



COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 2

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

2ª Edição

COORDENAÇÃO DO TOMO 2

Vidal Serrano Nunes Júnior

Maurício Zockun

Carolina Zancaner Zockun

André Luiz Freire

Editora PUCSP

São Paulo

2022

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP
DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Vidal Serrano Nunes Júnior
DIRETORA ADJUNTA
Julcira Maria de Mello Vianna
Lisboa

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello
Elizabeth Nazar Carrazza
Fábio Ulhoa Coelho
Fernando Menezes de Almeida
Guilherme Nucci
Luiz Alberto David Araújo
Luiz Edson Fachin
Marco Antonio Marques da Silva
Maria Helena Diniz
Nelson Nery Júnior

Oswaldo Duek Marques
Paulo de Barros Carvalho
Raffaele De Giorgi
Ronaldo Porto Macedo Júnior
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery
Rui da Cunha Martins
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Teresa Celina de Arruda Alvim
Wagner Balera

TOMO DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL | ISBN 978-85-60453-62-7

A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico)

: direito administrativo e constitucional / coords. Vidal Serrano Nunes Júnior, Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire – 2. ed. – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022

Recurso eletrônico World Wide Web

Bibliografia.

O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de doze tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

DIREITOS SOCIAIS

Vidal Serrano Nunes Jr.

INTRODUÇÃO

O advento do constitucionalismo foi marcado por uma intensa preocupação com a normatização da relação entre o Estado e os indivíduos que integravam. Bem por isso, ao longo de seu desenvolvimento notou-se uma paulatina evolução dos direitos fundamentais. Num primeiro momento, preordenados à defesa das liberdades individuais, mas, em segundo momento, direcionados à proteção material destes, ou seja, voltados à consolidação de um propósito de diminuição das desigualdades. Nesse cenário, surgem os direitos sociais e é exatamente deles que tratamos neste verbete, procurando desvendar sua origem, natureza, conceito, características, formas de positivação e respectivos regimes jurídicos.

SUMÁRIO

Introdução.....	2
1. Origem histórica.....	2
2. Conceito	16
3. Direitos sociais e o chamado mínimo vital	23
4. Direitos sociais e positivação constitucional.....	27
Referências	49

1. ORIGEM HISTÓRICA

A ideia de direitos sociais remete aos primórdios do capitalismo industrial. Neste período histórico, preconizavam-se relações econômico-sociais libertas de amarras jurídicas, com o mercado produzindo os insumos básicos para sua autorregulação. Os institutos jurídicos gerais, em especial a propriedade privada e a autonomia da vontade,

aplicados à seara das relações econômicas, eram os únicos balizamentos para as relações então entabuladas.

O chamado liberalismo original implicava, portanto, uma fuga do direito. O direito de propriedade era evocado para alicerçar o domínio do capitalista em relação aos chamados meios de produção. Tal instituto era, por sua vez, integrado pela autonomia da vontade, que conferia a todos a liberdade para contratar e, uma vez celebrado o pacto, o dever de submissão à avença realizada. Este, com efeito, o modelo balizador de relações comerciais, trabalhistas, de consumo etc.

Concebiam-se a economia capitalista como uma ordem natural, cujos impulsos espontâneos engendravam automaticamente as relações nela inseridas.

Desse teor, a preleção de Vital Moreira:

“A revolução burguesa, ao extinguir os direitos e privilégios feudais, ao estoirar a arquitectura corporativa medieval e a estrutura proteccionista do mercantilismo, pretende substituir a ordem jurídica, artificial, da economia por uma ordem natural, automática, ajurídica”.¹

Perceptível, neste ponto, que as relações econômicas então estabelecidas carregavam um anacronismo congênito, na medida em que a garantia absoluta da liberdade gerava, como contraponto, a submissão dos economicamente vulneráveis aos desígnios dos detentores do poder econômico.

A partir dessa perspectiva é que se pode entender a conclusão, ditada pelo emergir de novas formas históricas, de que a garantia da liberdade de maneira absoluta, em algumas situações, engendrava mecanismos que frequentemente acabavam, como em um processo de tensão dialética, negando sua própria existência.

Aflorou, com irrecusável clareza, a insuficiência e a incapacidade do chamado Estado absenteísta para garantir a convivência livre e harmoniosa entre os seus súditos.

Interagindo com um modelo econômico, cujo ideário preconiza tratamento igualitário a seres economicamente desiguais, o liberalismo clássico acabou por revelar uma realidade tirânica e cruel em relação à classe operária que se formava nos centros industriais da Europa de então.

¹ MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*, p. 75.

A situação retratada encontra perfeita descrição nas palavras de Fábio Konder Comparato:

“Na França, o descontentamento do operariado urbano com os excessos capitalistas do reinado de Luís Felipe de Orléans, instalado no trono desde 1830, foi singularmente reforçado pelo agravamento da fome no campo, em consequência da desastrosa colheita de 1846-47.

A revolta popular de Paris, irrompida em 23 de fevereiro de 1848, visou claramente não só à derrubada do rei, mas à reinstauração da república, nos moldes do espírito revolucionário de 1792-93. Instalado um governo provisório, do qual participava o operário Albert – fato altamente simbólico, que não se viu em nenhum momento da grande revolução do final do século XVIII – decidiu-se convocar de imediato uma assembléia constituinte”.²

O surgimento dos direitos sociais, como se vê, está atrelado, de um lado, ao capitalismo industrial embrionário, que, organizado com base em uma economia de mercado liberta de amarras jurídicas, produziu relações trabalhistas tirânicas, marcadas por um intenso processo de violação à dignidade do operariado; e, de outro, pelos movimentos de resistência e de afirmação de direitos, que se contrapuseram ao quadro de opressão configurado.

Realmente, a concentração operária, a situação de submissão a que estavam sujeitos e a ausência de cláusulas legais que impedissem arbitrariedades patronais acabaram por ensejar fortes movimentos de resistência que culminaram no reconhecimento dos direitos sociais.

Como se vê, os direitos sociais nasceram de uma aspiração de alforria da classe operária, em um cenário marcado por abusos nas relações constituídas sobre as duas pilstras que sustentavam a ordem jurídica de então: a propriedade privada e a autonomia da vontade.

O primeiro documento histórico, com maior significação no campo dos direitos sociais, foi a Constituição Francesa de 1848.

² COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 147.

Editada no torvelinho de conflitos intensos entre capitalistas e operários, embora não tivesse ainda o condão de conceber o Estado francês como um Estado Social, trouxe a previsão de direitos sociais, especialmente em seu art. 13, redigido da seguinte forma:

“Art. 13. A Constituição garante aos cidadãos a liberdade de trabalho e de indústria. A sociedade favorece e encoraja o desenvolvimento do trabalho, pelo ensino primário gratuito profissional, a igualdade nas relações entre o patrão e o operário, as instituições de previdência e de crédito, as instituições agrícolas, as associações voluntárias e o estabelecimento, pelo Estado, os Departamentos e os Municípios, de obras públicas capazes de empregar os braços desocupados; ela fornece assistência às crianças abandonadas, aos doentes e idosos sem recurso e que não podem ser socorridos por suas famílias”.

Como bem observa Fábio Konder Comparato, “malgrado a falta de firmeza das fórmulas empregadas, não se pode deixar de assinalar que a instituição dos deveres sociais do Estado para com a classe trabalhadora e os necessitados em geral, estabelecida nesse mesmo art. 13, aponta para a criação do que viria a ser Estado do Bem-Estar Social, no século XX”.³⁻⁴ Já no século XX, inaugurando o modelo do bem-estar social, foi promulgada a Constituição mexicana de 1917.

A Carta mexicana, refletindo esse ideário de bem-estar social, promoveu a constitucionalização dos direitos de proteção do trabalho. Nela, houve minudente tratamento do tema, revelando, portanto, a preocupação dos movimentos sociais com a limitação do poder econômico nas relações de trabalho. Nesse sentido, Airton Pereira Pinto pondera que a “análise dos direitos constitucionais dos trabalhadores grafados na Carta Política de 1988, quando retornaremos a esta ideia, demonstrando que os direitos humanos dos trabalhadores ainda se assemelham nas duas Constituições, apesar de passado o tempo de quase um século”.⁵ A evolução dos direitos sociais foi sucessivamente marcada pela Constituição de Weimar de 1919, que, a seu modo, consubstanciou significativos avanços no campo dos direitos fundamentais, que serviram de inspiração para diversas Constituições posteriores. Sem esquecer que a Constituição

³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 149.

⁴ Cf. PEREIRA PINTO, Airton. *Direito do trabalho, direitos humanos sociais e a Constituição Federal*, pp. 64-65; ROSA, Elianne M. Meira. *Constitucionalismo social no Mercosul*, p. 5.

⁵ PEREIRA PINTO, Airton. *Op. cit.*, p. 70.

de 1919 foi a instituidora da república na Alemanha, no campo dos direitos sociais, embora não tenha tido a minudência na discriminação de direitos trabalhistas como sua antecessora mexicana, teve a fortuna de veicular um rol muito mais amplo de direitos sociais. Com efeito, a Constituição de Weimar deu especial destaque ao direito à educação, prescrevendo o direito ao ensino básico por meio de escolas públicas, bem como determinando que escolas privadas só poderiam funcionar mediante autorização do Poder Público.

