

OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E ALGUMAS REFLEXÕES EM TORNO DA SUA CONCRETIZAÇÃO PELA JURISDIÇÃO

Prof. Dr. Helder Baruffi

Resumo: Não obstante a grande evolução alcançada pelo ordenamento jurídico vigente na temática dos direitos e garantias fundamentais, o contexto fático não tem conseguido acompanhar esta evolução. Dar eficácia e efetividade aos dispositivos da Constituição tem sido o grande desafio. É dentro desse contexto que se situa o presente estudo. Para fins de organização do tema, o texto está construído em torno de três eixos centrais. Um primeiro eixo, denominado de “contextualização”, é construído a partir da idéia central formulada por Norberto Bobbio de que os direitos humanos, enquanto reivindicações morais, nascem quando devem e podem nascer. Não nascem todos de uma vez, nem de uma vez por todas. Um segundo eixo, denominado de “algumas questões de essência”, está centrado na idéia de padrão mínimo social para uma existência digna e de proibição de retrocesso social e, um terceiro eixo, construído em torno da efetividade ou concretização dos direitos fundamentais sociais, em especial a questão da eficácia horizontal. Por fim, à guisa de conclusão, estão apontadas algumas questões que aguardam, em termos de concretização dos direitos fundamentais pela jurisdição, respostas definitivas.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; efetividade; cidadania

SOCIAL RIGHTS IN THE CONSTITUTION OF 1988 AND SOME THOUGHTS ABOUT YOUR DELIVER BY JURISDICTION

Despite the great progress achieved by the legal code in the theme of fundamental rights and guarantees, the factual context has not kept pace with these developments. Give efficacy and effectiveness of devices of the Constitution has been the greatest challenge. It is within this context that situates the present study. For purposes of organizing theme, the text is built around three main axes. A first axis, called "background" is constructed from the central idea formulated by Norberto Bobbio that human rights as moral claims, are born when required to do so. Not born all at once, not once and for all. A second axis, called "some issues of substance," is centered on the idea of social minimum standard for a dignified existence and prevention of social regression, and a third axis, built around the effectiveness or achievement of fundamental social rights, in particular the question of effectiveness horizontal. Finally, in conclusion, suggests some questions are awaiting, in terms of achievement of basic rights by the court, definitive answers.

Keywords: Fundamental rights; effectiveness; citizenship

1 CONTEXTUALIZAÇÃO

A noção de direitos do homem surge na Europa no séc. XVIII como fruto do iluminismo e do jusnaturalismo, e ganha fôlego nas lutas contra o Estado absoluto e se desenvolve ao longo do tempo para alcançar status de reconhecimento internacional após a Segunda Guerra Mundial. No que se refere à história, constitui em verdadeira ruptura com o passado.¹ A figura originária era o **dever**, a **obrigação**. Veja-se, nesse sentido a legislação antiga: o Código de Hamurabi, os Dez Mandamentos, a Lei das XII Tábuas, todos como mandamentos a serem seguidos, sob pena de violação ou sanção, física ou moral.

No que se refere ao mundo jurídico, essa nova perspectiva se constitui na condição de possibilidade da existência dos direitos do homem. As declarações de direitos de 1776 (Declaração de Direitos da Virgínia, decorrente da Declaração de Independência dos EUA, que demarcou o papel da Constituição contra governos injustos) e de 1789 (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão) são, assim, dois primeiros grandes marcos dessa virada metodológica.

O liberalismo de Locke, no âmbito filosófico, e o Estado Liberal que, no plano histórico, se consolida a partir da independência dos Estados Unidos da América e da Revolução Francesa, assinalam uma expressiva ruptura com o formalismo jurídico do padrão absolutista.

Sob a luz dos direitos naturais, forjaram um modelo de Estado Material de Direito, como antecipação à forma constitucional das democracias ocidentais do mundo contemporâneo, com os seus catálogos de direitos fundamentais. Não se reduziu à exaltação dos direitos de liberdade. O acento maior foi colocado na igualdade, ou na “proclamação do direito de todos os indivíduos, pela sua só condição humana, a uma igual proteção das leis, sem distinções por motivo de nascimento ou título de nobreza.” Trata-se de uma liberdade e uma igualdade “em direitos”. Nos dizeres de Durverger “De um lado, eles tem consistência puramente jurídica e, de outro, são predominantemente negativos.”²

O ambiente do séc. XVIII é marcado pela Revolução Industrial. O afastamento entre poder público e sociedade e a aplicação cega e irrestrita do brocardo *pacta sunt servanda* de há muito conduz a situações de extrema iniquidade, gerando reações e críticas.

¹ Nesse sentido: BEDIN, Gilmar Antonio. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. Ijuí: Editora Unijuí, 2002, p. 19.

² Apud MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo: RT, 2003, p. 108.

