

DO ESTADO DE DIREITO SOCIAL SUSTENTÁVEL PARA UMA DEFESA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Gabriela Samrsla Möller

Doutoranda e Mestra em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina. Professora no curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Joaçaba. *E-mail:* gabriela.moller@unoesc.edu.br.

Cristhian Magnus De Marco

Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste Catarinense. *E-mail:* cristhian.demarco@unoesc.edu.br.

Paulo Junior Trindade dos Santos

Pós-Doutor, Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste Catarinense. *E-mail:* pjtrindades@hotmail.com.

Resumo: O artigo busca explorar as barreiras que impedem a concretização dos direitos sociais, por meio de um estudo sobre o fundamento daqueles – histórico, estrutura, dimensão poliédrica, desenvolvimento humano – e abordando aspectos atuais da justiciabilidade dos direitos sociais. Busca-se relacionar direitos sociais e desenvolvimento, cuja conexão é a chave para se falar da construção de um modelo sustentável de Estado social. A discussão sobre direitos sociais é fundamental e atual em países periféricos, do Sul Global ou “de modernidade tardia”.

Palavras-chave: Direitos sociais. Estado social sustentável. Desenvolvimento. Justiciabilidade dos direitos sociais.

Sumário: **1** Introdução – **2** Desmistificando as incompreensões históricas: Estado social, direitos sociais – **3** Desmistificando incompreensões sobre a teoria dos direitos fundamentais – **4** Do Estado de direito social sustentável: direitos sociais como pressuposto para o desenvolvimento – **5** Considerações finais – Referências

1 Introdução

*Esa parcialidad de los derechos supuestamente imparciales en favor de quienes disponen de recursos privados es inquietante.*¹

¹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos*. Por qué la libertad depende de los impuestos. México: Siglo Veintiuno, 2012. p. 219.

O estudo demonstra a importância de se discutir sobre os direitos sociais, uma vez que restam ainda incompreensões teóricas sobre a efetivação dos direitos sociais por via da judicialização, para que, desse modo, se possa falar em democracia, desenvolvimento socioeconômico e sustentabilidade.

Luigi Ferrajoli² aponta que o paradigma da democracia constitucional deve ser ampliado em quatro dimensões, sendo a primeira dimensão destacada pelo autor a garantia de *todos* os direitos fundamentais, ou seja, não só os de liberdade, mas também os sociais.

Restam ainda críticas aos direitos fundamentais que impedem sua concretização. Essas críticas adquirem roupagem de cunho ideológico e político, que refletem suas consequências na construção de políticas públicas e também na justiciabilidade desses direitos.

O estudo considera a pobreza como um problema artificialmente criado – assim como a riqueza o é –, que afeta profundamente a vida de milhares de pessoas. Amartya Sen se debruça em seus textos sobre a problemática multidimensional da pobreza, e sua afirmação categórica é que o desenvolvimento humano se alcança através do atendimento das liberdades substantivas (um desenvolvimento de cunho socioeconômico).

Nesse sentido, Amartya destaca que os direitos sociais e sua promoção também fazem parte do desenvolvimento de uma sociedade, e não podem ser ignorados. A democracia, inclusive, é profundamente afetada pela ausência do atendimento das liberdades substantivas.

A sustentabilidade, por sua vez, agrega-se ao texto por entender que somente um modelo sustentável de Estado social é apto para estar presente em uma sociedade marcadamente complexa e global, capaz assim de enfrentar os desafios e riscos aos quais as pessoas são colocadas – com rapidez cada vez maior.

Verifica-se que uma compreensão inadequada da normatividade da Constituição (no que toca, no ponto, aos direitos sociais), bem como da incompreensão sobre formas de garantia aptas para lidar com o rico catálogo de direitos fundamentais (no que toca, no ponto, ao modelo de justiciabilidade dos direitos sociais), tem o condão de impactar profunda e negativamente na liberdade das pessoas, principalmente da população subalternizada.

Desse modo, objetiva o artigo compreender a importância e o significado de se falar em um Estado de direito social e sustentável, proposta na qual os direitos sociais adquirem relevância e efetivação.

² FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo más allá del Estado*. Madrid: Trotta, 2018.

2 Desmistificando as incompreensões históricas: Estado social, direitos sociais^{3 4}

A história do constitucionalismo democrático é uma história de luta contra os poderes absolutos: em primeiro lugar, para combater o poder público absoluto, criam-se institutos de contrapoder como a divisão dos poderes, a representação e a legalidade; depois, para combater os poderes absolutos econômicos e empresariais, cria-se como contrapoder a legislação trabalhista, com a previsão de uma série de garantias para o trabalho; para combater os poderes de opressão do gênero, criam-se contrapoderes legais que defendem a afirmação de igualdade entre homem e mulher.⁵

A dialética entre poder e contrapoder atinge importantes conquistas pela afirmação do Estado social, instituído pelo arcabouço jurídico das Constituições sociais. Os direitos sociais, conforme se verá, representarão, no panorama jurídico e social, um ideal normativo voltado à igualdade substancial, o que propiciará uma série de vitórias em face dos poderes absolutos e afetará profundamente a compreensão das normas jurídicas.

O termo “social” agregado aos direitos não tem conotação de “socialização” – contrapondo-se ao “individual” –, mas um sentido político de evolução de um Estado de direito liberal⁶ para um Estado de direito social.⁷ A transição liberal-social

³ Para a concatenação dos capítulos do estudo, pensa-se, com Bonavides, que toda a interpretação dos direitos fundamentais se vincula, de necessidade, a uma teoria dos direitos fundamentais; esta, por sua vez, a uma teoria da Constituição, e ambas – teoria dos direitos fundamentais e teoria da Constituição – a uma indeclinável concepção do Estado, da Constituição e da cidadania, sem a qual aquelas doutrinas, em seu sentido político, jurídico e social mais profundo, ficariam de todo ininteligíveis (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 580).

⁴ Optou-se por utilizar somente a nomenclatura “direitos sociais” para se referir ao conjunto internacional de “direitos econômicos, sociais e culturais”.

⁵ Segundo o que defendem Canotilho e Ferrajoli (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 383-386; FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo más allá del Estado*. Madrid: Trotta, 2018. p. 134). Junto a essa concepção, defende-se que direitos são históricos, nascem em certas circunstâncias como resultado de lutas de defesa de novas liberdades contra velhos poderes, nascidos de modo gradual, ideia que vai no sentido do que constrói Bobbio (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004).

⁶ O nascimento do termo *Rechtsstaat* ocorre no séc. XIX para expressar uma peculiar forma de Estado, cujo compromisso era o de reunir garantias formais proclamadas por uma Constituição que consagra a divisão de poderes, o princípio da legalidade como manifestação da vontade geral e a defesa dos direitos e liberdades dos cidadãos. As formulações iniciais do Estado de direito tinham ideais liberais da noção de legalidade. A conformação do Estado de direito tem influência da teoria alemã do positivismo jurídico de direito público, que se converte na teoria jurídico-política da burguesia liberal. Há um desprendimento da teoria de ideais kantianos jusnaturalistas (PÉREZ LUNÓ, Antonio E. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995. p. 219-223).

⁷ Há uma série de fatores que contribui para que ocorra o Estado social, na abordagem da quinta fase de desenvolvimentos dos direitos fundamentais: revisão crítica que Marx e Engels fazem dos direitos fundamentais do Estado burguês, colocando em destaque seu caráter abstrato, formal e classicista, exercendo

ocasiona uma importante mudança na teoria dos direitos fundamentais: a passagem de uma perspectiva individual dos direitos fundamentais para uma perspectiva jurídico-objetiva.⁸

Os direitos sociais afetam profundamente a epistemologia dos direitos fundamentais: superação do agnosticismo axiológico e do formalismo positivista e busca da realização de fins materiais voltados a reformas sociais;⁹ passagem de uma perspectiva de direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa, para uma perspectiva de liberdade efetiva para todos; os direitos fundamentais são reconhecidos como princípios do ordenamento jurídico-político, o que condiciona o método de sua interpretação, revelando a insuficiência da velha hermenêutica;¹⁰ ocorre a irradiação dos direitos fundamentais a todo o direito privado; ocorre a aplicabilidade direta e eficácia imediata dos direitos fundamentais; há a perda do caráter de normas programáticas;^{11 12} agrega-se uma dimensão axiológica, na qual

função ideológica de encobrir a realidade concreta; setores do movimento obreiro que afirmaram sua forma jurídica de reivindicação por reformas pelo aparato do Estado; a Constituição de Weimar foi documento fundamental como marco do Estado social, exercendo influência no período; o fim da Segunda Guerra, outro marco histórico, manifestou necessidade de renovação constitucional sob parâmetro de novas exigências políticas e sociais e, por fim, o processo de descolonização de muitos países também contribuiu para a aderência por vários Estados de direitos sociais (PÉREZ LUNO, Antonio E. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995. p. 120-123).

⁸ Apesar de encontramos já na doutrina constitucional do primeiro pós-guerra certos desenvolvimentos do que hoje se considera a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, é com o advento da Lei Fundamental de 1949 que ocorreu o impulso decisivo neste sentido. Neste contexto, a doutrina e a jurisprudência continuam a evocar a paradigmática e multicitada decisão proferida em 1958 pela Corte Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) da Alemanha no caso Lüth, na qual, além de outros aspectos relevantes, foi dada continuidade a uma tendência já revelada em arestos anteriores, ficando consignado que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do Poder Público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 125-126).

