

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

HADASSAH LAÍS DE SOUSA SANTANA

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direitos sociais, seguridade e previdência social [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Hadassah Laís de Sousa Santana; José Querino Tavares Neto; José Ricardo Caetano Costa – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-313-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Seguridade. 3. Previdência social. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Apresentação

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL I

O Grupo de Trabalho, coordenado pelos professores Hadassah Laís de Sousa Santana, José Ricardo Costa e José Querino Tavares Neto, discute temas relacionados aos Direitos Sociais, à Seguridade Social e à Previdência Social, contando com artigos de autores que contribuíram com a discussão de maneira profunda e plural.

Os artigos apresentados são amplos e abordam assuntos específicos dentro do tema, permitindo à sociedade um amplo debate quanto à seguridade e previdência social, uma vez que oferece uma visão dos impactos da matéria em diversos e singulares aspectos.

Os trabalhos permearam sobre os efeitos da pandemia do COVID-19 nas relações trabalhistas e previdenciárias, como é o caso da adoção do regime de home Office, o que gerou diversos questionamentos quanto à equiparação às normas de trabalho típico, em face das lacunas deixadas pelo legislador em relação a aspectos do teletrabalho; bem como os riscos de natureza sanitária em momentos de pandemia, que carecem de medidas prestacionais que assegurem as normas sociais fundamentais.

A Emenda Constitucional 103, de 12 de novembro de 2019 é tema de grande enfoque pelos autores, que apresentaram possíveis retrocessos legais a partir de sua publicação, assim como as alterações na aposentadoria especial e nos benefícios previdenciários, analisando, ainda, a constitucionalidade e validade da reforma previdenciária.

É possível citar, ainda, a crítica quanto ao papel do Estado, como responsável pela implementação de políticas públicas que proporcionem o cumprimento dos direitos sociais positivados, em especial quanto ao direito à saúde, considerando os impactos pós-covid, o que inclui a saúde física, mental e estrutural dos brasileiros; e ao direito à educação, em face das medidas adotadas pelo país em razão da pandemia.

Denota-se claro que a assistência e a previdência são fontes de proteção aos cidadãos, uma vez que esses dependem das políticas públicas relacionadas aos direitos sociais para que mantenham o mínimo de dignidade humana. Dessa forma, cabe ao Estado, em caráter de garantidor das normas, proporcionar o progresso assistencial, de modo que os direitos sociais

acompanhem todo e qualquer desenvolvimento social do país, para que sejam preservados e mantidos em amparo aos seus beneficiários.

CARACTERÍSTICAS QUE JUSTIFICAM A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS.

CHARACTERISTICS THAT JUSTIFY THE FUNDAMENTALITY OF SOCIAL RIGHTS.

Ane Michelina Dalbosco Battirola ¹

Resumo

Realizado por meio de revisão bibliográfica, o artigo propõe a compreensão das características que justificam a fundamentalidade dos direitos sociais por meio da análise do texto constitucional e do respectivo grau de efetividade. A justificativa do estudo está no reconhecimento desses direitos por meio de uma superação da hermenêutica usual a fim de apontar argumentos que contribuam para a sua irrefutabilidade do processo judicial e nas ações de gestão pública na garantia ao mínimo existencial. As conclusões levam à necessária reconhecimento dessa fundamentalidade para que seja assegurada a esses direitos a condição de universais, eticamente obrigatórios e plenamente exigíveis.

Palavras-chave: Direitos sociais, Direitos fundamentais, Direitos individuais, Exigibilidade, Mínimo existencial

Abstract/Resumen/Résumé

Through a bibliographic review, this article proposes the understanding of the characteristics that justify the social rights' fundamentality through the analysis of the constitutional text and its degree of effectiveness. This study's justification is in the recognition of these rights by overcoming the usual hermeneutics in order to point out arguments which contribute to its irrefutability in the judicial process and in public managing actions to guarantee the existential minimum. The conclusions lead to the necessary recognition of this fundamentality because only in this way can the conditions of universal, mandatory and fully exigible be attributed to these rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social rights, Fundamental rights, Individual rights, Exibibility, Existential minimum

¹ Auditora de Tributos. Graduada em Administração e Direito. Especialista em direito tributário e constitucional. Mestranda em Direito na linha de pesquisa de ciências sociais pela UNOESC. GEP Cidades Sustentáveis. anebattirola@uol.com.br

1 Introdução

Diante da ainda forte hegemonia das liberdades individuais em detrimento dos direitos sociais enquanto direitos de igualdades que formam junto dos direitos econômicos e culturais os direitos de segunda geração, compreender o porquê da sua classificação como direitos fundamentais é a tônica desse estudo. Retirar a característica de direitos fundamentais dos direitos sociais é negar-lhes a efetividade, posto que estes restariam automaticamente privados de aplicação imediata e excluídos das garantias de cláusulas pétreas, tornando-se meras normas de conteúdo programático submetidos à “reserva do possível” e à objetivação da razoabilidade de um “padrão social” justo.

O termo “direito fundamental” designa o reconhecimento do direito que atribui a qualidade de pessoa ao ser humano. O argumento de que esse direito apenas seja fundamental após ser incorporado ao direito positivo revela-se incompatível com a existência dos direitos humanos, pois ao reconhecer que o Estado pode recusar a sua existência por não normatizá-lo é o mesmo que reconhecer a possibilidade da sua supressão ou alteração de seu conteúdo pelo Estado a ponto de torná-lo irreconhecível (COMPARATO, 1999, p.45-49).

É corriqueira a ideia (sob o argumento neoliberal) de que os direitos sociais são direitos “vazios” e, em última análise, atentatórios às liberdades e aos direitos individuais. O conformismo à existência de desigualdade social também é pensamento recorrente, pois atribui aos problemas de carência social e econômica o *status* de fatalidade histórica, aceito como sendo da natureza humana. Essa difusão de opiniões sobre a natureza dos direitos sociais repercute no processo judicial e nas ações de gestão pública.

Assim, esse estudo se propõe a analisar aspectos teóricos e conceituais dos direitos sociais e sua posição na Constituição Federal de 1988, a intervenção do estado na ordem social como garantidor das condições mínimas materiais dos indivíduos no gozo de seus direitos e a forma e/ou grau de efetividade desses direitos no que depende da atuação dos três poderes.

2A atribuição de fundamentalidade aos direitos sociais à luz da Constituição Federal de 1988.

É a partir do reconhecimento da inter-relação e da vinculação entre os direitos de primeira e segunda geração que se assume o conceito real dos direitos sociais, enquanto direitos subjetivos que expressam conteúdo moral e jurídico.