As classes operárias organizam-se e reivindicam direitos que lhes proporcionassem melhores condições de trabalho. É desta época a Constituição Francesa (1848), cuja duração foi curta, apenas dois anos, mas considerada um marco no constitucionalismo, por ser a primeira a recepcionar direitos sociais voltados à proteção do trabalho, o Manifesto Comunista, de Marx (1848), a Encíclica *Rerum novarum* do Papa Leão XIII (1891), onde criticava as condições de vida das classes trabalhadoras e apoiava abertamente o reconhecimento de vários direitos trabalhistas, embora contrária às idéias de Marx, e à revolução socialista russa (1917).

Nasce o Estado Social (Estado de bem-estar social, ou Estado Contemporâneo), um novo modelo político que, sem se afastar dos alicerces básicos do capitalismo (economia de mercado, livre-iniciativa e proteção da propriedade privada), compromete-se a promover maior igualdade social e a garantir as condições mínimas para uma vida digna.

A Constituição do México de 1917, produto da Revolução Mexicana de 1910,³ e a Constituição da Alemanha de 1919 (ou da República de Weimar),⁴ foram as primeiras a positivizar os direitos sociais, fornecendo a base jurídica para o reconhecimento da igualdade econômica e social como diretriz imposta constitucionalmente.

Entretanto, é com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que se instaura efetivamente essa nova era, a Era dos Direitos, na feliz expressão de Norberto Bobbio.⁵

Nessa perspectiva, a Declaração de 1948, “confere lastro axiológico e unidade valorativa a esse campo do Direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.”⁶

E sintetiza Norberto Bobbio⁷ “A Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais.”

³ A Constituição Mexicana, em termos de direitos trabalhistas, é o mais importante precedente histórico, tendo estabelecido preceitos sobre o direito de associação operária, de greve, a duração máxima da jornada de trabalho, proibição do trabalho infantil, garantia de repouso semanal, licença-maternidade, salário mínimo, participação nos lucros da empresa, hora-extra em valor superior ao da hora normal, nulidade de cláusula de retenção salarial a título de multa, entre tantos outros.

⁴ Que outorgou, dentre outros direitos, o direito universal à instrução pública gratuita até aos 18 anos, bem como obrigou o Estado à instituição de um amplo sistema de seguro social de contribuição compulsória para a proteção da saúde, maternidade e assistência contra as conseqüências da velhice, da invalidez e das vicissitudes da vida.

⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 26.

⁷ *Ibidem*, p. 30.

Os direitos humanos assentam-se sobre o valor básico do reconhecimento da **dignidade da pessoa humana**. Não por outro motivo, o primeiro parágrafo do Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, afirma que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

O direito natural positivou-se, configurando-se o Estado de Direito. As lutas históricas e a participação do indivíduo na esfera pública abrem espaços para a consolidação do Estado Democrático de Direito, ou seja, a lei cede espaço aos valores e aos princípios, que se converteram, no dizer de Paulo Bonavides⁸ “em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais,” tornando “a teoria dos princípios hoje o coração das Constituições”.⁹

1.1 VIRADA METODOLÓGICA

É certo que a Constituição é o lugar onde quase todos os princípios podem ser encontrados. Por força dessa virada metodológica pós-positivista que reconhece efetiva força jurídica aos princípios, os valores e princípios expressos na Constituição não se apresentam mais como conselhos morais ou declarações de boas intenções. Todas as suas disposições, sem exceção, passam a ser consideradas como verdadeiras normas jurídicas, ocupando uma posição privilegiada dentro do sistema.¹⁰

Neste sentido, os direitos fundamentais “são normas jurídicas, intimamente ligadas à idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico”.¹¹ Distinguem-se dos direitos do homem – valores ético-políticos ligados à dignidade da pessoa humana, não positivados, e dos direitos humanos – valores ligados à dignidade da pessoa humana que foram positivados na esfera internacional, através de tratados.

⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 237.

⁹ Ibidem, p. 253.

¹⁰ Cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra editora, 1994.

¹¹ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009, p.12-13

Vale ressaltar, com Marlmestein, que essa distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais é plenamente compatível com o texto constitucional. Toda vez que a Constituição se refere ao âmbito internacional, ela menciona “direitos humanos”. E quando tratou dos direitos que ela própria reconhece, os designou de “direitos fundamentais”, tanto que o título II da Constituição é intitulado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Com o reconhecimento da efetiva força jurídica dos princípios, a Constituição passou a ocupar papel especial, tendo o direito necessariamente assumido uma “pretensão de correção”, no sentido de se aproximar da idéia de justiça, na perspectiva assinalada por Robert Alexy.¹² E essa “pretensão de correção” se manifesta precisamente através dos direitos positivados e imunes à ação do legislador ordinário: nenhum ato será conforme ao direito se for incompatível com os direitos fundamentais.¹³

Refletindo sobre os direitos positivados, Sanchís¹⁴ assinala que nem todos os direitos possuem a mesma fisionomia dos direitos fundamentais: nem protegem bens ou valores que em hipóteses podem ser atribuídos ao homem ou às instituições; nem seu titular é o sujeito abstrato e racional, ou seja, qualquer homem, independentemente de sua posição social e independentemente do objeto material protegido; nem seu conteúdo consiste em uma mera abstenção por parte dos demais e, em particular, das instituições, senão que exigem por parte desta uma ação positiva que interfere no livre jogo dos sujeitos privados. Estes são chamados direitos econômicos, sociais e culturais ou, simplesmente, direitos sociais.