Neste ponto, a observação de Carlos Roberto Jamil Cury:

“A primeira constatação é o elevado número de artigos (nove) no capítulo referente à educação. E mais: eles são analíticos, com uma intensidade de redação, por vezes minuciosa. A educação escolar goza da garantia constitucional. A seguir, pode-se assinalar quatro grandes idéias que dominam o conjunto destes artigos. Primeira: investir em educação é apostar no presente e no futuro do Reich uma vez que ela é considerada peça estratégica no soerguimento da nação. Daí o detalhismo na própria Constituição. Segunda: busca-se uma democratização da educação escolar, via sistema nacional, que contemple a escola primária única, gratuita e obrigatória para todas as classes sociais e para todos os cidadãos alemães sem quaisquer discriminações. Terceira: a busca de um acordo mínimo em torno da questão do ensino religioso, penosamente obtido. Criou-se, pois, uma multiplicidade institucional de escolas públicas: umas com regime laico, outras com regime confessional e outras com regime interconfessional. Finalmente, tem-se a presença forte do Estado no sentido de ser ele o titular da educação escolar. Só ele tem a capacidade jurídica de inspecionar estabelecimentos, de autorizar a abertura de escolas privadas, de restringir a amplitude da liberdade de ensino e de interferir na educação religiosa”.⁶

Ademais, a lei fundamental alemã inovou ao contemplar a questão do direito à saúde e à previdência, prescrevendo, em seu art. 161, a criação de um sistema nacional de seguro predisposto exatamente ao cumprimento de tais fins. Seguindo esse caminho, houve ainda previsão da função social da propriedade, prescrevendo, na parte final de seu

⁶ CURY, Carlos Roberto Jamil. *A educação na Constituição de Weimar*.

art. 153, que “a propriedade obriga. Seu uso há de constituir ao mesmo tempo um serviço para o bem geral”.

É perceptível que a Constituição de Weimar, adotando um claro perfil social democrático, apresentou um caráter autenticamente transformador. Por isso sua grande influência em diversas constituições contemporâneas.

Há de se agregar, finalmente, que essa preocupação humanística com os direitos sociais ainda apresentou um forte sentido universalista, uma vez que seu art. 162 indicou expressamente a busca do reconhecimento dos direitos sociais também no patamar internacional, dispondo: “[o] Estado lutará pela obtenção de uma regulamentação internacional das relações jurídicas de trabalho, com o objetivo de assegurar a toda humanidade um mínimo geral de direitos sociais”.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o ocaso provocado pelo Holocausto e pelos instrumentos de destruição em massa deu lugar ao ressurgimento de uma perspectiva ética nas relações humanas, baseada na revigoração dos direitos humanos.

Foi nesse contexto que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

Pautada pelos três princípios cardeais, que já haviam orientado a Revolução Francesa – vale dizer, a liberdade, a igualdade e a fraternidade –, a Declaração, logo no preâmbulo, se adiantou em esclarecer que uma de suas preocupações específicas com os direitos humanos era o de colocar o homem *a salvo da necessidade*, bem como *promover o progresso social e melhores condições de vida*.

Assim, após a fragmentação do mundo, gerada pela Segunda Guerra Mundial, surge uma pauta de princípios éticos norteadores das relações internacionais que alça os direitos humanos a uma nova dimensão.

Em primeiro lugar, por afirmar a universalidade e a interdependência desses direitos. Em segundo lugar, por indicar, seguindo esse caminho, que a lesão a um direito humano consiste num fato tão grave que extrapola os limites da soberania de cada país.

A universalidade fica claramente demarcada ante a constatação de que a pauta de princípios nela contida se estende a toda “família humana”, cujos membros, independentemente de raça, credo, origem ou classe social, são reconhecidos como dignitários de direitos inerentes a sua condição.

A interdependência deflui do reconhecimento de que os direitos de liberdade e os direitos sociais, econômicos e culturais se apresentam em relação de mútua dependência. São incidíveis, quer dizer, liberdade e igualdade são dimensões de proteção da dignidade humana que se implicam.⁷

Além disso, a Declaração de 1948 buscou um amplo reconhecimento dos direitos sociais,⁸ transformando-se, neste ponto, em um relevante marco histórico, na medida em que consolida a noção de direitos sociais como direitos intrínsecos à natureza humana, apontados, portanto, como de observância necessária por todos os Estados do mundo.

Pode-se afirmar, nesse sentido, que esse conteúdo fortemente impregnado de direitos sociais da Declaração de 1948 deu lugar, em 1966, ao Pacto Internacional sobre

⁷ A propósito, Stephen Holmes e Cass R. Sunstein (em *The cost of rights: why liberty depends on taxes*) apontam que tanto os direitos de liberdade quanto os direitos sociais são direitos positivos que reclamam proteção do Estado (“*The financing of basic rights through tax revenues helps us see clearly that rights are public goods: taxpayer-funded and government-managed social services designed to improve collective and individual well-being. All rights are positive rights*”).

⁸ “Artigo XXII. Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e, de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Artigo XXIII. 1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

Artigo XXIV. Toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas.

Artigo XXV. 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.

Artigo XXVI. 1. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Artigo XXVII. 1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios.

2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor”.

Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, que constitui uma espécie de desdobramento, de complementação, dos princípios antes adotados por aquela.

O Pacto de 1966 ratificou a ideia de unidade e interdependência dos direitos de liberdade e dos direitos sociais, o que foi expressamente reconhecido em seu preâmbulo:

“Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos”.

Fiel a tais objetivos, o pacto aponta que os direitos sociais devem se realizar mediante a proteção das relações de trabalho, da família, da infância e da juventude, da saúde, da educação e da cultura. Além disso, acena claramente para a ideia de um *mínimo vital*, declarando em seu art. 11 que “*os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida*”.

Como se vê, o pacto, por um lado, desdobra a ideia já contida na Declaração de 1948 de que o reconhecimento e o respeito aos direitos humanos implica uma perspectiva multidimensional de proteção da dignidade humana, em que cada direito declarado e protegido pressupõe a existência e o respeito aos demais. Por outro lado, porém, o Pacto de 1966 acaba por possibilitar uma espécie de lapidação conceitual dos direitos sociais, acenando com a ideia de que os direitos sociais dizem respeito à proteção material do ser humano, mas, segundo uma perspectiva mais ampla, que se inicia com a interferência estatal nas relações de trabalho, passa por uma atuação na prestação de serviços públicos – como educação e saúde – e caminha até a ressignificação de antigos direitos de liberdade, como a propriedade, emprestando-lhes uma dimensão social.

Importante salientar, no entanto, que o Pacto dos Direitos Sociais, Econômicos e Sociais refletiu, em parte, o contexto de divisão mundial então experimentado: de um lado, o bloco dos países capitalistas, capitaneados pelos Estados Unidos, que pontuavam a necessidade do reconhecimento dos chamados direitos de liberdade; de outro, os países

do bloco socialista, liderados pela antiga União Soviética, que acentuavam a necessidade de reconhecimento de direitos sociais.⁹

O desfecho de tal tensionamento foi a celebração simultânea de dois pactos internacionais, o de direitos civis e políticos e o de direitos sociais, econômicos e culturais.

Nesse sentido, aponta Flávia Piovesan:

“Com efeito, no início de suas atividades (de 1949 a 1951), a Comissão de Direitos Humanos da ONU trabalhou em um único projeto de pacto, que conjugava as duas categorias de direitos. Contudo, em 1951, a Assembléia Geral, sob a influência dos países ocidentais, determinou que fossem elaborados dois pactos em separado que deveriam ser aprovados e abertos para assinatura simultaneamente, no sentido de enfatizar a unidade dos direitos neles previstos”.¹⁰

Conveniente sublinhar que aqueles que se alinhavam aos Estados Unidos evocavam o caráter programático das normas veiculadoras dos direitos sociais, econômicos e culturais para a defesa da separação dos pactos, renunciando, desde logo, um dos argumentos arregimentados para a obstaculização da efetividade de tal categoria jurídica.

A ordem jurídica brasileira, muito embora tenha recebido os influxos dos movimentos internacionais, palmilhou, como não poderia deixar de ser, caminho próprio, pontilhado de peculiaridades, em relação aos direitos sociais.

Mesmo a primeira Constituição brasileira, a de 1824, outorgada pelo imperador, embora não tivesse propriamente o recorte de uma Constituição que reconhecesse e declarasse direitos sociais, sem adotar esta nomenclatura, apresentou uma abertura nesse sentido.

É o que nitidamente se extrai da leitura dos incisos XXI, XXII e XXIII, de seu art. 179, que, sucessivamente, garantem os “socorros públicos”, a instrução primária universal e gratuita e a existência de colégios e universidades.

⁹ Cf. DORNELLES, João Ricardo W. *O que são direitos humanos*, p. 41.

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 154.

Nada obstante a parcimônia de tais disposições, é de se reconhecer que, pelo período histórico em que foi promulgada, a Constituição imperial acabava por assumir uma relativa e significativa abertura para a ideia de direitos sociais.

Tais disposições, por evidente, possuíam um forte sentido assistencialista e não vieram caracterizadas como os atuais direitos sociais. Porém, pela época em que foram adotadas e pelo aceno que faziam para um futuro reconhecimento de direitos sociais, não podem deixar de ter sua relevância sublinhada.

Tais atributos foram bem estampados nas sábias palavras de Paulo Bonavides e Paes de Andrade:

“O constitucionalismo do Império, tanto o da Constituinte, estampado no projeto de Antonio Carlos, como o da Carta de 1824, teve uma sensibilidade precursora para o social, sem embargo de todo o teor individualista que caracteriza os dois documentos. Tão acentuada, que deixaria bastante envergonhados os constituintes republicanos de 1891, se conduzidos a um confronto”.¹¹

Corroborando o pensamento de tais autores, parece-nos clara a inclinação social da Carta de 1824, sobretudo, quando analisada à luz do quadro histórico em que foi engendrada.

