

A fundamentalidade dos direitos sociais à luz da teoria dos custos dos direitos e do debate entre Fernando Atria e Carlos Pulido

The fundamentality of social rights according to the cost theory and the debate between Fernando Atria e Carlos Pulido

Elísio Augusto Velloso Bastos*

Centro Universitário do Pará, Belém – PA, Brasil.

Heloisa Sami Daou**

Centro Universitário do Pará, Belém – PA, Brasil.

1. Introdução

A concretização de direitos sociais fundamentais continua suscitando inúmeros debates na doutrina e na jurisprudência. Os direitos sociais, também chamados de direitos de igualdade, formam, juntamente com os direitos culturais e econômicos, os denominados direitos de segunda geração, isso porque, em que pese sua previsão já em algumas Constituições francesas do período revolucionário, apenas posteriormente é que passaram a integrar os textos constitucionais ocidentais com certa habitualidade, estabelecendo, assim, um tipo diferente de Estado ou um tipo diferente de ideologia estatal.

* Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Graduação e do Mestrado do Centro Universitário do Pará – CESUPA. Advogado. Procurador do Estado do Pará. E-mail: elisobastos@oi.com.br.

** Mestra em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA. E-mail: helo_daou@yahoo.com.br.

Sabe-se, também, que a história dos direitos humanos remonta ao final do século XVIII, servindo, inicialmente, como a teoria jurídica que pretendeu legitimar o processo revolucionário, tanto francês quanto estadunidense.

Os denominados direitos de primeira geração nascem nesse período revolucionário, são direitos de resistência e oposição frente ao Estado, inspirados nos valores da liberdade, da propriedade e da igualdade formal (de todos, perante a lei), possuíam o propósito especial de proteger os indivíduos do então principal agente lesionador de direitos: o Estado. Esse era o contexto do Estado que emerge como resultado das Revoluções liberais, do final dos setecentos e início dos oitocentos.

Contudo, as contradições existentes no seio do Estado liberal, especialmente as profundas desigualdades sociais, impuseram o seu aprimoramento. Desse modo, os direitos sociais vieram a ser o instrumento político e jurídico a pretender reduzir o déficit democrático perante os sistemas econômico e social de então.

Desse modo, o Estado Social e Democrático de Direito e seu embasamento jurídico, a Constituição Social, pretendem estruturar de forma diferente, tanto os princípios gerais de atuação e organização do Estado, quanto as garantias de direitos fundamentais.

Um passo importante que pretende dar o constitucionalismo social é partir do pressuposto de que as causas da pobreza não seriam exclusivamente individuais, mas, sobretudo, econômicas e sociais, daí que a miséria não deveria ser objeto de regulação pelo direito penal, mas especialmente por direitos que pretendessem reduzir tais desigualdades.

Ocorre que a plena garantia de direitos sociais ainda encontra óbices, isso porque a diferença de momento e contexto histórico de surgimento, bem como supostas diferenças de natureza, importância e custos de efetivação, fazem com que parte considerável da doutrina aponte diferenças entre os direitos sociais e os direitos de primeira geração, argumentos que acabam por negar força normativa a tais direitos e, com isso, sua fundamentalidade.

O presente texto tem o objetivo de problematizar acerca da fundamentalidade dos direitos sociais, uma vez que considerar os direitos sociais como fundamentais tem como consequência prática reconhecer que tais normas são dotadas de características peculiares que facilitam a sua proteção e efetivação.

Desse modo, propõe-se o diálogo com a realidade brasileira, especialmente a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRF/88), que reconhece a fundamentalidade aos direitos sociais, considerando-os como ferramentas para que se torne real e efetivo o princípio eleito como razão de ser da própria existência do Estado, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana. Afinal, para além de expressar um conteúdo moral, os Direitos Sociais expressam um conteúdo jurídico, sendo, portanto, direitos subjetivos. Perceba-se, ainda, que a fundamentalidade se cinge a um ordenamento jurídico-constitucional específico.

Em sede de introdução, imprescindível a ressalva de que o diálogo com a CRF/88 é essencial, pois a fundamentalidade do direito, como se sabe, é atribuída de acordo com a realidade constitucional de cada país.

As ideias centrais do artigo estarão divididas em três partes. Inicialmente a intenção é explorar o surgimento do Estado Social e, desse modo, dos direitos sociais.

Depois, analisar-se-á a problemática da fundamentalidade dos direitos sociais, a partir da exposição de argumentos divergentes na doutrina nacional e internacional, tratando-se, ainda, sobre o custo dos direitos, argumento restritivo à ampla garantia de direitos sociais.

Por fim, com base na realidade brasileira, objetiva-se analisar questões envolvendo a exigibilidade dos direitos sociais, apresentando-se, na oportunidade, algumas das características desses direitos.

O presente ensaio é uma obra de hermenêutica constitucional, ancorada na análise qualitativa e, para atingir os objetivos elencados, a metodologia empregada será a da revisão bibliográfica de livros e artigos científicos sobre o tema, ou seja, buscar-se-á suporte teórico necessário na doutrina nacional e internacional.

2. O Estado Social: análise histórica

O mercado possuía grande importância no final do século XIX, pois, por meio dele, garantia-se a compra e venda, além da apropriação, circulação e acumulação de bens considerados essenciais à vida. Assim, predominava a lógica inculpada na doutrina do *Laissez-Faire* e na máxima *laissez faire, laissez passer, n'est pas trop de gouverner*, que permitia a cada um se

apropriar do fruto do seu trabalho¹ e a ideia dominante de que uma distribuição mais justa de riquezas poderia ser alcançada pela liberdade de mercado, sem a necessária intervenção do Estado.

Nesse sentido, acreditava-se relevante a proteção de direitos individuais, concebidos como meios de proteção contra o Estado e, ainda, seria “impensável qualquer função do Estado de cunho paternalista que pudesse colocar em risco este equilíbrio natural das forças”².

Nesse contexto, os direitos considerados unilaterais recebem destaque, isto é, aqueles que diziam respeito ao homem isoladamente: a vida, a igualdade perante a lei, a propriedade, a segurança e a liberdade, direitos humanos de primeira geração, que foram legitimados na linguagem do Direito, incorporando os valores da época.

Igualdade perante a lei significava uma igualdade apenas formal, ou seja, a ideia dominante era a de que os homens seriam capazes de resolver suas próprias diferenças sem a necessidade de intervenção externa, não havendo qualquer preocupação, tampouco a intenção de garantir a igualdade material, com a atuação do Estado para a diminuição de eventuais desigualdades.

Por sua vez, a propriedade revelava-se como que uma senha de acesso aos direitos políticos, destacando-se o art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, onde constava que “*La Propriété étant un droit inviolable et sacré (...)*”. Concedia autonomia ao indivíduo; portanto, era sagrada, e por meio dela se tinha acesso ao voto, censitário, ou seja, dele estavam excluídas diversas classes sociais, como as mulheres e os negros. Daí a existência de autores, tal como Robles³, que sustentam que o homem-proprietário se transformou no “conceito antropológico básico da filosofia política do liberalismo”.

Lembra Arnaud-Duc⁴ que os “dias que se seguiram à Revolução foram alguns dos mais negros na história das mulheres”. As mulheres francesas apenas conseguiram acesso ao direito de voto em 1944. Ademais, lembra Douzinas⁵ que a própria França apenas abandonou, definitivamente, a escravidão, em 1848.

1 BASTOS, 2007, p. 30.

2 BASTOS, 2007, p. 32.

3 ROBLES, 2005, p. 25.

4 ARNAUD-DUC, 1997 *apud* DOUZINAS, 2009, p. 111.

5 DOUZINAS, 2009, p. 112.

Por fim, a própria noção de Liberdade mereceu uma contundente modificação. Afinal, a liberdade buscada pelos revolucionários liberais dizia respeito ao espaço livre de intervenção estatal, ou, em outras palavras, ao campo da autonomia da vontade. Essa é a essência da liberdade dos modernos, como esclarece Constant⁶.

Nesse sentido, as Constituições que surgiram no século XVIII e XIX buscavam assegurar que a intervenção do Estado fosse, nas palavras de Bastos⁷, “cirúrgica e pontual”, assim como as Instituições da época serviam para proteger os ideais de certeza e segurança. É dizer que, nesse período, as primeiras Constituições que surgiram refletiram o ideal do capitalismo liberal, valorizando o livre-mercado e a propriedade privada.

Contudo, considerando que os indivíduos não gozavam de igual proteção, a vivência desses ideais acabava gerando contradições, pois a grande valorização da propriedade privada, a exploração da classe operária, a ausência de intervenção estatal em prestações positivas, o aumento da pobreza e da desigualdade social, a ausência de igualdade de oportunidades sociais e políticas, dentre outros fatores, somados à luta dos movimentos sociais, levaram à necessidade de melhoras no sistema vigente à época.

Assim, tornou-se impossível conter os já por demais contidos movimentos de socialização do capital, pelo que surgiram os movimentos operários visando, sobretudo, à superação do sistema capitalista. Porém, como uma espécie de contrarreforma, surgem os movimentos, muitos deles também de origem operária, visando à chamada socialização do capitalismo, pretendendo, ao instaurar uma ordem capitalista social e um Estado Social, preservar a ordem capitalista.

Importante destacar, ainda, sobre esses movimentos operários, que os direitos sociais ganharam força no contexto da revolução industrial, pois apesar do avanço e desenvolvimento econômico, sacrificou-se a classe trabalhadora com longas e penosas jornadas de trabalho e em face de péssimas condições de trabalho.