1.2 OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Na atenta descrição de José Afonso da Silva,¹⁵ o legislador constituinte de 1988 agrupou os direitos fundamentais com base no critério de seu conteúdo, que também alude à natureza do bem protegido e ao objeto da proteção constitucional e são: (i) os do **homem-indivíduo**, conhecidos como direitos individuais: são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade e do próprio Estado (art. 5º); (ii) os do **homem-membro de uma coletividade**, que a Constituição denomina direitos coletivos (art. 5º); (iii) os do **homem social**: são os direitos assegurados ao homem em suas relações sociais e culturais (arts. 6º e 193 e ss); (iv) os

¹² ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 20.

¹³ Cf. MARMELSTEIN, George. Op. cit., p.12-13.

¹⁴ Op. cit., p. 123.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 182-183.

do **homem-nacional**: são os que têm por conteúdo a definição de nacionalidade e suas faculdades (art. 12); (v) os **do homem cidadão**: são os direitos políticos (art. 14 a 17) e os direitos econômicos (art. 170-192).

Na Constituição de 1988, os direitos sociais “constituem direitos fundamentais da pessoa humana, considerados como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” e sua positivação representou, na sua essência, “a doutrina segundo a qual há de verificar-se a integração harmônica entre todas as categorias dos direitos fundamentais do homem sob o influxo precisamente dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como uma categoria contingente.” E ainda, [...] eles constituem, em definitivo, os novos direitos fundamentais do homem”.¹⁶

A questão central que se põe é a de assegurar a sua efetividade. Ultrapassar o campo das intenções, dos bons propósitos, para o campo da concretização dos direitos, da efetividade, propósito alcançado com a positivação desses Direitos na Constituição.

A positivação é primeira condição de eficácia jurídica. Mas alerta José Afonso da Silva: “não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado, e quanto!”¹⁷

Nas sempre atuais lições de Paulo Bonavides, Boaventura de Souza Santos, Dalmo de Abreu Dallari, José Afonso da Silva, Fábio Konder Comparato, a garantia de realização dos direitos fundamentais sociais se dá (a) pela construção de um regime democrático que tenha como conteúdo a realização da justiça social; (b) pelo apoio a partidos e candidatos comprometidos com essa realização; (c) pela participação popular no processo político que leve os governantes a atender suas reivindicações; (d) pela atuação do Judiciário.

2 ALGUMAS QUESTÕES DE ESSÊNCIA

2.1 O BRASIL DOS EXCLUÍDOS E O SENTIDO DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

É paradoxal que o Brasil esteja entre os dez países com a maior economia do mundo, possua uma constituição cidadã, mas possua mais de 30 milhões de seus habitantes vivendo em completa indigência.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. Garantias Econômicas, política se jurídicas da eficácia dos Direitos Sociais. Disponível em: <<http://mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 10.02.2009. p. 1

¹⁷ Garantias Econômicas... op. cit., p. 2

Dados ilustrativos disponíveis no site Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento PNUD Brasil,¹⁸ denunciam essa situação contraditória.

“A desigualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho é uma das causas determinantes da pobreza na América Latina, aponta um estudo do Centro Internacional de Políticas para o Crescimento Inclusivo, uma instituição de pesquisa do PNUD em parceria com o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada). Se o acesso e os salários dos dois sexos fossem semelhantes, a proporção de pobres poderia ter uma queda de até 34% — no Brasil, chegaria a 20%, segundo as projeções da pesquisa.”

E ainda,

Os municípios com maior percentual de pobres do Brasil tiveram retrocesso nos cuidados à saúde de gestantes de 1998 a 2006 e avanços menores que os dos municípios com menor proporção de pobres nas áreas de desnutrição e mortalidade infantil, de 1996 a 2006. Os dados, de um levantamento do Portal ODM Portal ODM, mostram que as prefeituras onde há menos pobres se aproximam mais rapidamente dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), uma série de metas socioeconômicas que os países da ONU se comprometeram a atingir até 2015 e que agora estão sendo adaptadas para os municípios do Brasil.

Outros dados disponíveis na mesma página do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento PNUD Brasil, merecem destaque. Em 433 municípios, o número de pobres cresceu de 1991 a 2000. Exemplo paradoxal é Manari (PE) que, em 1991, tinha 87,8% da população vivendo com menos de meio salário mínimo.¹⁹ Esse percentual de pessoas vivendo com menos salário mínimo cresceu e chegou a 89,99% em 2000. Ao todo 2769 cidades (das 5507 para as quais havia dados desse indicador até 2000) tiveram desempenho pior que a do Brasil como um todo. A desigualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho é uma das causas determinantes da pobreza na América Latina, aponta um estudo do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada). E ainda: os municípios com maior percentual de pobres do Brasil tiveram retrocesso nos cuidados à saúde de gestantes de 1998 a 2006. É o Brasil dos excluídos.