Essa aclamada abertura para o social, contudo, acabou por não influenciar a primeira Constituição republicana, de 1891, que, refletindo o pensamento liberal da época, passou ao largo de qualquer pretensão social, negando mesmo qualquer repercussão à Carta francesa de 1848, bem como aos reclamos sociais que já se acumulavam, forjando os pressupostos sócio-jurídico-econômicos para a formação de Estados socialistas e social-democráticos, que pouco depois se apresentaram ao mundo.

A Constituição de 1891, assim, limitou-se a disposições relacionadas à organização do Estado e ao reconhecimento dos chamados direitos de liberdade, retrocedendo, assim, na abertura criada para a questão social pela Constituição do Império.

Um ponto importante diz respeito à reforma que a Constituição de 1891 sofreu em 1926, que, dentre outras modificações imprimidas, integrou o direito do trabalho à Constituição.

¹¹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*, pp. 100-101.

Tal modificação, embora significativa, não teve o poder de mudar acentuadamente, mesmo no plano hipotético, a natureza da ordem jurídica estabelecida.

Essa renovação veio verdadeiramente a lume com a Constituição de 1934. Produto do movimento de 1930 – que levou Vargas ao poder – e do movimento constitucionalista ocorrido dois anos depois, a Constituição de 1934 teve o claro propósito de fincar as pedras fundamentais do assim chamado Estado Social de Direito.

Com efeito, em seu Título IV, tratou expressamente da “Ordem Econômica e Social”, em que avanços notáveis foram realizados.

Em primeiro lugar, houve minudente alusão aos direitos de proteção do trabalho, como a questão do repouso remunerado, das férias anuais, salário mínimo etc.

Revelando a intensidade com que se apegou a tais objetivos, aludiu expressamente que “para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho (...)”.

As inovações não pararam aí. Houve ainda prescrição dos dissídios coletivos, proteção da família e, em especial, um capítulo sobre a educação, notando-se, portanto, os traços de uma Constituição predisposta à formatação de um Estado Social de Direito.

Perfilhando o mesmo entendimento, segue a preleção de Paulo Bonavides e Paes de Andrade:

“Todos esses fatores apontam para o sentido eminentemente social da Constituição de 1934. Seguindo uma certa tendência europeia do pós-guerra, mas que na verdade só iria se firmar definitivamente ao término da Segunda Grande Guerra, alguns dos preceitos do chamado “Welfare State” foram consagrados no texto. Pela primeira vez na história constitucional brasileira, considerações sobre a ordem econômica e social estiveram presentes. Uma legislação trabalhista garantia a autonomia sindical, a jornada de oito horas e os dissídios coletivos. A família mereceria proteção especial, particularmente aquela de prole numerosa. O deputado Prado Kelly foi em larga medida o responsável pela inclusão de um outro item social até então inédito: um capítulo especial sobre a educação”.¹²

Como se vê, refletindo nos movimentos internacionais da época, que buscavam incorporar aos países capitalistas premissas de um Estado Social, nossa Carta de 1934, de

¹² *Idem*, p. 319.

efêmera vigência, foi, dentre as Constituições brasileiras de até então, a que efetivamente se preocupou com a identificação de um Estado fortemente marcado pela presença institucional dos direitos sociais.

A Constituição de 1934, fruto de um esforço constituinte, vigorou por cerca de três anos, sendo sua revogação determinada pela superveniência da Constituição de 1937, que pôs termo ao curto período de institucionalidade democrática então vivenciada.

A Constituição de 1937 ficou conhecida como “A Polaca”, em virtude das influências do pensamento autoritário que tomava conta da Europa naquele momento. Recebeu influência de diversas vertentes desse pensamento autoritário, sobretudo da Constituição da Polônia, o que explica a alcunha supramencionada.

No plano político, a inspiração nazifascista se fez presente pelos poderes quase que absolutos atribuídos ao presidente da República,¹³ além de restrições evidentes impostas na seara das liberdades públicas, como, por exemplo, a possibilidade de lei prescrever “com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação”.¹⁴

No que tange aos direitos políticos, a influência da *Carta del Lavoro*¹⁵ foi nítida, refletindo-se em disposições como a de indicar o trabalho como um *dever social* e pelo rígido controle dos sindicatos pelo Estado.

Assim, embora disposições de proteção individual do trabalho tenham permanecido presentes na Carta de 1937, um balanço geral apontaria a ocorrência de um nítido retrocesso que, apesar de muito mais impactante na seara das liberdades públicas, também ocorreu em matéria de direitos sociais.

Calha transcrever, neste ponto, a explanação de Elianne M. Meira Rosa:

“Considera-se que tenha havido significativa ampliação de direitos relativos à ordem social e amparo à legislação ordinária resultante da Carta de 1934. Sob a égide da Constituição de 1937 foram criados a Justiça do Trabalho (já instituída pelo art. 122 da Carta de 1934), os Conselheiros Regionais de Trabalho, o Conselho Nacional (no Rio), Juntas de

¹³ Dentre outros, expedir decretos-leis, dissolver a Câmara dos Deputados, indicar candidato a presidente da República etc.

¹⁴ Cf. art. 122, “15”, “a”.

¹⁵ Cf. FARIA, José Eduardo. *Os novos desafios da Justiça do Trabalho*, p. 24.

Conciliação e Julgamento nas capitais dos Estados e no Rio, todos esses órgãos sob a competência do Ministério do Trabalho, porém gozando de alguma autonomia. Entretanto, estava suspenso o direito de greve (considerado delito), não existia a autonomia sindical. Estes encontravam-se vinculados ao Ministério do Trabalho”.¹⁶

Marcando um período de ocaso das liberdades democráticas, a Constituição outorgada em 1937 submergiu junto com o regime ditatorial – o *Estado Novo* – no qual se integrara.

A Constituição de 1946 frutificou uma espécie de repúdio ao espírito autoritário que imbuía sua predecessora.

Influenciada pelos ventos de renovação democrática que varriam o país, com o anúncio do fim do Estado Novo, recuperou as liberdades formais, colocando-as à margem de qualquer controle autoritário do Estado.

O princípio federativo, marcado pela autonomia dos Estados e dos Municípios, ressurgiu com grande pujança ao lado de uma vontade constituinte clara de reorganização dos Poderes, sobretudo no que se refere a um fortalecimento do Legislativo e do Judiciário, que, no regime político anterior, haviam se quedado enfraquecidos pela automática expansão do poder Executivo em tempos ditatoriais.

Do ponto de vista dos direitos sociais, a Constituição de 1946 buscou, ainda uma vez, fortalecer a noção de Estado Social. Algumas disposições inovadoras, nessa linha, são dignas de nota: a previsão de participação dos trabalhadores nos lucros das empresas (art. 157, IV), a instituição do repouso semanal remunerado (art. 157, VI), o reconhecimento do direito de greve (art. 158), a ampliação do direito à educação (art. 168), a aposentadoria facultativa do servidor com 35 anos de serviço (art. 191, § 1º) e a inserção formal da Justiça do Trabalho no poder Judiciário (arts. 122/3).¹⁷

A Constituição de 1946, entusiasmando os defensores do Estado Democrático Social de Direito, acabou confinada a um difícil papel histórico, o de ficar situada entre duas Cartas ditatoriais: a de 1937 e a de 1967.

¹⁶ ROSA, Elaine M. Meira. *Constitucionalismo social no Mercosul*, p. 143.

¹⁷ Cf. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. *História constitucional do Brasil*, p. 413.

A Constituição de 1967, caudatária do golpe militar de 1964, embora haja algum questionamento acerca do tema, afigura-se com um exemplo típico de Constituição outorgada, apesar de contemplada pelo beneplácito formal do poder Legislativo.

É que o Ato Institucional nº 4 convocou o Congresso Nacional “para se reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967”, para “discussão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República”.

Ao prazo exíguo, outro fator importante na caracterização da outorga foi acrescentado:

“Art. 8º. No dia 24 de janeiro de 1967, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal promulgarão a Constituição segundo a redação final da Comissão, seja o do projeto com emendas aprovadas, ou seja o que tenha sido aprovado de acordo com o art. 4º, se nenhuma emenda tiver merecido aprovação, ou se a votação não tiver sido encerrada até o dia 21 de janeiro”.

Em outras palavras, o Ato Institucional deixava claro o caráter do procedimento de elaboração do texto constitucional. O Congresso tinha 41 dias para aprovar o projeto. Caso não fizesse neste curto período, haveria uma outorga formal pelo presidente da República.

Não se pode falar, portanto, em caráter “semi-autoritário” da Carta de 1967,¹⁸ mas em um procedimento inelutavelmente autoritário de outorga da Constituição.¹⁹

Este caráter autoritário da Constituição de 1967 prenuncia, de certo modo, o tratamento que os direitos fundamentais passaram a receber na ordem jurídica nacional.

O rol de direitos individuais (art. 150) e o de direitos sociais (art. 158) não foram estruturalmente modificados, muito embora, no mais das vezes, houvesse alusão à necessidade de lei para sua implementação, o que prenunciava uma evidente dicotomia entre a ordem normativa e a realidade.

Exemplificando a situação exposta, tome-se o art. 159 da Carta de 1967:

¹⁸ Cf. *Idem*, p. 441.

¹⁹ Cf., dentre outros, SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 43.

“É livre a associação profissional ou sindical; a sua constituição, a representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas de poder público serão reguladas por lei”.

Tal Constituição, pode-se dizer, foi a de vida mais exígua, uma vez que pouco mais de dois anos de sua vigência foi aprovada a Emenda Constitucional 1, que funcionou, *mutatis mutandi*, como um substitutivo da Constituição então em vigor.

Na órbita dos direitos sociais, não houve alteração estrutural dos dispositivos anteriormente vigentes, com a mesma nota de que muitos deles tinham sua eficácia condicionada a uma futura eventual legislação integradora.

