

1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho serão abordados os fundamentos históricos e axiológicos dos direitos fundamentais sociais (em sentido amplo, abarcando os econômicos, sociais e culturais), em conexão com a ideia de justiça e com o grau de efetividade alcançado por tais direitos. É certo que os direitos sociais consubstanciam, no plano normativo, verdadeiros direitos subjetivos, com aplicabilidade imediata e possibilidade de controle jurisdicional (art. 5º, XXXV e § 1º, da CR). O problema a ser enfrentado, então, consiste no seguinte questionamento, dividido em duas partes: há razões axiológicas que imponham maior efetividade a tais direitos? E estão presentes as necessárias condições fáticas para tanto? O objetivo é, pois, verificar a existência de tais razões e condições para a ampliação da efetivação dos direitos sociais. A hipótese de trabalho é de que há essas razões e condições.

O estudo parte preponderantemente do método dedutivo e vale-se de pesquisa bibliográfica e do entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Este momento afigura-se oportuno para a revisitação do tema, porquanto é notória a ainda reduzida efetividade de boa parte dos direitos sociais, em comparação com os direitos de liberdade (de primeira geração²), bem como as dificuldades para sua tutela jurisdicional.

O pano de fundo teórico, como o primeiro parágrafo já deixa claro, é dado pela abordagem à experiência jurídica proposta na teoria tridimensional do Direito, de Miguel Reale (1999, 2002), segundo a qual três aspectos básicos, que interagem de modo dinâmico entre si, são discerníveis nos fenômenos jurídicos: o aspecto normativo (o ordenamento jurídico e a ciência respectiva), o aspecto fático, que inclui a efetividade social do Direito, e o aspecto axiológico (o Direito como valor de justiça).

Assim, a seção 2 rememorar a origem histórica e filosófica dos direitos fundamentais, notadamente dos sociais. A seção 3 tratará dos fundamentos

² Muito embora não se repete incorreta a designação “dimensões” de direitos fundamentais, prefere-se neste trabalho a terminologia mais antiga e difundida: “gerações” de direitos. Não se desconhece a principal crítica que se faz ao termo “geração”, que passa a ideia de sucessão, no sentido de que uma geração morre e outra nasce, ao passo que, com os direitos fundamentais, não há sucessão, mas sobreposição e complementaridade. No entanto, apesar dessa crítica, o uso da palavra “geração” bem expressa a historicidade do surgimento dos direitos fundamentais, premissa importante adotada no trabalho. De resto, parece ínfimo o risco em nossos dias de o uso do termo levar ao equívoco de que teria havido uma “sucessão” de direitos.

axiológicos dos direitos sociais, sob a perspectiva de três diferentes concepções de justiça. E a seção 4, das razões para a reduzida efetividade dos direitos sociais, relacionadas a questões orçamentárias e decisões político-ideológicas.

2 FUNDAMENTOS HISTÓRICOS E FILOSÓFICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Não compõe o escopo do presente trabalho detalhar o surgimento e a evolução das chamadas gerações de direitos fundamentais e tampouco esquadriñar seus fundamentos filosóficos. Mas, a partir da abordagem proposta, é necessária uma palavra sobre a origem desses direitos.

Não obstante a importância do jusnaturalismo – tanto de fundo religioso³ quanto de base racional (apoiado na natureza e na razão⁴) – para a consolidação dos direitos do homem⁵, Bobbio (2004) explica que eles são historicamente relativos: sua lista muda de acordo com as necessidades e interesses das classes no poder, das transformações técnicas etc. – como se deu, p. ex., com as revoluções francesa e americana no século XVIII, com as consequências da revolução industrial, com a revolução soviética no início do século XX e com as nefastas consequências da Segunda Grande Guerra. Por isso, não é possível oferecer um fundamento absoluto para esses direitos.

Com efeito, por muitos séculos, a relação entre governantes e governados foi encarada sob a ótica do governo (como bem governar, como o poder é conquistado e exercido etc.), com foco nos mandamentos, proibições e

³ A partir notadamente da concepção cristã de vida: os homens e mulheres são criados à imagem e semelhança de Deus (dignidade) e são irmãos (fraternidade) (Bobbio, 2004).

