéria, autorizar a legitimação extraordinária do Ministério Público na tutela dos direitos *individuais* dos hipossuficientes, assim entendidos os idosos e os menores de idade⁴².

Vale, ainda, referir decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em que o Relator, Celso Mello, ao deixar de admitir Recurso Extraordinário contra acórdão do TJSP, por reconhecer que este fixou rumos para política pública em relação à implantação *de fato* de condições ou aparato destinado à educação⁴³. Fixa-se na decisão do Ministro Celso de Mello que este comportamento do Judiciário deve ser “*excepcional*”, mas, diante da omissão do Executivo e do Legislativo, fica legitimada a interferência positiva do Poder Judiciário.

⁴² “1. A Constituição do Brasil, em seu artigo 127, confere expressamente ao Ministério Público poderes para agir em defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis, como no caso de garantir o fornecimento de medicamentos a hipossuficiente. 2. Não há que se falar em usurpação de competência da defensoria pública ou da advocacia privada. Agravo regimental a que se nega provimento. (...)”. STF, 2ª T., RE-AgR n. 554.088-SC; Ministro Eros Grau; j. 03.06.2008, DJe 20.06.2008). “(...) O artigo 127 da Constituição, que atribui ao Ministério Público a incumbência de defender interesses individuais indisponíveis, contém norma auto-aplicável, inclusive no que se refere à legitimação para atuar em juízo (...)” (STJ, 1ª T., REsp n. 822.712-RS, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, j. 04.04.2006, DJ 17.04.2006 p. 196).

⁴³ “(...) - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina”. (STF, Ag n. 677.274-8, Relator Ministro Celso de Mello, j. 18.09.2008).

Ainda no tocante aos instrumentos que viabilizem a consecução dos direitos sociais enquanto liberdade positivas, é de se registrar a recente inclinação do STF por atribuir ao Mandado de Injunção possibilidade de o STF colmatar a lacuna existente no ordenamento, editando a norma para reger a hipótese trazida a julgamento. Esta mudança acaba por ler na CF um instrumento que mais plenamente responde à efetiva proteção dos direitos que podem ser objeto de mandado de injunção, dentro os quais se inserem os direitos sociais, os quais, inclusive, constituíram o foco da mudança de posicionamento do STF acerca da eficácia da decisão proferida em mandado de injunção.⁴⁴

Além dessa orientação do Supremo Tribunal Federal, os Tribunais têm desconsiderado normas infraconstitucionais - como a proibição de que a antecipação de tutela seja irreversível - quando se está diante da saúde⁴⁵, com vistas à obtenção imediata de medicamentos, o que tangencia mesmo para a própria vida, na medida em que a falta de medicamento possa levar à morte.

⁴⁴ Sirva de exemplo o Mandado de Injunção n. 721-7, Distrito Federal, Relator Ministro Marco Aurélio, j. em 30 de agosto de 2007, onde, à falta de norma regulamentadora, indicou o STF o regime jurídico para a hipótese: "Mandado de injunção - Natureza. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. Mandado de injunção - Decisão - Balizas. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. Aposentadoria - Trabalho em condições especiais - Prejuízo à saúde do servidor - Inexistência de lei complementar - Artigo 40, § 4º, da Constituição Federal. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - Artigo 57, § 1º, da Lei n. 8.213/1991.". (STF, Tribunal Pleno, MI n. 721-DF; Relator Ministro Marco Aurélio; j. 30.08.2007, DJe-152-pub. 30.11.2007, DJ 30.11.2007, p. 29, RDDP n. 60, 2008, pp. 134/142). Na mesma linha, o MI n. 758-DF, j. 1º.07.2008, também relatado pelo Ministro Marco Aurélio, DJe 25.09.2008.

Noutra oportunidade, o STF ditou a norma aplicável ao caso concreto para conferir o direito de greve a professores da rede municipal: "O Tribunal, por maioria, nos termos do voto do Relator, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia, com voto proferido em assentada anterior" (MI n. 708 - Mandado de injunção, Ministro Gilmar Mendes, j. 25.10.2007).

⁴⁵ Não são incomuns, no direito brasileiro, a concessão de liminares irreversíveis com o objetivo de ser permitir a realização de cirurgias ou com o fito de determinar o bloqueio judicial de numerário de entes públicos para arcar com os custos com medicamentos, independentemente de previsão orçamentária para tal. Nesse sentido: TJRS, 8ª C. Cível, AI n. 70023155526, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, j. 25.06.2008.



É de se lembrar que, malgrado os direitos sociais constituam, em sua maioria, direitos a uma prestação estatal, em alguns casos, as exigências de igualdade material e solidariedade social podem ser concebidas enquanto direitos à não intervenção estatal, como ocorre, por exemplo, com o direito à liberdade de associação, o direito de greve, e alguns direitos dos trabalhadores.⁴⁶ E os remédios voltados à proteção destas liberdades sociais, em caso de lesão ou ameaça de lesão já são conhecidos, inexistindo maiores questionamentos quanto à possibilidade de se obstar os Poderes Públicos de praticarem atos restritivos aos direitos fundamentais.

5. QUAL É O FUTURO?

A questão que angustia as sociedades e os operadores do Direito, hoje, diz com a *efetivação* dos direitos sociais. E a efetivação destes direitos, como dito, depende apenas em parte da existência de instrumentos *jurisdicionais* disponíveis para impor ao Estado as prestações que lhe incumbem e muito mais de se analisar quais são as *medidas adequadas* para provê-los, o que implica, inclusive, *conhecer as carências existentes e estabelecer a ordem de prioridades frente à escassez de recursos*.