Desse modo, os direitos sociais surgiram como resposta aos movimentos populares que pretenderam impor uma lógica de ética e justiça sociais ao sistema até então vigente. Afinal, conforme assevera Luño⁸: “a liberdade

6 CONSTANT, 1985, p. 13.

7 BASTOS, 2007, p. 32.

8 LUÑO, 1998, p. 215.

sem igualdade não conduz a uma sociedade livre e pluralista, mas a uma oligarquia, vale dizer, à liberdade de alguns e à não-liberdade de muitos”. Essa foi a tendência durante o século XX, com destacado reflexo nas relações de trabalho, que foi o primeiro campo onde se introduziu referidas ética e justiça.

As normas relativas aos direitos sociais foram positivadas nas Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar, de 1919, sendo esta última a responsável pela consolidação do modelo constitucional do *Welfare State* para o ocidente, juntamente com o surgimento de diversos documentos no plano internacional, todos em prol da garantia desses direitos, a exemplo da Encíclica do Papa Leão XIII, *Rerum Novarum*, a qual consolidou a doutrina social da Igreja, em 1891.

Os novos direitos que surgiram tornaram-se tão importantes, especialmente naquele contexto, que ocasionaram uma transformação no papel do Estado Democrático de Direito para Estado Democrático Social de Direito. Antes se buscava proteção contra o Estado, a partir da garantia de direitos de primeira geração, vistos como instrumentos para tal; agora, a pretensão era utilizar o Estado no papel de protetor. Desse modo, os direitos sociais ou de segunda geração serão utilizados para assegurar atuação planejada ou promocional do Estado como verdadeiro garantidor, deixando o Estado Social de ser apenas o mero *government by law*, para pretender transformar-se no complexo *government by policies*, com vistas ao alcance de metas sociais e não apenas econômicas.

Parte-se do pressuposto, correto, de que o Estado não era o único opressor⁹. A dinâmica do livre mercado, dentre outros fatores, fazia crescer as desigualdades sociais, surgindo a necessidade da afirmação de outros direitos básicos, aqueles de cunho cultural, econômico e social, em outras palavras, os direitos de segunda geração. Isso porque não bastava que todos fossem livres apenas formalmente se, na realidade, não o eram, pois não possuíam condições de liberdade material. Não basta exigir autonomia. Mister lutar-se por condições de autonomia eis que tais condições, como se sabe, estavam e ainda estão distribuídas desigualmente pela sociedade¹⁰. Perceba-se que, dentro dessa análise, os Direitos

9 BARCELLOS, 2011, p. 136.

10 SANTOS, 2014, p. 10.

Sociais estariam vinculados¹¹ aos Direitos de primeira geração, servindo para viabilizar as condições de liberdade.

Afinal, condições sociais, econômicas e culturais podem atuar, e normalmente atuam, como “práticas estigmatizadoras, segregadoras ou discriminatórias”, quando “compartilhadas socialmente ou incorporadas em instituições públicas”, podendo gerar, para certos grupos ou indivíduos, a negativa de acesso, ou acesso de baixa qualidade, ou menor fruição potencial de bens da vida (que nos prendem à nossa existência)¹².

Na Inglaterra podem ser encontradas teorias relevantes e pioneiras embaixadoras do Estado de Bem-Estar Social¹³. Parece-nos adequado, todavia, vincular os Direitos Sociais à tentativa de se ofertar uma resposta adequada às denominadas “necessidades sociais”, expressão cunhada por Richard Titmuss¹⁴ para identificar o conjunto de necessidades oriundas da interdependência social, definidas pelas sociedades como padrão de vida corrente. Tal interdependência social (não natural, portanto, criada pelo homem) deixaria o indivíduo mais vulnerável e suscetível ao fracasso e, assim, suscetível a estigmas e preconceitos, o que acarretaria: a) a perda de respeito (alheio e próprio), b) a perda da disposição para a solidariedade, c) o comprometimento das identidades pessoais e, ainda, d) o acesso a serviços seletivos e de pouca qualidade, uma vez associados à ideia de fracasso, pouco efetivos, eis que desestimula-se seu uso preventivo e precoce.

11 Como melhor será visto adiante, quando da análise da teoria de Carlos Pulido, há duas teorias que pretendem esclarecer qual o fundamento dos Direitos Sociais. A primeira busca vinculá-los aos Direitos de primeira geração, afirmando que os Sociais serviriam como instrumentos para viabilizar as condições de liberdade, de autonomia. A segunda, denominada autônoma, busca identificar um fundamento independente aos Direitos Sociais, desvinculando-os, portanto, das Liberdades Públicas, ao identificar as pessoas como titulares de um conjunto de necessidades sociais (que modulam e formatam, legítima e necessariamente, o conceito de liberdade de modo que tais moldes sequer devem ser entendidos como restrições, mas limites imanes) e como titulares do Direito à prevenção dos custos sociais. Como será visto a seguir, o presente trabalho concorda com a visão de Pulido no sentido de que estas duas teorias são complementares, desde que, evidentemente, não se caia na armadilha de transformar a vinculação dos Direitos Sociais aos Direitos de primeira geração, presente na primeira teoria, em subordinação ou inferioridade dos primeiros em relação aos segundos.

12 KERSTENETZKY, 2012, p. 31.

13 Uma definição adequada sobre o Estado do Bem-Estar Social é fornecida pela International Encyclopedia of the Social Sciences, consoante a qual “*the welfare state is a set of government programs aimed at ensuring citizens’ welfare in the face of the contingencies of life in modern, individualized, industrialized society. All welfare states provide direct state assistance to the poor in cash (e.g., social assistance) and in kind (e.g., housing and social services), as well as social insurance against the financial consequences of certain biological risks (illness, incapacity to work, childbirth, child-rearing, old age) and occupational risks (unemployment, accident, or injury)*” (VEGHT, 2007, p. 67).

14 TITMUSS, 1959 *apud* KERSTENETZKY, 2012, pp. 22-24.

Titmuss¹⁵, ademais e corretamente, esclarece que, identificadas tais necessidades sociais, não bastaria, apenas, satisfazê-las, mas, especialmente e sobretudo, provê-las por serviços universais capazes de evitar estigmas e que possam contribuir para construção da identidade das pessoas. Os Direitos Sociais e a Seguridade Social pretendem, pois, tomar o lugar do Direito Penal, outrora único ou principal mecanismo jurídico para enfrentar tais necessidades.

Outro importante conceito doutrinário desenvolvido para uma melhor compreensão dos Direitos Sociais deve-se ao economista inglês Arthur C. Pigou. Trata-se dos denominados “custos sociais”, os quais, na visão de Pigou¹⁶ constituem-se nos desserviços sociais consumidos compulsoriamente pelas pessoas em face da vida em sociedade, como, por exemplo, o lixo, os acidentes nas estradas, o subemprego, a obsolescência programada, a poluição, o trânsito etc. Assim, o bem-estar seria devidamente implementado quando tais custos fossem perfeitamente compensados, algo bastante difícil, eis que os efeitos negativos dos custos sociais não costumam ser pequenos, não costumam ser homogêneos e nem precisamente calculáveis, além de que se estariam tornando generalizados e sutis.

A partir da noção de custos sociais, defende, corretamente, Titmuss¹⁷, que uma adequada estratégia não deve passar pela impossível premissa de que seria possível o cálculo preciso dos custos para empreender sua necessária compensação. A estratégia deveria ser prudencial, ao invés de reparatória, devendo ser adotada uma política preventiva para prevenir tais custos.

Assim, Titmuss e Pigou identificam o Bem-Estar Social como comando sobre recursos para satisfazer necessidades sociais e prevenir custos sociais. Tal comando é viabilizado por Direitos Sociais¹⁸. Perceba-se que essa noção traz, implícito, um fundamento independente (autônomo) para os Direitos Sociais, desvinculando-os dos Direitos de primeira geração e vinculando-os, apenas, à noção de satisfação de necessidades sociais e prevenção de custos sociais.

15 TITMUSS, 1959, *apud* KERSTENETZKY, 2012, p. 24.

16 PIGOU, 1920, *apud* KERSTENETZKY, 2012, p. 25.

17 TITMUSS, 1959, *apud* KERSTENETZKY, 2012, p. 22.

18 KERSTENETZKY, 2012, p. 29.

Destaque-se, por fim, que a noção de Direitos Sociais também valoriza a Constituição como ato normativo¹⁹, uma vez que os valores nos quais o Estado seria constituído partiam do texto constitucional e refletiam para toda sociedade a partir dele. Assim, face ao acesso que tiveram os diversos grupos sociais ao parlamento e, especialmente com o voto universal, a legislação ordinária e as Constituições sofreram profundas mudanças, que foram responsáveis pelo ingresso de valores sociais no direito positivo. Tais valores aparecem no reconhecimento ou “fundamentalização” de direitos relacionados ao trabalho, educação, lazer, saúde, assistência social, dentre outros, todos ligados, como já se viu, a reivindicações de justiça social.

Desse modo, o arcabouço jurídico do Estado de bem-estar social, inclusive com sua normatização internacional, já se encontra bem definido logo após a primeira guerra mundial, firmando-se, contudo, após a segunda grande guerra.

3. A fundamentalidade dos direitos sociais: as teses divergentes de Fernando Atria e Carlos Pulido

Alguns autores aplicam distinção em níveis de relevância, grau de força normativa e fundamentalidade entre as Liberdades Públicas e os Direitos Sociais em razão desses últimos terem galgado nível constitucional em momento posterior aos Direitos Cíveis e Políticos.

