

OS DIREITOS SOCIAIS E O ACESSO À JUSTIÇA: O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE SOCIAL RIGHTS AND THE ACCES OF JUSTICE: THE PROTAGONISM OF JUDICIAL POWER IN THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS

André Luiz Valim Vieira¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. Velhos paradigmas: origem e qualificação dos Direitos Sociais. 2. A Imutabilidade das Regras de Direitos Sociais. 3. Justiciabilidade dos Direitos Sociais: o Judiciário frente às prestações positivas. 4. Por Novos Paradigmas e um Sistema Ativo de Reconhecimento Judicial dos Direitos Sociais: o protagonismo do Poder Judiciário. Considerações Finais. Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objeto o estudo dos direitos sociais em face da possibilidade de acesso judicial para a materialização dos mesmos. Para isto nos utilizamos da pesquisa bibliográfica e dos métodos dialético e hipotético-dedutivo. Nosso objetivo, em um primeiro momento, é efetuar uma breve análise histórica dos direitos sociais, desde sua origem como parte integrante do sistema/gerações de direitos fundamentais alcançando o início destas previsões de direitos no ordenamento jurídico brasileiro. Posteriormente pretendemos tomar o estudo dos direitos sociais Constituição de modo a vislumbrarmos os avanços realizados no sistema judicial de prestações positivas. Nosso intento é tecer comentários sobre o caminho futuro de tutela jurisdicional dos outros direitos sociais através da modificação do pré-conceito ainda existente no Poder Judiciário acerca da programaticidade destes direitos, realizando-se assim a construção de um sistema ativo de prestação jurisdicional em favor da realização destes fundamentais direitos, declarados e reconhecidos de segunda geração, todavia, ainda em nossos dias sob recusas de medidas de ativação urgentes.

Palavras-chave: Direitos sociais. Acesso à justiça. Processo judicial.

ABSTRACT: This article focuses on the study of social rights in the face of the possibility of legal access to the same embodiment. For this we use the literature and dialectical methods and hypothetical-deductive. Our goal, at first is to make a brief historical analysis of social rights, from its origin as part of the system/generation of fundamental predictions reaching the top of these rights in Brazilian legal system. Later we intend to take the study of social rights in article 6° of the Constitution in order to vislumbrad the progress made in the judicial system of positive benefits. Our intent is to comment on the future path of judicial protection of other social rights by modifying the pre-existing concept still in the Judiciary programmatic about these rights, thus making the construction of an active system of adjudication in favor the realization of these fundamental rights declared and recognized in the second

¹ Advogado. Bacharel em Direito pela UNESP. Doutor em Ciências Sociais (Relações Interacionais e Desenvolvimento) pela UNESP. Professor universitário.

generation, however, even in our days under denials of urgent measures of activation.

Keys-word: Social rights. Access of the justice. Judicial process.

“Não entendo. Isso é tão vasto que ultrapassa qualquer entender. Entender é sempre limitado. Mas não entender pode não ter fronteiras. Sinto que sou muito mais completa quando não entendo. Não entender, do modo como falo, é um dom. Não entender, mas não como um simples de espírito. O bom é ser inteligente e não entender. É uma benção estranha, como ter loucura sem ser doída. É um desinteresse manso, é uma doçura de burrice. Só que de vez em quando vem a inquietação: quero entender um pouco. Não de mais: mas pelo menos entender que não entendo.”

Clarice Lispector

INTRODUÇÃO

Na primeira parte deste artigo nos propomos a apresentar os velhos paradigmas referentes aos direitos sociais. A partir do entendimento da função e dos limites de referência para o campo das ciências em geral pretendemos discorrer sobre a teoria dos direitos fundamentais e a concepção da divisão dos direitos humanos em concepções geracionais. Desse modo compreendendo o contexto de surgimento dos direitos sociais poderemos discorrer sobre o paradigma ultrapassado que procura limitar a efetividade dos direitos a normas jurídicas de conteúdo vazio de efetivação, normas programáticas, meros dispositivos de governo e de orientação da administração do Estado. Pretendemos demonstrar a qualificação dos direitos sociais como direitos fundamentais de conteúdo completo e de plena eficácia normativa e jurídica.

Na segunda parte discutiremos sobre a caracterização dos direitos sociais como direitos fundamentais imutáveis e caracterizados como cláusulas constitucionais pétreas. De conteúdo essencial e intocável por parte do Constituinte originário as previsões dos direitos sociais espalhados por todo o texto constitucional se apresentam como direitos protegidos contra eventuais desejos de modificação por parte do constituinte derivado reformador e, principalmente, por parte de políticas públicas ou interpretações judiciais que possam retirar a eficácia de sua integralidade.

Na terceira parte almejamos demonstrar a mais moderna doutrina dos direitos sociais. Mediante o estabelecimento de novos paradigmas, estes direitos não se apresentam somente como direitos prestacionais ou positivos, isto é, sujeitos

à sua realização e efetivação pelo Poder Público por meio de medidas de governo e de políticas públicas. Soma-se a isso a necessidade de uma atuação efetiva e ativa por parte do Poder Judiciário no sentido de garantir, proteger e prever meios de efetivação e factibilidade desses direitos fundamentais. Propugnamos assim – que em tempos de crises econômicas, políticas e de legitimidade democrática – representa tarefa do Poder Judiciário a construção de ferramentas e meios para que os direitos sociais possam ser realmente exercidos. Enquanto direitos justiciáveis e passíveis de ser exigidos judicialmente resta, portanto, aos órgãos do Judiciário a última esperança para a garantia do preceito da dignidade da pessoa humana.

1. VELHOS PARADIGMAS: ORIGEM E QUALIFICAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.

Segundo Ihering a vida do direito é a luta. A luta de povos, governos, classes, de indivíduos; porque almejando a paz o direito deve se valer da luta como meio de conquista (IHERING, 2008, p. 31). Assim todo direito existente foi assim conquistado quando pelo enfrentamento, quando se buscou derribar o anterior ordenamento jurídico para a conquista posterior como consequência do enfrentamento. Logo, muito mais do que pensamento ou ideação é o direito força viva, ativa e permanente. Não precisamos retornar muitos decênios para constatar a afirmativa do direito como resultante do processo de reivindicação e produto direto da luta por sua conquista. O que boa parte da doutrina qualifica como direitos sociais são resultado, também, de um processo histórico de lutas e reivindicações.

Apenas para fins didáticos, neste trabalho utilizaremos o termo “direitos fundamentais” como uma expressão sinônima de direitos humanos. Embora muitas vezes parte dos escritos tratando do tema utilizem indiscriminadamente um termo pelo outro há de se reconhecer critérios diferenciadores entre eles. Se formos mais a fundo ainda na discussão da opção terminológica constataremos uma pluralidade de conjunções utilizadas como se representassem o mesmo objeto da mesma natureza. A práxis linguística indistintamente costuma se valer de expressões como: direitos naturais, direitos políticos subjetivos, liberdades públicas, direitos morais ou direitos fundamentais, direitos individuais, direitos de cidadania; sendo, todavia, distintos os termos e cada um representando um momento específico e uma particularidade da gama de direitos dos sujeitos (PECES-BARBA MARTINEZ, 2004,

p. 22). Para fins de finalização desta discussão – pelo menos no âmbito do presente trabalho – seguiremos a linha defendida por alguns estudiosos brasileiros onde direitos humanos são os direitos fundamentais reconhecidos e protegidos em documentos internacionais – cartas, convenções e pactos – enquanto seriam direitos fundamentais aqueles direitos humanos positivados no ordenamento jurídico nacional pela Constituição e que significariam os direitos essenciais de toda pessoa, base principal da construção de todo ordenamento jurídico de direitos e deveres, da democracia e da organização do Estado e de seus poderes, além da divisão de competências e identificação de objetivos específicos da comunidade política.