A sistematização sobre o pensamento social feita por Thomas Humphrey Marshall (1967, p.87-107) elucida a preocupação histórica da importância do direito à segurança, do estabelecimento de um mínimo de bem-estar econômico que se materializou por meio da

divisão da herança social que resultou também na subordinação do preço de mercado para a distribuição de riquezas e serviços (justiça social) e do surgimento da declaração de direitos para regular relações sociais levando em consideração aspectos éticos e sociais para correção de desigualdades sociais, em detrimento da livre negociação até então soberana.

Mas como integrar os direitos sociais ao corpo de direitos humanos? Como situá-los em uma dimensão propriamente ética para que lhes sejam atribuída qualidade de direitos humanos universais? Esses dois questionamentos levantados por estudo feito por Vicente de Paulo Barreto (2003, p.132-133) merece uma análise simultânea à da atribuição da fundamentabilidade a esses direitos.

Para construir um paradigma que inclua os direitos sociais no corpo de direitos humanos, primeiramente a integridade dos direitos humanos deve ser racionalmente justificada. Se parte da doutrina assume que os direitos sociais não passam “de falácias”, isso se deve, em grande parte à identificação de três quesitos: 1) a falta de regulamentação desses direitos; 2) os conflitos entre esses direitos e os civis e políticos: os direitos sociais são considerados em uma dimensão não-substancial da sociedade, interferindo no orçamento destinado à todos, supostamente violentando os direitos que constituem o núcleo do estado liberal; e 3) a sua concepção funcional: os direitos sociais possuem uma função reparadora, são subsidiários aos direitos políticos e civis, não possuindo a mesma natureza dos direitos fundamentais constitutivos da personalidade humana e são relacionados à conjunturas sociais e econômicas, denotando que existe uma impossibilidade objetiva na sua implementação (BARRETO, 2003, p.133-135).

Se no Preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988 está a preocupação em assegurar “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”, subentende-se que esses são os “valores supremos” da sociedade brasileira e não se compreende a insistência da doutrina e jurisprudência em “rebaixar” os direitos sociais na hierarquia normativa, reduzindo-os à normas programáticas (BARRETO, 2003, 125-126). Essa subsidiariedade dos direitos sociais em relação a outros direitos, ainda afirma o mesmo autor, decorre da “sintomática dificuldade em lidar com a ideia de regime jurídico dos direitos sociais”.

Dificuldades conceituais são geradas a partir da falta de fundamentação lógico-racional. Pertencentes à mesma categoria hierárquica dos direitos políticos e civis, os direitos sociais, enquanto categoria jurídica essencial, refletem um paradigma exposto pelo legislador constituinte: estão expressos no texto constitucional, mas ao mesmo tempo representam direitos fundamentais que possuem relação de igualdade com os demais outros direitos. Esse fato, por

si só já justifica o fato de estarem integrados no núcleo normativo do estado democrático de direito ao lado dos direitos civis e políticos. O importante é ressaltar que, embora estejam expressamente previstos no texto como os outros direitos, não perdem a sua característica de fundamentalidade (BARRETO, 2003, p.126-127).

A proteção desses direitos passa necessariamente pelas etapas de justificativa, fundamentação e existência e pela superação da hermenêutica constitucional usual (STRECK, 2002, p.194-198). “A hermenêutica dos direitos fundamentais requer vias de investigação que transcendem os caminhos abertos pelo emprego de métodos interpretativos da escola clássica da Savigny” (BONAVIDES, 2004, p.593).

A noção de justiça social expressamente inserida como objetivo a ser alcançado na ordem econômica (art.170, *caput* da CF/88) encontra respaldo, portanto, nos princípios de direitos fundamentais, em uma ordem de valores caros à igualdade, aos direitos humanos e à democracia (SARMENTO, 2003, p.63-102). Assim, sob o rótulo de direitos sociais há um conjunto de direitos extenso e heterogêneo, o que faz com que e as técnicas legislativas utilizadas aliadas à difícil sistematização do atual texto constitucional brasileiro levem à dificuldade de compreensão do que são os direitos sociais enquanto direitos fundamentais¹.

A constitucionalização dos direitos sociais apresentam muitas objeções, por diversos doutrinadores, principalmente no que se refere à própria fundamentação e legitimação desses direitos e ao seu conteúdo e regime jurídico². Há teses que questionam a sua constitucionalização e até mesmo a sua existência³. Há ainda teses que admitem a previsão constitucional dos direitos sociais, mas refutam a sua condição de direitos fundamentais⁴.

¹ Quando se fala em direito social normalmente se ressalta a “igualdade”, em sua vertente material ou fática. Contudo, há uma heterogeneidade deontológica e de conteúdo, porque o uso dessa categoria “direitos sociais” informa sobre a correspondência de uma solução técnico-jurídica a um modelo jurídico-político (ABRAMOVICH; COURTIS, 2011, p.70-71).

² A dificuldade em estabelecer os contornos do regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais torna o tema controverso, pois aos direitos fundamentais é atribuído um regime jurídico diferenciado, privilegiado, que para alguns estudiosos do direito, também com justificativas relevantes, acreditam não pertencer ao rol dos direitos sociais não expressos no texto constitucional (ALEXY, 2008, p.443-444; 520-523).

³ Para Fernando Atria, em sua obra “Existem Direitos Sociais?”, se a noção de direito é entendida com referência à ideia de direito subjetivo (em seu sentido jurídico), a noção de direitos sociais se demonstra uma contradição em termos. Para esse autor, os direitos sociais não seriam humanos, pois o que define esses direitos é a dependência da solidariedade, a qual apenas se obtém em meio à vida social, não surgindo com o nascimento do indivíduo (ATRIA, 2005, p.9-46). Para uma crítica às objeções de Atria, *vide*: “Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos Sociais: uma crítica a “Existem direitos sociais?””, de Carlos Bernal Pulido, o qual defende que todos os direitos constantes no texto constitucional dependem de interpretação, influenciados ideologicamente, estabelecendo que a diferença entre os direitos de primeira e segunda geração é estrutural, mas que ambos comporiam a estrutura do Estado social (PULIDO, 2008, p.149-168).

⁴ A exemplo de Virgílio Afonso da Silva (2008, p.587-599) que nega ou reduz a fundamentalidade dos direitos sociais, e mesmo reconhecendo que todos os direitos são positivos, sustenta a diferenciação entre esses direitos e os civis e políticos devido aos gastos públicos que os primeiros demandam para sua tutela. Também pressupõe uma redução de fundamentalidade desses direitos em relação aos de primeira geração o autor Ricardo Lobo

Seria os direitos sociais apenas a representação de um constitucionalismo simbólico?⁵ Acredita-se que não. Aceitar essa suposição é afirmar que existe o discurso desses direitos e garantias apenas de forma retórica, sem efetividade e eficácia.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 chama a atenção para a existência de direitos sociais tanto em termos quantitativos quanto qualitativos (considerado o regime jurídico-constitucional). Contudo, isso não significa que as promessas da modernidade tenham sido eficazmente cumpridas (STRECK, 2004b, p.57-60).