2. CONCEITO

A delimitação conceitual dos direitos sociais não é uma tarefa simples, tampouco que comporte reducionismos, como o de traduzi-los singelamente como direitos prestacionais.

Note-se que, ao se falar em direitos sociais, aborda-se necessariamente uma pletera de direitos, cujas composturas jurídicas, não obstante marcadas por uma identidade de objetivos, não se apresentam com a mesma natureza.

Os direitos sociais, com efeito, envolvem uma ampla seara de direitos, como, por exemplo, os de proteção do trabalho, o direito de saúde e o direito de educação. Naqueles florescem disposições como as que limitam a jornada de trabalho, impõem pisos salariais e asseguram participação nos lucros da empresa, mas também outras que indicam a existência do direito de greve e do direito de sindicalização, além de outras formas organizatórias mais específicas.

É visível certa assincronia entre os direitos citados. O direito à saúde e o direito à educação, de fato, exigem do Estado uma atividade prestacional, que deve ser materializada em serviços públicos. Já quando falamos em pisos salariais ou em limitação da jornada de trabalho, cogitamos do Estado em uma atividade normativa e reguladora, é dizer, de intervenção no domínio de relações privadas, normatizando e regulando tais relações. Diferente ainda quando se pensa no direito de greve ou no de associação sindical. Neles, não se exige do Estado qualquer prestação, tampouco se reclama de uma intervenção normativa reguladora, mas, em harmonia com os chamados direitos

fundamentais de primeira geração, o que se espera é uma abstenção. Cria-se uma esfera de liberdade, para cuja ocorrência se reivindica o afastamento do Estado.

É verdade que tais direitos são individuais, embora de exercício coletivo, porém, predispostos a claros objetivos reivindicatórios de outros direitos sociais: aumento salarial, diminuição de jornada, preservação do emprego etc.

O que se aponta, em suma, é que, de um lado, existem traços comuns, que permitem a conceituação de tais direitos, de outro, existem diferenças que exigem um certo grau de complexidade deste conceito.

Gerardo Pisarello, discorrendo sobre o tema, também aponta esse conteúdo polifacético dos direitos sociais:

“Cualquier definición de derechos sociales depende del elemento que se tome como caracterizante. Por ejemplo, existen ciertos derechos sociales, como el derecho de huelga o la libertad sindical, que presentan una configuración propia de los derechos de libertad, a pesar de haber sido positivados como derechos sociales. Su satisfacción se obtiene antes por una abstención que por una intervención de los poderes públicos y privados, y en realidad podrían considerarse como derechos de libertad de ejercicio colectivo.

*En el caso de los derechos sociales, su relevancia jurídica y su complejidad estructural aparecen con mayor claridad si se los considera como derechos a prestaciones de bienes o servicios, principalmente frente al Estado, tendentes a satisfacer las necesidades básicas que permitan a los individuos desarrollar sus propios planes de vida. Esta dimensión prestacional resalta el carácter económico de los derechos sociales, cuya satisfacción exige una transferencia de recursos de los sectores más ricos a los más pobres y, por lo tanto, genera fuertes reticencias en aquellos cuando se pretende garantizarlos jurídicamente”.*²⁰

A complexidade inerente ao conceito que se intenta formular deve ser desvanecida por uma abordagem inicial dos vários aspectos comuns às diversas faces ou elementos que devem ser integrados ao dito esforço conceitual.

²⁰ PISARELLO, Gerardo. Boletín mexicano de derecho comparado. *Biblioteca jurídica virtual*.

Analisemos, então, quais são as características comuns das diversas faces conceituais apontadas.

Em primeiro lugar, devemos fixar que os direitos sociais se integram aos chamados direitos fundamentais. Afigura-se estreme de dúvidas que o objetivo de promover a adequada qualidade de vida a todos, colocando o ser humano “a salvo” da necessidade, promove uma “fundamentalização” dos direitos sociais, uma vez que não se pode pensar em exercício de liberdades, de preservação da dignidade humana, enfim, de direitos intrínsecos ao ser humano, sem que um “mínimo vital” esteja garantido caudatariamente à própria vida em sociedade.

A extensão desta “jusfundamentalização” é, não obstante, controversa, porém quer nos parecer que o propósito claro de tais direitos de preservar a dignidade humana faz com que necessariamente estejam integrados ao espectro conceitual dos direitos fundamentais.

Robert Alexy, comentando decisões da Corte alemã, aponta:

*“Si si toman ambas decisiones conjuntamente, no pude Haber ninguna duda de que el Tribunal Constitucional Federal parte de un derecho fundamental a un mínimo vital. En este sentido coincide con la jurisprudencia permanente del Tribunal Administrativo Federal y con la opinión dominante en la literatura. Por ello, pude decirse que existe, por lo menos, un derecho social tácito, es decir, basado en una norma adscripta interpretativamente a las disposiciones de derechos fundamentales”.*²¹

Como se vê, embora haja um campo de indeterminação, que pode sofrer variações segundo, inclusive, a opção ideológica de cada Estado, parece remansosa a ideia de que os direitos sociais, ainda que resumidos ao chamado mínimo vital, estão inscritos, mesmo que tacitamente, no rol dos direitos fundamentais dos países ditos democráticos de direito.

Não se afirma, a toda evidência, que os direitos sociais só seriam alçados à categoria de fundamentais quando circunscritos a tal mínimo vital. O que se afirma é que, independentemente do ordenamento jurídico, patrocinando este a ideia de estado

²¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 422-443.

democrático de direito, há de se considerar como certamente existente, ainda que de maneira implícita, o direito a um mínimo vital.

Muito embora seja clara a noção de interdependência entre os vários direitos fundamentais, é importante ressaltar que a própria ideia de direitos inerentes à condição humana gera a conclusão de que esta deve receber um mínimo de proteção material, sob pena de se desestruturar toda a lógica de formação desta categoria jurídica.

Com efeito, não é possível vislumbrar um ordenamento jurídico, afinado ao sentido humanístico incorporado pelos tratados e convenções internacionais, que não respeite minimamente o direito de organização dos trabalhadores, não imponha conteúdos mínimos nas relações de trabalho (jornada máxima, piso salarial etc.) e que não preveja a educação básica e a assistência à saúde como direitos inalienáveis.

Mais do que isso, pensando na natureza de ser do Estado, infere-se que a preservação da dignidade das pessoas que o integram constitui-se, rigorosamente, em um princípio que lhe é congênito e, nesta perspectiva, a proteção da vida, em sentido negativo (impedindo a cominação de pena de morte, por ex.) e positivo (assegurando um mínimo de assistência material), torna-se um ponto de legitimação de toda a ordem jurídica.

Efetivamente, conquanto admissíveis variações de conteúdo e extensão em relação a cada ordenamento jurídico, cuida-se de conclusão forçosa a indicação de que, afirmada a existência de direitos fundamentais, certamente os direitos sociais, ainda que só implicitamente e, deste modo, em um patamar mínimo, a eles necessariamente estariam integrados.

Mesmo porque, dentro da já aludida unidade e indivisibilidade dos direitos fundamentais, o conteúdo mínimo de tais direitos praticamente se funde com os direitos de liberdade.

É incogitável a existência de liberdade de associação sem que tal implique o direito de organização por meio de sindicatos.

Alguns direitos trabalhistas, como os que limitam a jornada e os que garantem um piso salarial podem, por vezes, substanciar o traço diferencial entre uma relação de emprego e a submissão a uma condição análoga à de escravo.

Não é possível falar-se em direito à vida sem que haja assistência à saúde que permita, ao menos, sua preservação diante de um estado de doença.

Daí o entendimento de que, ao menos no que pertine ao chamado piso vital, os direitos sociais teriam a caracterização de direitos fundamentais análogos aos direitos de liberdade.²²

Um segundo ponto comum, que ressalta, ainda uma vez, a natureza responsiva dos direitos fundamentais, diz respeito ao fato de os direitos sociais carregarem como pressuposto a existência de um contingente de pessoas que não contam com os recursos mínimos para sua subsistência digna, bem como supõem a existência de relações econômicas que, pautadas pela desigualdade de suas partes, frequentemente conduzem à submissão de uns a outros.

Neste contexto, os direitos sociais surgem como uma aspiração ética que parte da premissa de que todos que participam da vida em sociedade devem ter direito a uma parcela dos frutos por ela produzidos.

Calha transcrever, neste momento, a seguinte observação de Miguel F. Canessa Montejo: “*En segundo lugar, se presupone que existen individuos o grupos que no cuentan con los recursos materiales para satisfacer sus necesidades básicas, por lo que se convierte en un imperativo ético lograr dicha satisfacción; esto es lo que otorga fundamento a este tipo de derechos*”.²³

Um terceiro ponto parece permear todos os direitos sociais, qual seja, o de ter o Estado como referência, quer em uma perspectiva normativa e reguladora, quer em uma perspectiva estritamente prestacional.

Mazziotti aponta a existência dos direitos sociais em dois distintos planos: o subjetivo e o objetivo. O primeiro consistiria na prerrogativa de todo e qualquer cidadão aos benefícios da vida associada, da qual nasceria, por reflexo, direitos específicos a determinadas prestações estatais. O segundo consubstanciaría o conjunto de normas através das quais o Estado leva a efeito sua função moderadora e equilibradora das relações sociais.²⁴

Canotilho e Vital Moreira, discorrendo sobre a Constituição de Portugal, apresentam os direitos econômicos, sociais e culturais com a seguinte roupagem:

²² A propósito: QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não-reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, p. 98; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 486.

²³ MONTEJO, Miguel F. Canessa. *Los derechos sociales en el marco de los derechos humanos. Red de información jurídica*.

²⁴ Cf. Verbete “Diritti Sociali”, publicado na *Enciclopedia del diritto*, v. XII.