Enquanto o período compreendido entre os séculos XIII a partir do documento inglês denominada de Magna Carta de João-Sem-Terra, outorgada em 1215 aos súditos ingleses como uma vitória no processo de enfrentamento aos domínios da coroa britânica a partir da previsão de direitos limitando o poder da monarquia; passando pela Petição de Direitos (*Bill of Rights*) e culminando na Declaração de Direitos Humanos, fruto do movimento liberal da burguesia francesa os direitos nascidos tinha por principal objetivo proteger o indivíduo, pela declaração e previsão de direitos, contra a força e o poder do Estado. Por isso, são conhecidos como direitos de defesa e servem de previsões protetoras a contra o soberano com a especificação de garantias para efetivação destes direitos. Junto à indicativa da liberdade como um direito se prescreve os instrumentos garantidores da liberdade ou de confronto à cessão desta; com a previsão da propriedade como direito, levantam-se meios para se reaver o domínio contra o esbulho.

A estes direitos ditos como direitos de defesa ou de liberdade a doutrina cunhou a designação de uma primeira geração de direitos. Seriam por assim dizer em termos técnico-jurídicos verdadeiros direitos subjetivos, pois oponíveis ao Estado. Isto porque representariam poderes de agir reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica a todos seres humanos (FERREIRA FILHO, 2010, p. 46). Existindo a previsão do direito, sua normatização, haveria também a possibilidade de utilização de meios, as chamadas garantias, para se necessário servirem de oposição ao Estado ou a outra pessoa que ameaçasse o direito declarado, de exercício individual.

Os direitos reconhecidos como sociais e econômicos são resultado da luta social especialmente da situação da classe trabalhadora frente aos avanços do sistema capitalista impulsionado pela revolução industrial. A questão do confronto

entre as classes burguesa e operária, além da exploração da força de trabalho sem um limite de restrição ou de humanidade, serviram para o confronto de onde provieram os direitos de cunho social. No início do século XX não existiam limites restritivos à exploração. Homens, mulheres e mesmo crianças – em sua maioria atraídas do campo para cidade – eram obrigados a trabalhos exaustivos, insalubres, sem descanso e com uma remuneração aquém do suficiente à sua manutenção e sobrevivência. Inicialmente reivindicados pelos sindicatos e categorias de trabalhadores estes direitos surgem como regras mínimas a um viver digno. Assim surgem o direito ao repouso, ao lazer, à educação e instrução escolar, a um salário condizente com o trabalho realizado. Tanto que o primeiro documento político a reconhecer e a prever a existência dos direitos econômicos e sociais foi a Constituição Alemã de Weimar de 1919.

Estes direitos ditos como direitos sociais e econômicos são reconhecidos pela doutrina jurídica como direitos de segunda geração, por advirem posteriormente aos direitos individuais. A questão é que quando parte da doutrina faz a opção didática de troca do termo “gerações” por “dimensões” este ato de modificação nominal por si só é incapaz de modificar a matriz pensante que procura enquadrar pelo método lógico-positivo-formal a o contexto histórico de direitos em partes estanques. Ainda que com o termo dimensões se procurou denotar não uma sucessão superativa com o abandono dos direitos dos tempos pretéritos; mas, apenas uma continuidade na declaração destes direitos tendo por características diferenciais pontos de destaque mais nítidos como individuais ou sociais; esta viciação metodológica é insuficiente a demonstrar a grandiosidade das conquistas e das lutas envolvidas para sua realização. Em uma perspectiva reducionista, procura-se encaixotar os direitos em fórmulas estanques ou em produtos para consumo com sua rotulação de conteúdo – direitos de liberdade ou sociais ou de solidariedade – com a indicação da origem de fabricação em dado momento temporal-histórico para perfeitamente se reconhecer sua finalidade, adequando-os no ordenamento jurídico junto aos demais direitos em espécies de direitos.

Justamente por isso uma crítica ainda mais oportuna envolve o questionamento não sobre a impropriedade de um termo ou sua troca por outro. Abarca uma ampla discussão sobre a visão dominante e engessada acerca das gerações de direitos fundamentais ou de direitos humanos. A partir de um viés progressista esta posição apresenta contornos de uma teria crítica de direitos

humanos sob uma perspectiva emancipadora. Considera, outrossim, que a visão geracional encerra um discurso ideológico – em um sentido negativo, prejudicial – com o objetivo claro de encobrir, mas principalmente, justificar uma dominação social de modo a torná-la normal e naturalizando-a (RUBIO, 2011, p. 13). Esta dominação social, centrada em uma razão ideológica dominadora, utilizaria do discurso das gerações não para reconhecer ou declarar os direitos, senão para limitá-los, restringí-los, tornando-os existentes porém ineficazes.

Por isso acreditar em direitos fundamentais ou direitos humanos como direitos de primeira, segunda e terceira gerações serviriam principalmente para reforçar o imaginário eurocêntrico e linear. Uma forma industrial de pensar o direito que, embora apresente avanços e virtudes, culmina por implantar uma cultura jurídica anestesiada. Este produto difundido seriam os direitos fundamentais tendo como personagem e titular de direitos o ser humano ocidental, branco, europeu, heterossexual, de classe média ou que possui o exercício pleno de uma gama de direitos e de uma estrutura política e social formalmente igualitária. Esta concepção geracional de direitos é, sobretudo, fruto da modernidade burguesa e liberal como padrão vigente para o sujeito de direitos humanos fundamentais.

Se acreditarmos cegamente ou acriticamente que os direitos fundamentais são resultados de uma geração ou de dimensão seguidas, estaríamos produzindo uma degeneração de direitos. Esta degeneração, resultado justamente da divisão dos direitos em gerações, tomariam somente os direitos individuais e políticos, ou seja, direitos próprios da primeira geração e resultados da luta burguesa como direitos de efetividade possível. Isso nos levaria, indubitavelmente, a acreditar passivamente que a eficácia jurídica e que um de sistemas de garantias processuais somente são vindicáveis aos direitos de dimensão da liberdade, da propriedade e da liberdade. Logo, dificilmente encontraríamos em direitos de igualdade como são os direitos econômicos e sociais e os de gerações sucessivas como os direitos de terceira ou quarta dimensão capacidade normativa plena para produção de efeitos jurídicos, inclusive reivindicáveis processualmente.

A Constituição Mexicana de 1917 e logo em seguida a Constituição Alemã de Weimar de 1919, foram os primeiros documentos fundamentais de Estados a reconhecer os direitos sociais como direitos positivados constitucionalmente. Serviram estes dois textos, com suas previsões dos primeiros contornos de normas fundamentais de direitos sociais, de paradigmas cujos

preceitos foram posteriormente repetidos em diversos documentos políticos declarativos de direitos.

A *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* publicada no dia 05 de fevereiro de 1917 foi o substituto ao texto anterior de mesma nomenclatura datado de 1857. O então chefe do Executivo mexicano, Venustiano Carranza, comandou o Congresso Constituinte reunido em Guadalupe, no México, para alteração e elaboração de um novo texto fundamental (ALVES, 2006). Foi esta Constituição historicamente o primeiro texto a trazer à importância do Estado a questão de direitos extravasadores dos limites individuais, configurando um verdadeiro “constitucionalismo social”. “Denomina-se constitucionalismo social o movimento que, considerando uma das principais funções do Estado: a realização da Justiça Social, propõe a inclusão de direitos trabalhistas e sociais fundamentais nos textos das Constituições” (CARVALHO, 1999, p. 46).