A fundamentalidade do direito está relacionada à possibilidade de se atribuir a esse direito características peculiares que o diferenciam, no momento da sua proteção, concretização e exigibilidade, isso porque a fundamentalidade do direito relaciona-o diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, o que lhe identifica com máximos níveis de força normativa.

Nesse sentido, há severas divergências na doutrina, sendo que, para alguns, os direitos de segunda geração não são iguais aos de primeira no que refere à sua força normativa. Assim, são diversas as teses que, de um lado, atribuem fundamentalidade aos direitos sociais e, de outro, negam.

Atria²⁰ destaca que a noção de direitos sociais seria uma contradição quando se leva em consideração a noção de direito subjetivo no sentido

19 Em que pese o inexorável fato de que o reconhecimento constitucional dos Direitos Sociais está longe de representar sua conversão em realidade ou mesmo, para muitos, em “*expectativas plenamente exigibles o en instrumentos aptos a satisfacer las necesidades básicas de sus destinatarios*” (PISARELLO, 2007, p. 12).

20 ATRIA, 2005, p. 15.

jurídico do termo, isso porque os direitos individuais têm seu fundamento no auto-interesse, são direitos anteriores ao Estado e, desse modo, absolutamente independentes de algo externo ao próprio indivíduo, ou seja, não há fundamento de direito subjetivo fora de um ideal individual. Assim, os direitos sociais não seriam humanos, pois o traço distintivo desses direitos é que eles dependeriam de solidariedade²¹ e esta é algo que se constrói na vida em sociedade, portanto não nasce com o indivíduo.

Atria²² complementa afirmando que os direitos de primeira geração possuiriam uma peculiaridade, que seria o fato de que, quando se determina quem tem o direito, determina-se, também e imediatamente, quem tem o dever de prestá-lo. Assim, os direitos individuais possuiriam uma clara e completa especificação do seu conteúdo e a consequência é que eles poderiam ser considerados como naturais.

Em contrapartida, os direitos sociais seriam totalmente diferentes, pois não especificariam com precisão seu conteúdo, tampouco revelariam, de plano, em face de quem seriam exigíveis, ou seja, não informariam, de imediato, qual sujeito estaria obrigado, destacando-se que a resposta a essas perguntas só seria possível na vida em sociedade²³.

Veja-se, por exemplo, a situação de alguém que deixa seu veículo estacionado em via pública, utilizando-se a lógica de Atria. Nesse caso, tratando-se de direito à propriedade, é fácil compreender que não só o Estado tem o dever de proteger o imóvel, como também o têm todas as pessoas, pois ninguém pode lesar a propriedade de outrem. Contudo, quando se fala em direitos sociais, consoante o pensamento de Atria, seria mais difícil especificar de quem é a obrigação de proteção, não é de plano que se define quem deve proteger o direito à saúde ou à educação dos indivíduos e deles não se retira uma prestação específica desde logo, o que faz diminuir a força desses direitos.

Retomando o argumento da subjetividade dos direitos sociais, sabe-se que a noção de direito subjetivo pode ser compreendida de forma intuitiva: se uma pessoa tem um direito, isso significa que possui a prerrogativa de exigir algo de alguém, ou seja, alguém deve adimplir a obrigação correspondente a esse direito. Assim, um direito subjetivo apenas nasce se alguém tem o poder de exigir forçosamente de outrem uma conduta²⁴.

21 ATRIA, 2005, p. 18.

22 ATRIA, 2005, p. 19-20.

23 ATRIA, 2005, p. 20.

24 ATRIA, 2005, p. 22.

Logo, há uma grande e essencial diferença entre afirmar que se deve “dar algo a alguém porque é justo ou bom” e afirmar que “alguém tem o direito a algo”. Assim, no sentido jurídico, para que se possa falar em direito subjetivo, algumas condições seriam imprescindíveis, conforme destaca Atria²⁵, “é necessário que uma pessoa, (i) tenha uma obrigação (ii) cuja executividade seja legalmente mediada pela declaração de vontade de outra; e (iii) que seja reconhecida ou criada por lei no interesse dessa outra pessoa”.

Nesse contexto, na tese do autor, à medida que os Direitos teriam a função de justificar a existência do Estado, esses Direitos só poderiam ser os naturais, aqueles de primeira geração, uma vez que os Direitos Sociais não poderiam ser completamente exigíveis, eis que em uma medida importante dependeriam de sistemas que os juízes não poderiam criar, uma vez que os direitos sociais dependeriam de uma atuação ativa do Estado por meio das políticas públicas. Atria assim conclui, nos seguintes termos:

Em resumo, o argumento é relativamente simples: vimos que o conceito de direito subjetivo se refere à ideia de que o que é justo dar, fazer ou não fazer ao detentor do direito pode ser determinado independentemente de considerações substantivas de natureza geral. É por isso que os direitos triunfam (pelo menos em princípio) sobre considerações de utilidade geral ou aspirações da comunidade. Maior bem-estar social ou aspiração da comunidade não podem constituir uma razão que triunfa sobre um direito. É isso que ‘tem direito a ...’ significa no jogo da linguagem legal. [...] Os fins coletivos (ou comunitários) que justificam os direitos sociais, portanto, não podem derrotar os direitos individuais se não forem expressos na linguagem dos direitos.²⁶

25 ATRIA, 2005, p. 23. No original: “Es necesario que una persona, (i) tenga una obligación (ii) cuya exigibilidad está jurídicamente mediada por la declaración de voluntad de otra; y (iii) que sea reconocida o creada por el derecho en atención al interés de esa otra”.

26 ATRIA, 2005, p. 39. No original: “En abstracto, el argumento es relativamente simple: hemos visto que el concepto de derecho subjetivo hace referencia a la idea de que lo que es justo dar, hacer o no hacer al titular del derecho puede determinarse con independencia de consideraciones substantivas de índole general. Por eso los derechos triunfan (al menos en principio) sobre consideraciones de utilidad general o aspiraciones comunitarias. El mayor bienestar social o la aspiración comunitaria no pueden constituir una razón que triunfe sobre un derecho. Esto es lo que ‘tener derecho a...’ significa en el juego de lenguaje del derecho. (...). Los fines colectivos (o comunitarios) que justifican los derechos sociales, en consecuencia, no podrán vencer a los derechos individuales si no están expresados en el lenguaje de los derechos”.

Portanto, para Atria²⁷, os direitos sociais não podem ser exigíveis como direitos subjetivos. Contudo, importante destacar que o autor parece não defender a retirada dos direitos sociais do texto das Constituições. Necessário seria, apenas, entender tais direitos apenas em seu sentido político, ou seja, como objetivos relevantes para o Estado. Assim, resta evidente que os argumentos até aqui expostos acabam por negar a fundamentalidade dos direitos sociais.

Essa tese, que fundamenta uma redução, ou mesmo aniquilação, da força normativa dos Direitos Sociais tem merecido acolhida. Virgílio Afonso da Silva²⁸, no Brasil, mesmo reconhecendo que todos os direitos são positivos, sustenta que os Direitos Sociais se diferenciariam dos Cíveis e Políticos pelos gastos que sua realização pressupõe. Afinal, a implementação dos Direitos Sociais exigiria o investimento de recursos de maior monta, sobretudo pelo fato de que a estrutura que o Estado deve manter para tutelar os Direitos Cíveis e Políticos também serviria para tutelar os Direitos Sociais. Assim, ao contrário do que ocorreria com a realização e a proteção dos Direitos Individuais, a realização dos Direitos Sociais, por, supostamente, depender de enormes gastos públicos, dependeria de decisões que extrapolam o simples raciocínio jurídico-formal, acarretando uma redução na força normativa de tais direitos. A tese, portanto, nitidamente representa ou acarreta a negação ou a redução da fundamentalidade dos Direitos Sociais.

O pensamento de Torres²⁹ também acarreta ou pressupõe similar redução de fundamentalidade dos Direitos Sociais, uma espécie de *capitis diminutio* em relação aos direitos de primeira geração, eis que os de segunda geração somente poderiam ser exigíveis na medida em que fossem tocados pelo interesse fundamental, isto é, pelo núcleo intangível da fundamentalidade. Equiparam-se, assim, os Direitos Sociais ao mínimo existencial.

Assim, com base em argumentos idênticos, ou similares, parte considerável da doutrina admitirá uma supostamente natural redução (ou esvaziamento) da força normativa dos Direitos Sociais ao falar, por exemplo, em “ajustamento social do socialmente desejável para o economicamente

27 ATRIA, 2005, p. 47.

28 SILVA, 2008, pp. 587-599.

29 TORRES, 2003, p. 1-2.

possível”, como o faz Rivero³⁰. Falar-se-á, igualmente, em uma certa “subordinação da efectividade concreta a uma reserva do possível”, como o faz Canotilho³¹. Defender-se-á, também, a existência de uma “raridade material do objeto da pretensão como limite real” aos Direitos Sociais, no dizer de Christian Starck³², ou mesmo na dependência que os Direitos Sociais teriam não apenas de aplicação de normas constitucionais, mas, e sobretudo, dos próprios fatores econômicos, bem como dos “condicionalismos institucionais, do modo de organização e funcionamento da Administração pública e dos recursos financeiros”, assegurado, sempre, o volátil “conteúdo essencial”, como o faz Miranda³³. Assim, o resultado da avaliação dos direitos a efetivar e dos recursos para efetivá-los sequer deverá ser considerada verdadeira e própria restrição ao Direito Social não efetivado³⁴.