⁹ PÉREZ LUNO, Antonio E. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995. p. 224.

¹⁰ Essa nova abordagem dos direitos fundamentais considera que, por meio da interpretação, passa a ser possível incorporar novos conteúdos normativos aos direitos fundamentais, possibilitando uma dinâmica entre norma jurídica e realidade, decorrente da abertura material das Constituições (PÉREZ LUNO, Antonio E. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995. p. 250-251; e SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 150).

¹¹ Canotilho fala da morte das normas constitucionais programáticas, por conta de as disposições constitucionais, com especial atenção aos direitos sociais, aos quais era conectado o sentido programático, ganharem vinculação constitucional (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1.174-1.175).

¹² No ponto, Sarlet aponta que “todas as normas de direitos fundamentais são direta (imediatamente) aplicáveis na medida de sua eficácia, o que não impede que se possa falar de uma dimensão ‘programática’ dos direitos fundamentais. [...] admitir que no âmbito dos direitos sociais se possa sustentar a existência de uma ‘dimensão programática’ [...] não equivale (a depender da linha argumentativa trilhada) a aceitar que os direitos fundamentais sociais sejam correspondam, na sua condição de direitos, a normas

direitos fundamentais tornam-se postulados sociais que exprimem uma ordem de valores e servem de diretriz aos demais poderes; nasce a eficácia com relação a terceiros, portanto, fora da órbita do Poder Público; o emprego do princípio da proporcionalidade vinculado à hermenêutica concretizante.¹³

Quanto ao impacto da dimensão jurídico-objetiva, Pierroth e Schlink¹⁴ apontam que os direitos fundamentais instituem que dimensões até então particulares da vida das pessoas – profissão, propriedade, opiniões – deviam também ter uma dimensão objetiva por comporem sistema de ordem e valores¹⁵ da comunidade. Por exemplo, o direito a voto é um direito individual, mas só veio a ser reconhecido a todos durante o Estado social; o direito à greve é uma forma de liberdade, mas no Estado liberal era tido como um crime. Esses exemplos demonstram que o Estado social não simplesmente supera, como acolhe o legado do Estado de direito liberal.¹⁶

O princípio democrático¹⁷ estabelece, sobretudo, que a liberdade e a igualdade começam pela garantia dos direitos de liberdade, e a liberdade igual passa pela progressiva radicação de uma igualdade real ou substancial entre as pessoas. Uma verdadeira democracia¹⁸ somente existe se todos participam, e não se constrói com aspectos corrosivos como fome, miséria, analfabetismo. A união da juridicidade e sociabilidade expressa uma base jusfundamental muito importante.¹⁹ O direito à propriedade privada não deve ser visto como um esforço para proteger as pessoas ricas, pois ajuda a garantir a própria democracia deliberativa, mas o

programáticas” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 292-294).

¹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 610-620 e SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 141-151.

¹⁴ PIERROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 49-50.

¹⁵ Para críticos, na medida em que a interpretação se volta a valores escondidos debaixo de textos legais, não se vai além de Kelsen, o que decorre de uma equivocada compreensão de princípios como positivação de valores. Ver: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 115-125.

¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 21.

¹⁷ Tal como Sarlet, aborda-se que se passa de um Estado liberal (Estado formal de direito) para um moderno Estado de direito (Estado social e democrático [material] de direito) (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 25).

¹⁸ Diferencia com precisão democracia formal e substancial: MEJÍA RIVERA, Joaquín. *Diez cuestiones actuales sobre derechos humanos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales, 2018. p. 220 e ss.

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. O direito constitucional como ciência de direcção – O núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”). In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 18-19.

mesmo pode ser dito de proteções mínimas contra a fome, os sem-teto e outra privação extrema.²⁰

As Constituições de cunho social buscam dar bases a condições de possibilidade da vida em comum em meio a um pluralismo social com a presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, sem que nenhum desses grupos tenha força para ser exclusivo ou dominante. As Constituições democráticas substituem a soberania do Estado pela soberania da própria Constituição e, por isso, o projeto da Constituição pluralista e democrática não poder ser um projeto rigidamente ordenado de cima a baixo. Para existirem Constituições abertas, deve ser permitida a espontaneidade da vida social e a competição da direção política.²¹

Para fazer um paralelo com o contexto social atual e o Estado de direito social, Ferrajoli²² denuncia que hoje existiria uma crise de democracia representativa, devido ao desgaste da relação entre sociedade e instituições, pois partidos políticos não são mais órgãos da sociedade, mas foram estatizados e, livres da sociedade, aliam-se ao mercado. Por sua vez, Canotilho²³ e Rosanvallon²⁴ denunciam a perda do “sentimento de risco social” e a substituição pelo “risco individual”, resultado da erosão, a partir dos anos 90, de instituições de solidariedade – assistenciais. O risco deixa hoje de ser compartilhado e se torna um sentimento individual, na medida em que o risco não é mais visto como dividido homogeneamente por todos – posição originária de Rawls – mas como algo que deve ser combatido individualmente, levando ao extremo de se ignorar a pobreza e não se sentir responsável por ela. Os mais vulneráveis, principalmente, correm

²⁰ SUNSTEIN, Cass R. Social and economic rights? Lessons from South Africa. *John M. Olin Program in Law and Economics*, Working Paper n. 124, 2001. p. 2-3. Disponível em: https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/12785996/Social%20and%20Economic%20Rights_%20Lessons%20from%20South%20Africa.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 19 abr. 2021.

²¹ Zagrebelsky fala de uma superação da soberania moderna, de um Estado que não admitia concorrência, sendo incomensurável a frente de qualquer sujeito, desmascarado pela existência de suas forças reais, a elite, grupos de poder, classes políticas, o que foi substituído por uma ideia de pluralismo político e social interno. Já Ferrajoli, não tão otimista, fala que existe uma crise do paradigma constitucional. Diz que a soberania dos Estados não mudou, o reflexo disso é o direito internacional, porém hoje se soma a soberania ilimitada, anônima a irresponsável dos mercados, de modo que a *lex mercatória* é a norma fundamental da nova ordem global, acima de qualquer Constituição. Ver: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2011. p. 11-12 e FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo más allá del Estado*. Madrid: Trotta, 2018. p. 15-17.

²² FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo más allá del Estado*. Madrid: Trotta, 2018. p. 48-49.

²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. O direito constitucional como ciência de direção – O núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”). In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 20-22.

²⁴ ROSANVALLON, Pierre. *La sociedad de los iguales*. Madrid: RBA, 2011. p. 257.

o risco de não ter possibilidade de inclusão nos diferentes sistemas desde cedo (saúde, maternidade, pré-escola).

Muitos hoje defendem, porém, que o Estado social teria “acabado”, que somente teria sido uma instituição política inventada nas sociedades capitalistas para compatibilizar as promessas da modernidade com o desenvolvimento capitalista, de modo que o Estado deveria voltar a enxugar suas funções. Citando Boaventura de Sousa Santos, Streck²⁵ discorre que o Estado é considerado pelos críticos uma instituição anacrônica, porque é uma entidade nacional e tudo mais está globalizado. Ocorre que em países como o Brasil não houve Estado social, pois sociedades em desenvolvimento ainda estão por implantá-lo, e sua implantação fica à mercê de todo o tipo de contestações em razão da dificuldade de harmonizá-lo com as correntes sociais antagônicas. O Estado continua pródigo somente com as elites.

Ou seja, o Estado social, e junto a ele os direitos sociais, é questão atual ao Brasil, de modo que, para que uma massa de exclusão não ocorra, a (re)invenção do Estado social é uma proposta, incluindo-se os excluídos nesses diferentes sistemas sociais. Essa inclusão passa por uma adequada compreensão do significado dos direitos sociais em/para países do Sul Global²⁶ (ou “de modernidade tardia”).

A partir dos anos 80, vários países de periferia e semiperiferia (Sul Global) saem de períodos de ditaduras militares e outras experiências autoritárias e, de forma tardia, se comparado a países do Norte Global, como marco de transição, parte deles aprova Constituições com o ideal normativo de um Estado social e democrático de direito. É possível se afirmar, desse modo, que a experiência vivida pelos países do Sul Global foi muito diferente da que propiciou o Estado de bem-estar nos países centrais/desenvolvidos.²⁷

Os direitos fundamentais sociais apontam para o resgate das promessas incumpridas da modernidade em locais onde o Estado social não se fez presente, como no Brasil. O reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais inicia uma discussão tardia sobre a intensidade e amplitude de efetivação

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 88.

²⁶ Por Sul Global, geograficamente podemos entender os países do sistema mundo moderno que são chamados de “terceiro mundo”. Essa linha divisória não impede a interiorização do terceiro mundo no Norte Global (pobres, sem-teto, trabalhadores migrantes sem papéis, presos, mulheres, minorias étnicas, crianças, gays e lésbicas...). Por essa razão, Boaventura compreende que o Sul Global não é um conceito meramente geográfico, em que pese abarcar países do “terceiro mundo”, mas é “[...] uma metáfora del sufrimiento humano causado por el capitalismo y el colonialismo a escala global y de la resistencia para superarlo o minimizarlo” (SOSA SANTOS, Boaventura de. *Descolonizar el saber reiventando el poder*. Montevideo: Trilce, 2010. p. 43).