A Constituição Mexicana de 1917 entre inúmeros direitos do povo indígena mexicano previa um Título Sexto sobre o trabalho e a previsão social. O artigo 123, em quatorze incisos e através de diversas divisões, estabelecia o reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais de toda pessoa como atributo da dignidade. Estabeleceram-se medidas aplicáveis ao trabalho reconhecendo-as como direitos: limitavam a jornada laboral a 08 horas diárias, limite a jornadas noturnas, especificação de um salário mínimo, direitos das mulheres grávidas, possibilidades de associações, estipulação de direitos previdenciários e de assistência (MÉXICO, 1917); dentre inúmeras outras significativas inovações, rompendo com os parâmetros anteriormente estabelecidos e conformando um novo marco de direitos fundamentais: os direitos sociais.

Os preceitos iniciados na Constituição do México de 1917 foram seguidos pelo documento do Império da Alemanha de 1919 e conhecida como Constituição de Weimar (*Weimarer Verfassung*). Criada no ano seguinte ao término do primeiro grande conflito bélico do qual o país tedesco fez parte, representa o período de transição pelo qual passavam as nações mundiais. Após a guerra de proporções globais a atenção dos Estados, especialmente daqueles envolvidos no confronto, era de fortalecer as conquistas alcançadas pela sociedade e para tanto se faziam necessárias as previsões de direitos mais amplos, além da mera liberdade do individualismo, a envolver a sociedade de um modo geral. Era imperioso se fixar nas

bases dos Estados – realizando-se isto pela previsão nas Constituições – dos direitos sociais trabalhistas, de educação, previdenciários e de assistência.

Às iniciativas propostas pela Constituição do México de 1917 e pela Constituição Alemã de Weimar de 1919 se seguiram outros documentos políticos a prever direitos sociais em nas leis fundamentais do Estado como foi o caso da Constituição da França de 1946 e da Constituição da União Soviética de 1918. A Constituição soviética além de prever direitos sociais também abolia a propriedade privada dos meios de produção instituindo-se juridicamente a socialização das terras e propriedades. No Brasil, a Constituição de 1930 foi a primeira de nosso país a inovar trazendo em seu texto normas de direito trabalhistas, sociais, econômicos e culturais.

Os direitos sociais são reconhecidos, tradicionalmente, como direitos de segundo dimensão ou geração. Os direitos fundamentais de índole econômica e social surgem como barreira à exploração exercida pelas indústrias e fábricas aos operários e empregados, no final do século XIX. Os direitos de face social têm grande efervescência no século XX especialmente após os períodos bélicos, momento em que sua expansão se deu de forma mais abrangente mediante a previsão em textos constitucionais do segundo pós-guerra.

Embora ainda reconheça os direitos econômicos e sociais como direitos subjetivos – do mesmo modo que o são os direitos de primeira dimensão – aqueles se diferenciam destes por ser mais do que apenas poderes de agir. Enquanto as chamadas liberdades públicas representam uma parcela de direitos oponível ao Estado tendo por garantia um limite de interferência na vida do indivíduo, dever de abstenção; os direitos de conquista posterior, positivados e declarados como econômicos e sociais se apresentam como dever de ação do poder governamental.

Seriam, em verdade, direitos de crédito, poderes de exigir, capacidades possibilitadoras de obrigações em face do Estado. São direitos dos indivíduos integrantes da organização social e obrigações por parte do Estado, passíveis de exigência e reivindicação caso não realizados concretamente pelo ente estatal.

Inicialmente as normas declarativas de direitos sociais eram considerados como direitos possuidores de baixa normatividade e de uma duvidosa eficácia por exigirem para sua realização diretamente do Estado o implemento de determinadas condições de existência em sua maioria consistente em prestações materiais sofríveis pela carência, insuficiência ou limitações dos recursos e meios disponíveis

para tal intento. De uma jurisdicionalidade questionável e incerta de início foram posteriormente indexados à esfera programática, de normas intenção ou de programas de alcance em razão da insuficiência de instrumentos processuais ou políticos para sua proteção ou exigência, na mesma medida das garantias e meios de acesso aos direitos de liberdade ou ditos de primeira dimensão (BONAVIDES, 2008, p. 564). Com as bases fixadas na regra jurídica-positiva resta aos demais – Executivo e Judiciário, a tarefa de realizá-los: ao primeiro diretamente através de políticas públicas e o segundo quando patente a omissão do poder público.

O senso comum teórico dos juristas costuma apontar, segundo ainda dominante ideologia, que os direitos sociais seriam direitos mais fracos, com uma menor carga de aplicação imediata por carecer de possibilidade de realização imediata (WARAT, 1994, p. 13). Este “senso comum teórico dos juristas” consiste, pois, em locução que tem por objetivo designar as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito e serve a equacionar a dimensão ideológica das chamadas verdades jurídicas. O valor jurídico de referidos direitos é diminuído quando se procura enquadrá-lo como objetivos de governo ou meras declarações de intenções, consubstanciadas na Constituição em razão do compromisso político assumido e traçado segundo os objetivos e princípios do Estado, todavia, pendente da configuração de determinadas condições (políticas, econômicas, legislativas) para sua observância. Segundo o jusfilósofo argentino e professor universitário no Brasil, os juristas se valem deste senso comum teórico como costumes intelectuais não contestados, ou seja, aceitos como verdades de princípios cuja utilização serve para ocultar o componente político da investigação da verdade por traz destas formas jurídicas moldadas. Caso o jurista se propusesse a investigar a além das ditas verdades jurídicas amplamente aceitas, indubitavelmente, constataria formas de poder e dominação política que se valhem da lei e do direito para seu intento.

Por isso se explica o pensamento dominante de os direitos sociais não transparecerem verdadeiros direitos, mas apenas garantias institucionais. Com isso se procura negar aos direitos sociais *status* de direitos fundamentais. Entretanto, esta tese modernamente vem sendo refutada por considerável parte da doutrina e é a nossa visão também sobre esta incógnita, conforme expusemos anteriormente sobre a programaticidade ou não deste tipo de norma constitucional. Para os estudiosos mais conectados com esta visão em processo de abertura é reconhecível

de imediato a natureza de fundamentalidade aos direitos sociais juntamente como o são os direitos individuais, políticos e de nacionalidade (SILVA, 1998, p. 150).

2. A IMUTABILIDADE DAS REGRAS DE DIREITOS SOCIAIS.

Nossa consciência segue as linhas traçadas que entendem os direitos sociais como cláusulas pétreas (SARLET, 2006, p. 424). Em primeiro lugar porque a Constituição não especifica qualquer diferença ou grau de hierarquia entre os direitos individuais – ditos direitos de defesa – e os direitos sociais. Um não está em hierarquia superior ao outro e muito menos em grau de subordinação. Se somente se apresentam como direitos de diferentes categorias e por isso não integram o mesmo âmbito de significação nominativa é justamente pelo fato de cada um apresentar momento distinto de surgimento, todavia, nem por isso se excluem ou se anulam. Constituem aspectos e faces diversas de uma mesma matriz valorativa de proteção do ser humano e de previsão de direitos que se complementam e se completam com o intuito de melhor dar forma aos indivíduos e à sociedade.

Aplicar uma exegese restritiva e conservadora em que se excluam os direitos sociais da categoria de cláusulas pétreas serve muito bem a revelar previamente o pensamento e a ideologia jurídica direcionadora do pensamento do intérprete, porque costumam subsumir este entendimento limitativo pelo fato de já conceberem estes direitos unicamente como normas programáticas ou de bom governo. Por isso, negam-lhe imodificabilidade constitucional porque também consideram tais direitos insuscetíveis de reclamação visando às prestações materiais por parte do Estado, retirando-lhes a potencialidade reivindicatória como esta é plenamente reconhecida nos direitos de defesa de cunho individuais.

Para entender a razão dessa negativa de atribuição de imodificabilidade aos direitos sociais precisamos ter em conta que no jogo político de elaboração de uma Constituição o texto normativo nem sempre especificará de modo claro a intenção contida no corpo da regra jurídica. O redator constitucional – ainda que assim relativamente se presuma – pode muito bem não possuir um largo domínio das teorias vigentes e conhecer em grau considerável quanto à cientificidade daquilo sobre o qual se propõe normatizar e do qual ficou incumbido.