⁴ Como na conhecida concepção dos homens como naturalmente (em sua condição anterior à existência do Estado) “livres e iguais”, de John Locke, que influenciou grandemente a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França revolucionária de 1789, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (Bobbio, 2004).

⁵ As referências neste trabalho aos escritos de Norberto Bobbio manterão a terminologia por ele utilizada para designar os direitos humanos ou fundamentais: “direitos do homem”. Aliás, é sabido não haver preciso rigor terminológico para a designação de tais direitos, que, ora são chamados indiferentemente de direitos fundamentais ou direitos humanos, ora são diferenciados em direitos humanos, para referência aos reconhecidos em âmbito internacional (ou não reconhecidos ainda nem no direito interno nem no internacional), e direitos fundamentais, para alusão aos constitucionalmente previstos – nessa linha, fala-se também em direitos humanos fundamentais, para englobar-se os direitos estabelecidos interna e internacionalmente. No presente trabalho, trata-se dos direitos sociais fixados tanto no ordenamento jurídico doméstico quanto na seara internacional, optando-se por manter nas citações a terminologia preferida pelo autor.

correspondentes deveres das pessoas, para a proteção da integridade da sociedade, do grupo, e apenas secundariamente do indivíduo – que era encarado como objeto do poder ou, quando muito, como sujeito passivo, cujo principal dever era o de obediência às leis. Dessa concepção organicista de sociedade – encarada como o todo, acima das partes –, numa grande reviravolta no Ocidente, após as revoluções e respectivas declarações americana e francesa do século XVIII, passou-se a encarar o indivíduo como ponto de partida ou centro do direito objetivo, inclusive para sua defesa contra abusos do Estado. Nessa nova concepção individualista da sociedade, o indivíduo, com valor em si mesmo (dignidade), e seus direitos ganharam primazia. (BOBBIO, 2004)

E, por diversas formas e caminhos, os direitos do homem multiplicaram-se no curso da história, a partir de lutas e demandas, nesta ordem, em face do poder religioso, do poder político e do poder econômico – e, mais recentemente, do poder (no sentido de domínio do homem sobre o homem e a natureza) tecnológico. (BOBBIO, 2004)

A partir das aludidas revoluções liberais, primeiro se destacaram os direitos de liberdade. Mas, com os resultados da revolução industrial e, após, a revolução soviética, ganharam espaço os direitos sociais, de igualdade, consolidados no constitucionalismo moderno com a Constituição de Weimar. Vale ressaltar que os direitos sociais guardam relação de complementaridade com os direitos de liberdade, cujo efetivo exercício tem como condição um mínimo de bem-estar econômico que permita uma vida digna. (BOBBIO, 2004)

Convém sublinhar que os direitos sociais, econômicos e culturais (de segunda geração) surgiram historicamente para a efetivação do princípio da igualdade (BONAVIDES, 2008). Esse é um pressuposto importante para o desenho das respectivas políticas públicas e também para uma vez reconhecida a justiciabilidade de tais direitos, definir as técnicas processuais a tanto adequadas, que, entre outras coisas, preservem a isonomia em sua efetivação, notadamente em face da escassez dos recursos públicos.

Esses poucos apontamentos são suficientes a lembrar as razões históricas para a centralidade hoje alcançada, ao menos no plano normativo, pelos direitos fundamentais, inclusive os sociais.

3. FUNDAMENTOS AXIOLÓGICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. JUSTIÇA

Firmada a historicidade dos direitos fundamentais, cumpre fazer referência ao aspecto axiológico desses direitos. Como se trata, como o próprio nome denota, dos direitos mais importantes de um sistema jurídico, as normas que estabelecem direitos fundamentais são inspiradas por (e buscam a realização de) certos valores tidos como essenciais (liberdade, igualdade etc.). Portanto, os valores subjacentes aos direitos fundamentais perfazem o núcleo da ideia de justiça em dada sociedade. Isso vale também para os direitos sociais, como exposto neste tópico.