Tais posições doutrinárias³⁵ acarretam, sem dúvida, uma vulnerabilidade, uma redução ou aniquilamento da fundamentalidade dos Direitos Sociais, de sua força normativa, ainda que se pretenda assegurar a efetivação de um conteúdo jurídico mínimo, o qual teria (apenas ele) um grau de fundamentalidade capaz de gerar direitos subjetivos sociais aos seus titulares. Logo, se a pretensão reclamada estiver fora desse mínimo existencial, o reconhecimento de direitos subjetivos passa a depender de fatores condicionantes de sua força normativa ou de sua eficácia imediata, tais como a existência de recursos públicos, a regulamentação por legislação infraconstitucional etc.

30 RIVERO, *apud* MIRANDA, 2000, p. 392.

31 CANOTILHO, 1994, p. 365.

32 STARCK, *apud* MIRANDA, 2000, p. 392.

33 MIRANDA, 2000, p. 392.

34 MIRANDA, 2000, p. 393.

35 Gerardo Pisarello, de modo correto, identifica quatro planos diferentes do discurso jurídico-político a fundamentar a identificação dos Direitos Sociais como meros princípios norteadores ou normas programáticas, ou fundamentar a ideia de que o Poder Judiciário nada pode ou nada deve fazer para garanti-los. O primeiro plano seria composto pela noção histórica de que os Direitos Sociais seriam cronologicamente posteriores aos Direitos Cíveis e Políticos. O segundo, embasado pela noção normativa ou filosófica, sustentaria que apenas os Direitos Cíveis e Políticos estariam diretamente vinculados à Dignidade da Pessoa Humana, pelo que haveria uma subordinação dos Direitos Sociais aos Cíveis e Políticos. O terceiro plano de natureza teórica estaria vinculado à noção de que haveria uma diferença estrutural entre os Direitos Sociais, de um lado, e Cíveis e Políticos, de outro, a impedir a oferta de mecanismos similares de proteção. O quarto plano, de ordem dogmática, derivaria dos demais, e afirmaria que os Direitos Sociais não seriam Fundamentais nem judicialmente exigíveis (PISARELLO, 2007, pp. 14-16).

Tais posições doutrinárias pecam ao confundir Direitos Sociais com Direitos Prestacionais. Partindo do pressuposto incorreto ou, no mínimo, infundado, de que apenas os Direitos Sociais seriam prestacionais, positivos, apenas eles exigiriam um agir estatal, apenas sua proteção implicaria o aporte de recursos públicos, apenas eles seriam custosos ou, pelo menos, bem mais custosos, se comparados aos de primeira geração. O equívoco reside no fato de que todos os Direitos são custosos³⁶, todos são prestacionais no sentido de que todos, em algum aspecto de seu âmbito normativo, exigem um agir estatal para sua efetiva proteção.

Entretanto, encontra-se, também, na doutrina, teses que defendem a fundamentalidade ampla dos Direitos Sociais. Pulido³⁷ opõe-se a Atria (ainda que de modo equivocadamente parcial), inicialmente para desconstituir a ideia de que buscar fundamentos para os direitos sociais na solidariedade significa dizer que não se pode fundamentar direitos sociais como subjetivos, posteriormente para afastar a ideia de que a existência de diferenças estruturais entre os direitos individuais e os sociais tornam estes últimos indeterminados. O autor³⁸ reconhece que o ideal coletivo por si mesmo não consegue fornecer fundamentação adequada para direitos subjetivos, reafirmando que a noção de subjetividade do direito deve partir da posição do indivíduo, o qual deve ser protegido até para que possa bem interagir em comunidade ou face a ela. Nesse ponto, identifica-se uma convergência de pensamento entre os autores. Entretanto, contrapondo-se a Atria, destaca Pulido³⁹:

Como consequência, nada se pode objetar à crítica de Atria contra a possibilidade de fundamentar o caráter de direitos subjetivos dos direitos sociais na concepção socialista. Não obstante, o problema da perspectiva de Atria consiste em derivar desta crítica uma licença para sustentar a tese segundo a qual os direitos sociais não podem ser considerados de nenhuma maneira como direitos subjetivos e somente podem ter valor enquanto ideais políticos.

36 Conforme se verá adiante.

37 PULIDO, 2008, pp. 137-175.

38 PULIDO, 2008, p. 144.

39 PULIDO, 2008, p. 144.

Pulido⁴⁰ evidencia que o Estado Social não modifica por completo as bases do Estado Liberal, pretendendo apenas reformulá-las, ou, pode dizer-se, intencionando garantir legitimidade às liberdades públicas, tanto quanto ao aparato que as impõe. Pulido⁴¹, ademais, esclarece que o Estado Social de direito fundamenta os direitos sociais de duas formas, a primeira de forma independente, e a segunda como meios para garantia de exercício real das liberdades.

Desse modo, o autor revigora a tese da fundamentação independente de Tungendhat⁴², e recorda que “A ideia central de Tungendhat assinala que, para responder à pergunta acerca de quais direitos deve ter uma pessoa, somente pode ser fundamental o conceito de necessidade”. Continua esclarecendo Pulido⁴³:

De acordo com este autor [Tungendhat], os direitos fundamentais estabelecem regras de cooperação social que traçam as condições nas quais se desenvolvem os vínculos entre os indivíduos e entre estes e o Estado. O conteúdo destas regras de cooperação não é imutável, mas se manifesta em cada época, de acordo com os valores e interesses predominantes ou em conformidade com as reivindicações que se impõem, como resultado das lutas sociais.

A ideia advinda das Revoluções liberais cria a figura de um homem autossuficiente, o qual necessita apenas de direitos compostos por obrigações de abstenção, ou seja, necessita apenas que sua esfera particular e sua liberdade sejam respeitadas, pois pressupõe-se que este homem é totalmente capaz de satisfazer a si mesmo e suas necessidades.

Ao contrário, Tungendhat⁴⁴ empreende esforços para mostrar a necessidade de mudança dessa crença liberalista que acaba por esquecer de grande parte da sociedade que não possui condições de fazer valer-se por si própria, ou seja, parte da sociedade que precisa de ajuda externa. Assim, Tungendhat defende a construção de um sistema de direitos fundamentais

40 PULIDO, 2008, pp. 144-145.

41 PULIDO, 2008, p. 145.

42 TUNGENDHAT, 1997 *apud* PULIDO, 2008, p. 145.

43 PULIDO, 2008, p. 145.

44 TUNGENDHAT, 1997 *apud* PULIDO, 2008, p. 145.

que se enraíze no conceito de necessidade⁴⁵, ou seja, no conjunto de necessidades do qual a pessoa é titular e, assim, o exercício da liberdade do indivíduo impõe um correlato dever ao Estado e aos particulares.

No pensamento de Tungendhat⁴⁶, toda sociedade deve ocupar-se com a satisfação das necessidades básicas dos indivíduos, fim principal da comunidade política e imperativo de justiça social. Assim, a necessidade individual de autoajuda e de bens mínimos necessários para o exercício das liberdades importam em regras de cooperação social próprias do esquema de solidariedade.

Nesse contexto, afirma Pulido⁴⁷: “os direitos sociais se tornam compatíveis com as liberdades dentro do marco do Estado” e “por meio do conceito de pessoa como sujeito titular de um conjunto de necessidades, Tungendhat oferece uma fundamentação independente dos direitos sociais”⁴⁸.

Contudo, Pulido⁴⁹ também destaca que os direitos sociais podem ser fundamentados como meios para o exercício real das liberdades. O autor, todavia, ao sustentar que os Direitos Sociais possuiriam conteúdo vasto, afirma que as duas concepções mencionadas supra não seriam excludentes, senão complementares⁵⁰.

Por todas essas razões é que, para Pulido⁵¹, “da crítica à fundamentação socialista dos direitos fundamentais não se pode derivar uma negação do caráter jurídico desses direitos”, que seriam prioritários diante dos correlatos deveres de solidariedade, face aos demais indivíduos e ao próprio Estado, sendo, assim, independentes.

Para Pulido⁵²:

esta fundamentação independente é complementar à fundamentação liberal dos direitos sociais, como meios para o exercício efetivo das liberdades. Nesse segundo tipo de fundamentação instrumental, também os direitos sociais têm uma prioridade substantiva frente aos correlatos deveres de prestação.

45 PULIDO, 2008, p. 156.

46 TUNGENDHAT, 1997 *apud* PULIDO, 2008, p. 146.

47 PULIDO, 2008, p. 147.

48 PULIDO, 2008, p. 147.

49 PULIDO, 2008, p. 147.

50 PULIDO, 2008, p. 149.

51 PULIDO, 2008, p. 149.

52 PULIDO, 2008, pp. 149-150.

Com razão, Pulido, ao identificar complementariedade em tais concepções de fundamentação. Todavia, deve ter-se o necessário cuidado para que não se caia na armadilha de transformar a vinculação dos Direitos Sociais aos direitos de primeira geração (presente na fundamentação instrumental) em subordinação ou inferioridade dos primeiros em relação aos segundos. O cuidado justifica-se na medida em que diversas teorias que fundamentam uma diferença de força normativa entre tais Direitos, em desfavor dos Sociais, direta ou indiretamente, embasam-se em argumentos históricos, hierárquicos e de conflito que surgem a partir de um equivocado entendimento dos efeitos e alcances da vinculação dos Direitos Sociais aos de primeira geração.