Como não há especificamente uma previsão negativa desta qualidade de reserva de modificação aos direitos sociais esse entendimento provém especificamente da interpretação aplicada: em sua maioria restritiva e carente de efeitos. No entanto, mais do que apenas revelar o sentido da norma, como se este fosse unívoco, o intérprete constitucional deve atribuir sentido ao texto em consonância com as demais normas do ordenamento de modo que não se exclua além do que seria o mais acertado. (STRECK, 1999, p. 200). Justamente por isso que realizar a hermenêutica de uma norma jurídica, especialmente uma exegese constitucional da norma jurídica fundamental do art. 60, §4º, inciso IV, é essencial não apenas buscar o sentido escondido no texto que seria imanente à norma; é sim e principalmente realizar um processo de compreensão do Direito extraindo sentidos além dos limites engessantes da dogmática jurídica tradicional. Para o eminente professor “[...] é preciso ter claro que a lei (o texto) não carrega um sentido imanente ou uma espécie de essência (substância) que o intérprete possa revelar, a partir de um ato de conhecimento. Esse sentido é sempre atribuível.” (STRECK, 2005, p. 108).

Uma interpretação literal entenderia somente os direitos individuais como cláusulas pétreas. Uma interpretação sistemática e ampliada, porém, levando-se em conta a complexa ordem social vigente – e assim reconhecida na Constituição – reconheceria esse atributo também aos direitos sociais. Até porque a inseparabilidade dos direitos sociais do mundo como hoje conhecemos, isto é, dos atributos dos direitos fundamentais como os direitos individuais é a interpretação mais plausível, inclusive com restrição de supressão conformando a realidade material de modo a se evitar retrocessos sociais.

Para o professor Paulo Bonavides, certamente o avanço teria sido muito maior se juntamente com a previsão da proteção suprema da imodificabilidade por emenda constitucional tivesse sido prevista além dos direitos individuais, como previstos expressamente, o substrato social referente a estes direitos (BONAVIDES, 2008, p. 557); estruturas essenciais que compõem a base teórica e positiva da modalidade constitucional brasileira de Estado Social, conquista dos últimos decênios. Todavia, é de se entender que como é essencial proteger os elementos da democracia, é do mesmo modo elementar proteger direitos sociais quanto à imodificabilidade supletiva como são os direitos individuais.

Assim a ordem do artigo 60, §4º, inciso IV, é proteger, na verdade, os direitos inerentes ao título segundo da Constituição: dos direitos e garantias fundamentais. Engloba-se nestes, os direitos individuais e seus meios de garantia de uma futura exclusão constitucional bem como os direitos sociais do sexto artigo, os direitos trabalhistas, os direitos políticos e os direitos de nacionalidade. Além do mais, se tomássemos tal interpretação literal restritiva não somente os direitos sociais estariam excluídos dos limites à alteração constitucional, mas diversos outros direitos de conquistas históricas como os direitos de nacionalidade estariam jogados a própria sorte e ao arbítrio do legislador, mais facilmente manipulável e dobrável por interesses outros além do bem-estar do povo e da continuidade da vida democrática centrada em direitos e garantias.

Plenamente extensível aos direitos sociais a condição de normas pétreas em oposição à corrente doutrinária brasileira que procura restringir tal atributo somente aos direitos individuais, como direitos de liberdade ou de defesa, o alcance da imodificabilidade daqueles direitos. Por isso para muitos entre os quais é nosso entendimento também os direitos sociais expostos na Constituição da República são cláusulas pétreas, especialmente os direitos do sexto artigo (SILVA FILHO, 2006, p. 132). Isso significa dizer: são direitos imunes à revisão constitucional material que objetive suprimi-los ou dar-lhes interpretação restritiva tendente a deles retirar qualquer carga de imperatividade ou de seus elementos característicos que possam desnaturar a essência de direitos fundamentais de domínio da sociedade brasileira.

3. JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS: O JUDICIÁRIO FRENTE ÀS PRESTAÇÕES POSITIVAS.

O grande paradoxo – tanto dos direitos humanos individuais quanto dos direitos sociais – no Brasil, desde a previsão constitucional iniciada em 1988, referidos direitos ainda para muitos se restringem à mera liberalidade do poder governamental executor enquanto no âmbito jurídico cercado qualificativamente como, apenas, normas programáticas.

Enquanto os direitos de liberdade ou individuais tomaram a forma de direitos contra o Estado, isto é, uma armadura normativa a proteger o cidadão ou indivíduo sob garantia de resguardo de seu direito fundamental; os direitos sociais deveriam se consubstanciar em direitos autorizados pelo Estado, previstos

constitucionalmente, e que em boa parte se imantam com os objetivos e princípios da organização social. Identificar-se-iam também como direitos realizáveis por este mesmo Estado se não possível a obtenção por meios próprios e independentes e como consequências de seu próprio contexto. Em nada se questiona a função direcionadora deste caráter de normas fundamentais, todavia, é preciso estar atento a possibilidade de ingerência e requisição para a participação do Estado por meio de seus poderes pela impossibilidade do sujeito por si só usufruir de tais direitos de cunho social.

Justamente por isso que “[...] os direitos fundamentais sociais não são *contra* o Estado, mas sim direitos *através* do Estado, com a possibilidade de exigir do poder público certas prestações materiais” (KRELL, 2002, p. 19). Até porque seguindo nesta mesma linha, “[...] são os direitos sociais que mais têm suscitado controvérsias no que diz respeito a sua eficácia e efetividade, inclusive quanto à problemática da eficiência e suficiência dos instrumentos jurídicos disponíveis para lhes outorgar a plena realização” (KRELL, 2002, p. 17).

Na visão de Flávio Gonçalves para se caracterizar epistemologicamente uma “teoria social dos direitos fundamentais” seria preciso tomar o referencial básico em uma tríplice dimensão: a individual ou pessoal, a institucional e a processual; não mais identificando no âmbito de uma teoria geral destes direitos unicamente uma simples abstenção do Estado consistentes em não fazer, em prestações negativas, mas principalmente em uma exigência positiva de atuação e de intervenção (GONÇALVES, 1997, p. 40). A vertente processual quando ingressada na teoria dos direitos fundamentais comporia um *status activus processualis*, ou seja, tais prestações ou obrigações de fazer pelo Estado se reconheceriam como possíveis demandas a serem exigidas processualmente.

As normas constitucionais de direitos sociais, enquanto parte de um conjunto mais amplo de normas de direitos fundamentais irremediavelmente obrigam de forma vinculante geral os poderes públicos do Estado. Nos ensinamentos dos constitucionalistas Gomes Canotilho e Vital Moreira esta vinculação pode ocorrer de forma negativa, por meio de uma ordem de abstenção consistente em uma proibição de agressão ou afetação na esfera do direito fundamental (inclusive dos direitos sociais); e, de forma positiva no sentido de exigir do Estado a criação e a manutenção de pressupostos de fato e direito suficientes à defesa ou satisfação do direito fundamental (CANOTILHO, 1991, p. 139).

A proteção dos direitos sociais como normas de direitos constitucionais fundamentais, em uma perspectiva positiva, exige a previsão ou no mínimo a não negação de meios ou instrumentos administrativos de exigência destes direitos junto à Administração Pública; bem como formas de iguais resultados tendentes à satisfação e efetividade de direitos sociais – como o direito à alimentação – alcançáveis através do devido processo legal judicial intentado junto ao Poder Judiciário contra o próprio Estado.