A realidade social brasileira não permite omissões. Requer que os direitos fundamentais sociais presentes na Constituição, sejam efetivamente concretizados.

Os direitos fundamentais sociais não são direitos **contra** o Estado, mas sim direitos **por meio do Estado**, exigindo do Poder Público certas prestações materiais. Assim, acompanhando a argumentação de Sanchís,²⁰ enquanto os direitos civis e políticos são concebidos sem o Estado, sem necessidade de instituições que os definam, os direitos sociais não podem nem ser concebidos fora de alguma forma de Estado. Nesse sentido, a simples determinação do catálogo de direitos sociais e de seu conteúdo, de caráter marcadamente

¹⁸ Fonte: http://www.pnud.org.br/pobreza_desigualdade/reportagens/index.php?id01=3132&lay=pde.

¹⁹ Na mesma situação, municípios como Jordão e Tarauacá, no Acre; e Traipu, em Alagoas

²⁰ Op. cit., p. 172

histórico e variável, supõe já um processo de debate impensável fora da sociedade política. E mais, essa determinação depende, em grande medida, do grau de desenvolvimento das forças produtivas, do nível de riqueza alcançado pelo conjunto social, da escassez relativa de certos bens e ainda da sensibilidade cultural que converte em grau de satisfação de algumas necessidades, prestações públicas só conhecidas no Estado contemporâneo.

Também ressalta como evidente o seu **caráter de direito prestacional**. Enquanto nos direitos civis ou individuais, o conteúdo da obrigação consiste em uma abstenção ou omissão, em um “não fazer nada” que comprometa o exercício da liberdade ou o âmbito das garantias individuais, nos direitos sociais o conteúdo da obrigação é de caráter positivo, de dar ou fazer. Referem-se a bens e serviços economicamente avaliáveis: seguro desemprego, seguro saúde, auxílio doença, educação, vale-alimentação.

O Estado, através de ações positivas, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas “políticas sociais” que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.

As normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais hoje presente na maioria dos textos constitucionais dos países que respeitam normas e regras democráticas de participação social, definem metas e finalidades as quais o legislador ordinário deve elevar a um nível adequado de concretização.

Devem considerar o homem concreto, real, em sua específica situação social, titular desses direitos. Nesse sentido, os direitos sociais se configuram como direitos de igualdade entendida esta no sentido de igualdade material ou substancial, isto é, como direito, não a se defender ante qualquer discriminação normativa, mas a gozar de um regime jurídico diferenciado ou desigual em atenção precisamente a uma desigualdade de fato, que tem que ser diminuída ou superada.²¹

2.2 CATÁLOGO JUSFUNDAMENTAL DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Os direitos sociais são referidos, inicialmente, através de uma *norma básica*, que dita: “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” (CF -88, ART. 6º).

²¹ Cf. SANCHÍS, p. 173.

Observa-se que o enunciado se desdobra em duas partes conexas: a primeira contém uma *seleção de tipos* (são direitos sociais...); a segunda, **uma cláusula de reserva** (“na forma desta Constituição”). Esta cláusula de reserva - na forma desta constituição – traz uma dupla dimensão: uma primeira, evita a visão utópica “de um direito a tudo em qualquer circunstância”, e uma segunda, desautoriza, *a priori*, as concepções de teor minimalistas.²²

Não há dúvida. Os direitos sociais são tais e quais, mas de acordo com prescrições constitucionais outras, como pode ser observado em relação ao direito ao trabalho, em cujo universo é idealizável uma infinidade de *direitos particulares*: de associação, de greve, à irreduzibilidade do salário, à remuneração extraordinária, ao repouso semanal, às férias anuais, à licença-maternidade, à jornada limitada, à gratificação natalina, ao adicional de insalubridade, à estabilidade no emprego.

Do mesmo modo, educação, saúde, assistência e outros, constituem quadros enormemente amplos, potencialmente desmembráveis em seqüências de particularizações mais ou menos numerosas.

São Direitos Sociais expressos na Constituição Federal de 1988 (arts. 6º a 11): 1. Direitos sociais relativos ao trabalhador; 2. Direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e assistência social; 3. Direitos sociais relativos à educação e à cultura; 4. Direitos sociais relativos à moradia; 5. Direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso; 6. Direitos sociais relativos ao meio ambiente.

Especificamente no que se refere aos direitos sociais relativos ao trabalhador, são direitos reconhecidos os enumerados no art. 7º, destacando-se: IV- *salário mínimo*; VI- *irreduzibilidade de salário*; VIII- *décimo - terceiro salário*; XV- *repouso semanal remunerado*; XVII- *férias anuais remuneradas*; XVIII- *licença-gestante*; XIX – *licença paternidade*; XXI- *aviso prévio*; e XXIV- *aposentadoria e integração à previdência social*, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, como o direito ao trabalho, a garantia de pleno emprego, condições dignas de trabalho, proteção do trabalho, segurança do trabalho, igualdade de direitos, assistência aos dependentes do trabalhador, participação nos lucros e co-gestão, condições da efetividade da existência digna (fim da ordem econômica).