Afinal, como bem esclarece Pisarello⁵³, ao apresentar-se os Direitos Sociais como direitos tardios (historicamente), subalternos (axiologicamente) e com estrutura diferente e desprovida de força normativa (juridicamente), contribui-se para que tais Direitos continuem sendo vistos como secundários e mais facilmente limitados, sendo portadores de um maior nível de tolerância para os casos de sua ineficácia.

Para Pulido⁵⁴, assim, ambos os direitos (de primeira e de segunda geração), teriam prioridade substantiva em face dos deveres correlacionados e ambos comporiam a estrutura do Estado social. Dessa forma, os direitos de primeira geração procurariam satisfazer as necessidades de exercício de liberdade privada e autonomia política, enquanto os direitos sociais se voltam à necessidade de dispor de meios para existência digna, por intermédio da satisfação das necessidades sociais e prevenção dos custos sociais.

Finalmente, Pulido⁵⁵ observa que todos os direitos que estão na Constituição são, de certa forma, indeterminados, ou seja, dependem de interpretação e a prestação está ligada à luta ideológica. Nesse contexto, a diferença entre os direitos sociais e os civis e políticos seria estrutural, o que não descaracterizaria nenhum dos elementos de fundamentalidade de ambos os direitos.

Assim, o fato de existir indeterminação é próprio da linguagem principiológica, característica não só dos direitos sociais, mas de todos os direitos e que, em última instância, faz com que a luta ideológica de desloque da

53 PISARELLO, 2007, p. 137.

54 PULIDO, 2008, p. 150.

55 PULIDO, 2008, p. 150.

política para a interpretação e, assim, do Poder Legislativo para o Judiciário⁵⁶. É o que esclarece:

Nos direitos sociais, a indeterminação se apresenta porque a disposição que estabelece o direito não fixa com clareza em todos os casos qual é a prestação mediante a qual se satisfaz o direito. (...). Esta indeterminação peculiar do objeto não se apresenta do mesmo modo nos direitos de liberdade, porquanto nestes últimos a conduta devida é uma abstenção e o constitucionalmente contrário ao direito é qualquer tipo de conduta.

Pulido, assim, parece cair na armadilha que pretende desarmar ao identificar, como muitos o fazem, a positividade apenas nos Direitos Sociais e a negatividade como elemento intrínseco às Liberdades Públicas. Entende, pois, os Direitos Sociais como prestacionais e os de primeira geração como negativos.

Justamente por isso, ao apresentar o que aponta como sendo as concepções mais significativas sobre o conceito e a estrutura dos Direitos Sociais⁵⁷, identifica-os como posições *prima facie*⁵⁸, os quais, todavia, ao contrário dos de primeira geração (já que apenas os sociais seriam prestacionais), podem sofrer restrições legislativas justificadas em razão de limitações (proporcionais) econômicas.

Não há dúvidas no sentido de que a posição de Pulido importa em um real e importante avanço se comparada à tese de Atria, no que pertine à força normativa dos Direitos Sociais. Todavia, ao identificar uma diferença estrutural entre os Direitos de primeira e segunda gerações, admite que o cálculo econômico, ainda que submetido ao crivo da proporcionalidade (aqui identificada como proibição da proteção deficiente), sirva como fator de legitimação de restrição aparentemente apenas aos Direitos Sociais. Também por, de modo equivocado, vincular a positividade apenas aos Direitos Sociais (que identifica como sendo os únicos de natureza prestacional), sustenta força normativa diferente aos Direitos de primeira e segunda gerações, em detrimento dos segundos, sustentando que a prestação devida em caso de desproteção dos Direitos Sociais envolve o a elaboração de leis

56 PULIDO, 2008, p. 150.

57 PULIDO, 2008, pp. 151-173.

58 PULIDO, 2008, p. 168.

tendentes a satisfazer as necessidade básicas do indivíduo, enquanto que a prestação devida, para os casos de desproteção às Liberdades Públicas, envolverá o provimento dos meios necessários ao exercício das liberdades e dos direitos políticos⁵⁹.

Novamente aqui os Direitos Sociais, e apenas eles, têm sua carga normativa máxima vinculada à obtenção dos meios para satisfação de suas necessidades básicas, enquanto os Direitos Cívicos e Políticos são aquinhoados não com o mínimo, mas com todos os meios materiais necessários para seu exercício.

É como se os Direitos Cívicos e Políticos não pudessem ser protegidos, senão totalmente. É como se apenas os Direitos Sociais pudessem ser tutelados de modo progressivo. Essas premissas são falsas.

É como se apenas os Sociais exigissem recursos públicos para sua proteção, necessários ao custeio de uma ação protetiva. É como se apenas os Direitos Cívicos e Políticos não exigissem o aporte do erário ou o exigissem de modo bastante reduzido, necessário ao custeio (bem mais reduzido) de uma ação negativa (um não fazer). Essas premissas são, também, falsas.

Não se pode admitir, pelo menos não à luz do atual texto constitucional, a existência de um *hard law* representado pelos Direitos de primeira geração e de um *soft law* representando os demais direitos fundamentais, que, neste caso, apenas permaneceriam sendo chamados de fundamentais por saudosismo, piedade, ideologia, má-fé, má-compreensão ou qualquer outro fundamento que revele uma distorção perante a realidade das coisas.

4. A fundamentalidade dos direitos sociais: o custo dos direitos

Tal como exposto nos tópicos anteriores, os direitos de primeira geração relacionam-se à igualdade formal e liberdade como espaço livre de intervenção estatal. Nesse contexto, o Estado protegeria os direitos negativamente, por intermédio de um não fazer, de uma omissão. Por isso, tais direitos são chamados, ideologicamente, de direitos negativos.

Por sua vez, os direitos sociais reclamariam um fazer por parte do Estado, um agir, sendo, por isso mesmo, chamados de direitos positivos. Assim, o Estado protegeria, por exemplo, a saúde com a criação de hospitais,

59 PULIDO, 2008, pp. 168-169.

a educação com a criação de escolas, e assim por diante. Logo, a divisão entre direitos negativos e positivos criou a falácia de que a proteção dos Direitos Sociais seria mais custosa, afinal, proteger algo por um não fazer é menos dispendioso do que proteger algo por um fazer.

Desse modo, considerando os direitos sociais como geradores de maiores custos, o Estado tem, em tese, maiores justificativas para não os tutelar. Ou seja, diante das necessidades sociais infinitas haveria “um limite de possibilidades materiais para esses direitos”⁶⁰, o que levaria à possibilidade de realização dos direitos sociais na medida da disponibilidade de recursos, ou seja, da reserva do possível ou à possibilidade de satisfação apenas de seu conteúdo essencial ou necessidades básicas. Nesse sentido, na mesma linha de diversos autores mencionados supra:

Ocorre que os recursos são escassos e as necessidades infinitas. Como o sistema financeiro é um sistema de vasos comunicantes, para se gastar de um lado precisa-se retirar dinheiro de outro. Assim, seguramente, mais verbas para o ensino fundamental pode implicar em menos verbas para o ensino superior; e a mesma disputa financeira pode ocorrer no custeio da saúde pública. Nestes casos, a discricionariedade do legislador está presente⁶¹.

Os argumentos da reserva do possível e do mínimo existencial ganharam corpo, especialmente no Brasil, comumente utilizados pelo Estado para justificar a não realização dos Direitos Sociais, e apenas a eles, blindando as Liberdades Públicas destes argumentos.

O argumento traz um conceito econômico para a discussão jurídica e transfere para a esfera da disponibilidade daquele responsável pela destinação dos recursos orçamentários a garantia não dos Direitos Sociais, mas de seu núcleo essencial, o mínimo existencial, o que pretere o próprio mandamento constitucional, privilegiando aspectos meramente econômicos e o que é mais grave, gerando uma diferença de grau de proteção entre Direitos igualmente Fundamentais (primeira e segunda gerações) sequer presente no texto de nossa CRF/88.

Em verdade tais argumentos não se sustentam. Primeiro porque o orçamento e a sua destinação estão nas mãos dos administradores, depois

60 BARCELLOS, 2011, p. 277.

61 SCAFF, 2010, p. 29.

porque o Estado é organizador e alocador de recursos e, ao mesmo tempo, responsável por arrecadá-los. Logo, governar é a arte de escolher prioridades e avaliar bem as necessidades.

Não se pode aceitar tamanha simplificação da complexidade do sistema econômico e social, isso porque a “presença do poder público na implementação dos Direitos Sociais independe de mais ou menos recursos públicos, mas encontra-se diretamente ligada à função principal do Estado na sociedade moderna, qual seja, assegurar o bem comum”, pelo que a alocação de recursos revela-se um ato de vontade política⁶², vontade essa que deve estar vinculada à Constituição e à vontade popular.