Reivindicar direitos sociais por via jurisdicional mais do que uma teoria legitimadora de referidos direitos carente de condicionantes hábeis à sua vinculação com a realidade, mostra-se uma prática possível, permitida e que demanda menos questões legitimadoras de normas constitucionais e processuais. Assim todos os direitos sociais quando positivados no ordenamento jurídico apresentariam algum aspecto de exigibilidade judicial, reivindicável a partir da utilização das demais normas legais (processuais). Sobre possibilidade de, a partir da adoção de normas constitucionais ou de tratados internacionais relativos a direitos econômicos e sociais, gerar obrigações concretas ao Estado inclusive exigíveis juridicamente (ABRAMOVICH, 2002). Antes e sem necessitam maiores conscientizações vinculadas com a natureza dessa classe especial de direito, a partir da modificação ideológica ou da resistência intelectual e pessoal vestida de armaduras e consideradas como autoridades judiciárias.

A justiciabilidade, por alguns chamados de exigibilidade judicial seria um caminho *alternativo* para a verdadeira realização dos direitos fundamentais sociais, compromisso afeto ao Judiciário quando na omissão e inércia dos demais poderes (MARTIN, 2011, p. 75). Quando a Constituição elenca o rol dos direitos sociais do art. 6º de nossa Carta de 1988 o faz para que referidos preceitos sejam comandos objetivos aos poderes da República, principalmente à atribuição governamental do Executivo; e ao mesmo tempo prescrevendo subjetivamente a potencialidade de sua busca, como efetivo direito, por qualquer pessoa, destinatários destes direitos de cunho social. Uma vez mais recorremos à explanação de José Afonso da Silva, fazendo de suas palavras nossa bandeira, ao declarar:

Essa afirmação constitucional dos direitos sociais se reveste de transcendental importância, pois é por aí que eles adquirem sua condição de eficácia jurídica, mas não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado, e quanto! A experiência constitucional brasileira tem

demonstrado que sua reiterada afirmação nos textos constitucionais não tem sido garantia necessária e suficiente de sua efetividade (SILVA, 2003, p. 306).

Há muitos preceitos de direitos sociais atualmente reconhecidos como direitos exigíveis através de ações judiciais de reivindicação em nosso sistema jurídico-processual. A justiciabilidade dos direitos sociais não se configura apenas como uma premissa teórica de validade hipotética senão como uma possibilidade prática plenamente em consonância com as leis materiais e processuais de nosso ordenamento e em total sintonia com a tarefa atribuída ao Poder Judiciário pela Constituição Federal. Assim, é de se imaginar não somente ser possível a busca de tutelas jurídicas para a efetivação dos direitos sociais constitucionais – educação, saúde, alimentação, previdência social, moradia, assistência aos desamparados, dentre outros – como, mais relevantemente, isto já é realizado no presente.

Começemos pelo direito à saúde nossa incursão por alguns casos justiciáveis de direitos sociais. Como juristas, em nossa prática cotidiana dos tribunais e fóruns percebemos a grande potencialidade das medidas de garantia do direito fundamental à saúde. A prestação de serviços médico-hospitalares por parte do Estado e o oferecimento de remédios gratuitos para o tratamento de determinados tipos de doenças, especialmente naqueles casos em que os tratamentos envolvem medicamentos de alto custo, tornaram-se prática reiterada perante as atividades das lides forenses. Mesmo quando a discussão se encontra circunscrita aos debates acadêmicos, em pouquíssimos casos se levantam argumentos contrários à sua previsão, pois a justiciabilidade do direito à saúde encontra respaldo em normas jurídicas nacionais de direitos fundamentais e é resguardado juntamente em documentos internacionais de direitos humanos (MAGALHAES, 2012).

Hoje não se questiona mais sobre a não justiciabilidade do direito à saúde, destacando-se sua impossibilidade, a não ser em confrontação com os aspectos ligados às negativas de concessão deste tipo de prestações fundamentadas na teoria da reserva do possível. Isso, porém, não tem impedido que diversas decisões judiciais concedessem à pessoa demandante de tratamento ou remédio prestação genérica – que pode ser a obrigação de atendimento, cirurgia, concessão de medicamentos – levando-a a obter do Estado esse item imprescindível para sua terapia ou manutenção de sua vida.

Outro tema objeto de inúmeros debates e que começou a se mostrar factível na prática envolve a justiciabilidade do direito social à educação. A educação se apresenta como direito social fundamental. Consiste em obrigação do Estado em fornecer, gratuitamente, meios de estudo e possibilidades de ensino almejando o desenvolvimento, tanto intelectual como social, da pessoa. A função da educação em nosso sistema se apresenta como ato preparativo para o exercício da cidadania e qualificação para o mercado de trabalho, integrando-se o sujeito à sua comunidade. Ainda que a Constituição reconheça a educação como um atributo não somente oferecido pelo Estado por não limita seu exercício unicamente ao regime jurídico da educação formal, isto é, a escolarizada oferecida pelos entes integrantes do Estado (União, Estados e Municípios) em regra é um dever de prestação e oferecimento por parte da organização político-administrativa.

As garantias constitucionais da educação encontram no artigo 208, incisos I a VII, da Constituição as bases para justiciabilidade deste direito. Entre estas normas garantidoras encontramos: a educação infantil disponibilizada através de creche e pré-escola, às crianças até 05 anos de idade; educação básica, obrigatória e gratuita dos 04 aos 17 anos de idade; ensino médio gratuito oportunizando chance de continuidade aos estudos ou aprimoramento qualificativo para o trabalho; oportunidades de acesso às universidades públicas e instituições técnicas oficiais de ensino; dentre outros. Em qualquer desses casos é plenamente possível a reivindicação judicial para uma tutela de modo que a omissão ou insuficiência do Estado não afete o exercício deste direito, tornando-o inefetivo.

A busca de tutelas jurídicas reivindicando o acesso à educação infantil, em creches e pré-escolas tem sido realizada em inúmeras lides judiciais perpetradas para a garantia deste preceito. Muitas vezes estas ações tomam a forma de Ação Civil Pública, Mandado de Segurança ou mesmo de Obrigações de Fazer e são intentadas pela Defensoria Pública do Estado ou pelo Ministério Público do Estado contra o respectivo Estado (membro integrante da União) ou mesmo contra o Município. Em sua maioria buscam garantir a matrícula e o acesso de crianças às creches públicas preenchendo o previsto constitucional.

Em muito semelhante é o acesso a um ensino fundamental de qualidade e em conformidade com os parâmetros jurídicos inscritos, encontram-se reconhecidos como passíveis de obtenção contra o Poder Executivo por meio do reclame junto ao Poder Judiciário (CABRAL, 2008). Aliás, a justiciabilidade do direito à educação –

seja para garantia de creche ou mesmo o acesso a ensino público fundamental e médio – é matéria pacificada no âmbito do judiciário nacional.

Demonstramos não somente a saúde reconhecidamente ser um direito social justiciável, mas como também a educação tem largamente, na prática, sido tutelada jurisdicionalmente. Estes são apenas duas espécies de direitos sociais previstos na Constituição Federal e contra os quais alguns anos antes se levantavam argumentos de ineficácia sindicável, de carência de meios de garantias ou de impossibilidade de instrumentos de exigibilidade judicial para a efetividade do comando normativo.

4. POR NOVOS PARADIGMAS E UM SISTEMA ATIVO DE RECONHECIMENTO JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS: O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO.

Se já amplamente aceito que os direitos individuais, enquanto direitos de defesa ou de liberdade, são preceitos plenamente aptos a confeccionar efeitos derivados do mundo jurídico no plano da realidade, a questão dos direitos sociais como direitos prestacionais ainda abarca muitas restrições para não se falar em pré-conceitos e em mentalidades engessadas ainda crentes na ideia de um liberalismo amplo onde o Estado pouco ou minimamente deveria interferir na arte da vida dos indivíduos e da sociedade.