Os direitos sociais relativos à seguridade social estão definidos no art. 194 como “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”

²² Nesse sentido: MARTINS NETO, João dos Passos, op. cit. p.168 e ss.

A seguridade social é financiada pela sociedade, através de recursos dos orçamentos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios; de contribuições dos empregadores, incidentes sobre a folha de salários, faturamento e lucro; de contribuições dos empregados e sobre receitas de concursos de prognósticos, segundo o art. 195.

Os direitos sociais relativos à educação e à cultura, previstos nos arts. 205 e seguintes da Constituição Federal, têm como objetivos básicos o pleno desenvolvimento da pessoa, o preparo da pessoa para o exercício da cidadania e a qualificação da pessoa para o trabalho.

Os direitos sociais relativos à moradia, reconhecidos no art. 23, IX, e explicitados no art. 6º por força da EC-26, de 14.2.2000, visa a realização da dignidade da pessoa humana, assim como o direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X) e asilo inviolável (art. 5º, XI). Envolve duas faces: uma negativa, que significa “que o cidadão não pode ser privado de uma moradia nem impedido de conseguir uma, no que importa a abstenção do Estado e de terceiros” e outra, positiva, “que consiste no direito de obter uma moradia digna e adequada, revelando-se como um direito positivo de caráter prestacional, porque legitima a pretensão do seu titular à realização do direito por via de ação positiva do Estado”.

Os direitos sociais relativos ao meio ambiente, mencionado no art. 6º, e definido no art. 225, se revelam como social, na medida em que sua concreção importa em prestação do Poder Público e da coletividade do dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Os direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso, previstos no art. 6º como espécie de direito social, estão disciplinados em mais de um capítulo da ordem social, onde aparece como aspectos do direito de previdência social (art. 201, II), do direito de assistência social (art. 203, I) e no capítulo da família, da criança, do adolescente e do idoso (art. 227).

Os direitos sociais, sejam eles relativos ao trabalho, à educação, à saúde, à moradia ou à um meio ambiente saudável, visam, precipuamente, realizar o princípio da igualdade ao possibilitarem, pela atuação do Estado, dos entes públicos e terceiros, melhores condições de vida aos mais fracos; são direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

Como se observa do art. 6º da Constituição Federal, bem como dos demais artigos que se referem a direitos sociais, estes dependem de uma atuação positiva do Estado, razão pela qual grande parte dessas normas é de eficácia limitada. Ainda, “valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias

ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”.²³

2.3 O PADRÃO MÍNIMO SOCIAL PARA UMA EXISTÊNCIA DIGNA: PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL.

a) padrão mínimo para uma existência digna

Afirma François Ost²⁴ “[...] não há nenhuma promessa que se mantenha fora de um quadro constitucional e de um campo de valores (fidelidade, lealdade, boa-fé...) previamente estabelecidos.”

Nesse sentido, alerta:

[...] não nos livramos tão facilmente da dialética constitucional; através da ordem imperativa não deixam de se fazer valer o pacto e os valores que o cimentam; para além da inversão revolucionária perfila-se a vontade de estabelecer uma ordem duradoura... de sorte que temos base para pensar que através da Constituição-ato de vontade, nunca se deixou de fazer ouvir a Constituição-produto da história.²⁵

A positivação constitucional dos direitos fundamentais não ocorreu por acaso, mas da constatação de que quem tem o poder tende a dele abusar, praticar ilícitos.

O constituinte originário, ao estabelecer no art. 60, § 4º. Inc. IV, que não podem ser objeto de deliberação as propostas de emenda constitucional tendente a abolir “os direitos e garantias individuais”, aqui compreendidos em seu sentido lato, pretendeu criar uma barreira de proteção (ou garantia de eternidade) em torno dessa matéria. Os direitos fundamentais são, por isso mesmo, “elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição”, sendo, portanto, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a aboli-los.²⁶

Não basta um catálogo de direitos. É necessária a existência de instrumentos de concretização e eficácia destes direitos. Tal eficácia mínima revela-se na necessária garantia do chamado "núcleo essencial" de cada um dos direitos sociais, cuja eventual não-observância pelo Legislativo e pelo Executivo, viabiliza a proteção pelo Judiciário, determinando as medidas indispensáveis à sua preservação.²⁷

²³ Ibidem, p. 286.

²⁴ OST, François. **O tempo no Direito**. São Paulo: Edusc, 2005. p. 255

²⁵ Ibidem, p. 255.

²⁶ Por todos: CANOTILHO. J. J. Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2008.

²⁷ Nesse sentido: DAL BOSCO, Maria Goretti. Novo conceito da discricionariedade em políticas públicas sob um olhar garantista, para assegurar direitos fundamentais. In: BARUFFI, Helder (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais**, op. cit., p. 235.