É necessário que se trate os direitos fundamentais sob uma perspectiva dogmático-jurídico-constitucional da abordagem, mas não necessariamente formal-positivista. Assim se propõe uma interpretação (essencialmente filosófica) adequada tanto da própria fundamentação – fundamentalidade - quanto do conteúdo dos direitos sociais (SARLET, 2008c, p.04-06).

Fica mais fácil de analisar o tratamento dispensado aos direitos sociais quando o fizemos sob a ótica da forma de organização do sistema político jurídico do estado liberal. Se o cerne dos direitos civis e políticos estão no direito de propriedade, as liberdades e igualdades historicamente foram pensadas para atender a uma sociedade de “proprietários”. Assim, os direitos sociais não surgiram com a função precípua de reparar injustiças sociais, mas a de incorporar aos direitos humanos uma dimensão social, que se equipara aos direitos políticos e civis e não são a esses inferiores hierarquicamente. Esses direitos atribuem o caráter de exigência moral à norma como condição de sua normatividade (BARRETO, 2003, p.128).

É errônea a frequente ideia de que os direitos sociais representam ameaça à propriedade e ao contrato. O conflito expressado na sociedade liberal entre legalidade material e a pessoa concreta X formalismo e normatividade governamental aponta para uma disfunção que afasta as necessárias considerações dos direitos sociais como direitos humanos. O governo e o direito podem estabelecer um equilíbrio entre a economia e os anseios sociais face aos

Torres (2003, p.1-2), ao assumir que os direitos sociais somente poderiam ser exigíveis ao estarem intrinsecamente ligados pelo interesse fundamental dos primeiros direitos. Ainda, dentre outros podem ser citados autores que creditam que ocorre uma subordinação da efetividade concreta a uma reserva do possível (CANOTILHO, 1994, p.365-366) e que expressam a dependência econômica na efetivação desses direitos, condicionados ao funcionamento de instituições e do modo como a organização da Administração pública administra os recursos financeiros, estatuindo uma volatilidade em seu conteúdo essencial (MIRANDA, 2000, p.392-394). Por fim, Gerardo Pisarello (2007, p. 14-17) identifica os Direitos Sociais como meros princípios norteadores ou normas programáticas.

⁵ Fenômeno chamado pelo jusfilósofo Marcelo Neves de “*constitucionalização simbólica*” (NEVES, 2007) se caracteriza como a hipertrofia da função simbólica da norma constitucional em detrimento da sua função instrumental da qual resultem danos ao núcleo do subsistema constitucional. Caracteriza a força simbólica dos direitos humanos como ambivalente: que serve à afirmação e realização de direitos sociais e, simultaneamente, como forma de manipulação política (NEVES, 2005, p.5-9).

possuidores quando assumem um caráter não exclusivamente formal e substancialmente ético (WEBER, 1944, p.735-736).

Assim, à medida que os direitos fundamentais vão deixando de ser observados em seu caráter meramente formal, vem ganhando novo contexto na promoção de estados mais democráticos, com novos conteúdos se materializando sob a forma de liberdades, igualdades e garantias reais. Para tanto, é necessário admitir que possam estar contidas uma ou mais normas em um determinado texto, assim como podem existir normas sem texto exposto correspondente. A norma é produto de interpretação, não necessariamente idêntica ao texto, mas que guarda com ele identificação estando nele parcialmente contida (GRAU, 2002, p.19-25). É no momento em que a norma é extraída do texto que essa pode ou não reconhecer um direito como fundamental, atribuindo uma determinada posição jurídico-subjetiva, qualidade que a classificará de acordo com o seu objeto como “de prestação” ou “de intervenção”.

Devido a sua característica de multifuncionalidade, em uma análise que parte então desse critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito, os direitos sociais são classificados como sendo de defesa (negativos) e de prestação (positivos), conforme também define Ingo Wolfgang Sarlet (1998. p. 234, 258-260). Enfatiza-se aqui que os direitos negativos (de não intervenção na liberdade pessoal e nos bens tutelados constitucionalmente) apresentam uma dimensão “positiva”, pois sua efetivação reclama uma ação positiva do Estado e da sociedade, ao passo que os direitos a prestações (positivos) também fundamentam posições subjetivas “negativas” quando cuidam de sua proteção contra possíveis ingerências estatais, cometidas por organizações sociais ou particulares (SARLET, 2008b, p.176-184)⁶.

Para Robert Alexy (2008, p.193-217) os direitos a prestações em sentido estrito são os denominados direitos sociais e demandam a atuação do Estado Social, atuante para garantir o mínimo (justiça social), enquanto aqueles em sentido amplo dependem da atuação do Estado de forma positiva em seus deveres de proteção – decorrentes da condição de Estado Democrático de Direito.

Portanto, os direitos fundamentais sociais de natureza prestacionais são definidos como aqueles que o Estado deve garantir através de políticas públicas não apenas as demandas básicas dos cidadãos para uma vida digna, mas também protegê-los (SARLET, 1999, p.140-

⁶ As diferenças entre direitos civis e políticos, econômicos, sociais e culturais são mais de grau do que substanciais, pois “Não existem, em resumo, obrigações “negativas” puras (ou melhor, direitos que comportem exclusivamente obrigações negativas), contudo parece possível afirmar uma diferença de grau no que se refere à relevância que as prestações têm para um e outro direito” (CONTRERAS PALÁEZ, 1994, p.21).

147). Aplicando-se um silogismo simples, inicialmente pode-se partir da ideia de que a realização de políticas públicas tem o propósito de efetivar os direitos fundamentais sociais, gerando aos cidadãos o “direito a algo” previsto por Robert Alexy quando este se refere a prestações, tanto em sentido amplo como estrito. Por esse motivo a leitura sobre os direitos fundamentais não pode assumir um caráter reducionista, uma concepção estritamente formal (SARLET, 2008c, p.08-10).

Um bom exemplo de como a evolução constitucional tem se comportado, é constatar que alguns direitos civis e políticos vem assumindo carisma social, a exemplo da perda da propriedade baseado em considerações sociais (função social da propriedade) (ABRAMOVICH; COURTIS, 2011, p.34).

Em uma interpretação sistemática do direito, levar em conta a “cláusula de abertura” contida no art. 5º, §2º da Constituição Federal é conceber que há outros direitos fundamentais além dos expressamente contidos no texto constitucional (PIOVESAN, 2005, p.103-105). Assim, embora gere ainda debates, o reconhecimento da fundamentalidade de todos os direitos designados no texto constitucional (todo o Título II – direitos sociais do artigo 6º e os direitos dos trabalhadores) pressupõe o reconhecimento nos planos material e axiológico desses direitos e garantias, com inegável proteção e força normativa devido à relevância incontestada dos bens juridicamente protegidos⁷.

