

A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Artigo científico apresentado ao V
Encontro de Iniciação Científica do curso
de Direito da Faculdade 7 de Setembro.

Aruza Albuquerque de Macedo*
Cleyton Barreto e Silva **

SUMÁRIO: Introdução; 1. Evolução histórica e conceituação dos direitos sociais; 2. A problemática da fundamentalidade dos direitos sociais; 3. Características dos direitos fundamentais sociais; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como finalidade analisar a discussão acerca da fundamentalidade dos direitos sociais, tendo em vista, a discordância doutrinária quanto à consideração de tais direitos como fundamentais. Com esse intuito, busca-se expor os argumentos de parte da doutrina em relação ao tema. 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. O estudo tem como foco essencial a análise específica e delimitada da fundamentalidade dos direitos sociais, ou seja, considerá-los direitos fundamentais.

Inicialmente, cuida-se em expor de maneira sucinta o histórico desses direitos, no que toca o seu reconhecimento e positivação, como forma de dar a eles a atenção dispensada por textos constitucionais e documentos internacionais. Esse relato se fundamenta principalmente no fato de que o estudo sobre a historicidade e prestígio desses direitos proporciona um melhor conhecimento sobre o seu *status* presente, possibilitando ao ordenamento jurídico atual maior possibilidade de proteção e concretização dos referidos direitos.

Em seguida, discorre-se sobre o conceito dos direitos sociais, a fim de restringir o conteúdo deste artigo científico. A conceituação é de imprescindível importância para o alcance do objetivo do presente trabalho, pois define o âmbito

* Aluna graduanda do curso de Direito da Faculdade 7 Setembro - aruzinha@hotmail.com

** Aluno graduando do curso de Direito da Faculdade 7 de Setembro – cleytonbs@gmail.com

normativo desses direitos, tendo por consequência uma melhor análise de seu conteúdo. O conteúdo de determinado direito é que irá caracterizá-lo quanto a sua fundamentalidade, posto que, para que esse direito seja considerado fundamental é necessário que tenha ligação intrínseca com o princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

Será realizada apreciação quanto à fundamentalidade formal e material dos direitos sociais, com o escopo de definir o *status* constitucional das referidas normas. Essa análise se dará através do estudo da topografia constitucional, bem como, a apreciação do conteúdo material dos referidos direitos. Serão expostos os posicionamentos doutrinários que asseguram ou não o caráter fundamental dos direitos sociais.

Após restar demonstrado que tais direitos são reconhecidamente fundamentais, pode-se vislumbrar que os mesmos possuem particularidades que serão definidas e estudadas. Essas peculiaridades visam principalmente proteger e assegurar a efetividade de tais direitos.

O artigo científico será desenvolvido através de pesquisa bibliográfica, sendo utilizadas obras pertinentes ao tema proposto. Haverá seleção e análise de bibliografias, onde será dedicada leitura as obras relacionadas à discussão levantada pelo trabalho científico, em especial, as doutrinas que se dedicam ao estudo constitucional acerca dos direitos fundamentais. O material bibliográfico utilizado para as pesquisas será coletado junto à Biblioteca da Faculdade 7 de Setembro, bem como, obras adquiridas em caráter particular.

Exalta-se a importância social da questão discutida, no que toca a ser efetivamente reconhecido os direitos sociais como fundamentais, a fim de que haja um real propiciamento de igualdade material entre os cidadãos, garantindo assim, a concretização da justiça social exaltada pelo Estado Democrático de Direito.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITO DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais ganharam espaço na vida do cidadão durante o século XIX. A Revolução Industrial foi palco para a consagração desses direitos, pois apesar de trazer desenvolvimento econômico, sacrificou a classe trabalhadora e aqueles que se encontravam à margem da sociedade, gerando inconformismo e fazendo com que fosse preciso a intervenção do Estado na prestação de mecanismos capazes de realizar a justiça social.

Após essa fase inicial de reconhecimento desses direitos, se fez necessária a sua positivação, como forma de alcançar força e possibilitar a sua exigibilidade perante o ente estatal. E essa foi a tendência durante o século XX.