O problema, porém, das desigualdades - internas e externas - na distribuição destes direitos é de índole política, e no plano político deverá ser solucionado. Exatamente no ponto em que se cogita de se *conhecer as carências e estabelecer prioridades* é possível identificar direitos básicos de que dependem outros e que vêm sendo recorrentemente negligenciados.

Deve haver, por exemplo, um sacrifício de determinadas despesas para veicular recursos para a prestação de direitos sociais, porque a saúde e a educação virão a produzir frutos futuros, num tecido social mais sadio; cuida-se, inequivocamente, uma forma de investimento do Estado e da Nação, em si próprios. Diante de uma situação de escassez de recursos, sobrelevar outros direitos sociais àqueles que não sejam básicos ao desenvolvimento físico e intelectual do ser humano soa como estabelecer uma nova forma de desigualdade: a *desigualdade na distribuição de recursos voltados à consecução destes direitos*.

⁴⁶ Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*, ..., op. cit., p. 50.

Quanto à indagação acerca das *medidas a serem adotadas e de sua adequação*, é função discricionária de nossos representantes políticos - no plano dos poderes executivo e legislativo - fazê-lo e, em caso de aberrações (ilegalidades e inconstitucionalidades) no exercício desta atividade, deverá o Poder Judiciário corrigir os desvios da atividade estatal.

Desta forma, muito mais do que no plano jurisdicional - ou seja, dos *remédios* para a *patologia* -; a solução do problema envolveria uma mudança no plano político e estrutural do Estado - e, portanto, na própria *prevenção* das *patologias* -, no sentido de prover os direitos sociais.

Essa mudança estrutural é de extrema importância, porquanto nos remete ao fundamento da concepção mesma dos direitos sociais, que foram “criados” para equilibrar as diversidades fáticas (sociais, econômicas, culturais e até mesmo físicas etc.) entre os indivíduos e coletividades. E é justamente em virtude das desigualdades que os direitos sociais são providos - ou distribuídos - em maior ou em menor medida.

O cumprimento dos direitos sociais pelo Estado varia à medida das possibilidades deste, donde se concluir que Estados economicamente mais sólidos têm condições de melhor provê-los. Assim também, a prestação destes direitos é proporcional às pressões sociais existentes, do que deflui, no sistema capitalista, a influência da força política e do acesso à informação dos grupos sociais, de molde a colocá-los em condições de reivindicar estes direitos.

É certo, contudo, que na medida em que os direitos sociais são positivados nas constituições, ou previstos em declarações, difunde-se, cada vez mais, a idéia de *solidariedade social* e de *justiça distributiva*. A repercussão destas idéias faz-se sentir no aumento das pressões sociais internas - e, no plano internacional, nas pressões políticas - para a consecução destes direitos e, conseqüentemente, na atuação estatal.

E, na medida em que Constituição Federal de 1988 alçou os direitos sociais à categoria de direitos fundamentais e prescreveu remédios para sua consecução, pode-se afirmar que o Constituinte *alavancou significativas pressões da sociedade*; e contribuiu para a difusão dos direitos sociais já existentes - e para a multiplicação mesma de novos direitos sociais.



A ampliação do espectro de reivindicação desses direitos é perceptível na evolução gradativa do posicionamento jurisprudencial pátrio, que, se antes restringia, já confere maior abrangência ao cabimento dos remédios voltados à implementação de políticas públicas e à eficácia às sentenças proferidas em ações mandamentais e executivas *lato sensu* (de que são exemplos os mandados de segurança, os mandados de injunção e as ações cominatórias referidas linhas atrás). Cuida-se de demonstração clara da mudança paradigmática no que diz respeito à *concretização de direitos*.

Por outro lado, a *expansão - e multiplicação -* desses direitos é uma tendência natural, registrada no próprio processo evolutivo, como se depreende da observação de Norberto Bobbio, de que, olhando para o futuro, “já podemos entrever a extensão da esfera do direito à vida das gerações futuras, cuja sobrevivência é ameaçada pelo crescimento desmesurado de armas cada vez mais destrutivas, assim como a novos sujeitos, como os animais, que a moralidade comum sempre considerou apenas como objetos, ou, no máximo, como sujeitos passivos, sem direitos”⁴⁷.

Em suma: os direitos sociais existem, *crescentemente*, há aproximadamente um século. E vieram para ficar.

6. REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. Discurso proferido na abertura dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte. *Revista de Informação Legislativa*, n. 83, jan-mar 1987, ano 24.

BARRETO, Vicente Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro/Rio Grande do Sul: Renovar/Unisinos, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução por Carlos Néelson Coutinho. 5ª reimp. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O círculo e a linha: da «liberdade dos antigos» à «liberdade dos modernos» na Teoria Republicana dos Direitos Fundamentais. *In: Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.*, pp. 19; 63.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUGUIT, Leon. *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*. Trad. de Carlos G. Posada. 2ª ed. Madrid: Francisco Beltran Librería Española y Extranjera, s/d.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 51.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra; Coimbra Editora, 2002.

PINHEIRO, Maria Cláudia Buchianeri. A Constituição de Weimar e os Direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã à luz da Constituição Mexicana de 1917. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, v. 43, n. 169.

RIPERT, Georges. *Le Déclin du Droit – Études sur la Legislation Contemporaine*. Paris: 1949, LGDJ, n. 2, pp. 2 e ss.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1988.

SILVA, Virgílio Afonso da (org). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros: 2005.

TRINDADE, Augusto Cançado. Visão Integral dos Direitos Humanos. In: *Relatório Azul 97*, editado pela Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, 1997.

VELLOSO, Carlos Mário. *Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil*. Disponível em:

http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/dpr0027/velloso_carlos_dos_direitos_sociais_na_cf.pdf).