²⁷ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007. p. 33-34.

desses direitos pelo poder político, bem como sobre a atuação do Poder Judiciário em casos de omissão, descumprimento, ou regressão dos direitos sociais,²⁸ na busca de estender, dessa vez, os objetivos do Estado às previsões dos direitos sociais.²⁹

3 Desmistificando incompreensões sobre a teoria dos direitos fundamentais³⁰

Uma resistência ideológica viva, hoje, contra os direitos fundamentais centra-se em relutar contra a sua existência, negando-os parcialmente, assim como outrora sobrevivia uma corrente que rechaçava direitos individuais. Esse rechaço advém desde o momento em que, no ano de 1966, a ONU decide dividir os direitos fundamentais em categorias, criando assim dois pactos – PIDCP e Pidesc. A cisão ocorre em razão da divisão ideológica dos países em dois grandes blocos. Muitos países ratificaram ambos, mas alguns países, como os EUA, não ratificaram o pacto de direitos sociais, negando-se a aceitar direitos sociais como verdadeiros direitos.³¹

Ocorre que a visão de uma natureza distinta entre os diferentes grupos de direito serviu para apoiar a concepção de que direitos sociais não seriam direitos, senão outro tipo de normas, discussão que ainda ocorre hoje.³²

²⁸ NOGUERA, Albert. *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 17; 46 e MEJÍA RIVERA, Joaquín. *Diez cuestiones actuales sobre derechos humanos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales, 2018. p. 200.

²⁹ FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales*. Apuntes de historia de las constituciones. Madrid: Trotta, 2003. p. 127-133.

³⁰ “[...] se podrían señalar cuatro grandes ‘enemigos’, ‘adversarios’ o, si se prefiere, obstáculos serios para la generalización de los derechos sociales en particular y de los derechos humanos en general: 1) la percepción de los derechos sociales como derechos diferentes, y en última instancia subordinados, a otros derechos considerados relevantes e incluso fundamentales; 2) la subordinación de los derechos sociales y de otros derechos fundamentales a una concepción tendencialmente absolutista de ciertos derechos patrimoniales como el derecho de propiedad privada o la libertad de empresa; 3) la subordinación de los derechos sociales y de otros derechos fundamentales a una concepción tendencialmente absolutista de ciertos derechos derivados de la representación política o del ejercicio de poder institucional; 4) la subordinación de los derechos sociales y de otros derechos fundamentales a una concepción excluyente de la ciudadanía, ligada a la nacionalidad, y a una concepción igualmente excluyente de la residencia legal, ligada a la existencia de un vínculo estable con el mercado formal de trabajo o a la disposición de recursos” (PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus enemigos: elementos para una reconstrucción garantista*. *Observatorio Desc*, 2009. p. II. Disponível em: http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/Gerardo_Pisarello_Enemigos_de_los_ds.pdf. Acesso em: 14 ago. 2021).

³¹ MORALES, Leticia. *Derechos sociales constitucionales y democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 59-60; NOGUERA, Albert. *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 36-39; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 23.

³² O enfraquecimento da dimensão dos direitos sociais é potencializado quando alguns países não reconhecem os direitos sociais como direitos fundamentais. Entretanto, nesses mesmos países os direitos

A qualidade de “direito fundamental” significa que o direito adquire uma importância e força reconhecida que eleva o bem, posição ou situação à qualidade de limite jurídico-constitucional à atuação dos poderes públicos, retirados da plena disponibilidade decisória do poder político, sendo sua garantia atribuída também ao Judiciário.³³ Para além da importância, à expressão “direitos fundamentais” pertencem dois significados: fundamentais seriam direitos que fundamentam o sistema jurídico e direitos que não requerem o fundamento do sistema jurídico. A primeira abordagem tem matriz positivista e a segunda jusnaturalista, combinando-se assim as duas vertentes.³⁴

Para Ferrajoli,³⁵ três nexos axiológicos fundamentam os direitos fundamentais: o nexos entre direitos humanos e paz, de modo que todos os direitos vitais, incluídos os sociais, devem ser garantidos, pelo fato de vivermos cada vez menos em um mundo natural e mais em um artificial, o que dificulta a sobrevivência para muitos; o nexos necessário entre direito e igualdade, relevante no que toca ao direito das minorias, que busca isonomia para todos, assim como igualdade de direitos sociais, responsáveis por reduzir desigualdades sociais e econômicas; o terceiro critério é o papel dos direitos fundamentais como direito do excluído/débil, quando em comparação com o direito do mais forte politicamente e economicamente.

A doutrina propõe diferentes classificações aos direitos fundamentais, optando-se por aquela que diferencia direitos a prestação –³⁶ ligados à liberdade fática –³⁷ e direitos de defesa. Conforme se verá, tanto direitos sociais quanto civis se enquadram nessa classificação.

sociais foram reconhecidos por outros princípios constitucionais, admitindo-se indiretamente a existência de direitos sociais no ordenamento jurídico. Na Alemanha, o direito ao mínimo existencial, inclusive, foi subjetivado, surgindo, a partir dessas particularidades, concepções como direitos derivados e proibição de retrocesso. Ver: NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 75-85.

³³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 251-254.

³⁴ GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara, 2001. p. 221-222.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. *Cuestiones Constitucionales*, n. 15, p. 113-136, 2006.

³⁶ Sobre o ponto, Alexy manifesta classificação muito utilizada pela doutrina quando distingue direito à prestação em sentido amplo, dividido em direitos à proteção, à organização e procedimento e em direitos a prestação em sentido estrito. São considerados direito de prestação se são direitos subjetivos e de nível constitucional. Direitos à prestação possuem caráter *prima facie*, ou seja, natureza de princípio. No grupo amplo de proteção, não apenas se incluem proteção de direitos sociais, mas tudo que seja digno de proteção do ponto de vista dos direitos fundamentais, como liberdade, família e propriedade. São direitos subjetivos constitucionais a ações positivas fáticas ou normativas em face do Estado. Ver: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 442-446.

³⁷ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 143-146.

Na subseção que segue, alguns esclarecimentos sobre direitos sociais serão realizados, levando em consideração as críticas tradicionalmente dirigidas. Entre as críticas, sustenta-se tradicionalmente que os direitos civis seriam baratos e de fácil proteção, já os sociais seriam custosos e condicionados à reserva do possível;³⁸ que não deixam claro qual a conduta que obriga nem quem são os sujeitos obrigados; que são direitos de configuração legislativa, sua realização dependeria, assim, do que o legislador decida fazer ou não fazer;³⁹ indeterminação do conteúdo dos direitos sociais;⁴⁰ que os países que aderem aos direitos sociais são socialistas;⁴¹ que a judicialização de direitos sociais é ativismo judicial, pois não seria de sua competência.

3.1 Da estrutura dos direitos fundamentais sociais

Os direitos sociais são disposições legais que são necessárias para satisfazer as necessidades vitais dos cidadãos, normalmente realizadas por três pilares: conjunto de programas de seguridade social e fiscalidade, rede de serviços sociais (educação, habitação) e regulação das relações de trabalho,⁴² o que expressa seu vínculo íntimo com políticas públicas.⁴³

Surgem, conforme posto, devido à disfunção do modelo liberal, irradiando efeitos da dimensão jurídico-objetiva que, sobretudo, insere a dimensão social na análise da ação humana e limita a atuação da autonomia da vontade.⁴⁴

A titularidade desses direitos é do indivíduo (o indivíduo que tem fome, que fica enfermo, que está desempregado). A obrigação de cumprimento dos direitos

³⁸ Os dois pactos estabelecidos pela ONU possuem diferentes alcances jurídicos: os socialistas perderam, de modo que foi reconhecida plena eficácia aos direitos liberais, os quais podem ser invocados diretamente ante os juízes, o que não sucedeu da mesma forma com os direitos econômicos, sociais e culturais, cuja proteção foi limitada pela reserva do possível, não sendo judicializados, somente no caso de grandes retrocessos. Essa diferença demarca que, em nível internacional, continuou-se considerando direitos sociais como meras aspirações (ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. *Derechos sociales*. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; RODRÍGUEZ BLANCO, Verónica (Ed.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015. v. II. p. 1.681-1.682).

³⁹ Crítica identificada por: PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007. p. 59-79.

⁴⁰ Crítica identificada por: ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002. p. 122-132.

⁴¹ Crítica identificada por NOGUERA, Albert. *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 36.

⁴² NOGUERA, Albert. *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 19.

⁴³ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 16.

⁴⁴ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002. p. 47.

sociais pode corresponder ao legislador, no caso de direitos sociais legais; ao constituinte, no caso de direitos sociais fundamentais; aos Estados e juízes constitucionais ou internacionais no caso de direitos sociais humanos; ou pessoas particulares – o empregador, por exemplo – ou o Estado, sendo possível optar por vias administrativas ou ao Judiciário para o cumprimento de prestações relacionadas aos direitos sociais.

Os fundamentos dos direitos sociais são quatro: dignidade humana, liberdade (como o faz Alexy), igualdade (como o faz Rawls e Dworkin) e solidariedade.⁴⁵

Os direitos sociais, para a presente abordagem, são direitos subjetivos,⁴⁶ cuja operatividade não pertence somente ao legislador,⁴⁷ de eficácia imediata,⁴⁸

⁴⁵ ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. Derechos sociales. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; RODRÍGUEZ BLANCO, Verónica (Ed.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015. v. II. p. 1.690-1.697.