As normas que definem os direitos sociais foram primeiramente previstas nas Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, que, por representarem uma verdadeira revolução no campo dos direitos humanos, tornaram-se verdadeiros marcos na positivação desses direitos (Meireles, 2008).

Em relação à normatividade e aplicabilidade dos direitos sociais, Bonavides (2007, p. 564), asseverou que, estes

[....] passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram sua eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de recursos.

Os direitos sociais foram descritos e positivados internacionalmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, corroborando com isso, para a efetivação do Estado Democrático de Direito, onde o Estado não defende e nem assegura apenas o direito de poucos. A sua representatividade se dá pela maioria, é a vontade do povo que se faz soberana. Foi a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que “o humanismo político da liberdade alcançou seu ponto mais alto do século XX. Trata-se de um documento de convergência e ao mesmo passo de uma síntese” (Bonavides, 2007, p. 574).

A Declaração Universal, já aprovada pelos franceses, ganha *status* internacional, com sua aprovação pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, o que para Bobbio (2004, p. 50), foi “a única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca de sua validade”.

Além disso, esses direitos foram disciplinados em uma norma específica: o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, documento adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966. O Pacto apresenta um rol extenso de direitos, indo além da Declaração Universal. O referido diploma internacional foi promulgado no Brasil pelo Decreto nº. 591, de 6 de julho de 1992.

Um ponto de bastante importância a ser destacado é a forma como foi criado o referido Pacto Internacional. Conforme discorrido pela doutrina

especializada, a ideia original seria a criação de um único pacto internacional que tratasse tanto dos Direitos Civis e Políticos (direitos de primeira dimensão) como dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (direitos de segunda dimensão). Mas em relação a essa ideia original houve grande divergência entre os países signatários.

De um lado, a União Soviética e os países a ela alinhados, defendiam a criação de um único pacto, mas que contemplasse os direitos sociais e de outro, os EUA e seus aliados, que defendiam a criação de dois pactos com o argumento de que os direitos civis e políticos eram de aplicação imediata e os direitos econômicos, sociais e culturais eram programáticos e se aplicariam progressivamente e, portanto, os primeiros (direitos civis e políticos) podiam ser obrigatórios e se exigir dos países e os segundos (direitos econômicos, sociais e culturais) não poderiam ter um controle tão rígido. Inclusive, os EUA defendiam que, para os direitos civis e políticos deveria ser criado logo um organismo de fiscalização, quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais, estes seriam realizados paulatinamente através de cooperações internacionais (Barbosa, 2003).

Por fim, a formulação original (um único pacto internacional) foi impedida, criando-se assim dois diplomas distintos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Marmelstein (2008, p. 51) define o conteúdo dos direitos sociais dizendo que estes “[...] impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhor qualidade de vida e um nível razoável de dignidade como pressuposto do próprio exercício de liberdade”.

Em contraposição aos direitos de primeira dimensão que dependem, em regra, do não agir estatal, o reconhecimento dos direitos de segunda dimensão – especificamente os sociais – tem um grau de complexidade elevado quanto a sua efetivação, pois, necessitam basicamente da atuação positiva do Poder Público. É nesse sentido, que Silva (2006, p. 286) aduz que:

[....] os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

Pode-se perceber que o conteúdo das normas definidoras de direitos sociais privilegia a igualdade material, ao considerá-la condição essencial para o exercício pleno de outros direitos. Bonavides (2007, p. 564) reforça essa ideia,

afirmando que os direitos sociais “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”.

Analizando a dicotomia existente entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, Mendes *et al.* (2008, p. 710) enfatiza que:

[....] diversamente dos abstratos direitos de primeira geração, os direitos ditos sociais são concebidos como instrumentos destinados à efetiva redução e/ou supressão de desigualdades, segundo a regra de que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade.

Como todo direito fundamental, os direitos sociais possuem um conteúdo essencial de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana (fundamentalidade material), tendo-a como núcleo básico. São indubitavelmente meios para a proteção e a efetivação concreta do princípio da dignidade da pessoa humana.