3.1 A justiça para Kelsen

Mas o que é a justiça? Kelsen (1981), em opúsculo cujo título é precisamente essa pergunta, explica que muitos estudiosos e sábios dedicaram-se no curso da história a investigar e tentar respondê-la, mas, segundo ele, ela ainda carece de resposta, ao menos quanto a um sentido absoluto de justiça.⁶

O problema da justiça apresenta-se a partir de conflitos de interesses e, dessarte, guarda estreita relação com o reconhecimento de valores e a respectiva hierarquia. Quais interesses ostentam valor e qual é a hierarquia de valores? A solução não pode ser encontrada pelo conhecimento racional, mas apenas mediante um juízo subjetivo, determinado por fatores emocionais (pela vontade), válido, por

⁶ Kelsen (1981) analisou várias concepções de justiça, no sentido de felicidade social, de liberdade, explicações metafísico-religiosas (ideia de bem e teoria das ideias de Platão, teorias teístas sobre o direito natural), explicações racionalistas (ou pseudoracionalistas), tais como: a fórmula da Grécia antiga “dar a cada um o que é seu”; justiça como princípio da retaliação: “bem por bem, mal por mal” (fórmula utilizada no Código de Hamurabi e no Pentateuco, p. ex.); justiça como princípio da igualdade; a justiça comunista, em que se exige de cada um segundo suas capacidades e se dá a cada um segundo suas necessidades; justiça como a “regra de ouro” (“trate os outros como quer ser tratado”); justiça como o imperativo categórico de Kant de que se deve agir conforme normas que se possa ou deva desejar sejam aplicadas a todos; justiça na ética aristotélica como a mais elevada das virtudes, a virtude perfeita, o ponto médio entre dois extremos, o vício do excesso (fazer o mal) e o vício da falta (sofrer o mal); teorias racionalistas sobre o direito natural etc. Mas essas concepções não oferecem respostas a questões que sua análise provoca. O que é felicidade? O que é liberdade? É a autodeterminação da democracia? O que é o “seu” de “cada um”? O que é bom e o que é mau? Quais diferenças são relevantes e quais não são para a definição de direitos e deveres? Quais são as capacidades de cada um, para que tipo e quantidade de trabalho? E quais necessidades devem ser satisfeitas? Quais são as normas que se pode ou deve desejar sejam aplicadas a todos? Quais são os vícios? O que é o mal? Kelsen conclui que as perguntas que cada concepção de justiça suscita ou recebem respostas subjetivas – e, portanto, válidas apenas para quem as formula – ou respostas objetivas que desembocam nos preceitos da ordem social existente (moral e direito positivo).

consequente, apenas pelo sujeito que o formulou – juízo relativo, portanto. É um juízo de valor, não de realidade. O fato de que os aludidos juízos de valor são subjetivos e relativos não significa que cada indivíduo tem seu próprio sistema de valores. Os sistemas de valores não são criações individuais e arbitrarias. São fenômenos sociais e, assim, variam de sociedade para sociedade. Na história, juízos de valor amplamente adotados numa sociedade contrastam com outros juízos contraditórios igualmente largamente aceitos⁷. (KELSEN, 1981)

Logo, para Kelsen, as ideias de justiça – ao menos as de caráter mais coletivo-objetivo – de dada sociedade desembocam nos preceitos da ordem social existente (moral e direito positivo)⁸. Percebe-se que essa conclusão corrobora a afirmação acima apresentada de que os valores ínsitos aos direitos fundamentais compõem o centro da ideia de justiça numa sociedade.

Nesse sentido, ao tratar da concepção de justiça como felicidade social, ou seja, de que justa é a ordem social que garante a todos alcançar a felicidade⁹, Kelsen (1981) afirma que felicidade aí não pode ser entendida em sentido individual-subjetivo, seja porque nenhuma ordem social pode satisfazer algumas necessidades de que depende a felicidade individual e subjetiva, seja porquanto a ideia de felicidade em sentido individual-subjetivo varia radicalmente de pessoa para pessoa. Assim, o sentido da felicidade garantida pela ordem social só pode ser coletivo-objetivo. Nessa última aceção, felicidade implica a satisfação de certas necessidades socialmente reconhecidas, pela autoridade social ou pelo legislador, como a necessidade de alimentos, roupas, moradia e outras similares.