Outrossim, dessa análise também decorre a conclusão de que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis. Essa aplicabilidade material imediata não se restringe, contudo, ao artigo 5º, §1º da Constituição Federal, mas inclui do artigo 5º ao 17, assim como todos os demais localizados em outras partes da Constituição Federal ou em tratados internacionais⁸. Ainda que não inseridos expressamente no seletor rol contido no artigo 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal – cláusulas pétreas – portanto aparentemente sem limites expressos relativos à possibilidade ou não de reforma constitucional, entende-se que os direitos sociais, apesar de sua localização topográfica no texto, estão inseridos no contexto de formulação genérica “normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”, registrado na epígrafe do Título II da Constituição Federal (SARLET, 2008b, p.13). Ao passo que uma interpretação literal não pode conceber uma redução do âmbito de

⁷ Sob o ponto de vista democrático-deliberativo, os direitos sociais como direitos fundamentais representam às condições mínimas ao mínimo existencial, condição essencial à democracia (SOUZA NETO, 2006, p.225-232). Nessa mesma linha pode-se se citar Álvaro Ricardo de Souza Cruz, especialmente no capítulo 7 (2007). Em uma linha mais substancialista a obra de Lenio Streck (2004b), capítulos I ao V.

⁸ Posição presumivelmente da doutrina majoritária: (SARLET, 2008b, p.277-281); (PIOVESAN, 1995, p.90); (DIMOULIS, 2001, p.22-23) e (CLÉVE, 2003, p.295).

proteção da norma a qualquer das categorias de direitos fundamentais, da mesma forma uma interpretação sistemática e teleológica guiará à conclusão de que os direitos sociais foram confirmados como direitos fundamentais no direito pátrio (SARLET, 2008b, p.277-281).

Nesse sentido, pensar que apenas os direitos individuais e garantias contidos no art. 5º da Constituição Federal podem ser considerados cláusulas pétreas e possuem essa “blindagem” às reformas de seus textos seria admitir que além do não reconhecimento dos direitos sociais (artigos 6º ao 11), também ficariam sem a proteção os direitos à nacionalidade (artigos 12 e 13), os direitos políticos (artigos 14 a 17) e até mesmo os direitos coletivos, ainda que constantes no rol do artigo 5º do texto constitucional. Essa interpretação literal, mais estática por assim dizer, estabelecerá uma linha divisória entre direitos fundamentais mais e menos importantes, estatuidando um contrassenso até semântico, pois aquilo que é fundamental é essencial, nunca dispensável, ocioso ou desnecessário (SARLET, 2008c, p.15).

Assegurar, por meio de interpretação restritiva, que apenas os direitos e garantias individuais e equiparáveis a individuais (direitos civis e políticos de titularidade individual) sejam considerados como “cláusulas pétreas” também não parece adequado porque colide com a necessidade da distinção correta de direitos individuais e não individuais. Até mesmo os direitos de defesa não podem ser classificados como direitos apenas individuais, pois muitos artigos que se situam em outros capítulos do Título II da Constituição Federal podem ser equiparados à defesa de liberdades sociais (exemplos do direito de greve e associação sindical).

Considerando os apontamentos de Ingo W. Sarlet, (1998, p.424-435); (2008b, p.16), sem extrair um regime jurídico próprio (diferenciado) entre os direitos de liberdade (individuais) e os direitos sociais, ambos com diferentes em seus objetos e funções na ordem jurídico-constitucional, conclui-se que todos os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal são direitos de titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva.

A evolução constitucional a partir de 1988 tem demonstrado uma ampliação de direitos fundamentais, mesmo na esfera dos direitos sociais, mantendo íntegro o projeto original do Constituinte. Os direitos sociais, portanto, não estão sujeitos a um regime jurídico menos importante ou mais frágil em relação aos demais direitos fundamentais.

3 Análise do grau de efetividade dos direitos sociais

Estabelecidos os argumentos sobre a fundamentalidade dos direitos sociais, são valiosas mais algumas reflexões sobre o grau da sua efetividade, especialmente por meio da sua exigibilidade na via jurisdicional.

Quanto à efetividade dos direitos sociais, após mais de 30(trinta) anos da promulgação do texto constitucional, é fato inconteste que a previsão de direitos sociais, ainda que acompanhada de um sistema jurídico-constitucional de garantias procedimentais e operacionais não foi eficiente a ponto de vermos a efetivação desses direitos de forma eficaz, com melhora notável dos padrões de bem-estar social e econômico (SARLET, 2008c, p.03).

Embora entenda-se que as normas que definem os direitos sociais têm aplicabilidade imediata, há incertezas ainda que suscitam debates quanto à efetividade desses direitos, principalmente no que tange à limitação da vinculação dos órgãos estatais e de particulares aos direitos fundamentais, assim como a determinação exata das posições jurídicas subjetivas que são exigíveis a partir da interpretação sistemática do texto constitucional.

Além dos limites de atuação jurisdicional, as objeções quanto à aceitação dos direitos sociais como direitos subjetivos também apontam para o fato de que a capacidade prestacional do Estado é insuficiente e se encontra vinculada ao limite fático da reserva do possível (incerto no seu conteúdo) e do princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, os quais diretamente interferem na efetividade dos direitos fundamentais, especialmente os sociais.

Como a Constituição não oferece os critérios para a decisão em relação à afetação de recursos, acaba por ser estabelecido um problema que Canotilho assim define: “ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais” (CANOTILHO, 1982, p.369).

Nesse ponto é interessante a análise de Virgílio Afonso da Silva (2010, p.591 e ss.) que, em análise à jurisprudência define que ocorre uma “neutralidade” econômico-financeira dos direitos de defesa, pois sua eficácia jurídica e efetividade, no que depende da via jurisdicional, não têm avaliado o seu aspecto econômico. Então, o fator “custo dos direitos fundamentais” não constitui um elemento impeditivo à realização dos direitos de defesa. Todavia, o contrário ocorre em se tratando dos direitos sociais a prestações, pois seu “custo” assume relevância diferente, posto que não é possível realizar uma prestação sem previsão de alocação de recursos financeiros.

Ainda que indiretamente, é importante reconhecer que todos os direitos apresentam repercussões econômicas por depender de alocação de recursos humanos, materiais, financeiros, dentre outros. Mas além do aspecto econômico, deve-se considerar a

disponibilidade do objeto exigido pela norma para que ocorra a sua efetivação de forma eficaz, ou seja, depende-se da existência do meio para cumprir a prestação (LOPES, 1994, p.131-132)⁹.