Esse direitos possuem o objetivo de impor diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos uma melhor qualidade de vida e um nível razoável de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Pode-se considerá-los como pressupostos dos direitos fundamentais, pois eles andam estreitamente associados a um conjunto de condições materiais necessárias para o perfeito exercício de outros direitos. Segundo salienta Sarlet (2006, p. 56-57):

A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um “direito de participar do bem-estar social”. Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado.

Os direitos sociais constituem condições imprescindíveis para o efetivo exercício de qualquer outro direito fundamental. Essas normas jurídicas estabelecem pressupostos necessários para a integralidade do exercício de outros direitos, mostrando-se como normas basilares ao Estado Democrático de Direito. Representam, pois, pressupostos para o exercício pleno dos direitos de liberdade, tendo em vista que, possibilitam a criação de condições materiais para a obtenção da igualdade real (material), proporcionando assim a concretização do exercício efetivo da liberdade (Silva, 2006). A igualdade meramente formal, de caráter puramente negativo, tem o condão de gerar diversos tipos de desigualdades, pois a mesma não sopesa nem diferencia situações diferentes que precisam ser

equilibradas, ou seja, não leva em consideração as distinções existentes entre os seus destinatários. Igualdade material deve ser compreendida como aquela que prioriza o tratamento equânime e uniformizado de todos os seres humanos, e quando preciso, fundamentadamente, realiza as diferenciações necessárias para contrabalancear situações desequilibradas.

O Brasil acompanhou a tendência mundial em relação ao prestígio reservado aos direitos fundamentais após a Segunda Guerra. A Constituição Federal de 1988 simboliza essa novidade, desde o seu preâmbulo o texto constitucional traz que, a finalidade desta República é a instituição do Estado Democrático de Direito. São elencados também, os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (arts. 1º ao 4º) e os direitos e garantias fundamentais (arts. 5º ao 17). Deve-se ressaltar que grande parte dos direitos sociais positivados em nossa Constituição está previsto no art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

No texto constitucional brasileiro, ainda é previsto um título específico que trata da Ordem Social (Título VIII), onde estão elencados, por exemplo, os direitos sociais relativos à saúde, previdência social, assistência social, educação entre outros.

2. A PROBLEMÁTICA DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

A fundamentalidade de um direito diz respeito à possibilidade de considerá-lo como um direito fundamental, tendo como consequência a atribuição de determinadas características que lhe são peculiares e que fazem toda a diferença quando da sua proteção e concretização. Dessa forma, considerar um determinado direito como fundamental, ou seja, afirmar que o seu grau de fundamentalidade está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, tem mais importância prática do que meramente acadêmica, pois proporciona a garantia de que esses direitos deixem de ser considerados como meras normas de condutas inexigíveis.

Em relação à problemática estabelecida acerca da fundamentalidade dos direitos sociais, serão analisadas duas diferentes teses que são fortemente seguidas por diversos doutrinadores. A primeira delas assegura que a fundamentalidade dos direitos sociais se reduz tão somente ao mínimo existencial. Já a segunda, se

posiciona no sentido da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, tendo como espécies, os direitos fundamentais e os sociais.

2.1. NEGATIVA DE FUNDAMENTALIDADE

Os autores que seguem a primeira tese, afirmam que a saída encontrada para a consagração dos direitos sociais, tendo em vista o impasse existente sobre a sua eficácia, é a redução de sua fundamentalidade ao chamado mínimo existencial.

Ao defender o seu posicionamento, Torres (2008, p. 41) diz que:

Parece-nos que a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres.

No pensamento do aludido autor, a fundamentalidade dos direitos sociais existirá tão somente quando estes forem tocados pelos interesses justificadamente fundamentais, ou seja, a fundamentalidade de tais direitos somente estaria configurada em seu núcleo intangível. Afirma também que, esse seria o caminho para a superação da ineficácia social desses direitos, chegando a dizer, que a atribuição de fundamentalidade além do mínimo existencial geraria o comprometimento do próprio mínimo.

Percebe-se, portanto, que o intuito de referido entendimento é diminuir o grau de fundamentalidade dos direitos sociais a uma fração mínima do seu conteúdo, fazendo com que, os tornem meros axiomas, subordinados a fatores como a questão orçamentária e ideológica, perdendo assim, sua força normativa.