Vê-se, pois, que a concepção kelseniana de justiça, vinculada aos preceitos da ordem social (direito e moral), inclui a noção de necessidades (alimentos, roupas,

⁷ Por exemplo, as sociedades primitivas consideravam justo o princípio da responsabilidade coletiva, ao passo que as sociedades modernas em geral entendem justo o princípio da responsabilidade individual, oposto àquele.

⁸ Ao final de sua exposição, Kelsen (1981) ressalva que a justiça relativa do positivismo jurídico não é imoral ou amoral, pois tem como princípio ético fundamental a tolerância, isto é, o imperativo de boa vontade para compreender as concepções religiosas e políticas dos demais – com quem não se concorda – e não impedir sua exteriorização pacífica. Ele acresce ser claro que uma teoria relativista não pode inferir nenhum direito a uma tolerância absoluta, senão uma tolerância prescrita numa ordem social que garanta a paz, proibindo a violência e mantendo a liberdade de manifestação pacífica de opiniões e ideias. E a tolerância compõe a essência da democracia, que deve permanecer tolerante mesmo ao se defender de ataques antidemocráticos manifestados pacificamente, porquanto a democracia não deve defender-se renunciando a si mesma.

⁹ Como na fórmula de justiça de Jeremy Bentham, p. ex., que consiste na busca pela maior felicidade possível do maior número possível de pessoas.

moradia etc.) relacionadas a direitos fundamentais sociais. Tais necessidades compõem a noção de justiça enquanto reconhecidas pela ordem social – como se dá no Brasil, cuja Constituição assegura vários direitos sociais. Portanto, também com relação aos direitos sociais, está de acordo com a abordagem de Kelsen a conclusão de os direitos fundamentais inspiram-se em (e objetivam concretizar) os valores primordiais de justiça.

3.2 A concepção liberal de Rawls

Noutra importante e atualmente difundida concepção de justiça, a concepção política liberal de John Rawls (2000), a chamada “justiça como equidade”¹⁰, os direitos sociais – ou, ao menos, um núcleo básico dentro desses direitos, que hoje costuma ser denominado mínimo existencial – exercem também importante papel.

A justiça como equidade oferece dois princípios de justiça para regular as instituições básicas que realizam os valores liberdade e igualdade: (i) todos têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdade básicas iguais para todos – esse princípio pressupõe outro, o de que as necessidades básicas dos cidadãos devem ser atendidas na medida necessária para que eles possam entender e exercer aqueles direitos e liberdades; e (ii) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em igualdade equitativa de oportunidades; devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade. Nessa concepção de justiça, há certos direitos, liberdades e oportunidades básicos priorizados e garantidos. (RAWLS, 2000)

Uma das características dessa concepção é que a ideia de justiça política volta-se apenas para a estrutura básica (principais instituições políticas, sociais e econômicas) da sociedade. Essa estrutura básica “vai além dos princípios políticos que instituem os procedimentos democráticos” para incluir “certos direitos substantivos, como a liberdade de consciência e pensamento, além da igualdade equitativa de oportunidades e de princípios que atendam a certas necessidades

¹⁰ Desbordaria o objeto deste trabalho explicar importantes conceitos e ideias necessários à cabal compreensão teoria de Rawls, como a de *sociedade como um sistema equitativo de cooperação*, de *concepção política de pessoa*, de *posição original*, de *sociedade bem-ordenada*, de *consenso sobreposto razoável*, de *prioridade do justo*, de *razão pública*.

essenciais” (RAWLS, 2000, p. 211). Quanto a esses últimos princípios, Rawls assim se expressa:

[...] requerem-se medidas que assegurem que as necessidades básicas de todos os cidadãos sejam satisfeitas, de modo que todos possam participar da vida política e social

Sobre este último ponto, a ideia não é a de satisfação das necessidades em contraposição a meros desejos e aspirações; tampouco se trata da ideia de redistribuição em favor de uma igualdade maior. O elemento constitucional essencial em questão é o de que, abaixo de um certo nível de bem-estar material e social, e de treinamento e educação, as pessoas simplesmente não podem participar da sociedade como cidadãos, e muito menos como cidadãos iguais. (RAWLS, 2000, p. 213)