Assim, dispor da capacidade jurídica para atuar e possuir recursos econômicos para tanto são dois fatores que assumem respectivamente o papel de limitador jurídico e fático à efetivação de direitos fundamentais.

Ao analisar o primeiro, conclui-se que no ordenamento constitucional brasileiro os direitos sociais são considerados plenamente justiciáveis¹⁰. Não existem direitos sociais que não apresentem pelo menos uma característica, uma porção ou faceta que não permita sua execução judicial quando violados (LEARY, 1995, p.91-110). No caso de conflitos de direitos, devem ser observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais.

Essa efetividade dos direitos fundamentais se torna complexa por depender da participação responsável, efetiva (porque vinculada aos objetivos do constituinte) e transparente não apenas do Judiciário, mas das três esferas de poder: executivo, legislativo e judiciário.

No âmbito do executivo, na busca por ferramentas para a aplicação de gestão democrática do orçamento público (controle social para a consecução dos objetivos constitucionais) (SCAFF, 1999, p.925-945), atuando com rigorosidade sobre o controle das contas públicas.

No legislativo, o plano de atuação deve sempre estar pautado na elaboração de documentos que estejam em consonância com o orçamento e, ao mesmo tempo, atentas aos objetivos para o desenvolvimento sustentável que promova as condições mínimas de vida com dignidade aos indivíduos, à comunidade e ao meio ambiente.

No judiciário, o casuísmo deve ser detectado, promovendo a segurança jurídica, o tratamento isonômico e racional com cautela e responsabilidade (atendimento aos princípios da administração pública). É principalmente na omissão do Estado que o Judiciário assume um papel maior a cumprir e a preocupação nesse sentido segue para uma discussão muito importante e novos estudos, embora não seja objeto do presente estudo: quais são as credenciais

⁹ Com essa mesma posição: (MENDES, 1993, p.28); (KRELL, 2000, p.40-45); (SARLET; TIMM, 2008a), dentre outros.

¹⁰ O termo “justiciáveis” neste mesmo contexto foi utilizado por Daniel Sarmiento (2012, p. 17). Ainda, para mais informações sobre os aspectos da justiciabilidade dos direitos sociais, cita-se os apontamentos realizados por Victor Abramovich e Chirstian Courtis, sobre seus obstáculos, seus problemas na determinação da conduta devida, a auto-restrição do Poder Judiciário frente a questões políticas e técnicas, o enfrentamento da ausência de mecanismos processuais adequados para a tutela desses direitos e, por fim a escassa tradição de controle judicial nessa matéria (ABRAMOVICH; COURTIS, 2011, p.143-162). Os autores se debruçam nessa obra em demonstrar as vias de exigibilidade desses direitos (quais os processos pertinentes, as formas de proteção, as formas de exigência das garantias e seus elementos componentes) e se preocupam em demonstrar mais especificamente o “caminho” do acesso à justiça para pleitear a efetivação desses direitos (2011 p.163-300).

democráticas e os limites da atuação judicial no universo dos direitos sociais? Sem qualquer pretensão de responder a essa indagação, apenas ressalta-se que a excessiva judicialização da política pode implicar a inaceitável politização do Poder Judiciário (CLÉVE, 2003, p.295).

O Juiz inegavelmente vem atuando como legislador negativo. Ao sustentar que não há qualquer diferença de estrutura entre os diferentes tipos de direitos fundamentais, cai por terra a tese da inelegibilidade judicial, pois são plenamente passíveis de serem exigidos judicialmente, sancionáveis e reparáveis quando sofrerem qualquer tipo de lesão (ABRAMOVICH; COURTIS, 2011, p.18).

A satisfação dos diferentes direitos sociais ocorrem por meio de estratégias de exigibilidade “direta” e “indireta”: a primeira baseada sobre o próprio direito social e elaborada pela prática jurisprudencial, fundados no direito positivo vigente; a segunda é a tutela calcada na jurisprudência e a partir da análise dos princípios normativos violados, não apenas relacionado exclusivamente aos direitos sociais, que suprem uma forma mais específica de tutela jurisdicional (ABRAMOVICH; COURTIS, 2011, p.21).

A tutela que se privilegia na doutrina é a coletiva, em detrimento da individual (saldo a possibilidade de tutela individual), evitando que se intentem descontroladamente ações judiciais individuais que acabem por comprometer a máxima eficiência das políticas públicas para a maior parte das pessoas (BARROSO, 2007, p.31-32)¹¹.

Ao passo que se admite que o Judiciário atue como um poder contra-majoritário em defesa dos direitos das minorias, também se aquiesce que apesar de necessário, esse Poder se demonstra insuficiente para a efetivação dos direitos sociais em sua integralidade, pois há vários fatos extrínsecos à atuação do Judiciário que ocorrem e comprometem a eficácia da aplicabilidade de suas decisões, como a própria escassez de recursos (que será posteriormente abordada), que indubitavelmente leva à perda de liberdades. Os encargos impostos pelo Poder Judiciário devem ser moderadamente e razoavelmente ponderados nesse sentido (HOLMES; SUSTEIN, 1999, p.87-95, tradução livre).

Em uma análise realizada pela evolução do termo “reserva do possível”, a partir do início dos anos de 1970, com origem na Alemanha (CANOTILHO, 1999, p.108-109), firmou-se o entendimento de que “a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade” (SARLET, 2008c, p.23).

Nesse sentido, enfrentando o problema da arguição do Estado da reserva do possível, para Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 301-308) ela se apresenta em uma tríplice dimensão,

¹¹ Nesse mesmo sentido: (BARCELLOS, 2008, p.815 e ss.); (SARMENTO 2007, p.35-37.); (SOUZA NETO, 2009, p.133-169), dentre outros.

abarcando: 1) a disponibilidade fática (recursos); 2) a disponibilidade jurídica (equacionamento dos recursos materiais e humanos devido ao nosso sistema cooperativo); e 3) a razoabilidade e proporcionalidade da prestação (no tocando à exigibilidade).

Assim, não se podendo desconsiderar que em ambas as dimensões, na fase de exigência pela efetividade dependem da disponibilidade de recursos, a proposta para a solução está assentada na busca da ponderação dos princípios incidentes na espécie, interpretando-se de forma sistemático-hierarquizadora (SARLET, 2003, p. 39).

Esse modelo dos direitos subjetivos garantidos *prima facie* é defendido, além de Ingo Wolfgang Sarlet, também por Robert Alexy (2004, p.69-88), Martin Borowsky (2003, p. 148-183), Carlos Bernal Pulido (2008, p.137-175) e Miguel Carbonell (2005, p.827-828), dentre outros. Assim, os direitos sociais são direitos subjetivos, que, contudo, possuem natureza principiológica, sujeitando-se a esse processo de ponderação no caso concreto, que ocorre anteriormente ao seu reconhecimento definitivo.