A chamada "proibição do retrocesso" constituiria um impedimento à revogação da legislação asseguradora dos direitos sociais, partindo do pressuposto de que, atingido determinado patamar, qualquer retorno a um estado de menor proteção implicaria violação a um suposto mandamento constitucional de maximização de tais direitos, como destacado na lição de Vieira de Andrade.²⁸

3 EFETIVIDADE OU CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, EM ESPECIAL A QUESTÃO DA EFICÁCIA HORIZONTAL.

Luis Roberto Barroso,²⁹ destaca que as cláusulas constitucionais possuem um conteúdo aberto, principiológico e dependente da realidade subjacente. Não se prestam ao sentido unívoco e objetivo da tradição exegética. Constituem, sim uma “moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas” e o sentido da norma é dado “à vista do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados”.³⁰

Existem cláusulas constitucionais de baixo teor valorativo, que uma interpretação singela permite a subsunção da regra constitucional ao fato concreto, podendo ser destacado o disposto no art. 226, §6º (dissolução do casamento pelo divórcio após prévia separação judicial de mais de um ano...) e existem cláusulas constitucionais altamente densificadas.

Os direitos sociais ocupam essa outra dimensão – direitos à prestações positivas, também reconhecidos como direitos prestacionais e que conduzem a uma atividade proativa do Estado,

²⁸ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. Ed. Coimbra: Almedina, p. 391, 392, 393. "Parece-nos evidente que os preceitos constitucionais relativos aos direitos económicos, sociais e culturais hão-de implicar uma certa garantia de estabilidade das situações ou posições jurídicas criadas pelo legislador ao concretizar as normas respectivas. Esta garantia abrange um mínimo, que reside na proibição de pura e simplesmente destruir essas situações ou posições, designadamente, na medida em que assim se ponha em causa o nível de realização do direito exigido pela dignidade da pessoa humana. E poderá atingir um máximo, quando essas concretizações legais devam ser consideradas materialmente constitucionais. [...] A proibição do retrocesso não pode constituir um princípio jurídico geral nesta matéria, sob pena de se destruir a autonomia da função legislativa, degradando-a a mera função executiva da Constituição. [...] Aquilo que se admite é algo de bem diferente: é que certas normas, apesar de positivadas em preceitos de direito ordinário, prevaleçam sobre outras normas ordinárias, quando o seu conteúdo possa (deva) ser considerado materialmente constitucional."

²⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 347.

³⁰ *Ibidem*, p. 347.

podendo ser acionado, nos dizeres de Gilmar Mendes "[...] por força inclusive da eficácia vinculante que se extrai da garantia processual-constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão."³¹

A função principal dos direitos fundamentais é realizar o princípio da dignidade da pessoa humana, não abstrata, idealizada, mas situada, real, concreta. A pessoa em causa deve ser considerada em sua integralidade, não somente do ponto de vista profissional, mas também em sua vida privada.

Entretanto, é de se perguntar, com François Ost:³² “Como, uma vez mais, reconduzir o direito à função própria de regulador da tensão entre ordem e desordem?” ou de “Como evitar fazer da Constituição um “arquivo”, letra morta, logo esquecida?

Responde o autor: “No plano prático, é na jurisprudência dos Tribunais constitucionais, levados cada vez mais frequentemente a avaliar a validade dos atos do poder de revisão e assim a interpretar as cláusulas constitucionais ditas intangíveis, que encontraremos os alinhamentos do equilíbrio procurado.”

Em certos casos, a diversidade de situações justifica, e às vezes exige, diferenças de tratamento que conduzem às discriminações ‘positivas’, como é o caso das pessoas portadoras de necessidades especiais.

A eficácia, atributo associado às normas, consiste na consequência jurídica que deve resultar de sua observância, podendo ser exigida judicialmente se necessário.

Na lição de Luís Roberto Barroso,³³ são modalidades de eficácia dos princípios constitucionais: (i) eficácia **positiva ou simétrica** – reconhece àquele que seria beneficiado pela norma, ou simplesmente àquele que deveria ser atingido pela realização de seus efeitos, **direitos subjetivo a esses efeitos**, de modo que seja possível obter a tutela específica da situação contemplada no texto legal. A eficácia positiva ou simétrica pretende assegurar ao interessado a possibilidade de exigí-los diretamente, na via judicial, se necessário; (ii) **eficácia interpretativa** – pode-se exigir do Judiciário que as normas de hierarquia inferior sejam interpretadas de acordo com as de hierarquia superior a que estão vinculadas. Consiste na interpretação conforme a Constituição; (iii) **eficácia negativa** – autoriza que sejam declaradas inválidas todas as normas ou atos que contravenham os efeitos pretendidos pela norma. Ex. previsão em contrato de trabalho de penas corporais; (iv) **eficácia vedativa de retrocesso** –

³¹ MENDES, Gilmar. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Revista Jurídica Virtual. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm > . Acesso em: 29/05/2009.

³² OST, François. Op. cit., p. 267.

³³ **Interpretação e aplicação da Constituição.** Op. cit.

em complementação à eficácia negativa, pressupõe que os princípios fundamentais sejam concretizados através de normas infraconstitucionais. Um dos efeitos pretendido é a progressiva ampliação dos Direitos fundamentais.