Algumas páginas antes, Rawls já havia expressado essa ideia – que também se encontra na obra de Bobbio, como apontado acima – de que os direitos sociais guardam relação de complementaridade com os direitos de liberdade:

[...] a concepção política de justiça mais razoável para um regime democrático será, em termos gerais, liberal. Isso significa que ela protege os direitos fundamentais conhecidos e lhes atribui uma prioridade especial. Também inclui medidas para assegurar que todos os cidadãos tenham meios materiais suficientes para fazer um uso efetivo desses direitos fundamentais. (RAWLS, 2000, p. 203)

3.3 A ideia de justiça de Sen

Amartya Sen (2009), por sua vez, ao tratar da ideia de justiça, aproxima-a tanto dos direitos humanos quanto da democracia. O autor explica que, na filosofia política contemporânea, tem ganhado ampla aceitação uma noção mais ampla de democracia – para além das eleições –, de “governo por meio do debate” ou razão pública, noção a partir da qual se verifica estreita ligação entre democracia e justiça, cujas exigências só podem ser avaliadas por meio da argumentação ou debate público.

Com relação aos direitos humanos, Sen (2009) enxerga as respectivas declarações (como a norte-americana e a francesa, no século XVIII, e a da ONU, de 1948) como declarações éticas, que servem como um convite ou incentivo à criação de uma nova legislação – a qual, de fato, surgiu. E, como declarações éticas, elas se submetem inevitavelmente à argumentação pública, tal qual a justiça.

Sen (2009) enfrenta, em seguida, a crítica de Jeremy Bentham à declaração francesa no sentido de que não se trata ali de direitos propriamente, já que não eram

legalmente exigíveis. Após afirmar que Bentham se apegou exageradamente à designação “direitos”, Sen defende que, entendidos como pretensões éticas significativas, os direitos humanos não precisam mesmo ter força de lei, o que não os desnatura enquanto tais pretensões.

E a solidez de um argumento apresentando dada pretensão como direito humano deve, tal qual as exigências de justiça, ser avaliada pela discussão racional pública. Sen (2009) encara os direitos humanos como liberdades, cuja importância social, verificada por meio da argumentação pública (exame aberto e bem informado), lhe confere o *status* de direitos humanos.

Especificamente quanto aos direitos sociais, econômicos e culturais, o grande marco foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que, além dos direitos civis e políticos já afirmados nas declarações norte-americana e francesa do século XVIII, reconheceu vários direitos sociais (direito à educação, direito ao trabalho etc.). Sen explica que a política mundial de justiça na segunda metade do século XX passou a se envolver cada vez mais com esses direitos de segunda geração. (SEN, 2009)

4 EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS, RECURSOS PÚBLICOS E OPÇÕES POLÍTICO-IDEOLÓGICAS

Até este ponto do trabalho, procurou-se salientar a importância histórica, filosófica e axiológica – inclusive, apenas a título ilustrativo, sob a ótica de autores com diferentes abordagens e opiniões – dos direitos fundamentais, inclusive dos sociais (ligados à ideia de justiça sob a perspectiva do valor igualdade). Essa exposição reforça a necessidade de conferir-se efetividade aos direitos sociais. Cuida-se, pois, de genuína imposição de justiça.

De outro lado, no plano normativo, como já se apontou inicialmente, está estabelecido pela própria Constituição que “[a]s normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, § 1º)¹¹. De resto, há algum tempo está sedimentado na jurisprudência, inclusive no Supremo Tribunal Federal

¹¹ Confira-se, a propósito, SARLET, 2008, p. 13 e 20, com referência à doutrina sobre a matéria.

(STF)¹², que é dado ao Ministério Público e ao Poder Judiciário atuarem no controle de políticas públicas em face de situações de injustificável comportamento estatal (comissivo, omissivo ou parcialmente omissivo) quanto à efetivação de direitos sociais assegurados constitucionalmente.

É que, apesar de competir primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo a elaboração e execução de políticas públicas, cabe ao Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais¹³, e ao Poder Judiciário, no exercício da jurisdição – inafastável quanto à possibilidade de apreciação de afirmada lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da Constituição) –, promoverem o cumprimento da Constituição, na efetivação de políticas públicas nela previstas, em casos de comportamentos estatais descumpridores, de modo irrazoável, das normas respectivas.