Nesse sentido, é a própria sociedade quem suporta o custo dos direitos por meio da tributação. Depois, tal como sustentaram Sunstein e Holmes, autores destacadamente reconhecidos pelos estudos relacionados à temática, na importante obra *O custo dos direitos*, todos os direitos têm um custo:

Para o verdadeiro fato de que os direitos dependem dos governos, é necessário acrescentar um corolário lógico, rico em implicações: os direitos custam dinheiro. É impossível protegê-los ou demandá-los sem recursos e apoio público. [...] Tanto o direito ao bem-estar como a propriedade privada têm custos públicos. O direito à liberdade de contratar envolve custos, não menos que cuidados médicos, direito à liberdade de expressão ou uma vida decente. Todos os direitos recebem algo do tesouro público.⁶³

Outrossim, para os autores, os direitos têm dentes⁶⁴. É dizer que não há direitos com custos e direitos sem custos, uma vez que todos os direitos exigem um fazer, uma prestação positiva do Estado, isso porque o direito para ter força precisa que outras pessoas o reconheçam como um dever e isso só acontece quando o direito é capaz de causar certa ameaça de castigo ou punição nas pessoas diante da sua lesão.

62 BARRETO, 2013, pp. 213-214.

63 SUNSTEIN; HOLMES, 2011, p. 33. No original: “A la verdad evidente de que los derechos dependen de los gobiernos es preciso agregar un corolario lógico, rico en implicaciones: los derechos cuestan dinero. Es imposible protegerlos o exigirlos sin fondos y apoyo públicos. [...]. Tanto el derecho al bienestar como a la propiedad privada tienen costos públicos. El derecho a la libertad de contratar supone costos, no menos que la atención médica, el derecho a la libertad de expresión o a una vivienda decente. Todos los derechos reciben algo del tesoro público”.

64 SUNSTEIN; HOLMES, 2011, p. 35.

Assim, é o aparato institucional do Estado o único capaz de conceder ao direito a força normativa necessária. O Estado é quem concede ao Direito “os dentes” indispensáveis para causar o temor de descumprimento nos indivíduos na sociedade. Na prática “*los derechos pasan a ser algo más que meras declaraciones sólo si confieren poder a organismos cuyas decisiones sean legalmente vinculantes*”⁶⁵.

Desse modo, na visão de Sunstein e Holmes⁶⁶, os indivíduos que não vivem sob a tutela de governos capazes de cobrar impostos e encontrar solução efetivas não têm direitos jurídicos. A ausência de Estado significa ausência de direitos. Para eles, “*um derecho sólo existe si y cuando tiene costos presupuestarios*”⁶⁷.

A realidade brasileira, inclusive a constitucional, comprova a afirmação dos autores e descaracteriza a vinculação do caráter prestacional apenas aos Direitos Sociais, pois, por exemplo, se é certo que o Estado protege o direito social à saúde com a criação de hospitais, como foi dito alhures, não é menos certo que também protege a propriedade com criação de delegacias, contratação de policiais e manutenção de todo o sistema penal de repressão ao crime, o que, como é sabido, também custa dinheiro.

Na mesma linha, destaca Alcalá⁶⁸:

Todos os direitos têm uma dimensão positiva e negativa nessa perspectiva, uma vez que todos exigem benefícios estatais que tenham custos econômicos para sua garantia efetiva, como a fundação de um aparato judicial efetivo do Estado, uma polícia competente, registros de propriedades, entre outros aspectos, bem como uma dimensão negativa ou violação da abstenção pelo Estado [...] e pelos indivíduos [...].

Assim, em matéria referente aos custos dos direitos, conclui-se que o pertencimento à primeira ou às gerações posteriores não é, isoladamente, elemento idôneo para se elaborar diferenças qualitativas de proteção.

65 SUNSTEIN; HOLMES, 2011, p. 37.

66 SUNSTEIN; HOLMES, 2011, p. 37.

67 SUNSTEIN; HOLMES, 2011, p. 38.

68 ALCALÁ, 2009, p. 145. No original: “*Todos los derechos tienen en tal perspectiva una dimensión positiva y negativa, ya que todos ellos requieren de prestaciones estatales que tienen costos económicos para su efectiva garantía, como son el fundamento de un aparato jurisdiccional eficaz del Estado, una policía competente, registros de propiedad, entre otros aspectos, como asimismo una dimensión negativa o de abstención de vulneración tanto por el Estado [...], como por los particulares [...]*”.

É certo que os Direitos Fundamentais, como esclarece Martínez⁶⁹, por representarem, também, uma realidade social, estão condicionados por elementos extrajurídicos (social, econômico, cultural etc.), que podem favorecer, dificultar ou mesmo impedir sua eficácia. O que se nega é a incidência de tais elementos apenas ou sobretudo aos Direitos Sociais. A contingência não é um fenômeno específico dos Direitos Sociais.

Assim, para além do argumento de que os recursos são finitos, o que existe é a certeza de que, justamente em face dessa finitude, o ato de governar, o ato de escolher prioridades, deve ser encarado com profundo rigor, questionamento e fundamentação, pois é certo que os direitos sociais são todos essenciais para a vida digna.

De modo correto e pertinente alertam Sunstein e Holmes⁷⁰ ser necessário que, na qualidade de cidadãos façamos, as seguintes perguntas: a) consoante quais princípios se alocam recursos para a proteção dos Direitos? b) quem define quanto recurso se gastará e em quais Direitos? c) que grupo específico será tutelado com referida alocação? d) nossas prioridades nacionais, em relação à exigibilidade de Direitos, são apenas um vão reflexo da influência dos grupos poderosos ou promovem o bem estar geral? e) quanto desejamos gastar em cada direito? f) qual é o pacote ótimo de direitos a serem protegidos, considerando que os recursos destinados a proteger uns deixarão de estar disponíveis para tutelar outros? g) os direitos redistribuem a riqueza de alguma forma publicamente justificável? Afinal, concluem, em uma democracia, os gastos coletivos deverão ser supervisionados coletivamente.

5. A fundamentalidade dos direitos sociais à luz da nossa vigente Constituição da República

O preâmbulo de nossa vigente Constituição da República institui o Estado Democrático de Direito, o qual se destina a assegurar “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”⁷¹.

69 MARTINEZ, 2004, pp. 46-47.

70 SUNSTEIN; HOLMES, 2011, pp. 242-249.

71 BRASIL, 1988.

Nas primeiras linhas do texto constitucional, fica evidente que os Direitos Sociais, os Cívicos e os Políticos devem ser assegurados pelo Estado. Não há qualquer indício no sentido de que os Direitos Sociais devam ser “menos” assegurados do que os demais.

Vê-se, ademais, desde logo, a destacada importância concedida à dignidade da pessoa humana alçada a valor fundamental da ordem jurídica brasileira, princípio-matriz de toda atuação estatal, elencada, desde o art. 1º, como fundamento do Estado brasileiro, razão pela qual se pode afirmar que “*el Estado está al servicio de la persona humana*”⁷².

Assim, o constituinte eleva o homem à condição de elemento central e impõe ao Estado o dever de garantir a mais variada gama de direitos e liberdades, tudo com vistas ao bem-estar do ser humano.

Nesse contexto, o fundamento da dignidade da pessoa humana concede unidade de sentido à realização dos Direitos Sociais e impõe ao Estado o dever de sua garantia em toda e qualquer atuação. Isso porque, na garantia de direitos fundamentais, vê-se garantida a dignidade, atributo de todos os seres humanos.

Nossa Constituição da República é paradigmática ao reconhecer toda a força e fundamentalidade aos direitos sociais, como também o fez em relação aos direitos de gerações posteriores. Portanto, nosso texto constitucional simboliza um marco jurídico de democracia e institucionalização dos direitos fundamentais no país, uma vez que o valor da dignidade da pessoa humana, como fundamentos do Estado Democrático de Direito, sobre o qual se funda o Brasil, insculpidos no art. 1º, III da CF/88 impõe-se como núcleo básico de toda hermenêutica do sistema jurídico, como critério de valoração e baliza de atuação estatal.

Por outro lado, e igualmente importante, o art. 3º do texto constitucional determina como objetivos fundamentais de nossa República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos. Tais comando são exatos e explícitos demais para que possa ser sustentada a diferença de força normativa entre os Direitos Sociais e os demais gerações.

Ademais, em seguida, no art. 5º, § 1º, encontra-se o importante comando que determina que as normas definidoras dos direitos e garantias

72 ALCALÁ, 2009, p. 146.

fundamentais (sejam de primeira, sejam de segunda, sejam de qualquer geração) têm aplicação imediata.

Mas não é só. Os direitos sociais estão dispostos na CRF/88 no Título II, destinado aos direitos e garantias fundamentais, Capítulo II, que versa sobre a ordem social, que tem como objetivo o bem-estar e a justiça social. O art. 6º estabelece como direitos sociais fundamentais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Assim, o Título II de nossa CRF/88 torna os Direitos Individuais e os Sociais igualmente fundamentais. São, ambos, indissociáveis. Partilham de uma unidade axiológica básica, pelo que eventuais diferenças de estrutura ou realização não podem afastar tal pressuposto inexorável. Não podemos, ademais, esquecer que uma das funções mais relevantes a ser exercida pelos Direitos Fundamentais é, precisamente, vincular as diversas manifestações de poderes presentes na sociedade, dentre eles o Poder Estatal.

Portanto, ao reconhecer a estes direitos uma dimensão fundamental, o Estado obrigou-se a comportamentos (omissivos e comissivos) que os garantam na integralidade. Ou seja, o constituinte tinha os direitos fundamentais como baliza para atuação do Estado, basta observar a localização do dispositivo legal, logo no início do texto constitucional, para compreender que o constituinte desejou desenvolver toda organização de nossa República a partir desses direitos, indispensáveis à realização da Dignidade Humana.