De acordo com essa teoria, apenas o conteúdo essencial dos direitos sociais teria um grau de fundamentalidade capaz de gerar, por si só, direitos subjetivos aos respectivos titulares. Se a pretensão estiver fora do mínimo existencial, o reconhecimento de direitos subjetivos ficaria na dependência de legislação infraconstitucional regulamentando a matéria, não podendo o Judiciário agir além da previsão legal (Marmelstein, 2008, p. 312).

Torres (2008, p. 53) afirma que o mínimo existencial “representa a quantidade mínima de direitos sociais abaixo da qual o homem não tem condições para sobreviver com dignidade”.

O uso desta tese não condiz com o contexto sócio-econômico, político e até mesmo cultural do Brasil, posto que, o mínimo existencial não pode ter um conteúdo estabelecido *a priori*/em face de sua relativização (Jorge Neto, 2008).

O referido posicionamento utilizado pela tese apresenta o seu lado positivo e negativo. O caráter positivo encontra-se no fato de que tal ideia possibilita o reconhecimento de que os direitos sociais possuem eficácia jurídica, mesmo estando delimitados nessa dimensão mínima. Com isso, vislumbra-se que os doutrinadores se preocuparam em garantir o mínimo de exigibilidade aos direitos sociais.

Por outro lado, o entendimento padece de negatividade ao possibilitar uma interpretação minimalista e restritiva dos direitos sociais, consubstanciando numa diminuição latente da força normativa de tais direitos. A aplicação da tese é incompatível com Estado Democrático de Direito preconizado pela Carta Magna de 1988, tendo em vista que, a mesma exalta a proteção e garantia efetiva dos direitos sociais. O risco da aplicação desse posicionamento é de que o dito “mínimo existencial” seja tão restritivo que ao final tenha seu conteúdo esvaziado, fazendo com que a norma seja inútil.

Não há previsão no texto constitucional de limitação a proteção dos direitos sociais. Pelo contrário, a Constituição traça programas de proteção e implementação de direitos de forma ampla e irrestrita, por exemplo, o direito à saúde, que é pautado pelo princípio da universalidade e integralidade do atendimento (Marmelstein, 2008).

2.2. DEFESA DA FUNDAMENTALIDADE

A segunda tese que trata da indivisibilidade dos direitos humanos, leva em consideração os direitos sociais como extensão dos direitos de primeira dimensão, ou seja, eles são espécies de direitos fundamentais.

Nesse sentido, Meireles (2008, p. 93) dispõe que:

A garantia dos direitos sociais, hoje, representa condição necessária para que se possibilite o efetivo gozo dos direitos de liberdade civis e políticos clássicos. Sem aqueles, estes restam esvaziados de conteúdo e não passam e não passam de meras promessas inscritas em um papel ao qual, inclusive, nem todos têm acesso.

Partindo do pressuposto que os direitos humanos são indivisíveis, considera-se afastada a noção equivocada de que os direitos de primeira dimensão

(direitos civis e políticos) merecem mais respeito, reconhecimento e proteção do que os de segunda dimensão (econômicos, sociais e culturais). Tal posicionamento de considerar tais direitos divisíveis, afastando a exigibilidade dos direitos sociais, é ideológico e não científico. “São eles autênticos e verdadeiros fundamentais, acionáveis, exigíveis e demanda séria e responsável observância. Por isso, devem ser reivindicados como direitos e não como caridade ou generosidade” (Meireles, 2008, p. 94).

Nota-se que a opção do constituinte originário brasileiro, ao positivar os direitos humanos na Constituição, foi a de considerar os direitos sociais como direitos fundamentais, ao menos em relação ao aspecto formal, tendo em vista, a previsão dos mesmos no rol do art. 6º (a maior parte deles) dentro do título reservado aos direitos e garantias fundamentais (Título II).

Em relação a sua fundamentalidade material, que é reforçada pela previsão do art. 5º, § 2º (abertura material dos direitos fundamentais), esta se encontra configurada, posto que, os direitos sociais são normas que tem como núcleo a dignidade da pessoa humana. Ultima-se que, tanto do ponto de vista formal, como do material, os direitos sociais merecem a qualificação de fundamentais.