A legitimidade, assim, para tal atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário – atividade que, sem dúvida, se reveste de caráter excepcional, porquanto, como frisado, a execução das políticas públicas constitucionalmente previstas incumbe primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo – é conferida pelo próprio texto constitucional, expressão máxima do poder soberano popular (art. 1º, parágrafo único).

Note-se, de resto, que não se cuida de controle judicial do mérito administrativo (discricionariedade); o controle é de legalidade *lato sensu*, ou seja, de juridicidade. É dizer, a atuação ministerial e judicial não pode fundamentar-se em critérios de conveniência e oportunidade, mas apenas em normas (princípios e regras). Há, pois, em verdade, possibilidade de atuação somente para remediar abusos governamentais, garantindo-se a supremacia da Constituição. O que disso passar viola o princípio da independência e harmonia entre os Poderes.

Vale ressaltar, ainda, que a legitimidade do aludido controle judicial decorre da própria ideia de constitucionalismo, em que se concebe o poder constituinte do povo, o qual edita a lei mais alta, e o poder ordinário das autoridades do governo e

¹² Note-se que a questão é eminentemente constitucional, pois envolve a inafastabilidade da jurisdição, a separação dos Poderes, a eficácia dos direitos fundamentais sociais etc.

¹³ Em especial: art. 127, *caput*, da Constituição: “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”; e art. 129, II e III, da Constituição: “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”; e “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

do eleitorado, de que resulta a lei comum. Isto é, a democracia constitucional distingue o poder constituinte do poder ordinário. Este é limitado e guiado por aquela, relação garantida pelo estabelecimento do controle de constitucionalidade. Não há, pois, supremacia parlamentar. Tampouco o supremo tribunal exerce o poder supremo. O poder supremo é exercido pelos três poderes em sua relação constitucionalmente estabelecida e todos são responsáveis perante o povo.¹⁴ Daí se conclui que o controle de constitucionalidade é antimajoritário no que se refere à lei ordinária, mas não é antimajoritário relativamente à autoridade superior do povo e à lei mais alta. Fica claro, assim, que a revisão judicial não é antidemocrática, ao menos a partir dessa noção de democracia constitucional. (RAWLS, 2000)

Enfim, se se trata de verdadeiros direitos subjetivos, impõe-se o reconhecimento da possibilidade de efetivação judicial. É que, como assentou o Ministro Celso de Mello, na decisão paradigmática na ADPF 45 MC (BRASIL, 2004), “[a] negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos direitos fundamentais sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos”.

Sucedo, todavia, que, se a norma que estabelece o direito social não prevê com exatidão seu suporte fático e/ou efeitos jurídicos, a análise em juízo tende a ser complexa e controversa, pois envolve o controle (criação, alteração ou supressão) de políticas públicas, cuja elaboração e implementação incumbem primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo, que têm a estrutura e a visão global necessária à tomada de decisões para a alocação de recursos públicos limitados. Essas dificuldades práticas devem encontrar solução na instrumentalidade processual: o processo deve servir à adequada tutela do direito subjetivo material, com suas especificidades, também em sede de políticas públicas¹⁵. Nesse sentido,

¹⁴ “A constituição não é o que a Suprema Corte diz que ela é, e sim o que o povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, permitirá à Corte dizer que ela é. Uma interpretação específica da constituição pode ser imposta à Corte por emendas, ou por uma maioria ampla e estável, como ocorreu no caso do *New Deal*.” (RAWLS, 2000, p. 288).

¹⁵ Com o reconhecimento da força normativa da Constituição e diante dos compromissos que, a partir da metade do último século, foram incorporados gradativamente aos textos constitucionais, o sistema processual deixou de ser encarado como simples instrumento de atuação da vontade concreta da lei (CHIOVENDA, 2000), para tornar-se efetivo mecanismo voltado à tutela de direitos, especialmente daqueles constitucionalmente assegurados (MARINONI, 2017). A Constituição garante que a lei (seja sua presença ou omissão) jamais impedirá que uma lesão (concreta ou potencial) a direito seja excluída da apreciação jurisdicional (art. 5º, XXXV). Logo, o “processo deve se estruturar de maneira tecnicamente capaz de permitir a prestação das formas de tutela prometidas pelo direito material. De modo que entre as tutelas dos direitos e as técnicas processuais deve haver uma

privilegiando-se a via processual coletiva, evitam-se distorções (relacionadas principalmente à isonomia e racionalidade do gasto público) causadas pela litigância individual de massa, especialmente na área da saúde¹⁶.