Enquanto se cogita amplamente de meios de garantia à liberdade física e de expressão, ao exercício dos direitos políticos, aos limites do Estado ao poder de tributar ou ao direito de propriedade e dos instrumentos tutelares deste preceito constitucional; talvez por medo e insegurança ou por falta de uma acepção ampla a extravasar os limites imaginários, até bem pouco tempo quase nada se falava no debate jurídico das ideias e das ações sobre a possibilidade de exigência para a materialização de uma norma jurídico-social, de mesma fundamentalidade dos direitos individuais. Isto significa dizer sobre a possibilidade de se atribuir às normas objetivas de direitos sociais a capacidade para reivindicação por meio de uma faculdade particular de demanda.

Por essa razão um atributo muitas vezes negado aos direitos sociais é a de representar um direito subjetivo. O direito “subjetivo”, como direito de um determinado sujeito, para Hans Kelsen era passível de diferenciação de outro tipo de

direito, tido como objetivo. Se o direito objetivo seria identificado pela previsão normativa em uma legislação positivada o direito subjetivo é entendido como o poder de ação, a faculdade de invocação derivada do direito objetivo e manifesta no interesse da pessoa em ver satisfeita o seu direito. A Concepção kelseana é formada a partir de um conteúdo misto: com elementos da *teoria da vontade* (Savigny e Windscheid) onde especifica que o direito subjetivo seria um poder de ação devidamente assegurado pelo sistema jurídico; com os acréscimos efetuados pela *teoria do interesse* (Ihering) onde direito subjetivo é um direito juridicamente protegido; e, mediante participações da *teoria mista* (Georg Jellinek) a reconhecer o direito subjetivo como o poder emanado da vontade do sujeito e que encontra reconhecimento no ordenamento jurídico, almejando um bem ou a satisfação de um interesse jurídico.

Para a teoria dos interesses o direito subjetivo representaria um interesse juridicamente protegido enquanto que para a teoria da vontade se consignaria em um poder de vontade conferido pela ordem jurídica, bem como uma permissão positiva oriunda da autoridade. Desse modo:

“Em resumo, pode dizer-se: o direito subjetivo de um indivíduo ou é um simples direito reflexo, isto é, o reflexo de um dever jurídico existente em face deste indivíduo; ou um direito privado subjetivo em sentido técnico, isto é, o poder jurídico conferido a um indivíduo de fazer valer o não-cumprimento de um dever jurídico, em face dele existente, através de ação judicial [...]. Finalmente, também pode designar-se como direito subjetivo a permissão positiva de uma autoridade (KELSEN, 2000, p. 162).

Para a teoria da vontade – adotada por Savigny, Gierke e Windscheid – o direito subjetivo enquanto poder de vontade reconhecido pela ordem jurídica objetiva revela a nítida concepção liberal-clássica na concepção da autonomia de vontade dos indivíduos, pois, deveria o Estado intervir somente em casos estritamente necessários, cabendo ao sujeito titular do direito a escolha de sua utilização a partir sua iniciativa e deliberação. A teoria do interesse – centrada na ideia de Rudolf von Ihering – concebia o direito subjetivo como um interesse humano juridicamente previsto e protegido a partir de dois elementos: um substancial consistente na vantagem ou benefício, e um formal, que seria a ação propiciadora desse interesse. Para a terceira teoria, mista ou eclética defendida por Georg Jellinek, o direito subjetivo seria tutelado pela lei enquanto manifestação da vontade do indivíduo (AMARAL, 202, p. 187-188).

Dessa forma o direito objetivo tem por caracterização o fato de ser genérico e plenamente aplicável àqueles cuja pretensão se coaduna com o preceito previsto: é a norma jurídica positiva destinada à aplicabilidade das relações sociais indistintamente. O direito subjetivo se subsumiria como uma prerrogativa, uma faculdade com relativa carga de poder conferida e limitada pelo direito objetivo. Enquanto o direito objetivo tem sua fonte do Estado o direito subjetivo tem nascimento na titularidade particular do indivíduo, cabendo-lhe se assim desejar reclamar o direito lhe assegurado.

Quando esse direito subjetivo possibilita o exercício de uma exigência perante o Estado a favor de um particular temos caracterizado o direito subjetivo público (BARROSO, 2000, p. 104). Se a liberdade é um direito objetivo eu poderia exercê-la e buscar (direito subjetivo) os meios legítimos contra quem ameaçasse ou me negasse este direito; se tenho o direito à propriedade, também direito objetivo, quando vejo sofendo limitações ilegais a este direito posso me valer dos institutos protetores, por meio do direito subjetivo; se meu direito objetivo, ao contrário, é um crédito meu direito subjetivo seria exercível na medida em que me valeria dos mecanismos permitidos de modo a impor a meu devedor a obrigação de pagamento mediante a execução da prestação.

Enquanto o direito objetivo é a norma jurídica considerada ou o conjunto de disposições normativas de aplicação geral e obrigatória, o direito subjetivo, isto é, o direito do sujeito é aquele direito por ele invocável a partir da norma positiva. Designaria, pois, uma faculdade reconhecida ao indivíduo pela lei a lhe permitir levar a efeito determinados atos: *just est facultas agendi* (RUGGIERO, 1999, p. 35). O direito subjetivo recebe esta denominação por figurar exclusivamente ao respectivo titular – determinado e com objetivo específico – com vistas a constituir um poder de atuação jurídica reconhecido, limitado e não proibido pelo direito objetivo. Todavia, mais útil do que a diferenciação conceitual técnica é sua função específica para defesa das liberdades públicas ou mesmo dos direitos fundamentais. (AMARAL, 2002, p. 181). Na concepção do eminente civilista: “O direito subjetivo é, portanto, expressão da liberdade, traduzida em um poder de agir conferido a uma pessoa individual ou coletiva, para realizar seus interesses nos limites da lei, constituindo-se juntamente com o respectivo titular, o sujeito de direito, em elemento fundamental do ordenamento jurídico.” (AMARAL, 2002, p. 183). Este conceito para nós é

extremamente importante por denotar a possibilidade de o direito subjetivo se traduzir em pretensões individuais ou coletivas.

O jurista Clóvis Bevilacqua fazendo referência a Dernburg define direito subjetivo como uma faculdade concedida pela ordem jurídica a uma pessoa da sociedade ou mesmo a relação entre o indivíduo e um determinado círculo de bens da vida (BEVILAQUA, 2007, p. 19). Isto porque segundo o renomado civilista o direito tido como objetivo consistente na regra social obrigatória, coativa convive ao mesmo tempo com o aspecto psicológico do direito. Neste prisma pode ser uma ideia, um sentimento ou um poder de ação. À filosofia do direito caberia o estudo dos dois primeiros caracteres, assim considerando o direito subjetivo, psicológico como um poder de ação. Já a noção de direito subjetivo na concepção de Leon Duguit seria a de um poder que corresponderia a uma vontade de imposição como tal a uma ou várias outras vontades, almejando uma coisa não proibida pela lei (DUGUIT, s.d., p. 26). Na doutrina alemã Georg Jellinek o concebia como um poder de querer ou então como o poder de impor aos demais o respeito quanto à sua vontade.

Quando Jose Reinaldo de Lima Lopes propõe a discussão sobre relação entre os direitos sociais e os direitos subjetivos e seu enfrentamento pelo Judiciário, deixa claro o fato de os direitos inscritos na Constituição como direitos sociais apresentarem sentidos, analiticamente considerados, diversos dos direitos individuais. Se os direitos do quinto artigo constitucional refletem a característica de direitos de liberdade e de limites constitucionais ao poder do Estado são facilmente reconhecíveis os remédios processuais a garantir referidos direitos, os direitos sociais especificados no artigo seguinte, como direitos coletivos, a ação necessária para proteger ou tornar real tal direito não consistiria na exclusão de algum confrontante – outro particular ou o Estado – pela lide de interesses em conflito. Ao contrário, tratar-se-iam de situações que necessitam ser criadas (LOPES, 1998, p. 126-127). Fazendo um importante questionamento sobre de quem exigir tal direito, contra quem intentar a medida judicial por ser ele (ou vários) o obrigado a referida espécie de direito social o autor propõe importante reflexão sobre estes direitos insculpidos na Constituição de 1988. Diferenciam-se dos direitos sociais contidos nos textos constitucionais anteriores bem como estes “*novos direitos sociais*”, espalhados pelo texto constitucional, apresentariam diferenças quanto a natureza dos antigos direitos subjetivos. Não se distinguem apenas por serem coletivos, mas

por exigirem remédios distintos, ou seja, soluções não necessariamente iguais e sim diversas. Afinal estes “novos direitos sociais, têm uma implicação política inovadora na medida em que permitem a discussão da justiça geral e da justiça distributiva” (LOPES, 1998, p. 127).