[....] os direitos sociais são, à luz do direito positivo-constitucional brasileiro, verdadeiros direitos fundamentais, tanto em sentido formal (pois estão na Constituição e têm status de norma constitucional) quanto em sentido material (pois são valores intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana) (Marmelstein, 2008, p. 174).

A dignidade da pessoa humana – expressamente positivada na Constituição brasileira – é tida como fundamentalidade e fundamentação dos direitos sociais, pois a mesma representa o valor maior vinculante de toda ordem jurídica. Mateus (2008, p. 58), analisando a dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, afirma que, “não é crível admitir-se, com algum grau de fidelidade aos ditames constitucionais brasileiros, que os direitos sociais não sejam também materialmente fundamentais”.

Expostos e analisados os posicionamentos acerca da fundamentalidade dos direitos sociais, restou comprovada que os mesmos são considerados como legítimos direitos fundamentais, pois, negar aos direitos sociais a sua fundamentalidade, é eximir do Estado o dever de prestar assistência aqueles que necessitam, excluindo destes, o básico para a sua sobrevivência.

3. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Conforme asseverado anteriormente, os direitos fundamentais padecem de características específicas, é nesse sentido que abordaremos as peculiaridades de tais direitos que lhe são associadas com mais frequência, como forma de demonstrar que as mesmas agregadas aos direitos sociais representariam um aumento superlativo da sua proteção e eficácia.

Como exemplos de características típicas dos direitos fundamentais, podemos citar: historicidade, normatividade potencializada; irrevogabilidade (cláusula pétreia); aplicação direta e imediata; vinculação dos poderes públicos e exigibilidade/dimensão subjetiva e objetiva.

3.1. HISTORICIDADE

Inicialmente vê-se que os direitos fundamentais não têm seu conteúdo pré-determinado a todo tempo e em todo lugar, visto que, a sua definição será determinada de acordo com o momento pelo qual a sociedade destinatária encontra-se. Dessa forma, podemos afirmar que o conteúdo dos direitos fundamentais somente faz sentido num determinado contexto histórico, que o definirá.

O caráter da historicidade, ainda, explica que os direitos possam ser proclamados em certa época, desaparecendo em outras, ou que se modifiquem no tempo. Revela-se, desse modo, a índole evolutiva dos direitos fundamentais. Essa evolução é impulsionada pelas lutas em defesa de novas liberdades em face de poderes antigos – já que os direitos fundamentais costumar ir-se afirmando gradualmente – em face das novas feições assumidas pelo poder (Mendes *et al.*, 2008, p. 241).

Ainda sobre essa característica, Silva (2006, p. 181) aduz que, “nascem, modificam-se e desaparecem. Eles aparecem com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o decorrer dos tempos”.

Em relação à dimensão prática da historicidade, dispõe Mendes *et al.* (2008, p. 242):

Ilustração de interesse prático do aspecto da historicidade dos direitos fundamentais é dada pela evolução que se observa no direito a não receber pena de caráter perpétuo. [...] Esse direito, que antes de 1998 se circunscrevia à esfera das reprimendas penais, passou a ser também a ser aplicável a outras espécies de sanções. Em fins de 1998, o STF, confirmando o acórdão do STJ, estendeu a garantia ao âmbito das sanções administrativas.

3.2. NORMATIVIDADE POTENCIALIZADA

Os direitos fundamentais possuem uma efetiva força jurídica e não apenas moral, simbólica ou política. São normas jurídicas diferenciadas, visto que apresentam um poder normativo potencializado. E a força jurídica é tida como potencializada por se tratar de norma de hierarquia superior, tanto por ter *status* de norma constitucional quanto pela sua importância axiológica (conteúdo material do direito).