“Os direitos e deveres econômicos (arts. 58 a 62) têm a ver com o estatuto econômico das pessoas, seja na qualidade genérica de titulares de um direito a trabalhar, seja no papel de trabalhadores, de consumidores, empresários ou de proprietários (provavelmente não é por acaso que este capítulo se inicia com o direito ao trabalho e acaba pelo direito à propriedade privada).

Os direitos e deveres sociais (arts. 63 a 72) abarcam dois grupos distintos: (a) os direitos relativos às condições de vida fundamentais (segurança social, saúde, habitação); (b) os direitos de certas categorias sociais ou de certas instituições mais carecidas de proteção específica (família, pais e mães, crianças, jovens, deficientes, idosos).

Por último, os direitos e deveres culturais (arts. 73 a 79) dividem-se igualmente em dois grupos: (a) os que respeitam a certos bens culturais fundamentais (ensino e cultura, fruição e criação cultural, desporto); (b) os que se referem a certas instituições directamente interessadas na satisfação desses direitos (escolas, universidades)”.²⁵

Andreas J. Krell, em uma abordagem mais sintética, conceitua direitos sociais da seguinte maneira:

“São os Direitos Fundamentais do homem-social dentro de um modelo de Estado que tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos direitos coletivos antes que aos individuais. O Estado, mediante leis parlamentares, atos administrativos e a criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas ‘políticas públicas’ (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos”.²⁶

Contemplando a gênese dos direitos sociais, podemos perceber que um esforço conceitual deve envolver necessariamente alguns elementos já destrinchados na presente exposição, a saber:

a) Direito subjetivo. Os direitos sociais devem ser identificados a partir de uma dimensão subjetiva, como direitos a prestações públicas, que, materializadas por

²⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, p. 114.

²⁶ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, pp. 19-20.

meio de serviços e ações do Poder Público, permitam que o indivíduo partilhe dos benefícios da vida em sociedade. Neste caso, pressupõe-se a existência de segmentos da sociedade demandatários de prestações estatais para a satisfação de necessidades materiais básicas. Cogita-se aqui de prestações públicas como as que devem ocorrer em matéria de educação e saúde.

b) Atividade normativo-reguladora do Estado. Os direitos sociais devem ser enfocados a partir da premissa de que as relações sociais, se engendradas naturalmente, sem a intervenção do Estado, acabam por espelhar a correlação de forças no aparelhamento do fenômeno produtivo. Desse modo, as relações jurídicas estabelecidas se ressentem de uma atividade moduladora do Estado, que, verificando a existência de uma desigualdade ingênita em tais relações, deve, sobretudo por meio de leis, definir padrões de comportamento que coíbam o abuso do poder econômico. É o que ocorre nas relações de trabalho ou nas relações de consumo. Note-se que se não houvesse normas jurídicas limitando a jornada, estabelecendo direito ao repouso ou definindo piso de salário, existiriam situações – aliás, historicamente constatadas – de submissão absoluta do trabalhador.

c) Instrumentos assecuratórios. Os direitos sociais devem englobar mecanismos que permitam aos próprios indivíduos a proteção dos interesses envolvidos. A antiga dicotomia entre direitos e garantias fundamentais tem aplicação específica em relação aos direitos sociais. Com efeito, de um lado existem normas que, quer estabelecendo prestações públicas, quer normatizando relações econômicas, declaram direitos. Ao mesmo tempo, existem disposições predispostas a fornecer garantias, vale dizer, instrumentos assecuratórios desses direitos. Podemos dizer que existem instrumentos genéricos também aplicáveis na órbita dos direitos sociais, como o acesso à jurisdição, como também instrumentos específicos, como a greve, a organização dos trabalhadores em sindicatos, o dissídio coletivo e as convenções coletivas de trabalho.

Em lumina abordagem do tema, Celso Antônio Bandeira de Mello alude que:

“Nelas está plasmada a concepção de que não basta assegurar os chamados direitos individuais para alcançar-se a proteção do indivíduo. Impende considerá-lo para além de sua dimensão unitária, defendendo-o também em sua dimensão comunitária, social, sem o que lhe faltará o necessário resguardo. Isto é, cumpre ampará-lo contra as distorções geradas pelo

desequilíbrio econômico da própria sociedade, pois estas igualmente geram sujeições, opressões e esmagamento do indivíduo. Não são apenas os eventuais descomedimentos do Estado que abatem, aniquilam ou oprimem os homens. Tais ofensas resultam, outrossim, da ação dos próprios membros do corpo social, pois podem prevalecer-se e prevalecem de suas condições socioeconômicas poderosas em detrimento dos economicamente frágeis”.²⁷

Fincados nestes pressupostos, podemos conceituar direitos sociais como o subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social economicamente vulnerável, busca, quer por meio da atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das relações econômicas, ou ainda pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos, atribuir a todos os benefícios da vida em sociedade.

3. DIREITOS SOCIAIS E O CHAMADO MÍNIMO VITAL

A teoria dos direitos fundamentais sociais, atualmente, hospeda uma crescente discussão em torno do que se convencionou chamar de mínimo vital (piso vital, limiar mínimo etc.), assim entendido como o dever do Estado, caudatariamente ao princípio da dignidade humana, garantir a todos um standard social mínimo incondicional.

Pensando-se no ser humano como único ser dotado de um valor absoluto, não-relativo, a teoria do mínimo vital impõe a preservação material do ser humano, assegurando-lhe condições mínimas para a preservação da vida e para a integração na sociedade, como uma questão prejudicial às políticas públicas a serem desenvolvidas pela governança estatal.

Veicula, a bem do rigor, uma espécie de comando implícito, determinando que outras ações só sejam realizadas uma vez satisfeitas as necessidades básicas de todas as pessoas que estejam integradas no elemento subjetivo daquele determinado Estado.

Nesse sentido, vale transcrever o seguinte excerto da lição de Perez Luño:

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de direito público*, nº 57/58.

*“Los derechos sociales surgieron en el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho, que, en palabras de Hermann Séller, supuso ‘la extensión del Estado de Derecho a la esfera del trabajo y de los bienes. En el Estado social de Derecho los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para subvenir sus necesidades vitales, es decir, vela por lo que la doctrina germana ha calificado de ‘procura existencial’”.*²⁸⁻²⁹

A ideia do mínimo vital aponta que a opção de forma de organização socioeconômica pode variar, mas, qualquer que seja a opção esposada, deve ela estar comprometida, em primeiro lugar, com a preservação da dignidade material de todas as pessoas.

A Constituição brasileira hospedou claramente essa perspectiva de um standard social mínimo incondicional, revelando tal opção em várias passagens de seu texto.

Citemos, a título de exemplo, algumas das disposições constitucionais claramente orientadas nessa direção: primeiro, a indicação da cidadania como fundamento do Estado (art. 1º, III); segundo, a previsão da erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades sociais como objetivo do Estado (art. 3º, III); terceiro, a identificação de que nossa ordem econômica, calcada na propriedade privada e na livre iniciativa, deve ter por objetivo propiciar dignidade a todos, segundo os ditames da justiça social.

Diante de normas como estas, ou se nega juridicidade a dispositivos constantes de nossa Lei Maior ou se admite que o Estado brasileiro, não importa o momento e qual a orientação do governo, está orientado à realização do mínimo vital para todos os seus cidadãos.

Evidente que o constituinte, ao que parece se servindo da história de incúria com a questão social que sempre afligiu a nossa forma de organização, não se limitou a tais previsões, veiculando outras com contornos mais claros e com estrutura semântica denotativa da atribuição de direitos imediatamente fruíveis.

²⁸ LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*, p. 193.

²⁹ A propósito da doutrina e jurisprudência alemã acerca do princípio do Estado Social de Direito, conferir HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*, p. 237 e ss.

Tais previsões, no entanto, longe de infirmar, só reforçam o propósito do constituinte de consolidar no Brasil essa noção de um mínimo vital, em matéria de direitos sociais.

Areli Sandoval Teran, versando o tema do chamado conteúdo mínimo e do piso vital, assim se manifesta:

“Desde los años ochenta se desarrollaron dos enfoques distintos pero complementarios que ayudan a la mejor comprensión de los des: el enfoque del contenido mínimo central o esencial (minimum core content) y el enfoque del umbral mínimo (minimum threshold). Ambos enfoques apuntan hacia la determinación del significado y nivel mínimo de cada derecho humano consagrado en el PIDESC; el primero lo hace desde una perspectiva teórica, mientras que el segundo parte de una perspectiva práctica y un método cuantitativo”.³⁰

O chamado conteúdo mínimo aponta que cada direito tem um núcleo mínimo irremissível, associado à sua própria razão de ser. Evoca, assim, uma abstração que enuncia a essência do direito cogitado, que não pode ser objeto de supressão ante qualquer panorama histórico ou ante quaisquer eventuais limites. Já o chamado mínimo vital opera com vetores quantitativos, ou seja, aponta quais as necessidades mínimas que um ser humano, só por sê-lo e exatamente para preservá-lo em sua dignidade, deve observar.

A propósito, Ramón Pena Casas indica, como alguns dos principais obstáculos à implementação do mínimo vital, os seguintes pontos:

- *Specification of Right and Adequacy of Legal and Other Provision*
- *Lack of explicitness in the specification of the right or entitlement*
- *Rights limited to particular sectors of the population*
- *Gaps in the social safety net*
- *Lack of specification of a basic threshold or minimum standard*
- *Exclusive conditions of access or entitlement”*.³¹⁻³²

³⁰ TERAN, Areli Sandoval. *Los derechos económicos, sociales e culturales*, p. 17.

³¹ CASAS, Ramón Pena. *Setting minimum social standards across Europe*.