No contexto da nova hermenêutica constitucional, alguns dos principais temas da atualidade constitucional no Brasil têm seu equacionamento posto em termos de ponderação de valores, como é o caso do debate acerca da denominada “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, envolvendo a aplicação das normas constitucionais às relações privadas, onde se contrapõem a autonomia da vontade e a efetivação dos direitos fundamentais.³⁴

A eficácia horizontal dos direitos ou eficácia contra terceiros (*Drittwirkung*), como preferem os teóricos alemães, que completa a eficácia *erga omnes* dos direitos fundamentais,³⁵ que não valem apenas contra os atos de constrição das liberdades praticados pelo Estado, mas também contra aqueles que possam partir de outros membros da sociedade, merece atenção.

A doutrina tem assinalado que o surgimento da idéia de eficácia horizontal se dá, inicialmente, com o Caso Erich Lüth, na Alemanha, 1958, (Luth propõe o boicote ao filme *Amada Imortal* de Veith Harlan³⁶). Este é considerado o mais importante julgado da história do constitucionalismo alemão no pós-guerra. E, de fato, a decisão da Corte Constitucional alemã revolucionou o direito, não apenas o constitucional.³⁷

³⁴ Nesse sentido: SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

³⁵ Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 1999.

³⁶ O problema todo era o histórico do cineasta. No auge do nazismo, Veit Harlan havia sido nada menos do que o principal responsável pelos filmes de divulgação das idéias nazistas, especialmente por força do filme *Jud Süß* (1941), considerado como uma das mais odiosas e negativas representações dos judeus no cinema. Coisa do passado, diria ele. Mas ainda assim, algo muito vivo na memória dos judeus alemães, até porque um filme não se apaga com a história...

Antes do lançamento do filme “Amada Imortal”, vários judeus de prestígio e de influência na mídia alemã resolveram boicotá-lo, ainda que o filme não tivesse nada que lembrasse o nazismo ou o anti-semitismo. À frente do boicote, estava Eric Lüth, um judeu que presidia o Clube de Imprensa. Ele escreveu um pesado manifesto contra o cineasta, conclamando os “alemães decentes” a não assistirem ao filme.

Em razão disso, Veit Harlan, juntamente com os empresários que estavam investindo no filme, ingressaram com ação judicial alegando que a atividade de Eric Lüth violava o Código Civil alemão. Sustentaram que todo aquele que causa prejuízo deve cessar o ato danoso e reparar os danos causados. A tese prevaleceu em todas as instâncias ordinárias. Eric Lüth não se conformou. Ora, pensava ele, a Lei Fundamental alemã não garante a liberdade de expressão? Por que eu estou sendo punido, já que eu nada mais fiz do que manifestar uma opinião? E, com base nisso, recorreu para a Corte Constitucional alemã.

³⁷ De acordo com o jurista alemão Robert Alexy, na decisão do caso **Lüth** há três idéias que serviram para moldar fundamentalmente o Direito Constitucional Alemão:

“A primeira idéia foi a de que a garantia constitucional de direitos individuais não é simplesmente uma garantia dos clássicos direitos defensivos do cidadão contra o Estado. Os direitos constitucionais incorporam,

Foram repercussões: (i) a Constituição como um “sistema de valores”, centrado na dignidade da pessoa humana e nos demais direitos fundamentais; (ii) Dimensão objetiva dos direitos fundamentais (força irradiante/filtragem constitucional); (iii) Eficácia horizontal dos direitos fundamentais – constitucionalização do direito privado; (iv) Interpretação do Código Civil “à luz dos direitos fundamentais.”

Essa temática toma força na medida em que fica mais evidente que, de fato, as violações às prerrogativas essenciais do cidadão comum não partem somente do poder público, mas principalmente de atores particulares, em especial nas relações de trabalho. As principais transgressões situam-se na violação à saúde, destruição do meio ambiente, violação dos direitos dos trabalhadores.

Como bem assinalou Daniel Sarmiento, “somos o país do ‘elevador de serviço’ para pobres e pretos; do ‘sabe com quem está falando’; dos quartos de empregada sem ventilação, do tamanho de armários nos apartamentos da classe média, reprodução contemporânea do espírito da ‘casa grande e senzala’.”³⁸

E pode-se acrescentar mais: somos também o país do analfabetismo, das mortes aguardando atendimento nos hospitais da rede pública, das humilhações no ambiente do trabalho (isso, quando não se está desempregado), dos moradores de rua, da violência insuportável, das fraudes na Previdência Social, do preconceito racial, dos pedintes nos semáforos, da agressão cotidiana ao meio-ambiente. Na esfera privada, com efeito, multiplicam-se as situações em que há potenciais transgressões aos direitos fundamentais.