Para Marmelstein (2008, p. 283), o reconhecimento da força normativa potencializada dos direitos fundamentais ocasiona algumas mudanças de paradigma na aplicação do direito, por exemplo:

- a) Aceitação da possibilidade de concretização judicial de direitos fundamentais, independentemente de integração normativa formal por parte do Poder Legislativo, como consequência do aumento da força normativa da Constituição, da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais e do reconhecimento da importância do Judiciário na função de guardião dos valores constitucionais;
- b) Redimensionamento da fonte de direitos subjetivos das leis para os direitos fundamentais (“não são os direitos fundamentais que devem girar em torno das leis, mas as leis que devem girar em torno dos direitos fundamentais”), já que o conteúdo das normas constitucionais não pode ficar restrito à vontade parlamentar, e toda a interpretação legal deverá se guiar pelos mandamentos traçados na Constituição;
- c) Reformulação da doutrina da separação entre os poderes, em face da “solução de compromisso” que todos agentes devem assumir na concretização dos direitos fundamentais, reconhecendo-se um papel mais atuante do Judiciário na efetivação das normas constitucionais, através da jurisdição constitucional.

Percebe-se então que, a normatização potencializada aplicada aos direitos fundamentais sociais, representa um importante instrumento de exaltação e concretização dos mesmos.

3.3. IRREVOGABILIDADE

A característica da irrevogabilidade está diretamente ligada à ideia de se considerar os direitos fundamentais como cláusulas pétreas, ou seja, normas jurídicas que não podem ser objeto de alterações tendentes a serem eliminadas.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 60, §4º, inc. IV, que não podem ser objeto de deliberação as propostas de emenda constitucional tendente a abolir “os direitos e garantias individuais”. Desse modo, o constituinte originário ao estabelecer os direitos fundamentais como cláusula pétreas (visto que,

os mesmos encontram-se no título reservado aos direitos e garantias individuais) pretendeu criar uma barreira de proteção, de tal forma que nem mesmo por emenda à Constituição poderia revogar um determinado direito fundamental.

Sobre a finalidade da cláusula pétreas, afirma Mendes *et al.* (2008, p. 218):

As cláusulas pétreas, portanto, além de assegurarem a imutabilidade de certos valores, além de preservarem a identidade do projeto do constituinte originário, participam, elas próprias, como tais, também da essência inalterável desse projeto. Eliminar a cláusula pétreas já é enfraquecer os princípios básicos do projeto do constituinte originário garantidos por ela.

O significado último das cláusulas de imutabilidade está em prevenir um processo de erosão da Constituição. A cláusula pétreas não existe tão-só para remediar situação de destruição da Carta, mas tem a missão de inibir a mera tentativa de abolir o seu projeto básico. Pretende-se evitar que a sedução de apelos próprios de certo momento político destrua um projeto duradouro.

A característica da imutabilidade dos direitos fundamentais sociais representa uma maior segurança para a efetividade e integralidade dos mesmos, pois o seu caráter de ser inalterável possibilita uma liberdade para praticá-lo sem receio de ter o seu exercício comprometido.

3.4. APLICAÇÃO DIRETA E IMEDIATA

O art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, determina que: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

A cláusula da aplicação imediata é a consagração expressa do princípio da máxima efetividade, que é inherente a todas as normas constitucionais, especialmente as definidoras de direitos fundamentais. Ela é o reconhecimento formal por parte do constituinte de que os direitos fundamentais têm uma força jurídica especial e potencializada.

Apesar de o dispositivo ter caráter princípialógico, tal norma deverá ser interpretada de acordo com a necessidade do caso concreto, lembrando que, deve ser respeitado em primazia os interesses do cidadão, dessa forma, o agente ou o legislador deverá atuar de maneira tal que assegure a força normativa do dispositivo constitucional, sendo guiado pelos os princípios norteadores do texto da Constituição. Com isso, não deve ser afastada a eficácia do disposto no artigo, posto que, é essencial para a concretização dos direitos fundamentais a plena aplicabilidade do que dispõe a redação do § 1º do art. 5º. Como determina Sarlet

(2006, p. 282), as normas tidas como programáticas, são “uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais”. Prosseguindo no seu raciocínio:

Percebe-se, desde logo, que o postulado da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas (e nisto reside uma de suas diferenças essenciais relativamente às normas-princípio), de acordo com a lógica do tudo ou nada, razão pela qual o seu alcance (isto é, o quantum em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta (Sarlet, 2006, p. 282-283).