³² Note-se que Luiz Afonso Heck (em *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*, p. 237), concitando uma compreensão da jurisdição constitucional da Alemanha, aponta que “se as observações críticas da juíza constitucional Rupp V. Brünneck indicam para a existência de um Princípio do Estado Social que subsiste, em grande parte na sombra, e revelam uma certa timidez do Tribunal Constitucional Federal em fazê-lo frutificar em sua jurisprudência, o Tribunal Constitucional Federal, contudo, sempre acentuou que a realização e o aperfeiçoamento do Princípio do Estado Social cabem ao legislador. Ocorre que o Princípio do Estado Social da Lei Fundamental não contém

Logo, a opção por uma Constituição com regras mais claras e específicas acerca do tema envolve, certamente, uma preocupação com a efetivação dos direitos sociais, ainda que em patamares mínimos.

Há de se ponderar que uma Constituição principiológica apresenta como virtude uma maior permeabilidade à realidade emergente, mas, sem dúvida, lhe subtrai uma maior eficácia na garantia de direitos sociais que, à míngua de maior especificação, certamente flutuarão ao sabor dos governantes e das conjunturas políticas de momento, sem abrir oportunidade para uma atividade reivindicatória mais consistente e fundamentada.

Nessa trilha, partindo-se do pressuposto de que cada Constituição trabalha com realidades socioeconômicas distintas, não raro radicalmente diferentes, é razoável que se entenda que cada país tenha um caminho diferente a trilhar nesta matéria. Em outras palavras, a noção de bem-estar social certamente estará influenciada pelo contexto político, social, cultural e econômico de cada Estado.

Assim, muito embora se possa pensar em um piso vital internacional, ainda assim, cada país, segundo suas características e opções políticas, pode inscrever em sua Constituição um piso próprio, entendendo que, naquele contexto, a cidadania pressupõe mais direitos do que os apontados internacionalmente.

Entendemos, deste modo, que a idéia de um mínimo existencial vem se consolidando não só nos ordenamentos estatais, mas também numa perspectiva internacional.

Nesse sentido, quer nos parecer que, face a algumas situações específicas, como a dos países africanos, há uma tendência de alojar o tema dos direitos sociais em uma escala de solidariedade internacional, compondo um arcabouço de apoio dos quais os países necessitados possam se valer para a obtenção de assistência externa em matéria de direitos sociais, sob acompanhamento dos organismos internacionais de proteção dos direitos da pessoa humana.

Pensando-se na questão da SIDA – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, nos países africanos, haveria a necessidade de a ideia de mínimo existencial ser ventilada para determinar ações substantivas de proteção da população vulnerável, como a

regularmente, em conseqüência da amplitude e indeterminação, instruções de ação imediatas, que poderiam, pelos tribunais, sem base legal, serem convertidas em simples direito. Nisso, é menos acessível à determinação judicial do conteúdo do que os direitos fundamentais”.

flexibilização de procedimentos, os contemplados no *Trade Related Aspects Of Intellectual Property Rights* (Trips) em relação às patentes de medicamentos.

4. DIREITOS SOCIAIS E POSITIVAÇÃO CONSTITUCIONAL

Um ponto fundamental a ser abordado na análise do tema diz respeito às formas, estratégias ou técnicas de positivação constitucional dos direitos sociais.

Envolvendo obrigações ao Estado, direitos do cidadão e, ao mesmo tempo, disciplina da relação entre particulares, a problemática das formas de positivação dos direitos sociais, a nosso juízo, assume peculiar importância, visto que, em verdade, enunciam a estratégia de proteção que o constituinte encampou à busca da concretização desses direitos.

Não se pode descuidar que os direitos fundamentais apresentam uma dimensão objetiva, concorrendo para demarcar o perfil do Estado que os reconhece e protege. Desse modo, a arquitetura dos direitos fundamentais sociais prenuncia o tipo de Estado e de estrutura socioeconômica que se pretende realizar. São depositários de importante opção ideológica do constituinte, o que realça, evidentemente, a relevância da adequada compreensão das estratégias de proteção utilizadas pela Constituição.

Com efeito, a forma de positivação de um direito fundamental social é essencial na definição de seu conteúdo jurídico, revelando, ademais, a compostura de interação que se pretende entre a norma e a realidade preestabelecida.

É fácil aquilatar a diferença de significado jurídico entre um mero enunciado da erradicação da pobreza como uma das finalidades do Estado e previsões que, ao lado ou independentemente desta, invistam o indivíduo em prerrogativas jusfundamentais que se lhe viabilize prestações concretas em favor de seu bem-estar.

Ademais, o constituinte, ao definir a forma de positivação de um direito fundamental social, como dissemos, lança mão de uma estratégia de proteção do direito, antevendo, não raro, os obstáculos que serão eventualmente opostos à concretização destes, à luz das conjunturas políticas e econômicas supervenientes.

Diante do amplo repertório de situações que, em matéria de proteção social, exigem juridicização, a Constituição pode usar mais de uma forma de positivação, quer para criar regimes jurídicos distintos para direitos voltados à proteção de situações

igualmente distintas, quer para, não raro, sobrepor formas de proteção de uma mesma prerrogativa, exatamente pela sensibilidade do constituinte de que algumas dessas prerrogativas *jusfundamentais* deveriam ser objeto de um reforço defensivo, à vista da importância de sua efetividade para a preservação e desenvolvimento do ser humano.

Já nessa direção, fazemos presente a premissa de incorreção da conclusão genérica de que as normas definidoras de direitos sociais sejam sempre catalogáveis no rol das chamadas normas programáticas.

Assim, só se conhece o conteúdo e o alcance de uma disposição constitucional depois de sua adequada interpretação. Portanto, é perfeitamente cogitável que uma Constituição não faça uso exclusivamente de normas programáticas para a veiculação de direitos sociais, mas lance mão também de outras formas de positivação, em que se estabeleçam novas formas de vinculação tanto do Poder Público como dos particulares envolvidos.

Só a análise do direito positivo é que vai permitir uma conclusão adequada a respeito da forma ou técnica de positivação utilizada pela Constituição em relação a cada direito fundamental social, mesmo porque, como já afirmado, frequentemente a Constituição positiva um mesmo direito por mais de uma forma, criando caminhos distintos para a sua realização.

Desse modo, se existe um direito que a Constituição deseja garantir sua efetividade, sua concreta aplicação social, da maneira mais ampla possível, é compreensível que o constituinte o formule por mais de um caminho, plasmando, portanto, estratégias diferentes, mas que sejam conducentes de um mesmo objetivo.

As normas programáticas, nas palavras de Regina Maria Macedo Nery Ferrari, “ora determinam um princípio, ora uma tarefa, ora um fim ou objetivo a atingir, cuja realização depende da liberdade de escolha dos meios convenientes e razoavelmente adequados”.

José Afonso da Silva define normas programáticas como “aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos para

seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando a realização dos fins sociais do Estado”.³³

Em lapidar definição, Vezio Crisafulli entende como “programáticas as normas constitucionais mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e atribuído a seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que se lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade”.³⁴

Muito embora se reconheça que esta possivelmente seja uma das formas mais presentes de positivação de direitos fundamentais sociais, fato é que o constituinte, ao menos em relação à parte dos direitos sociais que consagrou, não quis se quedar limitado à demarcação de princípios a serem ulteriormente realizados.

Com efeito, não obstante certa confusão doutrinária estabelecendo quase que uma relação de sinonímia entre normas programáticas e as definidoras de direitos sociais, a leitura do texto constitucional permite evidenciar uma, *data-venia*, clara distinção entre elas, revelando que, na verdade, as normas programáticas se constituem em uma das formas de positivação de direitos sociais, mas não a única.

A confusão tem, de certo modo, sua razão de ser, já que, conforme a lição dos precitados *experts*, normas programáticas são as que definem diretrizes e programas ao Estado. Por razões de conformação histórica, os direitos sociais, diferentemente dos direitos de liberdade, não grassaram o mesmo consenso em termos de reconhecimento jurídico e vinculação dos entes estatais, antes, foram contestados e objeto de uma forte resistência, até hoje, em parte verificada, quanto a sua aplicação.

Assim, boa parte das constituições modernas optou por conformá-los como parte do ideário estatal, fixando programas de realização paulatina e à mercê da vontade política e administrativa da governança de cada Estado.

A insuficiência dessas previsões e a conclusão incontornável de que, ao menos em alguns aspectos essenciais, os direitos sociais não poderiam vicejar das variações das disputas políticas de momento fizeram com que se projetassem novas formas de contemplá-los. Como anunciado, alguns países em que esta é a única forma de positivação, como a Alemanha, optaram por desenvolver noções como a de limiar mínimo

³³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p.138.

³⁴ CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, p. 104.

em matéria social; outros países, como o Brasil, sem prejuízo de formulações como esta, optaram por plasmar disposições autoaplicáveis, investindo os cidadãos em direitos subjetivos, frente ao Estado, ao lado de outros mecanismos de previsão e proteção desses direitos.

Pensando na importância ou mesmo na imanência de alguns desses direitos à dignidade humana, a Constituição brasileira lançou mão de mais de uma estratégia de positivação que, isolada ou conjuntamente, guardam o objetivo de conformar o conteúdo e a eficácia dos direitos fundamentais sociais.

De feito, se, de um lado, consagra programas ou tarefas, de outro, preconiza direitos imediatamente realizáveis e exigíveis, quando não fez uso, em relação a um mesmo direito, de mais de uma estratégia de proteção.

A pretexto de reforço de raciocínio, tomemos brevemente, ao menos por ora, o exemplo do direito à educação básica. A preocupação com a efetividade do direito foi tão grande pelo constituinte que o mesmo foi positivado por meio de três diferentes estratégias: 1) consolidou-se a educação como um dever do Estado, revelando-se, portanto, uma tarefa ou programa cometido ao Poder Público; 2) clausulou-se a educação como um direito de todos, cuidadosamente minudenciado no art. 208 de nossa Carta, sobrescrevendo-a, assim, como um direito público subjetivo do cidadão; 3) criou-se, finalmente, uma garantia institucional pela vinculação de verbas orçamentárias a despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212).