⁴⁶ Para fins de organização da exposição, à frente se verão críticas à abordagem de direitos sociais como subjetivo, a partir de Daniel Hachem. Quanto ao ponto, discorre Sarlet que na Constituição brasileira é difícil utilizar critérios classificatórios, pois adota em seu catálogo e fora dele direitos fundamentais de função subjetiva e objetiva, por meio de variadas técnicas de positivação: é possível, nos direitos sociais, observar direitos à prestação e concretização dos direitos de liberdade e igualdade com estrutura jurídica diversa; assim como reconhecem titulares diversos (por exemplo, somente trabalhadores); na parte dos direitos individuais, é possível encontrar normas impositivas e de garantias institucionais fundamentais (por exemplo, o Tribunal do Júri) – o que inclusive causaria desprestígio ao rol dos direitos fundamentais. Para o autor, o Constituinte adotou regimes jurídicos diferenciados para os direitos de liberdade e sociais. Sarlet constrói sua diferenciação levando em consideração que direitos sociais não seriam cláusulas pétreas, somente direitos civis seriam. Para Bonavides, porém, os direitos sociais seriam cláusulas pétreas assim como direitos civis (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 636-647 e SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 159-161).

⁴⁷ Para Sarlet, os direitos sociais seriam normas de baixa densidade normativa – em que pese direitos subjetivos –, cuja eficácia e plena aplicabilidade somente adviria da interferência legislativa, sendo mais indetermináveis que os direitos civis. Nessa toada, existiria nos direitos sociais uma maior dificuldade de verificar uma violação da norma constitucional (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 261-262; 290). Novais também advoga nesse sentido, de direitos sociais carecerem de prévia intervenção conformadora do legislador para que o dever imposto passe a ser juridicamente possível. Para o autor, os direitos constitucionais estão sob o escrutínio de reservas constitucionais: os tradicionais direitos de liberdades negativos encontram-se sob reserva geral de ponderação, independentemente de forma e força constitucional ou aplicabilidade direta, podendo ceder perante a maior força de posição no caso concreto. Os direitos de liberdade positivos encontram-se sob uma reserva do politicamente adequado/oporuno, no sentido de que a decisão sobre o quando, como, quanto da sua satisfação remete para uma questão política dos órgãos de Estado. Também os direitos sociais são direitos sob reserva, essa seria a reserva do possível, de modo que sua realização, consistindo em uma prestação fática com custos, dependo dos recursos do Estado e da decisão política do legislador sobre afetação dos recursos disponíveis (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 144 e ss.).

⁴⁸ Alguns autores reconhecem a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, porém, quando uma lei ordinária desenvolve/restringe os direitos fundamentais, cria condições jurídicas de seu exercício efetivo, concepção que estaria conectada à densidade normativa dos direitos sociais. Ver: NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra

o que perpassa visões que o reduzem a “dever moral”, “normas programáticas”, “limitados a uma finalidade igualitária”, “direitos não universais”.⁴⁹ As obrigações genéricas do Estado ante a relação dos direitos sociais são: adotar medidas imediatas, obrigação de garantir níveis essenciais de direito, obrigação de progressividade e proibição de regressividade.⁵⁰

Novais⁵¹ critica a abordagem que aponta que direitos sociais seriam indetermináveis, pois assim são os demais direitos. O que o autor destaca é que nos direitos sociais a indeterminabilidade não é somente semântica, como ocorre também nos direitos individuais, mas é sobretudo ligado à reserva do possível,⁵² o que restringiria, inclusive, *prima facie*, o acesso a determinados bens, havendo uma diferença de qualidade dos direitos sociais ante os individuais. Para Canotilho,⁵³ a indeterminabilidade não permite opções livres aos agentes concretizadores, permite projeções normativas limitadas pela juridicidade objetiva dos princípios.

Por direitos sociais não se compreende o dever de o Estado prestar tudo. Somente uma versão “caricata” dos direitos sociais pode equipará-los ao dever automático e incondicional do Estado de proporcionar uma casa, uma praça escolar e medicamentos gratuitos a todas as pessoas em todas as circunstâncias.⁵⁴ Para Canotilho,⁵⁵ argumentos conservadores impedem elevar a posição jurídico-prestacional à mesma densidade dos direitos de defesa, quais sejam: prestações existenciais partem do mínimo para uma existência minimamente condigna; direitos sociais são considerados mais como dimensões de direitos, liberdades e garantias do que como elementos constitutivos de direitos sociais; e a posição

Editora, 2010 e SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁴⁹ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007. p. 15-16; ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. *Derechos sociales*. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; RODRÍGUEZ BLANCO, Verónica (Ed.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015. v. II. p. 1.679-1.685.

⁵⁰ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002. p. 78-116.

⁵¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 144-154.

⁵² Sobre o tema, ver: PERLINGEIRO, Ricardo. ¿La reserva de lo posible se constituye en un límite a la intervención jurisdiccional en las políticas públicas sociales? *Estudio Socio-Jurídico*, Bogotá, v. 16, n. 2, p. 181-212, 2014.

⁵³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1.182-1.183.

⁵⁴ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007. p. 76.

⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. O direito constitucional como ciência de direcção – O núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”). In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 12.

jurídico-prestacional assenta primariamente em deveres objetivos *prima facie* do Estado, e não em direitos subjetivos prestacionais derivados da Constituição.

Quanto à indeterminação do conteúdo, é um ponto inerente à teoria dos direitos fundamentais, não somente dos direitos sociais. Abramovich e Courtis⁵⁶ sugerem, no ponto, que os países observem a jurisprudência internacional, os comentários da ONU, as observações etc. A não operatividade (os direitos sociais não seriam direitos subjetivos) também se relaciona à indeterminação e se liga a uma tradição que não aborda os direitos sociais como direitos subjetivos. Essa ideia nasce na medida em que a doutrina alemã, que à época não possuía direitos sociais na legislação, passa a prever a existência dos direitos sociais a partir dos direitos civis.⁵⁷

3.2 Do complexo de obrigações dos direitos fundamentais: dimensão poliédrica

Para fins de enfrentar críticas direcionadas aos direitos sociais quanto à sua dimensão positiva-prestacional,⁵⁸ é importante abordar os direitos fundamentais a partir de uma dimensão poliédrica.

Nem os direitos civis e políticos são somente direitos negativos, de abstenção, nem os direitos sociais atuam sempre como direitos positivos, de prestação. Contemplando os direitos sociais e civis em sua faceta poliédrica comportam um amplo rol de obrigações exigíveis ante os poderes públicos, desde obrigação de promoção e satisfação, como de proteção.

Essa proposta passa por uma crítica à abordagem geracional dos direitos fundamentais. Os direitos sociais não podem ser vistos por um caráter lineal, por este ser excessivamente excludente e induzindo a equívocos, pois parece sugerir que em cada geração de direitos foram reconhecidos a todas as pessoas.

⁵⁶ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002. p. 122-132.

⁵⁷ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007. p. 15-16.

⁵⁸ Obrigações negativas são obrigações de se abster de realizar atividades pelo Estado. O Estado não deve, por exemplo, impedir a difusão de ideias, deter pessoas de forma arbitrária, intervir em caso de greve, impedir alguém de acessar educação, piorar o sistema de saúde. Obrigações positivas são ligadas à disposição de fundos, automaticamente, pois se trata de medidas que se podem exigir do Estado. Ocorre que obrigações positivas não se esgotam em ações que envolvam disposições orçamentárias, havendo outras formas de assegurar o direito: a) estabelecendo algum tipo de regulamentação sobre o direito, com o fim de ampliar o gozo sobre os direitos através de consequências jurídicas expressas; b) imposição de obrigações aos cidadãos e entes privados, como ocorre na defesa do consumidor, no meio ambiente, estabelecendo salário mínimo; c) fornecimento de serviços à população (ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002. p. 190-198).

Também, reduzir os direitos sociais a direitos de reconhecimento tardio e posterior aos direitos civis e políticos minimiza a larga e complexa história de reivindicação.

Os que criticam o Estado social interpretam uma dicotomia estrita entre os direitos, à luz de uma narrativa simplificada da tradição histórica. Os direitos negativos seriam as primeiras liberdades e os positivos, agregados depois, em uma irreflexiva medida do século XX, que deve ser abandonada.⁵⁹ Essa crítica é infelizmente o reflexo de uma dicotomia⁶⁰ que atravessa a história. O fato de haver mais de uma dimensão dos direitos fundamentais não quer dizer que uma dimensão substitua a outra. Os direitos fundamentais não são substituídos ao longo do tempo, mas se somam, demonstrando que são categorias abertas e mutáveis.⁶¹

Grande parte das políticas de direitos fundamentais excluiu – ou incluiu de forma subordinada – povos e regiões periféricas, como certas classes e grupos de pessoas, como exemplo, mulheres, deficientes, povos indígenas, trabalhadores precários. Uma leitura realista dos direitos sociais deveria constatar como, a partir da construção do Estado moderno, o processo de reconhecimento de direitos para certos grupos sociais foi ignorado ante outros, o que vai contra uma leitura geracional dos direitos e sua tendência a apresentar uma universalização abstrata deles.⁶²

Conforme visto, a dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais impacta profundamente a normativa constitucional: direitos de propriedade, por exemplo, já não são mais absolutos, são condicionados a uma função social; direito de dano ganha cada vez mais uma dimensão objetiva voltada ao risco. Outros exemplos como liberdade empresarial, contratos, ligados a uma dimensão civil, são reinterpretados por uma dimensão social.⁶³

A abordagem poliédrica dos direitos fundamentais desmistifica os resquícios de uma tradição que aborda os direitos sociais a partir de um caráter lineal e os associa exclusivamente ao Estado social (inclusive, associações feitas de forma pejorativa, por correntes ideológicas que defendem o fim da intervenção estatal).