Pode-se entender que os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Não sendo necessário que o legislador discipline um direito já estabelecido constitucionalmente para só assim, ele ser aplicável. Atribuir aplicação direta e imediata aos direitos fundamentais sociais representa um grande passo para a concretização dos mesmos. Mas persiste o entendimento que essa característica não pode ser aplicada sempre a todo direito fundamental. Segundo Mendes *et al.* (2008, p. 252):

Há normas constitucionais, relativas a direitos fundamentais, que, evidentemente, não são auto-aplicáveis. Carecem da interposição do legislador para que produzam todos os seus efeitos. As normas que dispõem sobre direitos fundamentais de índole social, usualmente, têm a sua plena eficácia condicionada a uma complementação pelo legislador.

Para Meireles (2008, p. 236),

[....] as normas de direitos sociais fundamentais – programáticas ou não – têm, sim, aplicação direta e imediata na forma preconizada pelo § 1º do art. 5º da Constituição Federal, gerando diversas posições jurídicas para os administrados.

Conforme assevera o artigo transcrito anteriormente, tal obrigação independe de normas posteriores de regulamentação. Se o direito somente pudesse ser efetivado quando o legislador regulamentasse o seu exercício, ocorreria uma verdadeira inversão de autoridade, na qual o poder constituído teria mais poderes do que o próprio poder constituinte (Marmelstein, 2008).

3.5. VINCULAÇÃO DOS PODERES PÚBLICOS

O fato de os direitos fundamentais estarem previstos na Constituição tem como consequência torná-los parâmetros de organização e de limitação dos poderes

constituídos. As normas constitucionais consagradoras dos direitos fundamentais sociais implicam em uma verdadeira imposição constitucional, legitimando-se as transformações sociais e econômicas com finalidade de efetivação desses direitos.

A vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais significa mais do que uma mera característica programática e dispensável, pois sua finalidade está em justamente limitar e ordenar a atuação dos poderes públicos para que tenha como objetivo o respeito e a concretização dos direitos fundamentais.

Sobre a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, afirma Mendes *et al* (2008, p. 245):

A constitucionalização dos direitos fundamentais impede que sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos – dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário –, passíveis de serem alteradas ou suprimidas ao talante destes. Nenhum desses poderes se confunde com o poder que consagra o direito fundamental, que lhes é superior. Os atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem.

3.6. EXIGIBILIDADE/DIMENSÃO SUBJETIVA E OBJETIVA

Os direitos fundamentais, por serem normas jurídicas dotadas de normatividade potencializada e com um alto teor de juridicidade, já que possuem *status* constitucional, são direitos exigíveis, ou seja, podem ter sua aplicação forçada, através do Poder Judiciário, mesmo na ausência de regulamentação por parte do Poder Legislativo.

A exigibilidade de um direito fundamental decorrente da sua força normativa potencializada e de sua aplicação direta e imediata. A exigibilidade de um direito fundamental está ligada à ideia da existência de uma dimensão subjetiva desse direito, ou seja, a possibilidade de emanação de direitos subjetivos exigíveis e justiciáveis.

Sobre a característica da exigibilidade dos direitos fundamentais, dispõe Marmelstein (2008, p. 289):

Os direitos fundamentais, por serem normas jurídicas, são direitos exigíveis e justiciáveis, ou seja, podem ter sua aplicação forçada através do Poder Judiciário. É o que os constitucionalistas chamam de “dimensão subjetiva”, expressão que simboliza a possibilidade de os direitos fundamentais gerarem pretensões subjetivas para os seus titulares, reivindicáveis na via judicial. Assim, caso o Poder Público deixe de cumprir com os deveres de respeito, proteção e promoção a que está obrigado, poderá ser compelido a fazê-lo forçadamente por força de um processo judicial.

Como decorrência da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, surge o chamado princípio da inafastabilidade da tutela judicial. De fato, sem Poder Judiciário não há direitos fundamentais.