Serve aqui de alerta a primeira exposição feita por Leon Duguit na Faculdade de Direito de Buenos no ano de 1911 quando tratando das transformações gerais do direito privado desde o Código de Napoleão expôs que o Direito é muito menos obra do legislador do que produto constante e espontâneo dos fatos. As leis positivas, os Códigos, podem permanecer intactas em seus textos rígidos: pouco importa; pela força, coisas, sob pressão dos fatos, das necessidades práticas, novas instituições jurídicas são constantemente formadas. O texto, isto é, a lei está sempre lá; mas ele ficou sem força e vida (DUGUIT, s.d., p. 19). Logo, havendo situações as quais o legislador não havia cogitado quando da elaboração da lei é tarefa, pois, do Poder Judiciário sua aplicação pela atividade de realização da norma por meio da interpretação e aplicação na realidade da vida social.

Por se tratar de direitos subjetivos demandáveis em face do Estado, os direitos sociais revelam situações jurídicas caracterizadoras de direitos públicos subjetivos. A anterior diferenciação entre direito subjetivo público e direito subjetivo privado a partir da relação jurídica se tratar de relações entre somente particulares ou então com a participação do Estado é hoje mitigada. Isto em razão da:

[...] crescente intervenção do Estado nas relações sociais, até então de domínio privado e exclusivo do indivíduo, no sistema garantido pelo Estado Liberal, o conceito de direito subjetivo público entra em declínio e a sua distinção do direito subjetivo privado é contestada. [...] Atualmente, em que o social predomina sobre o particular, não mais se justifica a distinção jurídica, considerando-se o direito subjetivo sob o ponto de vista técnico como prerrogativa individual contida nas relações jurídicas dos particulares entre si ou com o Estado todos subordinados à ordem jurídica, sob o império da constitucionalidade e da legalidade. (AMARAL, 2002, p. 191)

Os direitos subjetivos privados por nascerem de relações privadas entre particulares podem muito bem ter sua origem em normas estipuladas unicamente pelas partes contratualmente. Já os direitos subjetivos públicos como poder ou faculdade em qualquer teoria adotada surge de uma norma jurídica, do direito objetivo. No caso específico, de uma norma jurídica previsor de direitos em nosso caso expressamente previstos na Constituição Federal emoldurados em direitos individuais, sociais ou mesmo coletivos; ou mesmo em regras positivadas,

hierarquicamente inferiores, mas nem por isso menos significantes no processo de construção da relação jurídica.

Ademais, o direito subjetivo importa em reconhecer os sujeitos de sua caracterização sob um determinado objeto. Pode, por assim dizer, constituir objeto dos direitos subjetivos todas aquelas realidades que podem ser somadas ao poder titular deste direito, permitidas e previstas por lei e base concreta de seus interesses. Estes objetos podem, portanto, representar condutas ou comportamentos de outras pessoas ou mesmo do Estado; ou então, bens econômicos específicos, considerados todos aqueles capazes de satisfazer as necessidades humanas (DÍEZ-PICAZO, 1982, p. 448). Os sujeitos envolvidos pela relação entre direito objetivo e direito subjetivo não importa maiores dúvidas. O sujeito ativo seria toda pessoa ou a coletividade titular de determinado direito objetivo demandando seu interesse contra o sujeito passivo. Tratando-se de direito público subjetivo a demanda seria contra o Estado, sujeito passivo da relação obrigacional. Há que ficar claro que a outorga de direitos subjetivos para os sujeitos não significa somente que o Estado outorgou ao indivíduo a possibilidade de cuidado de seus bens e direitos e logicamente os meios de proteção destes, mas também que caberá a cada um verificar se sua necessidade, componente de direito objetivo poderá ou não ser requerida contra o sujeito passivo a partir de suas condições ímpares.

Conforme já bem especificamos os direitos sociais se elevam à categoria de direitos fundamentais superando a proposta liberal-individualista de direito e propugnando pela participação do Estado mediante certos deveres, mediante prestações positivas. Tendo por diversos tipos de direitos: sociais, econômicos, culturais; estes se caracterizaram a partir da Constituição do México de 1917 e da Constituição de Weimar da Alemanha de 1919. As prestações têm por objetivo precípua efetuar melhorias nas condições sociais e de vida de grupos de modo à tentativa de promoção de uma igualdade material, real e somente aquela formal especificada na lei ou na Constituição.

Enquanto os direitos de liberdade ou individuais tomaram a forma de direitos contra o Estado, isto é, uma armadura normativa a proteger o cidadão ou indivíduo sob garantia de resguardo de seu direito fundamental; os direitos sociais deveriam se consubstanciar em direitos autorizados pelo Estado, previstos constitucionalmente, e que em boa parte se imantam com os objetivos e princípios da organização social. Identificar-se-iam também como direitos realizáveis por este

mesmo Estado se não possível a obtenção por meios próprios e independentes e como consequências de seu próprio contexto. Em nada se questiona a função direcionadora deste caráter de normas fundamentais, todavia, é preciso estar atento a possibilidade de ingerência e requisição para a participação do Estado por meio de seus poderes pela impossibilidade do sujeito por si só usufruir de tais direitos de cunho social.

A questão dos direitos sociais prestacionais e de como conseguir uma eficácia sindicável destes direitos por meio do poder judiciário é um debate constante entre os teóricos (PANSIERI, 2006, p. 278). Para o professor paranaense a chamada sindicabilidade dos direitos sociais estaria condicionada por elementos constitucionais ou vetores positivos e negativos dos direitos e garantias fundamentais como os fundamentos da república federativa brasileira, a teoria da reserva do possível o princípio da factibilidade ética das decisões, a teoria republicana dos direitos fundamentais, a questão da proibição do retrocesso social ou mesmo a cláusula da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais. Em alguns casos os direitos sociais apresentar-se-iam como direitos prestacionais de exigência positiva e realização possível, mesmo judicialmente, enquanto outros direitos previstos no mesmo dispositivo apresentariam uma impossibilidade de realização imediata pelo poder público porque carente da caracterização de um direito subjetivo e, portanto, não sindicável judicialmente.

Enquanto entendidos como direitos subjetivos em uma perspectiva positiva de modo a ser possível a construção de uma possibilidade e um dever de realização a ser exigido do Estado por meio da realização de um serviço ou pelo acesso aos meios para a realização do direito social – como já realizável no direito à saúde, no direito à educação pela matrícula em creches e no ensino fundamental – ou mesmo pela busca jurisdicionalmente do direito negado administrativamente – como no caso dos direitos da previdência e da assistência social. Todavia, a dúvida permanece ainda sem solução, até o momento, quanto aos outros direitos sociais como o direito de moradia, e o próprio direito à alimentação.

A problemática da eficácia dos direitos sociais frente à tarefa atribuível ao Judiciário para a sua implementação no *modus operandi* da processualística moderna deve ultrapassar a restrição de reconhecimento destes somente por meio de ações de inaplicabilidade como são formas processuais perante o Supremo Tribunal Federal da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental ou da Ação

de Inconstitucionalidade por Omissão. Seria pouco atribuir a este poder do Estado a mera tarefa de reconhecer ou denunciar a não realização do direito social. Sem dúvida cabe reconhecer a possibilidade de concessão de tutelas a situações abusivas identificáveis como inaplicadoras e não efetivadoras de direitos sociais para nos tribunais a forma de tutelá-los não se restrinja a uma aplicação indireta de outros direitos (BELTRAN, 2010, p. 278).