Noutra perspectiva, tem ganhado cada vez mais força a ideia de que o problema fundamental já há alguns anos não é mais tanto de justificação dos direitos do homem, mas de sua efetiva proteção. É dizer, o grande problema hoje não é mais principalmente filosófico, mas, sim, político-jurídico e prático, relativamente aos meios e medidas de proteção (BOBBIO, 2004). Esse problema, relativo à efetivação em geral dos direitos do homem, tanto no âmbito interno de cada país como no campo internacional, tem-se feito sentir marcadamente em relação aos direitos sociais.

Por isso, ao tratar da pouca efetividade dos direitos sociais, Bobbio (2004) questiona: sua previsão encontra-se em normas meramente “programáticas”? Tais normas ordenam, proibem ou permitem num futuro indefinido? Trata-se de “direitos” cuja proteção, pela exigibilidade do correspondente dever ou obrigação, é adiada indefinidamente? (Vale observar que, para Bobbio (1999), princípios são espécies de normas jurídicas.)

Tradicionalmente se distinguem eficácia e efetividade das normas: aquela é entendida como a aptidão da norma para a produção de efeitos jurídicos, ante a presença das condições normativas para tanto, e esta, a efetividade, é compreendida como o alcance ou desempenho concreto pela norma de sua função social.

Ao tratar dessa distinção, Virgílio Afonso da Silva (2011) critica a conhecida classificação de José Afonso da Silva das normas constitucionais quanto a sua eficácia jurídica, encarada apenas a partir do texto constitucional. Virgílio afirma que toda e qualquer norma constitucional de direitos fundamentais pode sofrer restrições por norma infraconstitucional – o que infirma a distinção entre normas de eficácia plena e contida –, bem como pode (e, às vezes, deve) ser regulamentada – o que

relação de adequação” (MARINONI, 2017, p. 28). Para o controle judicial de políticas públicas relativas à concretização de direitos sociais, a mesma lógica tem lugar: “são necessárias adaptações da técnica processual para a tutela adequada dos direitos sociais fundamentais [...]. Algumas adaptações já são possíveis [...]. Outras demandam a alteração legislativa” (COSTA, 2013, p. 346).

¹⁶ Sobre tais distorções, cf. Diogo Rosenthal Coutinho (2013, p. 192). E quanto à titularidade também transindividual dos direitos sociais e à maior adequação do processo coletivo para o controle de políticas públicas – tema que demanda outro trabalho –, cf. Daniel Sarmento (2010), Ingo Sarlet (2016), Virgílio Afonso da Silva (2011) e Susana Henriques da Costa (2013).

refuta e torna sem sentido a distinção entre normas de eficácia plena e limitada. Além disso, restrição e regulamentação são atividades com diferenças tênues e muitas vezes se confundem na prática.

Normalmente, a eficácia plena é associada aos direitos às liberdades públicas e aos direitos políticos, enquanto a eficácia limitada é relacionada aos direitos sociais. Para Virgílio Afonso da Silva (2011), essas associações derivam menos do texto normativo do que de opções político-ideológicas. Nesse sentido, a efetivação por meio de políticas públicas é que parece ser determinante para a eficácia da norma. Eficácia aqui num conceito que vai além da aptidão para produção de efeitos jurídicos ante a presença dos respectivos pressupostos normativos para abarcar também a ideia de efetividade, de efetivação prática dos direitos.