Sobre a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais sociais, assevera Canotilho (1994, p. 374):

Resulta da consagração constitucional desses direitos como direitos fundamentais dos cidadãos e não apenas como direito objetivo expressos através de normas programáticas ou imposições constitucionais (direitos originários de prestações); da radiação subjetiva de direitos através da criação por lei de prestações, instituições e garantias necessárias à concretização dos direitos constitucionalmente reconhecidos. [...] que justificam o direito de judicialmente ser reclamada a manutenção do nível de realização e de se proibir qualquer tentativa de retrocesso social.

Conforme posicionamento doutrinário, a exigibilidade judicial dos direitos econômicos sociais, como decorrência da sua dimensão subjetiva, estaria restrita pela questão do mínimo existencial e à reserva do possível.

Em relação às dimensões dos direitos fundamentais, aduz Marmelstein (2008, p. 282):

A doutrina constitucional tem reconhecido que os direitos fundamentais possuem dupla dimensão: a subjetiva e a objetiva. De um lado, os direitos fundamentais, na sua dimensão subjetiva, funcionariam como fonte de direitos subjetivos, gerando para os seus titulares uma pretensão individual de buscar a sua realização através do Poder Judiciário. De outro lado, na sua dimensão objetiva, esses direitos funcionariam como um “sistema de valores” capaz de legitimar todo o ordenamento, exigindo que toda a interpretação jurídica leve em consideração a força axiológica que deles decorre.

CONCLUSÃO

O presente ensaio procurou analisar a fundamentalidade dos direitos sociais, demonstrando que os mesmos devem ser considerados direitos fundamentais, seja do ponto de vista material, quanto do formal. Percebeu-se que os argumentos utilizados para a não fundamentalidade dos direitos sociais têm como finalidade privá-los da consagração de sua efetividade. O posicionamento de se considerar a não fundamentalidade de tais direitos, diminuindo assim, sua eficácia, é uma postura pragmática em favor de interesses alheios a concretização da justiça social.

Conclui-se que, o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais é de importância essencial na sua consolidação, pois a aplicação das

características peculiares aos direitos fundamentais proporciona um aumento efetivo de seu grau de exigibilidade.

Deve-se deixar de lado, o posicionamento doutrinário que aplica a nomenclatura “direitos sociais fundamentais”, ou seja, restando a fundamentalidade a uma parte dos referidos direitos. Pois, o correto é considerar a utilização da seguinte nomenclatura: “direitos fundamentais sociais”, como apresentado. Já que esses direitos são reconhecidamente espécies de direitos fundamentais.

Isto posto, como todo direito fundamental, os direitos sociais na sua concretização devem ter como parâmetro os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Deve ser maximizado o mínimo existencial, como forma de garantir o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, assegurando ao cidadão a prestação essencial para a exaltação da justiça social, buscando diminuir a desigualdade entre os indivíduos. E em relação à reserva do possível, não poderá o Estado sob a alegação de insuficiência de verba, se eximir sempre da realização das suas atividades, em especial, da efetivação dos direitos sociais, inclusive, os de natureza prestacional. Caberá ao Poder Público, provar que inexiste orçamento para o cumprimento do seu dever.

Os direitos sociais, normas que buscam a afirmação da igualdade material, representam uma garantia do equilíbrio social com o respeito à prestação de condições materiais necessárias para o perfeito cumprimento e concretização da dignidade da pessoa humana. Privar o cidadão de seus direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição é retirar-lhes a dignidade, excluindo assim, por conseguinte, sua condição de ser humano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Narciso Fernandes. **Direitos humanos: a eficácia e a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Maceió: Edufal, 2003.

BARROSO, Felipe dos Reis. **Manual de formatação de monografia jurídica**. Fortaleza: Book, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

BRASIL. Decreto Nº. 591, de 6 de Julho de 1992. **Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acesso em 22 maio 2009.

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

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: Concretizando a Democracia e os Direitos Sociais.** São Paulo: Juspodivm, 2008.

MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais sociais e relações privadas:** o caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2008.

MEIRELES, Ana Cristina Costa Meireles. **A eficácia dos direitos sociais.** Salvador: JusPodivm, 2008.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos – 1948.** Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em 22 maio 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial.** São Paulo: Renovar, 2008.