O fato é que não se pode utilizar da reserva do possível indiscriminadamente como argumento para recusa na efetivação de direitos fundamentais ou de intervenção judicial, ou até mesmo como desculpa genérica para a omissão estatal (SARLET, 2008c, p.27), pois cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta de recursos se alegada (SOUZA NETO, 2009, p.133-169)¹². Soma-se a esse argumento que quando se fala em limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais, muitas vezes não se compara o alto custo do aparelhamento estatal administrativo e judicial necessário para que se garantam os direitos civis e políticos. O fato é que não se efetivando direitos sociais, se afeta a existência de outros direitos, pois não está se medindo a integridade dos direitos humanos, relegando-o ao segundo plano.

Nesse sentido Ana Paula de Barcellos (2002, p.236-252) bem explana que, como não há como ser ignorada a escassez de recursos, essa deve ser relativizada quando estiver sob o mote da discussão a garantia do mínimo existencial, com a necessária priorização de orçamento nesse campo de incidência. Há muitas prestações que transcendem o mínimo essencial e são extremamente necessárias.

O mérito de uma decisão jurídica não pode ser estabelecido ou proporcional ao limite imposto no orçamento, conforme demonstrado acima, pois assim haveria um privilégio da legislação orçamentária em detrimento de imposições e prioridades constitucionais (LEAL, 2005, p.157-175), há sim limites a ser seguidos que estão impostos pelo próprio texto constitucional em seus elementos essenciais, que permeia a liberdade do legislador em legislar,

¹² No mesmo sentido (LEAL, 2005, p.174).

a discricionariedade do gestor público em administrar e as decisões dos órgãos jurisdicionais (SARLET, 2008c, p.31). Esse limite está fixado entre o excesso e a insuficiência.

Ao encontro desses argumentos, pode-se concluir que os limites impostos à atuação estatal dos diferentes poderes é o que, para Claus-Wilhelm Canaris, significa proporcionalidade por estar relacionado à zona de conformidade que se situa entre uma linha inferior e superior, como se fossem duas linhas paralelas onde: a linha superior refere-se à proibição do excesso, o limite que analisa as ações positivas, sendo que se essa linha for ultrapassada, direitos fundamentais foram desrespeitados de forma inconstitucional, ocorrendo uma intervenção excessiva estatal na esfera privada; já a linha inferior refere-se à proibição da insuficiência, onde igualmente abaixo dessa linha encontram-se leis insuficientemente protetivas de direitos constitucionais fundamentais, implicando também em inconstitucionalidades, ocorrendo uma omissão/abstenção excessiva estatal (CANARIS, 2009, p. 138-140).

A tônica da discussão encontrada na doutrina atualmente é sobre o momento da aplicação dos testes de proporcionalidade na resolução dos conflitos, sobre quais as sub-regras que devem ser aplicadas pelo julgador e também se essas sub-regras devem ser analisadas sucessivamente ou de forma eliminatória.

A proibição do excesso (verifica a constitucionalidade de violações estatais sobre os direitos de defesa) estabelece que para a restrição ao direito ser proporcional, deverá ser analisadas as seguintes sub-regras¹³: a) se o direito restringido serve a alcançar o bem que se quer atingir (adequação); b) se o direito restringido deve ser limitado com o meio menos gravoso possível (necessidade); c) se o direito restringido deve ser limitado apenas na medida em que isso for exigido para garantir o direito que é assegurado (ponderação, proporcionalidade em sentido estrito) (SHÄFER, 2001, p.108). Para a maioria das doutrinas elas devem ser aplicadas na sequência apresentada e, no caso da medida estatal em questão falhar em algum dos testes, não é necessário passar para o próximo; caracterizada a intervenção já como inconstitucional (de forma ordenada e eliminatória).

A outra face do princípio da proporcionalidade refere-se à proibição da insuficiência¹⁴, conceito relativamente novo e pouco explorado. Há quatro hipóteses para o pouco desenvolvimento jurisprudencial acerca da vedação de deficiência: a) a incompatibilidade entre

¹³ O modelo de proibição de excesso mais popular na América Latina e no Brasil, inclusive pelo S.T.F., encontramos em SILVA (2017), ALEXY (2017), NOVAIS (2003), ÁVILA (2009), SARMENTO; SOUZA NETO (2012), (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017) e CLÉRICO (2008, tradução livre), dentre outros.

¹⁴ A criação do termo é de 1984 e atribuída ao privatista Claus-Wilhelm Canaris que, ao versar sobre a irradiação dos direitos fundamentais sobre a relação entre particulares, se valeu do papel exercido pelos deveres de proteção para cunhar o conceito. (CANARIS, 2009, p. 120-142)

a estrutura de direitos prestacionais e a proporcionalidade, b) a redundância dos testes da adequação e necessidade para direitos prestacionais, c) desconforto dos juízes em prescrever uma ação ao invés de proibi-la, e d) desconforto dos juízes em usar uma ferramenta tal qual a proporcionalidade, que de certa forma relativiza o valor inerente aos direitos fundamentais, para justificar a situação de miséria de tantas pessoas (GARDBAUM, 2017, p. 241-242, tradução livre).

Assim, mesmo que suficiente ou eficaz a prestação, poderá haver dúvidas quanto à sua razoabilidade, sua conveniência e a sua justa adequação ao caso¹⁵. Nesse caso, apenas após o confronto de argumentos prós e contras dos princípios em análise, considerando as circunstâncias concretas e jurídicas do caso, poder-se chegar a uma solução.

4 Considerações finais

Da análise feita, constata-se que o estado pode passar a ideia de que normativamente responde aos problemas reais sociais, mas a complexidade no processo de efetividade e reconhecimento desses direitos ainda é caminho longo a ser percorrido. É marcante a contradição explícita entre a consagração das liberdades pela Constituição Federal de 1988 e a negação da vigência dos direitos sociais.

Como bem esclarece Gerardo Pisarello (2007, p.137-138), ao continuar apresentando os Direitos Sociais historicamente como direitos “posteriores”, “tardios”; axiologicamente como subalternos e subsidiários e juridicamente como “fracos”, porque supostamente considerados normas pragmáticas e com estrutura diferente, contribui-se para que a ineficácia desses Direitos continue sendo tolerada pela sociedade.