Os direitos sociais encontram seu fundamento de existência na tentativa de realização da igualdade substancial, na liberdade, na autonomia e, por que não dizer na questão da dignidade. Logo, no Estado Constitucional Democrático de Direito que assume para todos os poderes do Estado a tarefa de efetivação e garantia dos direitos fundamentais, e tendo os direitos sociais como integrantes destes, há de se presumir que sua implementação pode ocorrer mesmo na ausência de *interpositio legislatoris* (NERY JUNIOR, 2010, p. 37). Não seria assim requisito ou condição prévia para sua realização norma jurídica legisladora de referidos direitos. Do mesmo modo, não se lhe poderá erigir barreiras teórico-dogmáticas ou político-administrativas quanto à sua requisição via processual, buscando-se pelos meios processuais disponíveis a tutela condizente à efetivação do direito social não exercido ou negado aos sujeitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise vivida pela sociedade neste período de discussões sobre a transição entre modernidade ou pós-modernidade – para outros uma modernidade líquida – é a mesma crise experimentada e vivida pelo Direito. Reconhecível como uma fase de modificações paradigmáticas no campo da sociedade e da ciência é de supor que o a ciência jurídica, processual e dos tribunais não escaparia ao choque estabelecido pelos padrões antes imutáveis e a certos em novos conceitos e reflexões diversas das anteriormente pensadas. Como um processo em ebulição e ponto de derretimento dos antigos dogmas e certezas para com o aproveitamento do material antes utilizado, construir-se uma nova forma de viver.

Esta crise é nítida, sobretudo, pela cumplicidade epistemológica entre o direito e a ciência, ambos submissos a padrões comportamentais e jurídicos estanques, ou seja, apresentam-se como resultados refletivos da racionalidade moral prática do primeiro e da ética da segunda à racionalidade cognitivo-instrumental da ciência.

Isso nos leva a crer que se desejamos acreditar nos institutos atualmente existentes em nossa sociedade e disponíveis ao nosso alcance devemos primeiramente tecer críticas e análises sérias e racionais ou – conforme os argumentos de David Sanchez Rubio e Andreas Krell – devemos (des)pensá-los para que assim possamos efetuar um processo de (re)pensamento dos mesmos e construção de novos (des)caminhos, de suas fórmulas e instrumentos. Esse processo nos leva a tomar os antigos paradigmas como ponto de conhecimento – tendo em vista estarmos imersos em uma transição paradigmática – todavia, não como pontos base de certeza, onde se nega e se exclui possibilidades diversas.

A questão da forma como o Poder Judiciário trata da execução de sua função é amplamente objeto de questionamentos. A partir de previsões e etapas formais de procedimentos qualquer reivindicação levada à análise pelos operadores jurídicos – advogados, promotores, defensores – passa, imperiosamente, por uma sistematização de ações previstas nos *códices* processuais, tratadas todas da mesma forma, desde seu nascimento com a petição inicial e as etapas sucessivas de desenvolvimento culminando na sentença!

Assim, se a demanda versar sobre causas vultosas de questões econômicas, tributárias ou de comércio internacional; sobre fundamentos civis essenciais da vida: reconhecimento de união estável (hétero ou homoafetiva), separações, adoções, interdições; ou quando versarem sobre direitos fundamentais de índole individual como o direito medicamentos de alto custo, ou no trato de direitos sociais como é a reivindicação à previdência social; todas são reduzidas em seu valor-necessidade e em sua pretensão à somente identificação nominativa das partes na capa do processo, isto é, formalmente identificadas vai cada uma se fazer “presente” ao Estado-juiz para limitar todo acontecimento ou necessidades à folhas de argumentação; sem nos esquecermos ainda da quantificação da tutela ao seu valor econômico (valor da causa) , como se a necessidade de vaga em creche ou escola, de sobrevivência pela impossibilidade de trabalho e concessão da proteção previdenciária, de obrigatoriedade de medicamentos de alto custo ao paciente em tratamento ou outros direitos fundamentais sociais, individuais e coletivos fosse possível de se negociar em um jogo de mercado de compra-e-venda, troca ou desconto.

Ainda assim, há esperança. Os tribunais superiores – como todo o sistema judicial brasileiro – vêm aceitando a ideia de reivindicação judicial dos direitos

fundamentais, inclusive dos direitos sociais, em contraponto à omissão do Executivo. Este, por sua vez, procura se imiscuir de sua obrigação constitucional argumentando acerca da “reserva do possível” ou utilizando-se do processo judicial como mero expediente de procrastinação.

Logo, quando o que se estiver em risco no jogo democrático for direito de índole fundamental; e, quando estiver em lide o poder público e sua política de ineficácia das realizações sociais mínimas é, perfeitamente possível, a interferência do poder judiciária para reconfigurar a política pública ao patamar da legalidade sem que isso configure, todavia, ingerência de um poder sobre o outro. Ao contrário, entre o mínimo existencial e a reserva do possível cabe ao judiciário a proteção do direito fundamental, obrigando-se aos demais poderes e entes políticos sua realização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

AMARAL, Francisco. **Direito civil introdução**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BELTRAN, Enrique Navarro. **Protección constitucional de los derechos sociales em Chile**. Anuário de derecho constitucional latinoamericano. Montevideo, ano XVI, p. 273-288, 2010.

BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Campinas: Servanda, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. **Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital Martins. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. **Sistema de derecho civil**. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1982. vol. I.

DUGUIT, Leon. **Las transformaciones generales del derecho privado desde el código de Napoleón**. 2. ed. Traducción de Carlos G. Posada. Madrid: Francisco Beltran, s.d.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Flávio José Moreira. Notas para a caracterização epistemológica da teoria dos direitos fundamentais. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

IHERING, Rudolf von. **A Luta pelo Direito**. 5. ed. Trad. J. Cretella Jr e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

KUHN, Thomas Samuel. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

LOPES, José Reinaldo de Lima. direito subjetivo e direitos sociais: O dilema do judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo de (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998.

MARTIN, Andréia Garcia; CARRA, César. A quimera dos direitos fundamentais: análise da eficácia dos direitos sociais à luz de sua justiciabilidade. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ARÊA LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo (Org.). **Direitos sociais: Uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos – A Constituição de 1988 e suas previsões sociais**. Birigui: Boreal, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. **Soluções práticas de direito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. vol I: Direito público.

PANSIERI, Flavio. Condicionantes à sindicabilidade dos direitos sociais. In: LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Org.). **Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller**. Florianópolis: Conceito, 2006.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório; ROIG, Rafael de Asís; BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. **Leciones de Derechos Fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004.

RUBIO, David Sanches. Sobre el concepto de “Historización” y una Crítica a la visión sobre las (De)-Generaciones de Derechos Humanos. In: BORGES, Paulo Cesar Corrêa (org.). **Marcadores Sociais da Diferença e Repressão Penal**. São Paulo: Cultura Acadêmica Editora Unesp, 2011.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução de Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1999. vol. I: Introdução e parte geral direito das pessoas.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A Crítica da Razão Indolente: Contra o desperdício da experiência**. 7. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um Discurso sobre as Ciências**. 7. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos direitos sociais. **Revista da academia brasileira de direito constitucional**. Curitiba, v. 3, Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional, p. 303-314, 2003.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista brasileira de direito constitucional: teoria constitucional do direito**, São Paulo, v. 2, n. 7, p. 122-143, jan./jun. 2006, p. 132.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. vol. I: Inrrepretação da lei - temas para reformulação.