Emerge cristalina, aliás, insofismável a existência de mais de uma estratégia de positivação dos direitos fundamentais sociais, o que pode ser depurado por meio de uma singela análise gramatical dos diversos dispositivos que abrigam direitos fundamentais sociais.

O acerto dessa linha de raciocínio pode ser apurado pela leitura, por exemplo, do art. 212 da Constituição, que, por si, submete todos os entes da federação à aplicação de percentuais mínimos da receita resultante de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Não se trata de um princípio programático, mas de uma regra de aplicação direta e imediata, vinculando, desde seu nascedouro, a execução orçamentária dos respectivos entes federativos.

Nessa linha, calha transcrever o seguinte excerto da obra de José Carlos Vasconcellos dos Reis:

“Essas características em comum são, certamente, os fatores que contribuem para uma intensa confusão doutrinária entre as normas programáticas e as normas definidoras de direitos sociais, especialmente aquelas que carecem de integração infraconstitucional. Na verdade, a parte social da Constituição é a mais embebida de aspectos programáticos, sendo justamente aquela em que mais agudamente se sentem as dificuldades e dúvidas de interpretação. Entretanto, os efeitos jurídicos oriundos de umas e outras são diversos, o que torna imperioso que se faça uma clara distinção entre elas e que se explicitem corretamente as características das normas programáticas, no intuito de identificá-las com relativa segurança”.³⁵

Perfilhando esse entendimento, forçosa a preliminar conclusão de que só se conhece a extensão e o alcance de uma norma consagradora de um direito fundamental social ao entender qual a estratégia, técnica ou forma pelo qual foi positivado.

Não é ocioso lembrar que nenhuma das normas jurídicas, sobretudo as de maior hierarquia, consente exegese isolada, distante das relações de interação com as demais normas do sistema.

Assim, é evidente que, apesar de positivados de formas diferentes, os direitos sociais advêm de uma mesma origem e compartilham de um mesmo objetivo, de tal modo que cada uma das normas deve sempre ser interpretada à luz dos objetivos maiores do subsistema do qual fazem parte.

Entretanto, parece claro que a Constituição, de um lado, inscreve fins que enxerga mais distantes, e de outro, delimita a existência de direitos cujo reconhecimento e, nessa medida, exigência e aplicabilidade, não possa ser postergado, pena de violação do princípio da dignidade humana e da própria razão de ser da vida em sociedade.

Em relação aos fins maiores do Estado, vale dizer, aos princípios que devam presidir a conduta estatal na persecução de um bem-estar social cada vez mais evoluído, por certo, estarão empalmados por normas programáticas, predispostas a direcionar a realização de políticas públicas e a atividade legiferante nesta matéria.

³⁵ VASCONCELLOS DOS REIS, José Carlos. *As normas constitucionais e o controle do Estado*, p. 45.

Todavia, pensando o constituinte em direitos mais prementes, que implicam aspectos como a preservação da vida e a integração mínima ao convívio social, dentre outros, não há como, em nenhuma ordem que se pretenda minimamente justa, pensar-se em realização protraída, à mercê da vontade política dos governantes do momento e das opções orçamentárias que estes venham a realizar.

Neste caso, parte-se do pressuposto de que a negação de um direito desta natureza, que priva o indivíduo de necessidades as mais primárias, traduzir-se-ia em uma violação tão atroz aos direitos humanos que a própria Constituição se dá pressa em vazá-los sob a forma de normas atributivas de direitos subjetivos, autoaplicáveis e autonomamente desfrutáveis por todos e por cada um, independentemente e sem prejuízo da realização de políticas públicas por parte dos entes aos quais o correlato dever de prestar foi atribuído. O objetivo do constituinte foi claro, qual seja, o de retirar a implementação de tais prerrogativas do torvelinho dos litígios partidários, dos programas ideológicos e da disputa de interesses, comuns ao desempenho da atividade político-administrativa.

Por outro lado, existem comandos destinados à vinculação imediata de relações econômicas entre particulares, amainando, pela cogência de regras de proteção do trabalho, uma situação de notória discrepância de forças no jogo do relacionamento econômico que travam.

Tentar submeter todo esse arcabouço normativo ao parâmetro das normas programáticas é, com efeito, subverter os mais simples princípios de direito, desconhecendo a estrutura das normas que reconhecem tais direitos e, quando não, pretender negar juridicidade e, portanto, exigibilidade e aplicabilidade às normas que consagram os direitos fundamentais sociais.

Figure-se, a título de ilustração, que uma determinada Constituição tenha como meta a diminuição de desigualdades regionais em um país. Certamente, haverá de materializar tal intenção por meio de uma norma programática, apontando que a conduta estatal deve estar orientada a tal finalidade.

Caso, contudo, se entendesse, em relação a outro tema, como, por exemplo, a assistência à saúde, que tal direito devesse ser inscrito imediatamente na órbita do patrimônio jurídico de todos os cidadãos, fá-lo-ia por meio de uma norma constitucional atributiva de um direito subjetivo.

Como bem apontado por Robert Alexy, “*la protección más fuerte la otorgan normas vinculantes que garantizan derechos subjetivos definitivos a prestaciones; la más débil, las normas no vinculantes que fundamentan un mero deber objetivo prima facie del Estado a otorgar prestaciones*”.³⁶

Segue-se que, a depender da espécie e da intensidade de proteção que se pretenda estabelecer, a Constituição lança mão de uma diferente estratégia, ou forma de positivação de direitos fundamentais sociais, podendo inclusive positivizar o mesmo direito por mais de uma forma, como mecanismo de reforço de sua proteção.

Note-se que a classificação dos direitos fundamentais sociais com base na forma de positivação tem por escopo categorizar as diferentes estratégias de proteção utilizadas pela Constituição para proteção dos mesmos, não se confundindo, deste modo, com outras classificações como as que tomam como critério a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, quer genericamente consideradas, quer as atinentes especificamente aos direitos sociais.

Eficácia, nas palavras de Maria Helena Diniz, é a “qualidade da norma vigente (sentido estrito) de ter a possibilidade de produzir, concretamente, seus efeitos jurídicos, não só em suas relações inter-normativas, como também relativamente à realidade social, aos valores positivos e ao seu elaborador e destinatários”.³⁷

Falar-se em eficácia, portanto, consiste em se perquirir a força ou a aptidão da norma para produzir os efeitos para os quais nasceu predisposta. Eficaz é a norma cuja postura lhe permita irradiar as consequências deônticas para as quais foi concebida.

Vem a bom termo, neste ponto, a lição de Luís Roberto Barroso:

“A eficácia dos atos jurídicos consiste na sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das consequências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos típicos (...)”.³⁸

Assim, a abordagem que se tem em mente diz com a designação de uma tipologia que não venha a refletir propriamente a eficácia e aplicabilidade das normas

³⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos constitucionales*, p. 484.

³⁷ DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*, p. 34.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 81.

constitucionais, como aquela brilhantemente formulada por José Afonso da Silva,³⁹ nem tampouco pela classificação, irreparável, engendrada, com magnificência, por Celso Antônio Bandeira de Mello, cujo critério “é o da investidura, em favor dos administrados, de direitos mais ou menos amplos descendentes diretamente do Texto Constitucional”,⁴⁰ concernente, especificamente, às normas constitucionais atinentes a direitos sociais.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello formula uma sistematização tripartida das normas constitucionais sobre justiça social, que, em apertada síntese, pode ser assim apresentada:

- Normas que “compõe em sua dicção a outorga de um ‘poder jurídico’, isto é, de uma situação subjetiva ativa cujo desfrute independe de uma prestação alheia, vale dizer, cuja satisfação não se resolve no cumprimento de uma obrigação a ser solvida por outrem”. A norma que consagra o direito de greve seria das que se agregam a esta categoria. Averba o citado autor que este tipo de norma admite duas espécies: aquelas que encerram poderes insuscetíveis de restrição e as que enfeixam poderes restringíveis por lei ordinária;

- Normas que “compõe, em sua dicção, o necessário e suficiente para gerar, em prol do administrado, uma concreta utilidade, suscetível de fruição mediante desfrute positivo e que consiste em um direito propriamente dito, isto é, bem jurídico cuja fruição depende de uma prestação alheia”. Agrega o citado autor que este tipo de norma também apresenta subdivisão em duas espécies: “a) normas que delimitam, com exatidão o conteúdo do direito, porque a dicção constitucional se vale de expressões inelásticas, isto é, de significado preciso; b) normas que delimitam aproximativamente o conteúdo do direito, porque a dicção constitucional se vale de expressões elásticas, de significado algo fluído, altanto impreciso”. Neste último caso, cita o autor, a pretexto de exemplo, as normas que protegem contra o trabalho insalubre e noturno, anotando nestas expressões a existência da citada imprecisão.

- Normas que expressam “em sua dicção apenas uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público, sem entretanto apontar os meios a serem

³⁹ Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*.

⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de direito público*, nº 57/58.

adotados para atingi-la, isto é, sem indicar as condutas específicas que satisfariam o bem jurídico consagrado na regra”.⁴¹

Como se vê, a classificação formulada toma como critério a imediata geração de efeitos para os administrados, servindo, pois, como um dos vetores para a tipologia que ora se pretende estruturar, a qual, no entanto, palmilha caminho diverso, pretendendo construção tipológica que decalque as estratégias de proteção constitucional dos direitos sociais, não a partir de uma graduação eficaz, e sim de conteúdos deontológicos que, quer direcionados ao Estado, quer direcionados aos particulares, dispõem diferentes maneiras de, no plano normativo, buscar a realização de justiça social.