Os direitos sociais não suplantam os demais direitos, não substituem o modelo privado clássico. Em face ao exposto compartilha-se do pensamento de que esses direitos se apresentaram como modelo corretivo, de complementação e correção de disfunções daqueles. François Ewald (1997, p.100-104), explica que se antes o direito era pensado apenas sob a justificativa e argumentos estabelecidos por relações imediatas entre indivíduos autônomos e soberanos, com o Estado minimamente intervindo, com poderes limitados a apenas garantir os

¹⁵ Sobre o tema, Daniel Sarmento: “Por este critério, se, por exemplo, um portador de determinada doença grave postular a condenação do Estado a custear o seu tratamento no exterior, onde, pelo maior desenvolvimento tecnológico, a sua patologia tiver maiores chances de cura, o juiz não deve indagar se o custo decorrente daquela específica condenação judicial é ou não suportável para o Erário. A pergunta correta a ser feita é sobre a razoabilidade ou não da decisão do Poder Público de não proporcionar este tratamento fora do país, para todos aqueles que se encontrem em situação similar à do autor” (SARMENTO, 2012, p.22). Assim, não obstante ocorram circunstâncias que devem ser singularizadas, obviamente, em razão do princípio da isonomia, é primordial que pessoas que estiverem na mesma situação devem receber o mesmo tratamento.

contratos celebrados sem sua concorrência; agora o todo (coletivo) tem uma existência própria independente das partes, pois se trata de sociedade, onde as partes nunca assumem suas obrigações diretamente, sem passar pela mediação, intervenção e/ou regulação do todo.

Se da leitura do texto constitucional se subentende que os direitos sociais estão relacionados à coletividade, a interpretação desses direitos e garantias deve ser realizados a partir da análise das necessidades de cada pessoa individualmente, isso porque “por meio dos direitos e garantias fundamentais se assegura a dignidade da pessoa humana, o que desloca a matéria da esfera política para o âmbito do Direito, transformando em uma obrigação jurídica” (BASTOS; DAOU, 2020, p.102).

O que precisa ficar realçado ao final dessa análise, baseado no referencial teórico apresentado, é que os direitos sociais não podem ser considerados como mera “orientação política” e que os documentos jurídicos nacionais e internacionais não são meros compromissos políticos, mas são instrumentos que estabelecem os direitos sociais, econômicos e culturais¹⁶.

Portanto, enquanto direitos fundamentais que possuem exigibilidade plena, os direitos sociais não são hierarquicamente inferiores aos demais direitos expressos no texto constitucional (civis e políticos), não sendo direitos de segunda ordem. Há uma sinergia frequente entre os princípios, em relação aos quais resta estabelecida uma conexão entre os direitos de primeira e segunda geração, sem contraposição, fato que pressupõe que a tutela de um significa sempre também a de outro; ou seja, a mesma conduta estatal pode satisfazer tanto um direito civil como um direito social e a omissão estatal prestacional dessa mesma lógica decorre.

Diferentemente do que vemos em constituições estrangeiras (a exemplo da portuguesa), a Constituição brasileira não autoriza expressamente qualquer distinção de regime entre os direitos sociais e os direitos, garantias e liberdades, o que faz com que sua eficácia seja alcançada igualmente a todos os direitos fundamentais. Considerados normas cogentes, de ordem pública, esses direitos não são, portanto, anuláveis conforme interesses e vontades entre contratantes.

Se inexistem instrumentos processuais concretos para remediar ou impor o cumprimento de certas obrigações (positivas ou negativas) que têm como fonte os direitos

¹⁶ O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, doravante PIDESC, tem caráter de norma universal e foi adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em sua resolução 2200 (XX) de 16 de dezembro de 1966, assinada em 19 de dezembro de 1966 e em vigor desde 03 de janeiro de 1976. No Brasil, corresponde ao Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992, que dispõe sobre a execução e comprometimento do cumprimento do referido Pacto tão inteiramente como nele se contém. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, doravante PIDCP, por sua vez, consagra incondicionalmente a obrigação de adotar medidas para fazer efetivos os direitos consagrados no Pacto.

sociais, não é impossível o seu desenvolvimento e aprimoramento. É um “estado de coisas”¹⁷ que é suscetível de ser modificado, portanto. Ao passo que se suprem as lacunas existentes, com prudência o Poder Judiciário deve atuar legitimadamente com auto-limitação funcional (*judicial self restraint*), de modo pró-ativo para o controle dos atos do poder público na efetivação das políticas públicas em prol do bem-estar social (SARLET, 2008c, p.33) com a contribuição dos demais órgãos e instituições (Ministério Público, Tribunais de Contas e organizações sociais).

A natureza dos direitos humanos explicita seu *status* universal, são eticamente obrigatórios e não dependem da vontade do legislador. Os direitos sociais possuem fundamentação ética, para além da jurídica e, como direitos fundamentais, apresentam-se como direitos essenciais e inafastáveis, que não atuam contra o Estado, mas através dele. Conforme afirma Barreto (2003, p.146), os direitos sociais encontram-se no mesmo nível axiológico das liberdades individuais e dos seus respectivos desdobramentos, inclusive no âmbito da distribuição de bens.

A ideia difusa sobre a natureza dos direitos sociais não pode servir de manto que obscura os processos (judiciais e administrativos) porque pautados ainda em interpretação constitucional demasiadamente calcada em formalismo jurídico positivista. Urge a integração de argumentos valorativos que realcem o conteúdo do preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

O argumento simplista de que os direitos sociais dependem – e só existem – quando há uma economia forte não prospera. Há países pobres que sustentam políticas sociais consistentes na busca de atender aos ideais de justiça social. A crise de efetividade dos direitos fundamentais está diretamente conectada ao grau de recursos financeiros disponíveis para o atendimento das demandas sociais por meio da realização de políticas públicas, mas, sobretudo, depende vontade política na alocação de recursos.

Todos os direitos representam custos ao Estado. O eventual impacto da alegação da “reserva do possível”, pode ser reduzido mediante o controle das decisões políticas sobre

¹⁷ Termo utilizado por Victor Abramovich e Christian Courtis (2011, p.51) explicando uma “lacuna” que determina a falta de plenitude do sistema jurídico, de acordo com a terminologia de Luigi Ferrajoli: “há que reconhecer que para a maior parte de tais direitos, os direitos sociais, nossa tradição jurídica não elaborou técnicas de garantias tão eficazes como as estabelecidas para os direitos de liberdade. Mas isso depende, sobretudo, de um atraso das ciências jurídicas e políticas, que até o momento não desenharam nem teorizaram um Estado social de direito equiparável ao velho Estado liberal, e permitiram que o Estado social se desenvolvesse de fato através de uma simples ampliação dos espaços de discricionariedade dos aparatos administrativos, o jogo não regulado dos grupos de pressão e as clientelas, a proliferação das discriminações e dos privilégios e o desenvolvimento do caos normativo que elas mesmas denunciam e agora contemplam como “crise da capacidade reguladora do direito”” (FERRAJOLI, 1999, p.29-30, tradução livre).

alocação de recursos, com o aumento da sindicabilidade (controle social) em todos os procedimentos que compõem o processo político.