Ademais disso, ao lado da dignidade, também como fundamento da República Federativa do Brasil está a cidadania, e sobre esse aspecto, acrescenta Smanio⁷³:

A cidadania, que ganhou uma nova visão constitucional em 1988, passando a ser fundamento do nosso Estado Democrático e Social de Direito, com amplos direitos assegurados na Constituição, precisa também ser efetivada em nossa vida social, deixando de ser apenas uma previsão formal do sistema jurídico. Cidadania e Direitos Fundamentais passam a constituir um “Núcleo Duro” do chamado Estado Democrático e Social de Direito, trazendo as Políticas Públicas para o centro do debate político e jurídico.

73 SMANIO, 2013, p. 4.

Desse modo, quando a Constituição estabelece a cidadania como princípio fundamental ela “[...] abrange essa dimensão de concretização dos direitos fundamentais. Daí falarmos que as Políticas Públicas se legitimam na concretização da cidadania”⁷⁴.

Nesse sentido, a própria Constituição já elenca a forma de atuação estatal, por meio de políticas públicas para garantia de direitos fundamentais sociais. Concretamente, cabe ao Estado promover a dignidade da pessoa humana e a cidadania assegurando prestações materiais que possibilitem o desenvolvimento de cada projeto racional de vida. O resultado será a realização e eficácia do texto constitucional, deixando seu caráter meramente retórico.

Desse modo, os direitos sociais fundamentais vinculam igualmente o agir estatal, pelo que não há diferença substancial entre estes e os direitos civis e políticos, pois todos exigem uma conduta do Estado, comissiva ou omissiva, em menor ou maior grau. Assim, todos os direitos fundamentais são essenciais devendo portar igual força normativa. A bem da verdade “os Direitos Humanos, todos, são complementares entre si, e interdependentes”⁷⁵. E, mais ainda, a garantia de todos e de cada um é necessária para promoção e efetividade da dignidade da pessoa humana.

As políticas públicas sociais de responsabilidade, especialmente, dos Poderes Legislativo e Executivo, são a via primeira de materialização dos direitos fundamentais e são, ainda, mais do que simples programas de governo, verdadeiras normas jurídicas, dotadas, assim, de força normativa.

Nesse sentido, esclarece Alcalá⁷⁶:

Os direitos sociais não se distinguem por serem programáticos em face dos direitos individuais que teriam eficácia direta e imediata; só acontece que estes últimos já estabeleceram sua configuração legislativa e seus meios e proteção na legislação civil, processual e penal, enquanto que, no caso dos pri-

74 SMANIO, 2013, p. 13.

75 BRITO FILHO, 2015, p. 35.

76 ALCALÁ, 2009, p. 157. No original: “*Los derechos sociales no se distinguen por ser de carácter programático frente a los derechos individuales que serían de eficacia directa e inmediata, sólo ocurre que los segundos tienen ya establecida su configuración legislativa y sus medios e protección en la legislación civil, procesal y penal, mientras que en el caso de los primeros ello se está concretando más recientemente, en la medida que hay voluntad política y toma de consciencia de su igual carácter de derechos fundamentales que los primeros, como asimismo, de su indispensable aseguramiento para hacer respetar un contenido de calidad de vida digna para todas las personas*”.

meiros, isso está sendo concretizado mais recentemente, na medida em que há vontade política e consciência do mesmo caráter de direitos fundamentais que os primeiros, bem como de sua garantia indispensável para garantir um conteúdo de qualidade de uma vida digna para todas as pessoas.

Não obstante o mandamento constitucional, na prática, o que se observa é que a efetivação dos Direitos Sociais encontra óbices que procuram ser justificados por razões ausentes de nosso texto constitucional republicano, razões que, no mais das vezes, procuram identificar em tais Direitos alguma peculiaridade, injustificadamente ausente nos Direitos de primeira geração, peculiaridade essa que, ao fim e ao cabo, acaba por, na melhor das hipóteses, vincular sua força normativa apenas à efetivação de valores sociais básicos que a doutrina, em regra, não sabe ou consegue identificar sem incidir em casuísmos e subjetivismos.

Nesse sentido, acrescenta Barreto⁷⁷: “a exclusão dos direitos sociais reflete, a nosso ver, o predomínio de um tipo de ‘hermenêutica constitucional’ que entra em conflito com o próprio paradigma político e jurídico do estado democrático de direito”, e, complementa, de modo a evidenciar sua posição, que os Direitos Sociais

não se encontram, portanto, em situação hierarquicamente inferior aos direitos civis e políticos. [...]. Os direitos sociais, como direitos nascidos, precisamente, em virtude e como resposta à desigualdade social e econômica da sociedade liberal, constituem-se como núcleo normativo central do estado democrático de direito⁷⁸.

O autor em destaque argumenta, também desconstituindo ilusões em relação aos Direitos Sociais, primeiro reforçando a inexistência de conflito entre os Direitos Individuais e os Sociais, sustentando que estes últimos não são de segunda ordem; depois deixando evidente sua descrença no argumento de que os Direitos Sociais dependem de uma economia forte e, por fim, em relação à reserva do possível, reforça que se trata de uma ideia falaciosa, isso porque, para Barreto⁷⁹ “a escassez de recursos como argu-

77 BARRETO, 2013, pp. 205-206.

78 BARRETO, 2013, p. 207.

79 BARRETO, 2013, p. 214.

mento para a não observância dos direitos sociais acaba afetando, precisamente em virtude da integridade dos direitos humanos, tanto os direitos civis e políticos, como os direitos sociais”.

Diante disso, conclui Barreto⁸⁰:

Os direitos sociais encontram fundamento ético na exigência de justiça, na medida em que são essenciais para a promoção da dignidade da pessoa humana, e indispensáveis para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

Desse modo, cabe ainda ressaltar que, embora o constituinte tenha relacionado os direitos sociais à coletividade, isso em nada lhes diminui a força normativa, interpretada a partir das necessidades de cada pessoa individualmente considerada em suas necessidades, isso porque por meio dos direitos e garantias fundamentais se assegura a dignidade da pessoa humana, o que desloca a matéria da esfera política para o âmbito do Direito, transformando em uma obrigação jurídica.

Entendimentos diversos reforçam a tese reducionista dos que negam aos direitos sociais o caráter de direitos subjetivos. É dizer: se percebida, na prática, que a realização dos direitos fundamentais por meio de políticas públicas voltadas à coletividade não é satisfatória para um indivíduo que seja, está esse indivíduo autorizado a requerer frente aos poderes públicos medidas que lhe garantam efetividade da prestação de direitos fundamentais pelo Estado, pois a sua dignidade de pessoa humana é razão suficiente para isso.

O Estado deve planejar e executar políticas públicas e serviços públicos que garantam direitos sociais a todas as pessoas, mas deve também garanti-los a cada pessoa, individualmente. Em outras palavras: o Estado deve assegurar esses direitos à coletividade, mas não se pode descuidar de nenhum indivíduo, porque, ao lado do interesse geral, há o interesse pessoal e as pessoas vão manifestar necessidades diferentes.

Nesse sentido, importante e correta reflexão acerca das garantias para uma melhor efetivação dos Direitos Sociais é ofertada por Pisarello⁸¹, que propõe uma reconstrução democrática, participativa e multinível a envolver as seguintes etapas:

80 BARRETO, 2013, p. 221.

81 PISARELLO, 2007, pp. 111-138.

a) A percepção de que os Direitos Fundamentais possuem um caráter poliédrico e complexo, compostos, em todas as gerações, por direitos prestacionais e não prestacionais, custosos e não custosos, determinados e indeterminados, com conteúdo exigível *ex constitutione* e de configuração legal, com dimensão objetiva e subjetiva e com estrutura de mandatos e princípio diretivos bem como com estrutura de direitos exigíveis judicialmente;

b) Uma reconstrução complexa das garantias dos Direitos Fundamentais, que deverá passar tanto pelos sujeitos encarregados de efetivá-los (valorizando-se o papel dos órgãos não jurisdicionais, como tribunais de contas e defensorias públicas eis que as vias judiciais não devem ser nem as únicas nem a principal via de proteção) quanto aos níveis em que tal tutela pode ser exigida (mister um caráter multi-institucional de proteção, infra e supra-estatais, locais, regionais, nacionais e internacionais); e

c) uma reconstrução democrática das garantias dos Direitos Sociais, implementando-se garantias mais participativas e menos institucionalistas, a valorizar a participação dos próprios titulares de tais Direitos em sua defesa e conquista, relativizando a estratégia fundada na “ilusão do bom poder”, repensando-se o papel do Estado para que se possa perceber e resolver a profunda contradição em se encomendar a tutela dos Direitos Fundamentais ao Poder que está em melhor condição de vulnerá-los, pelo que o protetor ideal seria aquele que abdicasse de sua intrínseca tendência à dominação e à arbitrariedade – um poder constantemente limitado e disciplinado em termos democráticos.

Esse ponto merece, no presente artigo, um maior aprofundamento. Muito embora Pisarello⁸² realize importantes sugestões acerca das garantias institucionais dos Direitos Sociais, especialmente no que refere às realizadas pelo Legislativo e Judiciário, é no campo das denominadas garantias sociais ou extra-institucionais (que dependerão, de modo fundamental, da atuação do próprio titular do Direito) que pode ser encontrada importante e correta análise.

Alerta Pisarello⁸³ que, normalmente, tais garantias sociais estão vinculadas às reivindicações dos denominados Direitos Cíveis e Políticos, mas que também podem, e devem, podendo assumir, todavia, seu devido e relevante lugar na luta pela efetividade dos Direitos Sociais.