Não apenas a efetivação dos direitos sociais demandam regulamentação, ações estatais e custos, mas também a dos chamados direitos de primeira geração ou dimensão. Compare-se, a propósito, o direito de sufrágio e o direito à saúde: ambos demandam regulamentação, ação estatal e custos. O direito ao sufrágio requer o funcionamento da estrutura da Justiça Eleitoral, que organiza e administra as eleições, com toda uma normatização infraconstitucional, prédios, servidores etc. Semelhantemente, o direito a saúde exige regulamentação, profissionais de saúde, equipamentos, hospitais etc. Ambos os direitos dependem, assim, de políticas públicas que lhes confirmam efetividade. Sucede que, por diferenças de condições fáticas, o direito ao sufrágio tem a estrutura necessária, ao passo que o direito à saúde não a tem. (SILVA, 2011)

De modo similar, as liberdades públicas hoje não mais são encaradas como direitos à mera abstenção estatal. O direito de propriedade, por exemplo, para ser protegido, requer a edição de legislação, a existência de uma estrutura de registro de imóveis, de polícia, de Poder Judiciário etc. O exemplo mostra que os direitos de liberdade também dependem de regulamentação e da criação e manutenção de organizações e procedimentos – tudo a envolver custos. (HOLMES; SUNSTEIN, 1999; SILVA, 2011)

Nessa ordem de ideias, vê-se que a diferença central entre os direitos sociais, tradicionalmente vinculados à eficácia limitada, e as liberdades públicas e direitos políticos, associados em geral à eficácia plena, está na existência de

condições – institucionais, legais, materiais etc. – de produção de efeitos desses últimos e na inexistência de tais condições em relação àqueles, o que aproxima as noções de eficácia e efetividade. Essas condições de efetividade compõem também o fenômeno jurídico. O alcance da função social da norma deve ser também objeto da ciência jurídica. (SILVA, 2011)

É certo que a efetividade dos direitos sociais depende de custos maiores que a dos direitos de liberdade, em especial porque cada direito social (à saúde, à educação, à moradia etc.) requer investimentos específicos, ao passo que boa parte dos custos das liberdades públicas é aproveitado de maneira global por todas elas (legislação, organização judiciária etc.). (SILVA, 2011)

Todavia, apesar da dificuldade orçamentária, há, como exposto, normas jurídicas, inspiradas por valores componentes do núcleo da ideia de justiça da sociedade, a assegurar vários direitos sociais, cuja concretização depende essencialmente de decisões político-ideológicas no sentido de sua efetiva proteção prática.

5 CONCLUSÃO

A importância de conferir-se efetividade aos direitos sociais assegurados interna e externamente foi reforçada pela exposição da historicidade e das lutas e demandas a partir das quais foram florescendo e ganharam centralidade os direitos fundamentais, em especial os de segunda geração, inspirados pelo valor igualdade.

Expôs-se, na sequência, o aspecto axiológico dos direitos fundamentais, com destaque para os sociais, demonstrando-se que os valores a eles subjacentes perfazem o núcleo da ideia de justiça na sociedade. Para essa demonstração, invocaram-se a título ilustrativo as visões de três autores com diferentes abordagens e opiniões sobre justiça.

Após, apresentaram-se as razões – que são de ordem prática, e não normativa – para a menor efetividade alcançada pelos direitos sociais, em comparação com os direitos de liberdade, razões essas concentradas na escassez de recursos públicos e, especialmente, na tomada de decisões político-ideológicas que antecede a implementação das políticas públicas.

Concluiu-se, por fim, que, dada sua origem histórica e por derivarem de normas jurídicas ligadas aos valores de justiça mais caros à sociedade, os direitos sociais devem receber especial atenção por parte do Estado, seja em sua implementação administrativa por meio da formulação e execução de políticas públicas, seja por meio de correções na via judicial.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

_____. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 29/4/2004, publicado em DJ 4/5/2004, p. 12. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000072153&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 2 jul. 2019.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. Campinas: Bookseller, 2000.

COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. Relação direito e processo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 345-370.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. O Direito nas Políticas Públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (org.). *A Política Pública como Campo Multidisciplinar*. São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 1999.

KELSEN, Hans. *¿Qué es la justicia?* Buenos Aires: Leviatan, 1981.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

RAWLS, John. *Liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Rev. Álvaro de Vita. São Paulo: Ática, 2000.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Lições preliminares de direito*. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*. 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 29/4/2018.

_____. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte, ano 17, n. 60, abr./jun. 2016. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=240515>>. Acesso em: 6 maio 2018.

SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SEN, Amartya. *The idea of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.