O reconhecimento dos direitos sociais como fundamentais é o primeiro passo. Há muitos direitos que desses decorrem, cuja carga valorativa é enorme e encontram-se “escondidos” nas entrelinhas do texto constitucional. Quando se evoca que a função principal do Estado é o bem comum na sociedade moderna, constata-se que depende dos gestores públicos a formação de agendas de políticas públicas ainda mais comprometidas, mais conectadas com as necessidades imediatas e graduá-las de acordo com as suas essencialidades. De nada adianta o constituinte, a jurisprudência, as cortes internacionais e a aplicação da hermenêutica constitucional terem avançado a fim de reconhecermos os direitos sociais para efetivá-los se a sociedade se manter em um ambiente cultural que os repele.

5 Referências bibliográficas

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. São Paulo: Dom Quixote, 2011.

ALEXY, Robert. **Derechos Sociales Fundamentales**. In: Miguel Carbonell, Juan Antonio Parcero y Rodolfo Vázquez. *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*. México: Editorial Porrúa, 2004.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

ATRIA, Fernando. *¿Existen Derechos Sociales?* Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Edición digital a partir de *Discusiones: Derechos Sociales*, núm. 4 (2004). Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/existen-derechos-sociales-0/>. Acesso em: 12 fev. 2021.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

_____. **O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARRETO, Vicente de Paulo. **Reflexões sobre os direitos sociais**. Coimbra: Impactum Coimbra University Press, vol. XLVI, 2003, p.125-147.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**.

2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acessado em 10 fev. 2021.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso; DAOU, Heloisa Sami. **A fundamentalidade dos direitos sociais à luz da teoria dos custos dos direitos e do debate entre Fernando Atria e Carlos Pulido**. Revista Direito, Estado e Sociedade, n.57, jun/set 2020, p.75-109. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/1012>. Acessado em 15 fev. 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª edição, São Paulo: Malheiros Editora, 2004.

BOROWSKY, Martin. **La Estructura de los Derechos Fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Decreto nº 591**, de 6 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 592**, de 6 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 20 jan. 2021

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CARBONELL, Miguel. **Los Derechos Fundamentales en México**. 2ª edição, México: Editorial Porrúa, 2005.

CLÉRICO, Laura. **El examen de proporcionalidad**: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. In: CARBONELL, M. (Org.). *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2008, p. 115-160.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais, in: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, vol. IV, nº 3, 2003, p.291-300.

COMPARATO, Fabio Konder. **Afirmção Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DIMOULIS, Dimitri. **Dogmática dos Direitos Fundamentais. Conceitos Básicos, in: Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba**, ano 5, nº 2, 2001.

EWALD, François. **El concepto de derecho social**. Del Puerto: Revista Contextos, nº 1, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **El derecho como sistema de garantías.** *In:* Derechos Y garantías. La ley del más débil, Madrid: Trotta, 1999.

GARDBAUM, Stephen. **Positive and Horizontal Rights:** Proportionality's Next Frontier or a Bridge Too Far? *In:* JACKSON, Vicky; TUSHNET, Mark (org.). *Proportionality: New Frontiers, New Challenges.* Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito,** São Paulo: Malheiros, 2002.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes.** New York: W.W. Norton Company, 1999.

KRELL, Andreas. **Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais.** *In:* Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *A Constituição Concretizada – Construindo Pontes para o Público e o Privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEAL, Rogério Gesta. **O controle jurisdicional das políticas públicas no Brasil:** possibilidade materiais. *In:* Ingo Wolgnag Sarlet. *Jurisdição e Direitos Fundamentais, Volume I, Tomo I.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LEARY, Virginia A. **Justiciabilidad y más allá: Procedimientos de quejas y derecho a la salud.** *In:* Revista de la Comisión Internacional de Juristas, nº 55, 1995.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito Subjetivo e Direitos Sociais:** O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito, *in:* José Eduardo Faria (Org.) *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça,* São Paulo: Malheiros, 1994.

MARSHALL, Theodor. H. **Cidadania, Classe Social e Status.** Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967

MENDES, Gilmar Ferreira. **A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania – Necessidade de Desenvolvimento de Novas Técnicas de Decisão: Possibilidade da Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia de Nulidade no Direito Brasileiro”,** *in:* Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas nº 3, 1993.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Tomo IV. Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora. 2000.

NEVES, Marcelo, **A Constitucionalização Simbólica,** 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **A Força Simbólica dos Direitos Humanos.** Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 04, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em: <file:///D:/Usuario/Desktop/A-for%C3%A7a-simb%C3%B3lica-dos-DH-M-Neves1.pdf>. Acessado em: 12 fev. 2021.

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas Pela Constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas.** São Paulo: RT, 1995.

_____. **Reforma do Judiciário e Direitos Humanos.** *In:* André Ramos Tavares et al (Coord.), *Reforma do Judiciário Analisada e Comentada.* São Paulo: Editora Método, 2005.

PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías.** Elementos para uns reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

PULIDO, Carlos Bernal. **Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais**: uma crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando Atria. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 137–175.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. (Coord., Org.), ***Direito público em tempos de crise***: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **O Direito Fundamental à Moradia na Constituição**: Algumas anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Público _RBDP, ano 1, nº02, p. 65-119, jul./set. 2003.

_____; TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008 (a).

_____. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008 (b).

_____. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais**: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Petrópolis: 2008 (c). Disponível em: file:///D:/Usuario/Downloads/XXX%20artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acessado em: 12 jan. 2021.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. **A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais**, *in*: Ricardo Lobo Torres e Celso Albuquerque Mello (Org.). *Arquivos de Direitos Humanos*, vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 63-102

_____. **A proteção judicial dos direitos sociais**: alguns parâmetros ético-jurídicos. 2012. Disponível em: <http://files.camolinaro.net/200000426-33a4135980/A-Protacao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>. Acessado em 10 fev. 2021.

_____; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. ***Direito Constitucional***: teoria, história e métodos de trabalho. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

SCAFF, Fernando Facury. **Controle Público e Social da Atividade Econômica**, *in*: Anais da XVII Conferência Nacional da OAB, vol. I, Rio de Janeiro, 1999.

SHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos Fundamentais: proteção e restrição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. ***Direitos Fundamentais***: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

_____. **O judiciário e as políticas públicas**: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. *In*: *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOUZA CRUZ. **Hermenêutica Jurídica e(m) Debate**. *O constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**. Um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. *Rio de Janeiro: Renovar, 2006*.

_____. **A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros**. Revista de Direito do Estado: RDE, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar., 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. **A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial**. In: SARLET (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudo de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-46.

WEBER, Max. **Economia y Sociedad**. México: Fondo de Cultura Económica, 1944.