José Afonso da Silva,³⁹ na análise sobre a aplicabilidade das normas definidoras dos direitos fundamentais, destaca que, nos termos do §1º do art. 5º, *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*, com incidência, também, às normas que revelam os direitos sociais, nos termos dos arts. 6º a 11, embora a Constituição

para citar a Corte Constitucional Federal, ‘ao mesmo tempo uma ordem objetiva de valores’. Mais tarde a Corte fala simplesmente de ‘princípios que são expressos pelos direitos constitucionais’. Assumindo essa linha de raciocínio, pode-se de dizer que a primeira idéia básica da decisão do caso Lüth era a afirmação de que os valores ou princípios dos direitos constitucionais aplicam-se não somente à relação entre o cidadão e o Estado, muito além disso, à ‘todas as áreas do Direito’. É precisamente graças a essa aplicabilidade ampla que os direitos constitucionais exercem um “efeito irradiante” sobre todo o sistema jurídico. Os direitos constitucionais tornam-se onipresentes (unbiquitous). A terceira idéia encontra-se implícita na estrutura mesma dos valores e princípios. Valores e princípios tendem a colidir. Uma colisão de princípios só pode ser resolvida pelo balanceamento. A grande lição da decisão do caso Lüth, talvez a mais importante para o trabalho jurídico cotidiano, afirma, portanto, que: “Um ‘balanceamento de interesses’ torna-se necessário.” MARLMESTEIN, GEORGE. 50 Anos do Caso Lüth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra. Disponível em: < <http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>>. Acesso em 02 de março de 2009.

³⁸ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Processo civil: Leituras Complementares**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 173-174.

³⁹ Garantias Econômicas... op. cit., p. 9.

mesma faça depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos.

Neste sentido, indaga: “Então, em face dessas normas, que valor tem o disposto no § 1º do art. 5º, que declara todas de aplicação imediata?”

Em primeira lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o poder judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, “não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes”, e assinala os seguintes instrumentos jurídicos de eficácia: Mandado de injunção (art. 5º, § 1º), Inconstitucionalidade por omissão, Iniciativa popular (art. 61, § 2º), Sindicalização e direito de greve (arts. 8º e 9º).

4 POR FIM, ALGUMAS QUESTÕES CHAVES QUE AGUARDAM RESPOSTAS DEFINITIVAS

Os direitos sociais foram consagrados como instrumento para a busca de ideais de igualdade e de dignidade da pessoa humana, estando fundados no dever de solidariedade que anima a sociedade. Por implicarem, via de regra, direitos a prestações, exigindo uma atuação positiva do Estado e dos entes públicos, a sua efetivação vincula-se, em grande parte, na disponibilidade, por parte do Estado, de recursos financeiros para fazer frente aos respectivos encargos, o que nos remete a aceitar, como adequado, que os direitos sociais a prestações estão sob a “reserva do possível”.

Entretanto, considerando o quadro sintomático de desequilíbrio social e da flagrante desigualdade social e econômica vivida ainda pela grande maioria da população brasileira, e por parcela significativa que se encontra abaixo da linha de pobreza, impõe-se o reconhecimento da eficácia normativa da constituição que garante a proteção do núcleo essencial de cada um dos direitos sociais, devendo o Judiciário, quando em razão da omissão dos demais poderes, tutelar a eficácia mínima de tais direitos com suporte direto no texto constitucional.

Nesse sentido, entre algumas questões que aguardam respostas definitivas e, que, portanto, desafiam o imobilismo e a omissão de cada cidadão nos pleitos eleitorais quando da escolha de representantes, bem como desafiam o judiciário no enfrentamento das questões que estão sendo levadas aos tribunais estão a (a) desigualdade e pobreza, que são marcas que

vitimizam os mais vulneráveis, (b) a consciência de que programas ainda não são políticas de estado, mas tão somente ações de governo; (d) os dilemas da participação popular e do controle social. A concretização dos direitos sociais situa-se na efetiva participação de toda a comunidade; e (e) a cultura conservadora que patrocina o retrocesso, impedindo avanços na defesa e concretização dos direitos fundamentais sociais. Reverter esse quadro de imobilismo é contribuir para a efetiva concretização dos direitos sociais positivados na Constituição Federal de 1988.

Referências

- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. Ed. Coimbra: Almedina, p. 391, 392, 393
- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARUFFI, Helder (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais: estudos em homenagem aos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e aos 20 anos da Constituição Federal**. Dourados: Editora da UFGD, 2009.
- BEDIN, Gilmar Antonio. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. Ijuí: Editora Unijuí, 2002.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 1999.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra editora, 1994.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2008.
- MARLMESTEIN, GEORGE. 50 Anos do Caso Lüth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra. Disponível em: < <http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>>. Acesso em 02 de março de 2009.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009.
- MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: RT, 2003.
- MENDES, Gilmar. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Revista Jurídica Virtual. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm> . Acesso em: 29/05/2009.
- ORST, François. **O tempo no Direito**. São Paulo: Edusc, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.
- SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). **Processo civil: Leituras Complementares**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 173-174.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso da. Garantias Econômicas, política se jurídicas da eficácia dos Direitos Sociais. Disponível em:<<http://mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 10.02.2009.