82 PISARELLO, 2007, pp. 114-122.

83 PISARELLO, 2007, p. 123.

Identifica, em seguida, dois tipos diferentes de garantias sociais, as de participação indireta e as de participação direta.

Como exemplo das primeiras destaca⁸⁴:

a) A possibilidade de escolha dos representantes dos órgãos encarregados de tutelar os Direitos Fundamentais, sendo, assim, excelente instrumento de apoio à efetivação de tais Direitos.

b) A possibilidade de supervisão permanente e ativa de tais representantes, eis que as garantias eletivas são frágeis sem que se permita fiscalizar, de modo permanente, a atuação ou a inação dos representantes, o que pode ser feito com o exercício do direito de associação, de informação, de crítica perante os atos normativos e jurisdicionais que possam consistir em lesões aos Direitos Sociais;

c) A possibilidade da iniciativa popular do processo legislativo, inclusive de emenda à Constituição;

d) A possibilidade de participação em audiências públicas, inclusive controlando os gastos públicos, em suas fases ascendente e descendente, instituindo-se, ainda, diversas formas de consultas e impugnações de atos administrativos.

e) A possibilidade de amplo acesso aos mecanismos de tutela jurisdicional, especialmente no que pertine à tutela coletiva. Tal possibilidade deve ser seguida de um amplo acesso a garantias de participação na execução das decisões judiciais.

Como exemplo das segundas, oferta especial atenção às seguintes⁸⁵:

a) Amplo acesso para articulação de Cooperativas de produção e consumo;

b) Uso de boicotes de consumidores;

c) Ocupação de espaço público e privado;

d) Invasões de imóveis desocupados ou improdutivos;

e) Uso da Desobediência Civil;

f) Uso de estratégias que envolvam uma resistência ativa, ou seja, uma ação de quem resiste contra alguém.

Esclarece que, em regra, o Direito Penal busca coibir tais mecanismos de autotutela mais agudas⁸⁶. Nesses casos, fundamental a luta pela despe-

84 PISARELLO, 2007, pp. 123-126.

85 PISARELLO, 2007, pp. 126-128.

86 PISARELLO, 2007, pp. 126-127.

nalização de tais condutas ou mesmo pela elaboração de estatutos jurídicos que possibilitem o exercício de tais Direitos. Afinal, alerta o presente trabalho, quem tem fome, tem pressa.

Assim, alerta, corretamente, Pisarello⁸⁷:

[...] em situações de certa gravidade, autoridades públicas e indivíduos podem ser obrigados a reconhecer e tolerar exercícios de autoproteção de direitos sociais que, embora limitem os direitos de outras pessoas, visam preservar sua própria sobrevivência e dignidade e / ou expandir a qualidade democrática da esfera pública. Essa obrigação pode significar, dependendo do caso e do tipo de propriedade afetada, a renúncia ao processo penal como mecanismo de solução dos conflitos levantados [...]. Nesse sentido, as autoridades públicas poderiam ser forçadas a estabelecer espaços de negociação e diálogo e, se necessário, legalizar a prática questionada, reconhecendo, por exemplo, direitos de posse sobre terras ocupadas ou imóveis.

Este artigo, portanto, não apenas reconhece igual fundamentalidade a todos os Direitos Fundamentais, independentemente da geração em que estejam integrados, mas, especialmente, na mesma linha de Pisarello, procura reconhecer instrumentos mais contundentes para a efetividade dos Direitos Sociais.

6. Conclusão

Nos termos do que foi explanado no presente artigo, percebe-se uma necessidade urgente e imperiosa de reconhecimento pleno da fundamentalidade dos Direitos Sociais. Desse modo, os argumentos contrários à fundamentalidade desses Direitos procuram diferenciá-los dos Direitos Individuais, com objetivo de privá-los de efetividade e de oponibilidade em face do Estado. Mister constar que tal raciocínio tem angariado inúmeros defensores, uns mais contundentes do que outros, é verdade, mas resta imperioso constatar que se trata de uma teoria atualmente majoritária.

87 PISARELLO, 2007, p. 128. No original: “(...) en situaciones de cierta gravedad los poderes públicos y los particulares pueden verse obligados a reconocer y a tolerar ejercicios de autotutela de los derechos sociales que aunque limitan derechos de otras personas, tienen por objeto preservar la propia supervivencia y dignidad y/o ampliar la calidad democrática d ela esfera pública. Esa obligación puede suponer, según el caso y el tipo de bienes afectados, la renuncia a la vía penal como mecanismo para resolver los conflictos suscitados (...). En este sentido, los poderes públicos podrían verse obligados a establecer espacios de negociación y diálogo y, llegado el caso, a legalizar la práctica cuestionada, reconociendo, por ejemplo, derechos posesorios sobre las tierras o inmuebles ocupados.”

Nesse sentido, todavia, não se pode aceitar a vitória do entendimento que produz uma *capitis diminutio* dos Direitos Sociais, especialmente em face do vigente texto de nossa Constituição da República. Afinal, a própria Constituição dota os Direitos Sociais de todo conteúdo necessário para, de igual forma que os direitos individuais, serem exigíveis em sua integralidade, ou seja, o texto constitucional não diferencia os direitos de segunda geração dos direitos de primeira geração, igualando-os em fundamentalidade e essencialidade para a vida digna.

Sim, porque em um Estado Social Democrático de Direito todos os Direitos Fundamentais são indivisíveis, complementares, inalienáveis e, portanto, devem ser assegurados e garantidos pelo Estado, de igual maneira, como obrigação derivada da dignidade da pessoa humana. Assim, todos eles devem possuir igual essencialidade e oponibilidade face aos Poderes (sociais e políticos).

Assim, colocar qualquer restrição a plena realização de Direitos Sociais que parta do pressuposto de que se tratam de Direitos exclusivamente prestacionais ou custosos, inferiores, secundários ou subsidiários é colocar nas mãos do Estado decisão que não é sua, uma vez que tal decisão já foi tomada pela vigente Constituição da República.

Privar o cidadão de seus direitos fundamentais sociais garantidos constitucionalmente é negar-lhe dignidade, o que, em última análise furta-lhe a própria condição de ser humano, pois a dignidade só pode ser valor supremo se os direitos fundamentais forem garantidos a todos na integralidade, na ausência de saúde, por exemplo, ninguém poderá ter sequer vida, quicá vida digna.

Justamente por isso, mister uma maior preocupação com os mecanismos de tutela dos Direitos Sociais, estabelecendo meios mais efetivos e contundentes para que tais Direitos possam, assim, gozar de fundamentalidade desprovida de qualquer redução, ainda que suave.

Urge que tais medidas sejam tomadas de imediato, afinal: “Se eu não for por mim, quem será? Se for só por mim, que sou eu? Se não agora, quando?”, como bem salienta o ideal judaico-cristão de Talmud.

Para tanto, importante considerar o fato de que qualquer pretensão de mudança efetiva nas estruturas já sedimentadas exige não apenas a identificação de um quadro geral de injustiças, mas, sobretudo, reflexões doutrinárias responsáveis. Tentou-se, com este trabalho, celebrar tal reflexão.

Referências

- ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos em el constitucionalismo democrático latino-americano. *Estudios Constitucionales*, Santiago, v. 7, n. 2, pp. 143-205, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200007>. Acesso em: 03 jan. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002009000200007>.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ATRIA, Fernando. *¿Existen Derechos Sociales?* Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Edición digital a partir de *Discusiones: Derechos Sociales*, núm. 4 (2004), pp. 15-59. <http://www.cervantesvirtual.com/obra/existen-derechos-sociales-0/>
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 3.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Fundamentais e outros temas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BASTOS, Elísio Augusto Velloso. *O Constitucionalismo Social. A Constituição como Instrumento Jurídico de Contenção do Poder Econômico*. In: Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Prof. Dr. Sérgio Resende de Barros. Campinas: Millennium Editora, 2007, p. 27-70.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 jan. 2019.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 2015.
- CANOTILHO, J. J. G. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- CONSTANT, Benjamin. *Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos*. Revista de Filosofia Política, Porto Alegre, LePM Editores, nº 2, 1985.
- DOUZINAS, Costas. *O Fim dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Unissinos, 2009.

- KERSTENETZKY, Celia Lessa. *O Estado do bem-estar social na idade da razão. A reinvenção do Estado social no mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- LUÑO, Antonio E. Perez. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1998.
- MARSHALL, Theodor. H. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.
- MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- PULIDO, Carlos Bernal. *Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos Sociais: Uma Crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando Atria*. In: *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 137-175.
- ROBLES, Gregorio. *Os Direitos Fundamentais e a Ética na Sociedade Atual*. 1. ed. Barueri: Manole, 2005.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Se Deus Fosse um Ativista dos Direitos Humanos*. São Paulo: Cortez, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2.ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 145-172.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SCAFF, Fernando Facury. *A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização*. In: SCAFF, Fernando Facury, ROMBOLI, Roberto, e REVENGA, Miguel (Coord.). *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 21-42.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587 a 599.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade Jurídica das Políticas Públicas:

- A Efetivação da Cidadania. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio. BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. *O Direito e as Políticas Públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3-15.
- SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *El Costo de Los Derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.
- TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudo de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-46.
- VEGHTE, B. W. "Welfare State". In: DARITY JR., W. (ed.). *The International Encyclopedia of the Social Sciences*. Nova York: Macmillan, 2007, v. 9.

Recebido em 16 de fevereiro de 2018.

Aprovado em 03 de abril de 2019.