⁵⁹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos*. Por qué la libertad depende de los impuestos. México: Siglo Veintiuno, 2012. p. 60-63.

⁶⁰ O erro doutrinário dos alemães e americanos foi terem se centrado em uma distinção classificatória – social e de liberdade – como critério de diferenciação dogmática, não atendendo àquilo que de fato e de direito distingue a aplicabilidade dos direitos fundamentais. Ver: NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 264-269.

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 48.

⁶² PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007. p. 30-35; 62.

⁶³ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002. p. 26.

A doutrina denota que direitos civis e sociais possuem dimensão positiva ou negativa, de modo que ambas as classificações podem ser prestacionais ou de defesa (direitos sociais de defesa, direitos sociais de prestação, direitos civis de defesa, direitos civis de prestação).

A classificação de Alexy inclui direitos individuais como direitos prestacionais amplos:⁶⁴ direitos de liberdade de expressão não podem somente ser uma vedação à censura, mas devem compreender a habilitação de centros culturais e praças públicas, subvenção de publicações, concessão de espaços gratuitos em rádios e televisões. De outro lado, direitos sociais, com tradicional dimensão prestacional em sentido estrito, não obsta que sejam também negativos: o direito a uma moradia digna não consiste somente no direito de acesso à moradia, mas também de não ser despojado de maneira arbitrária.^{65 66} Ou seja, os direitos sociais podem ser considerados tanto um complexo de prestações positivas quanto negativas, por parte do Estado.⁶⁷

Pensar no custo dos direitos, naturalmente associados aos direitos sociais de prestação, faz com que se destruam alguns mitos. Por exemplo, em países em desenvolvimento, pensar que direitos sociais custariam muito mais e seriam indesejáveis pode custar um elevado custo social e mesmo assim não acabar com problemas dos custos econômicos.⁶⁸ Amartya Sen⁶⁹ aponta que países podem crescer em termos de desenvolvimento social sem que isso exija crescimento econômico, sendo esse crescimento na qualidade de vida propiciado por direitos sociais e civis. Mostra também em sua pesquisa que muitos países se desenvolvem economicamente, apresentando pioras ou estagnação da qualidade de vida.⁷⁰

⁶⁴ Na medida em que também prestacionais, direitos civis e individuais exigem gasto público, acabando assim com o mito de que somente direitos sociais exigiriam dinheiro público. Ver: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos*. Por qué la libertad depende de los impuestos. México: Siglo Veintiuno, 2012. p. 37-38.

⁶⁵ Muitas ações legais tendentes a aplicar de forma judicial os direitos econômicos, sociais e culturais se voltam à correção da atividade estatal devido às obrigações de não fazer.

⁶⁶ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007. p. 60-61.

⁶⁷ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002. p. 23-39.

⁶⁸ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos*. Por qué la libertad depende de los impuestos. México: Siglo Veintiuno, 2012. p. 145.

⁶⁹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 62 e ss.

⁷⁰ No ponto, é válida a análise de Novais, que destaca que os direitos civis estão também sob o auspício da reserva do possível, porém, a reserva do possível no caso desses direitos somente invade o plano de efetividade social e realização ótima, diferentemente dos direitos sociais, nos quais a reserva do possível invade o próprio plano jurídico, pois o direito está intrinsecamente condicionado pela reserva do possível (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 90-103).

Da dimensão poliédrica dos direitos sociais – e também dos civis e individuais – se tem que todos os direitos são direitos de liberdade fática/real e também direitos de segurança. O objetivo desses direitos é satisfazer necessidades básicas sem que haja intervenções arbitrárias e abusivas. Seria inexistente uma contraposição entre sociais e civis, pois os direitos apareceriam como instrumentos indispensáveis para dar à liberdade um conteúdo real e estabilidade, assegurando recursos materiais como participação política.⁷¹

Não procede, também, a crítica de que um Estado que adote direitos sociais abrace determinada ideologia. Os direitos fundamentais, como direitos poliédricos, devem ser lidos em conjunto em uma sociedade complexa e desigual. Não há, hoje, mais espaço para discutirmos uma cisão sistema-mundo proveniente da metade do século passado.

3.3 Da prestação jurisdicional dos direitos sociais

O problema da diferenciação estrutural entre direitos civis e sociais afeta a compreensão correta e séria sobre os direitos sociais, mas além disso afeta a justiciabilidade dos direitos sociais, em questões como: até onde iria o incumprimento de um direito social; se há competência de um juiz para substituir a escolha do poder político.⁷²

Quanto à judicialização dos direitos sociais na dimensão positiva, há algumas questões a serem consideradas: uma escassa tradição do controle judicial em matéria de direitos sociais (em decorrência de uma visão conservadora); ausência de mecanismos processuais adequados; incompreensões sobre conteúdo e alcance da Constituição; omissão dos demais poderes.

Tushnet⁷³ aponta que o debate sobre se as Constituições devem incluir os direitos sociais e, uma vez inclusos, se devem ser exigíveis judicialmente, é um debate já acabado, uma vez que as preocupações de uma sociedade são a cidadania e a democracia, e negar a necessidade tanto de proteção judicial dos direitos civis, como dos direitos sociais, se torna problemático.

⁷¹ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007. p. 45.

⁷² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 123-137.

⁷³ TUSHNET, Mark. A response to David Landau: responding to David Landau, The Reality of Social Rights Enforcement, 53, HARV.INT'L. L.J. 189 (2012). In: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sergio Cruz (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 57.

O fato é que a polêmica associada à efetivação dos direitos sociais pelo poder político e judiciário não gira em torno tanto da dimensão negativa dos direitos sociais quanto da dimensão positiva/prestacional.

Conforme o trabalho denotou, a judicialização dos direitos é um efeito natural da nova epistemologia reconhecida aos direitos fundamentais durante o séc. XX. Para Facchini Neto,⁷⁴ o constitucionalismo social ocasiona um deslocamento das demandas aos tribunais, para fazer valer pretensões que não tiveram resposta. O autor defende que essa é uma manifestação de democracia participativa. O Judiciário passaria também a ser encarregado de proteger minorias subalternizadas ante a prestação deficitária de direitos.

Do ponto de vista da teoria constitucional, para abordar a problemática da análise da omissão e, também, de violação aos direitos fundamentais, a doutrina apresenta algumas propostas. O controle de legitimidade para verificar a existência de violação por omissão a um direito fundamental exige três fases: a conduta para a qual se pretende prestação cai no âmbito de proteção do direito fundamental,⁷⁵ ⁷⁶ se existe obrigação do Estado de proteção da conduta, se esta obrigação de proteção não é satisfeita pelo Estado.⁷⁷

De outro lado, em caso de violação por restrições, haveria três etapas: verificar a adequação/conformidade da técnica utilizada para restringir; optar pelo meio restritivo menos gravoso ao direito objeto de restrição; analisar proporcionalidade em sentido estrito (manutenção de equilíbrio) entre meios e fins.⁷⁸ Uma violação

⁷⁴ FACCHINI NETO, Eugênio. O protagonismo do Judiciário no mundo contemporâneo e algumas de suas razões. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 23, n. 1, p. 89-132, 2018. p. 114-118. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/12788>. Acesso em: 19 abr. 2021.

⁷⁵ Somente é possível falar de restrição de direitos depois de conhecer o âmbito de proteção das normas constitucionais. Primeiro, deve-se analisar a estrutura da norma para determinar os bens jurídicos protegidos e a extensão/o âmbito de proteção da norma. Após, verificar se os bens jurídicos protegidos sofrem restrição pela própria Constituição ou se a Constituição autoriza a lei a restringir o âmbito de proteção. Depois de delimitar o âmbito de proteção, averigua-se o tipo, a natureza e a finalidade da medida legal restritiva (constitucional, infraconstitucional). Ver: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1.275.

⁷⁶ O âmbito de proteção é definido por duas teorias, interna ou externa. A teoria interna assenta que o direito fundamental existe desde sempre com o conteúdo determinado, já nasce com seus limites, razão pela qual seriam imanentes, de modo que as restrições não seriam necessárias, pois o conteúdo do âmbito de proteção já seria limitado de antemão. A teoria externa distingue direitos fundamentais e as restrições a ele impostas: há primeiro o direito em si e destacado dele suas restrições, havendo distinção entre posição *prima facie* e posição definitiva. Ver: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 387-395 e BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 175-179.

⁷⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 140; PIERROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 29.

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 395-399.

a direito fundamental somente ocorrerá se o âmbito de proteção do direito fundamental houver sido afetado por uma ingerência que não pode ser justificada jurídico-constitucionalmente.^{79 80}

Há dois tradicionais modelos de judicialização dos direitos sociais. Destaca-se que ambos os modelos de litigância já são, em si, medidas de avanço, diante de um panorama que tradicionalmente rejeita a judicialização dos direitos sociais.

O primeiro é um modelo individualizado, nos quais as cortes oferecem uma sensível solução a um demandante particular, porém nega soluções sistêmicas que podem surtir efeitos em grupos mais amplos.

Novais,⁸¹ sobre esse tipo de litigância, aponta que o problema começa quando ocorre o desenvolvimento de uma tendência generalizada do Judiciário de impor coativamente à administração e legislador orçamento para concessão individual de prestações baseadas na titularidade dos direitos sociais. Em um primeiro momento, pode-se pensar que o objetivo político foi realizado, porém, a contrapartida política decorrente dessa imposição judicial concreta pode pôr em causa a força das políticas na área do direito social em questão, afetando diametralmente setores menos favorecidos. Começa-se assim a duvidar da bondade dos resultados obtidos.

Segundo o autor, na prática, quem se beneficia das estratégias maximalizadas dos direitos sociais não são os excluídos, pois estes não vêm ao sistema, não fazem uso do direito.⁸² Quem se beneficia dessas políticas são os instruídos, organizados, que podem pagar por bons advogados.⁸³ Nesse sentido, a própria natureza contrademocrática⁸⁴ dos direitos sociais é posta em causa, quando este não serve a quem deveria.⁸⁵

⁷⁹ PIERROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 29.

⁸⁰ Novais também discorre com clareza sobre o tema (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 289-290).

⁸¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 20-29.

⁸² O estudo de Landau revela os mesmos resultados, chegando inclusive a afirmar que não são os mais pobres que reclamam direitos sociais, porém o autor explora abordagem de efetivação dos direitos sociais por meio de medidas estruturantes – estas sim ajudariam os necessitados – indo contra uma justiciabilidade débil dos direitos sociais, como defende Novais (LANDAU, David. *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional*. La influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en del derecho comparado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 300-304).

⁸³ Na dúvida sobre a melhor estratégia política de realizar direitos sociais e sobre a compatibilidade entre direitos sociais e direitos subjetivos, o autor opta por tratar os direitos sociais de forma autônoma, pois localiza diferenças entre direitos sociais e individuais que são incontornáveis.

⁸⁴ Rosanvallon defende que o povo-juiz seria uma forma de poder contrademocrático, por ser uma intervenção “quase legislativa”, que ganha legitimidade em um cenário de fragilidade do sistema político. Essa tendência não busca exaltar o poder do juiz, mas a demanda social (ROSANVALLON, Pierre. *La contrademocracia*. La política en la era de la desconfianza. Buenos Aires: Manantial, 2006. p. 191-240).

⁸⁵ No Brasil, é o que ocorre com a litigância em direito à saúde (direito social). A judicialização do direito à saúde no Brasil se dá por um litígio bipolar e individual. O principal problema que surge e até hoje se perpetua é a disponibilidade de recursos financeiros, o que levanta muitas polêmicas sobre esse modo de

No mesmo sentido, Landau⁸⁶ aponta que os direitos sociais seriam tradicionalmente postulados pela classe média e classe alta, e não pelos subalternizados. Ou seja, podem as Cortes endossar e afirmar esse direito agressivamente, porém, pouco afetar eventual transformação social.

O segundo modelo é o modelo negativo de tutela. Nesse, cortes declaram a inconstitucionalidade de leis que estabelecem recortes a certos benefícios ou que alteram os benefícios sociais que tenham sido concedidos. É outro modelo que faz pouco para alterar a realidade social e atingir quem mais precisa.

Ambos os modelos denotam uma judicialização com efeitos restritos às partes e sem um impacto social mais amplo da decisão⁸⁷ sobre os direitos sociais das pessoas. Sobre o ponto, Hachem⁸⁸ aponta que a litigância individual e com pouco impacto social se deve à associação que muitos fazem (com o fim de dar efetividade aos direitos sociais, destaca-se) entre direitos sociais e direitos subjetivos. Porém, os direitos subjetivos são tradicionalmente vistos como individuais, e essa abordagem é incapaz de abranger o complexo fenômeno constitucional contemporâneo. Inclusive, há negligência/desprezo com relação a interesses que não possam ser apreendidos individualmente.

Não se deve ignorar que os direitos sociais podem ser judicializados, principalmente nos casos de judiciários mais resistentes à judicialização, pelo modo direto e indireto. Resumidamente, na primeira, invoca-se diretamente um direito

judicialização. O primeiro “erro”, segundo o autor, é tratar o direito à saúde como um direito absoluto, de modo que se torna um direito de qualquer bem de saúde que um indivíduo prove que possui necessidade. Em um país subdesenvolvido como o Brasil, significa um alto custo social, determinado pelos tribunais. Segundo o autor, há evidências que demonstram que a maioria dos casos é de medicamentos de alto custo. Outro dado interessante é que há uma alta concentração de litígios nos estados e cidades mais ricos do país (FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. *Texas Law Review*, v. 89, p. 1.643-1.688, 2011. p. 1.654-1.662).

⁸⁶ LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. *Harvard International Law Journal*, v. 53, n. 1, p. 190-247, 2012. p. 190-191. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1774914. Acesso em: 10 dez. 2020.

⁸⁷ Surgem, então, não apenas as dúvidas acerca da melhor estratégia política de realização dos direitos sociais, mas também as dúvidas teóricas acerca da compatibilidade entre a própria ideia de direitos sociais e de direitos subjetivos fundamentais. Ou seja, se os direitos sociais eram, por definição, direitos de solidariedade e igualdade, inscritos num processo de realização de uma sociedade mais justa, solidária, socialista, então não podem ser simultaneamente concebidos como direitos subjetivos ou mesmo sequer como direitos, pelo menos individual e judicialmente acionáveis, porque nessa transmutação adquiriram necessariamente uma natureza de direitos contra alguém, neste caso, a natureza de direitos conta os outros, contribuintes ou potenciais beneficiários concorrentes, direitos contra a sociedade, judicialmente acionáveis, numa perspectiva egoísta e antissocial, incompatível com a realização do fim último de justiça social que justificaria originariamente os direitos sociais (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 26-29).

⁸⁸ HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 11, n. 3, p. 404-436, 2019. p. 416. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2019.113.08/60747599>. Acesso em: 12 jun. 2021.

social para fins de tutela; no segundo, invoca-se outro direito para tutelar um direito social.⁸⁹

Uma terceira forma de judicializar os direitos sociais seria a tutela estrutural, voltada a tutelar direitos sociais em caso de violações sistêmicas – quando identificado um estado de coisas inadequado aos direitos sociais, que perpetua violações. Em muitos casos, para a efetivação das decisões, o tribunal deve também emitir *remedys* judiciais para que o direito não fique apenas no plano de substantivação, e seja também cumprido.⁹⁰

A tutela estrutural é proposta que tem como característica a emissão de um *remedy* judicial diferenciado (uma *injunction* prospectiva e cascadeada). A tutela estrutural tem como fundo a separatividade entre o *right* (substantivação do direito)⁹¹ e o *remedy* (plano estrutural) e a *retain supervisory jurisdiction* (jurisdição controla a efetivação da reforma estrutural). Há várias formas de elaboração do plano estrutural, que pode contar com participação das partes, de uma das partes, ou ser imposto pelo Judiciário.

A tutela estrutural é interessante para os direitos sociais na medida em que há casos sérios de omissões dos demais poderes quanto à efetivação de direitos sociais, que podem levar a violações sistêmicas, principalmente para os subalternizados.

Alguns defendem que para se verificar uma omissão ao direito prestacional em sentido estrito, utiliza-se uma abordagem que considera a proibição do déficit/proibição da prestação insuficiente (diferente na dimensão de defesa dos direitos sociais, em que se analisa a proibição de excesso). Pode ser subdividido em dois

⁸⁹ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002. p. 132.

⁹⁰ A título de ilustração: “Sin embargo, la atención casi exclusiva que se le ha prestado a la fase de elaboración de las sentencias ha creado un punto ciego para el análisis y la práctica: la fase de cumplimiento de las sentencias. Por esa razón, no ha habido estudios sistemáticos sobre el destino de las decisiones activistas después de que estas se hayan aprobado.³ Más allá de las salas de los tribunales, ¿qué es lo que pasa con las órdenes que se dan en esa sentencia? ¿Hasta qué punto los funcionarios adoptan las conductas exigidas por los tribunales con el fin de proteger un determinado DESC? ¿Cuál es el impacto que tienen esas decisiones en el Estado, la sociedad civil, los movimientos sociales y la opinión pública? En definitiva, ¿contribuyen a la realización de los DESC?” (RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, v. 14, p. 1-27, 2013. p. 2).

⁹¹ Para uma maior efetivação dos direitos sociais, conforme a série de leituras realizadas no trabalho, que tribunais locais invocassem interpretações dos tribunais internacionais quando fossem determinar o alcance das obrigações delineadas pelo Pidesc. É necessário aprofundar uma nova dimensão dos direitos sociais para fortalecer sua proteção judicial pela progressiva aplicação do direito internacional pelos tribunais locais. A hierarquia dos tratados de direitos humanos não tem como único objetivo servir de complemento à dogmática constitucional, mas implica condicionar o exercício do Poder Público, incluindo o Judiciário, ao respeito e garantia desse instrumento. O grande desafio do século XXI para o constitucionalismo global é consolidar uma doutrina constitucional e internacional de desenvolvimento e proteção ótimos e efetivos dos direitos sociais.

subprincípios: realização do mínimo⁹² e princípio da razoabilidade. Um é centrado na delimitação positiva do conteúdo mínimo do direito ou dos deveres estatais que o Estado estaria obrigado a realizar e o outro, na identificação da razoabilidade da situação objetiva e subjetiva em que ficam os potenciais destinatários das medidas de ajuda.⁹³

Destacam-se, dentro da proposta de uma judicialização sustentável dos direitos sociais, as propostas de ativismo dialógico e de uma *empowered participatory jurisprudence*, ambas de Rodriguez-Garavito e Franco.^{94 95} As propostas em comento têm o condão de delinear os contornos de uma nova litigância democrática para a judicialização dos direitos sociais, preocupando-se com sua efetivação e levando em consideração a necessidade de se criar novos mecanismos participativos para casos de processos em que a atuação jurisdicional seja mais ampla.⁹⁶

Novas tutelas, como a tutela estrutural, buscam sobretudo estabelecer um canal de comunicação entre as partes afetadas e os responsáveis pela perpetuação de um estado de coisas desconforme com as previsões constitucionais. O objetivo é, sobretudo, promover a conversação e a defesa dos direitos sociais.

⁹² Na doutrina alemã, o mínimo existencial foi considerado um direito subjetivo a partir da discussão em torno do mínimo indispensável à existência mínima, dada a particularidade do ordenamento jurídico que não reconhece como fundamental um rol de direitos sociais, porém, protege-os de outras formas, como pelo mínimo.

⁹³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 307-318.

⁹⁴ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Empowered participatory jurisprudence: experimentation, deliberation and norms in socioeconomic rights adjudication. In: SEN, Amartya; YOUNG, Katharine. *The future of economic and social rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. p. 233-258. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/future-of-economic-and-social-rights/2C2C20AE05EC2C48FB2807739843D610>. Acesso em: 19 abr. 2021.

⁹⁵ “En resumen, al combinar los derechos, las medidas judiciales y los mecanismos de seguimiento del activismo dialógico, los jueces pueden compensar algunos de los defectos institucionales y políticos que hacen ineficaces las intervenciones de los tribunales en problemas complejos de distribución de recursos y mejorar los efectos generales del cumplimiento de los DESC” (RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, v. 14, p. 1-27, 2013. p. 26).

⁹⁶ Muitos outros importantes trabalhos se debruçam sobre a efetivação judicial dos direitos sociais. Cita-se e recomenda-se: LANGFORD, Malcolm. *Social rights jurisprudence: emerging trends in international and comparative law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008; COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro (Ed.). *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009; RODRÍGUEZ GARAVITO, César; ARCIDIÁCONO, Pilar; ESPEJO YAKSIC, Nicolás (Coord.). *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*. Bogotá: Siglo de Hombre Editores y la eHR, 2010; YOUNG, Katharine G. *Constituting economic and social rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012; LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. *Harvard International Law Journal*, v. 53, n. 1, p. 190-247, 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1774914. Acesso em: 10 dez. 2020; LIEBENBERG, Sandra. Participatory justice in social rights adjudication. *Human Rights Law Review*, v. 18, p. 623-649, 2018; SEN, Amartya; YOUNG, Katharine. *The future of economic and social rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

4 Do Estado de direito social sustentável: direitos sociais como pressuposto para o desenvolvimento⁹⁷

Partindo-se da relevância dos direitos sociais à sociedade e a uma nova dimensão social ao direito, para uma efetiva e responsável adesão aos direitos sociais no ordenamento jurídico, é necessário associá-lo à sustentabilidade. Somente um Estado social sustentável é, hoje, capaz de efetivar os direitos sociais, enfrentando críticas e os desafios da sociedade atual.

A sustentabilidade é, para Juarez Freitas,⁹⁸ um princípio fundamental. É, por isso, uma diretriz interpretativa que traz consigo os ODS 30 da ONU.⁹⁹ A sustentabilidade defendida é denominada “multifacetada”, pois abrange tanto o enfoque social, econômico, ético, ambiental como o jurídico-político, razão pela qual se atrela com um desenvolvimento responsável do Estado (Estado social sustentável), de seus poderes (justiciabilidade sustentável)¹⁰⁰ e da própria sociedade (desenvolvimento socioeconômico).

[...] o referencial da sustentabilidade tem de figurar no centro das decisões interpretativas. Do contrário, o Estado prosseguirá parasitário, com a crônica incapacidade de formular a representação de longo prazo e, pior, agindo como se fosse espécie exótica invasora nas relações com a sociedade civil.¹⁰¹

Assim, ao se falar em sustentabilidade, compreende-se esse agregado multifacetado de dimensões que permite absorver os direitos sociais sem que esses direitos sejam rejeitados ideologicamente, vistos como direitos fracos/secundários, pois uma abordagem sustentável busca englobar o reconhecimento de objetivos vários, sem o autoisolamento, por exemplo, somente do desenvolvimento

⁹⁷ Essa seção ganha relevância na medida em que existe uma contradição entre o fato de se viver na “era dos direitos” ante uma grande massa dos “sem direito”, sendo os segundos aqueles que a esmagadora maioria da humanidade não possui, mesmo que sejam solene e repetidamente proclamados, conforme ensinou Bobbio e que também lembra o aforismo nº 93 de Nietzsche localizado na sua obra *Humano demasiado humano*. Ver: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 e NIETZSCHE, Friedrich. *Humano demasiado humano*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2007. p. 41.

⁹⁸ FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: novo prisma hermenêutico. *Novos Estudos Jurídicos – NEJ*, v. 24, n. 3, p. 940-963, set./dez. 2018. p. 941.

⁹⁹ Para mais informações: <http://www.agenda2030.com.br/>.

¹⁰⁰ Nonet e Selznick associam o direito responsivo como um modelo aberto e adaptável capaz de compreender o que é essencial à sua integridade e ao mesmo tempo leva em consideração as novas forças do ambiente social. Nesse direito, as pressões sociais são fontes de conhecimento e de oportunidade de autocorreção (NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 120-121).

¹⁰¹ FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: novo prisma hermenêutico. *Novos Estudos Jurídicos – NEJ*, v. 24, n. 3, p. 940-963, set./dez. 2018. p. 944.

econômico.¹⁰² Tradicionalmente a sustentabilidade foi conectada com questões ambientais. Entretanto, o significado de *sustentabilidade* é muito mais amplo, de modo que a questão ambiental é apenas um dos seus escopos.

A relação exposta explica porque se opta em falar sobre um *Estado de direito social sustentável*, ou até mesmo sobre *direitos sociais sustentáveis*. Busca-se frisar que, na toada do que os direitos sociais têm como núcleo, o sistema jurídico caminha para um repensar das bases do Estado e da hermenêutica, cujo foco é a sustentabilidade multifacetada.

A sustentabilidade ligada ao âmbito político relaciona-se com as decisões tomadas pelos governantes. Todas as decisões têm um impacto profundo nos demais ramos sociais. As políticas públicas devem se guiar por aspectos como solidariedade.¹⁰³ Assim, à noção de sustentabilidade deve ser agregado um conceito de desenvolvimento (*desenvolvimento sustentável*), que auxilia na compreensão de um ambiente para sopesar adequadamente as necessidades econômicas e sociais.

A abordagem de *desenvolvimento* que se propõe é a que o economista Amartya Sen defende, utilizada para a construção de indicadores, como o IDH, e teoria-base para a compreensão dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável de 2030 – ODS 30 da ONU.

O desenvolvimento deve propiciar a expansão das liberdades individuais substantivas (o que fazer da vida, o que escolher ser, e até mesmo a liberdade de poder se nutrir e estudar, que para muitos não existe), pois elas aumentam as capacidades das pessoas e possibilitam que estas participem da vida social e política. A pobreza, nessa dimensão, é a privação de capacidades básicas/liberdades substantivas, indo além do baixo nível de renda, critério tradicional de aferição da pobreza. Por isso dizer que a pobreza real pode ser muito mais intensa do que se pode deduzir ao se aferir dados sobre a renda.¹⁰⁴

Importa destacar que a fonte material de onde surgem os direitos sociais é a pobreza, a qual não possui somente uma dimensão individual, mas sim uma dimensão coletiva, afetando o direito público.¹⁰⁵

¹⁰² BOSSELMANN, Klaus. *O princípio da sustentabilidade*. Transformando direito e governança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 52.

¹⁰³ COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; ARAÚJO, André Fabiano Guimarães de. A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social: para além do ambientalismo e do desenvolvimentismo. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, v. 39, p. 261-291, 2011. p. 270. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18499>. Acesso em: 11 ago. 2021.

¹⁰⁴ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 216-217; SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 118-121.

¹⁰⁵ NOGUERA, Albert. *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 19.

O desenvolvimento liga-se à expansão das liberdades reais de que as pessoas desfrutam. Ou seja, poderíamos pensar que não se preocupa somente com a expansão das liberdades individuais/civis, mas também das liberdades reais, substantivas/sociais. Nesse sentido, o desenvolvimento deixa de ser apenas visto pela ótica do crescimento econômico – crescimento que não é visto como menos importante para o autor –, mas também há uma preocupação com o acesso e desfrute de bens sociais e econômicos (serviços de educação, saúde, seguridade social), que têm o condão de propiciar as liberdades civis/individuais (liberdade de participar das discussões públicas).

Liberdades substantivas associam-se às carências econômicas e, no mais das vezes, ligam-se a uma prestação deficitária de serviços essenciais. O desenvolvimento, desse modo, exige que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza, carência de oportunidades econômicas e negligência dos serviços públicos.¹⁰⁶

Para o desenvolvimento de uma sociedade, tem os direitos – civis e sociais – papel instrumental para alcançar o fim do desenvolvimento, qual seja a ampliação das liberdades substantivas das pessoas.¹⁰⁷ Os direitos civis e os direitos sociais são modos de integrar os indivíduos de diferentes posições sociais em uma vida comum, juntos, apresentam uma cidadania sustentável.

A metáfora do pacto social defendida por muitos parece contrária à promessa moral de igualdade humana, pois nem todos possuem os mesmos direitos: aqueles que possuem mais ao que dar em troca possuem mais direitos. Os ricos desfrutam de muitas vantagens que os pobres não compartilham, principalmente associadas à exigibilidade dos direitos: os ricos podem obter melhores resultados quanto a liberdades civis e direitos básicos, podem contratar segurança privada, podem exercer direito ao aborto sem depender do Estado, podem mandar os filhos a escolas que quiserem, podem contribuir para campanhas políticas. Não se pode fechar os olhos ante essas desigualdades, porém o direito se fecha. Ou seja, a força do direito também pode servir moralmente para distorcer ideias de uma sociedade inteira.¹⁰⁸

As liberdades positiva e negativa, juntas, são complementárias do conceito mais amplo de liberdade fática.¹⁰⁹ Na medida em que direitos civis e políticos se abriram a determinados direitos e determinado grupo de pessoas detentoras

¹⁰⁶ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 17-18.

¹⁰⁷ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 52.

¹⁰⁸ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos*. Por qué la libertad depende de los impuestos. México: Siglo Veintiuno, 2012. p. 219-224.

¹⁰⁹ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007. p. 46.

desses direitos, a abrangência dos direitos civis restou limitada. Com os direitos sociais existe a possibilidade de demais grupos se subjetivarem e entrarem na órbita de discussão dos direitos civis e políticos.

A teoria desenvolvimentista de Sen demonstra que, para muitos, as liberdades não são uma realidade. Para Sen, são necessárias liberdades substantivas para que as pessoas tenham acesso às liberdades individuais (façam parte da vida política e gozem de direitos civis básicos). Nesse sentido, não há como se falar em democracia e participação se às pessoas não se reconhecem os direitos básicos, notadamente associados aos direitos sociais, como educação, alimentação, moradia e assistência. Os direitos civis podem ser reconhecidos como universais, porém isso não impede que se articulem como direitos pertencentes a sujeitos e âmbitos específicos.¹¹⁰

Pelo exposto, para viver e sobreviver nos tempos atuais são necessárias garantias jurídicas, devido ao fato de que se torna cada vez menos um fenômeno natural para um fenômeno artificial. A obrigatoriedade das prestações sociais não é mais o fruto benévolo de opções de políticas progressivas. Os direitos fundamentais são um fator e motor de crescimento, não só civil como econômico, até o ponto que, invertendo o prejuízo da contraposição de garantias de direito e desenvolvimento econômico, pode se dizer que a melhora econômica é uma política social dirigida a garantir os direitos vitais de todos, não devendo ser vista como um custo, senão como forma de inversão pública mais produtiva.¹¹¹

5 Considerações finais

Os direitos sociais devem ser abordados desde uma perspectiva participativa e multinível e como direitos poliédricos: positivos e negativos, prestacionais e não prestacionais, custosos e não custosos, determinados e não determinados, o que torna possível pensar na equivalência de seus mecanismos de proteção.

Quanto à justiciabilidade, trata-se de via que em muitos casos, principalmente no que toca às violações sistêmicas aos direitos sociais, deve ser utilizada e garantida, esteja presente um ruim/inexistente diálogo institucional, ausência de políticas públicas ou políticas públicas deficitárias.

Pensa-se que há formas de o Judiciário efetivamente e produzir resultados efetivos junto ao contexto social, sem que isso signifique invasão de poderes, e

¹¹⁰ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007. p. 76.

¹¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo más allá del Estado*. Madrid: Trotta, 2018. p. 30-33.

voltado sobretudo ao grupo mais necessitado. Por isso se falar em uma dimensão “sustentável” de Judiciário e de Estado social, pois o poder em questão deve se voltar a um compromisso responsável com a sociedade, principalmente atuando para aqueles que não têm voz para expressar suas necessidades e vontades (subalternizados).

Amartya Sen destaca que a redução da pobreza por meio de liberdades instrumentais – direitos sociais e civis – contribuem a uma subjetivação e maior participação de setores excluídos na vida social. Direitos sociais refletem a possibilidade de usufruírem de liberdades substantivas que os coloque em posição de poder fazer escolhas mais dignas.

A discussão sobre Estado social e direitos sociais ultrapassa o campo meramente ideológico quando da defesa do princípio da sustentabilidade, que faz uma releitura das instituições do Estado, do desenvolvimento e dos direitos sociais, preocupando-se, sobretudo, com o desenvolvimento humano.

From the state of sustainable social law towards the defense and enforcement of social rights

Abstract: The article seeks to explore the barriers that prevent the realization of social rights, through a study of their foundation – history, structure, polyhedral dimension, human development – and addressing current aspects of the justiciability of social rights. It seeks to relate social rights and development, whose connection is the key to talking about the construction of a sustainable model of the Social State. The discussion on social rights is fundamental and current in peripheral countries, from the global south or “late modernity”.

Keywords: Social rights. Sustainable Social State. Development. Justiciability of Social Rights.

Contents: **1** Introduction – **2** Demystifying historical misunderstandings: social state, social rights – **3** Demystifying misunderstandings about fundamental rights theory – **4** Final considerations

Referências

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2006.

ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. Derechos sociales. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis; RODRÍGUEZ BLANCO, Verónica (Ed.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015. v. II.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BOSELTMANN, Klaus. *O princípio da sustentabilidade*. Transformando direito e governança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. O direito constitucional como ciência de direcção – O núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”). In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; ARAÚJO, André Fabiano Guimarães de. A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social: para além do ambientalismo e do desenvolvimentismo. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, v. 39, p. 261-291, 2011. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18499>. Acesso em: 11 ago. 2021.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FACCHINI NETO, Eugênio. O protagonismo do Judiciário no mundo contemporâneo e algumas de suas razões. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 23, n. 1, p. 89-132, 2018. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/12788>. Acesso em: 19 abr. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo más allá del Estado*. Madrid: Trotta, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. *Cuestiones Constitucionales*, n. 15, p. 113-136, 2006.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. *Texas Law Review*, v. 89, p. 1.643-1.688, 2011.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales*. Apuntes de historia de las constituciones. Madrid: Trotta, 2003.

FISS, Owen. *El derecho como razón pública*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: novo prisma hermenêutico. *Novos Estudos Jurídicos – NEJ*, v. 24, n. 3, p. 940-963, set./dez. 2018.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara, 2001.

HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 11, n. 3, p. 404-436, 2019. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2019.113.08/60747599>. Acesso em: 12 jun. 2021.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos*. Por qué la libertad depende de los impuestos. México: Siglo Veintiuno, 2012.

LANDAU, David. *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional*. La influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en del derecho comparado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. *Harvard International Law Journal*, v. 53, n. 1, p. 190-247, 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1774914. Acesso em: 10 dez. 2020.

MEJÍA RIVERA, Joaquín. *Diez cuestiones actuales sobre derechos humanos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales, 2018.

- MORALES, Leticia. *Derechos sociales constitucionales y democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Humano demasiado humano*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2007.
- NOGUERA, Albert. *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- PÉREZ LUNO, Antonio E. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995.
- PERLINGEIRO, Ricardo. ¿La reserva de lo posible se constituye en un límite a la intervención jurisdiccional en las políticas públicas sociales? *Estudio Socio-Jurídico*, Bogotá, v. 16, n. 2, p. 181-212, 2014.
- PIERROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus enemigos: elementos para una reconstrucción garantista. *Observatorio Desc*, 2009. Disponível em: http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/Gerardo_Pisarello_Enemigos_de_los_ds.pdf. Acesso em: 14 ago. 2021.
- PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, v. 14, p. 1-27, 2013.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Empowered participatory jurisprudence: experimentation, deliberation and norms in socioeconomic rights adjudication. In: SEN, Amartya; YOUNG, Katharine. *The future of economic and social rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. p. 233-258. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/future-of-economic-and-social-rights/2C2C20AE05EC2C48FB2807739843D610>. Acesso em: 19 abr. 2021.
- ROSANVALLON, Pierre. *La contrademocracia*. La política en la era de la desconfianza. Buenos Aires: Manantial, 2006.
- ROSANVALLON, Pierre. *La sociedad de los iguales*. Madrid: RBA, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- SUNSTEIN, Cass R. Social and economic rights? Lessons from South Africa. *John M. Olin Program in Law and Economics*, Working Paper n. 124, 2001. Disponível em: https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/12785996/Social%20and%20Economic%20Rights_%20Lessons%20from%20South%20Africa.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 19 abr. 2021.

TUSHNET, Mark. A response to David Landau: responding to David Landau, The Reality of Social Rights Enforcement, 53, HARV.INT'L. L.J. 189 (2012). In: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sergio Cruz (Org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 57-68.

VALLE, Vanice Regina Lírio. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2011.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MÖLLER, Gabriela Samrslá; MARCO, Cristhian Magnus De; SANTOS, Paulo Junior Trindade dos. Do Estado de direito social sustentável para uma defesa e efetivação dos direitos sociais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 15, n. 45, p. 247-275, jul./dez. 2021.

Recebido em: 06.09.2019
Pareceres: 07.07.2020; 28.05.2021
Aprovado em: 28.05.2021