Em rigor, a classificação que ora se pretende realizar situa-se em um momento anterior ao da análise da eficácia da norma, na medida em que atina com os meios preexistentes para que, ao sabor do constituinte, os direitos sociais sejam positivados.

Evidentemente, uma Constituição pode optar por um único caminho, como acontece com a Lei Fundamental da Alemanha, que se limita a uma única previsão programática,⁴² constante de seu art. 20, alínea “1”, que prescreve: “[a] República Federal da Alemanha é um Estado Federal, democrático e social”.⁴³ Deste dispositivo é que se extrai o chamado princípio do Estado Social, com base no qual foi formatada a noção do chamado mínimo existencial. Outras constituições, no entanto, podem valer-se de todos os meios existentes, o que, com efeito, se constata na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Cristina Queiroz, aludindo a esta doutrina tradicional, averba que os direitos fundamentais sociais costumam vir:

“(…) caracterizados segundo diferentes ‘estratégias’, ‘métodos’ ou ‘técnicas’ de positivação:

- como tarefas legislativas (*Gesetzgebungsaufträge*),
- como determinação dos fins do Estado (*Staatszielbestimmungen*),
- como tarefas constitucionais (*Verfassungsaufträge*),
- como princípios diretivos (*Leitprinzipien*),

⁴¹ *Idem*, pp. 242-244.

⁴² Apesar de, em praticamente todas as constituições dos Estados-membros (*länder*), existir a previsão de direitos sociais. Cf. KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*.

⁴³ HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*, p. 168.

- como mandatos de otimização (*Optimierungsgebote*)⁴⁴

As técnicas ou formas de positivação acima apresentadas constituem-se, em rigor, em desdobramento das chamadas normas programáticas, que, a cada momento, podem se apresentar sob uma das formas elencadas.

É notória, nessa linha, a insuficiência de tais conceitos, que, de um lado, buscam a caracterização dos direitos sociais como uma questão de caráter exclusivamente político administrativo e, de outro, acabam por retirar de tais normas um mínimo de eficácia, projetando, deste modo, até a falta de validade jurídica de suas disposições, que estariam adornadas de um caráter moral, mas destituídas de exigibilidade.

Mantidos tais pressupostos, os direitos fundamentais sociais seriam, nas palavras de Schmitt, verdadeiros “aleluias jurídicos”, como se as normas de maior hierarquia de nosso sistema, alojadas em uma categoria constitucional especialmente protegida (direitos fundamentais) pudessem ser concebidas como desprovidas de sanção, de exigibilidade e de obrigatoriedade.

Tal raciocínio, se extremado, acaba por transportar para os domínios do direito público a ideia de “faculdade”, burlando uma noção essencial do Estado de Direito, que se traduz na submissão do administrador à lei.

Ora, se as deliberações constituintes, independentemente dos conteúdos que hospedem e das formas de positivação que assumam, estivessem sempre fadadas a um “juízo” valorativo do administrador, certamente, ao menos nesta província, estaria capitulada uma autêntica exceção à premissa de que a ação do Estado deva estar sempre jungida ao cumprimento da lei.

Nesse caminho, entendemos que as normas consagradoras de direitos sociais devam, em primeiro lugar, receber salvaguarda quanto a seu caráter estritamente jurídico, o que as faz dotadas de sanção e exigibilidade. Em segundo lugar, devemos interpretá-las à luz da forma como foram positivadas, pois daí é que se pode extrair o propósito da Constituição, inclusive quanto à sua eficácia e aplicabilidade. Em terceiro lugar, os direitos sociais, porquanto sancionáveis, obrigatórios e exigíveis, são, cada qual a seu modo, dotados de justiciabilidade, pena de subversão do princípio esculpido pelo art. 5º, XXXV, de nossa Lei Maior.

⁴⁴ QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não-reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, p. 18.

Joaquim José Gomes Canotilho, versando o tema, enxerga as seguintes possibilidades de positivação ou conformação dos direitos sociais:

- “1) positivação dos direitos económicos, sociais e culturais sob a forma de normas programáticas definidoras de tarefas e fins do Estado (*Staatszielbestimmungen*) de conteúdo eminentemente social;
- 2) positivação dos direitos económicos, sociais e culturais na qualidade de normas de organização atributivas de competência para a emanação de medidas relevantes nos planos económico, social e cultural;
- 3) positivação dos ‘direitos sociais’ através da consagração constitucional de garantias institucionais (*Institutionnelle Garantien*), obrigando o legislador a proteger a essência de certas instituições (família, administração local, saúde pública) e a adotar medidas estritamente conexas com o ‘valor social eminente’ dessas instituições;
- 4) positivação dos direitos sociais como *direitos subjetivos públicos*, isto é, inerentes ao espaço existencial dos cidadãos”.⁴⁵

Numa análise crítica da classificação acima oferecida, entendemos que, ao pensar nas formas pelas quais os direitos sociais possam ser plasmados a uma Constituição, alguns pontos merecem maior reflexão, nada obstante a lisura científica da explanação apresentada.

É inegável, grassando verdadeiro consenso, que os direitos sociais, por vezes, venham vazados por meio das chamadas normas programáticas, em que se definem princípios, diretrizes e tarefas ao Poder Público.

Todavia, aponta o autor, há possibilidade de positivação de direitos sociais por meio de “normas de organização atributivas de competência para a emanação de medidas relevantes nos planos económico, social e cultural”.

Quer nos parecer que a forma supra indicada de positivação não mereça ser isolada em uma das categorias de positivação, já que, a nosso juízo, podem ou ser incluídas no espectro das chamadas normas programáticas ou na categoria das garantias institucionais.

Ao se definir a atribuição de uma competência para a emanação de medidas, o que se estabelece, em última análise, é a fixação de tarefas ao Poder Público. Ainda que

⁴⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Tomemos a sério os direitos sociais, económicos e culturais. *Estudos sobre direitos fundamentais*, pp. 37-38.

se vislumbre que a norma constitucional determine a criação de um órgão ou sistema, estes estariam incumbidos de determinados fins, vale dizer, da realização de determinados programas, consubstanciados nas medidas a serem emanadas pelo exercício das competências atribuídas.

Os pressupostos de tais normas consagradoras de direitos sociais e das programáticas são os mesmos: a definição de tarefas ou programas, sem que os meios sejam claramente identificados.

De fato, ao se determinar, por exemplo, a criação de um órgão com determinada competência para a adoção de medidas no plano social, o que se pretende é a realização de um determinado programa, investindo o Estado de uma obrigação, de um fim a ser atingido.

Considere-se a questão da preservação ao meio ambiente. Vislumbre-se, agora, a existência de uma norma constitucional que determine a criação de um sistema, envolvendo órgãos públicos, do qual deva emanar medidas de preservação ambiental. Afigura-se-nos que, em tal circunstância, definir ao Estado, genericamente, uma tarefa ou atribuir essa mesma tarefa a um organismo ou sistema de organização, por meio da especificação de competências administrativas para a realização desta tarefa, tem praticamente o mesmo significado.

Por outro lado, também poderia se vislumbrar que a criação de um sistema, com a definição de competências para emanção de medidas, poderia consubstanciar uma garantia institucional, o que, ainda uma vez, parece subtrair significado de tal apontada categoria.

Quanto às garantias institucionais, merece transcrição o sempre preciso magistério de Jorge Miranda:

“Para saber então se determinada norma se reporta a um direito ou a uma garantia institucional, haverá que indagar se ela estabelece uma faculdade de agir ou de exigir em favor de pessoas e grupos, se coloca na respectiva esfera jurídica uma situação ativa que uma pessoa ou um grupo possa exercer por si e invocar diretamente perante outras entidades – hipótese em que haverá um direito fundamental; ou se, pelo contrário, se confina a um sentido organizatório objetivo, independentemente de uma atribuição ou

de uma atividade pessoal – caso em que haverá apenas uma garantia institucional”.⁴⁶

As garantias institucionais atinam, em verdade, com a criação de uma ordem protetiva de valores, que, de algum modo, tenham sido prestigiados pela Constituição.

Identificados tais valores, que, de sua vez, estão incorporados por instituições jurídicas, são traçados mecanismos que irão garantir sua existência e, nessa medida, são chamados de garantias institucionais.

As garantias institucionais não visam substituir nenhum dos direitos fundamentais, ao contrário, buscam com eles se articular ao redor da proteção de valores humanísticos plasmados à Constituição e, exatamente nesta perspectiva, como bem aponta a já transcrita classificação de Gomes Canotilho, podem ser evocadas como uma das formas, ou técnicas, de positivação de direitos fundamentais sociais, como, aliás, podemos constatar na própria Constituição brasileira, o que se procurará demonstrar linhas à frente.

Ao se falar em garantias institucionais, uma advertência deve ser, desde logo, lançada. A depender da concepção de garantias institucionais pode-se chegar à conclusão de que se trata de um instrumento teórico de vocação conservadora, na medida em que funcionaria como uma espécie de garantia para instituições preexistentes à própria Constituição, o que poderia, em última análise, concorrer até para um juízo de supressão de liberdades individuais.

Na espécie, quer nos parecer, que não seja esse o sentido exato do termo. As garantias institucionais devem ser pensadas como o complexo de normas predestinados a fazer com que uma instituição pública ou privada (família, educação, saúde pública...) seja protegida, constituindo-se, por isso mesmo, em um mecanismo de busca à máxima efetividade dos direitos fundamentais envolvidos com tais instituições.

Note-se que, nesse sentido, as garantias institucionais devem ser enfocadas fundamentalmente como um meio de preservação de valores e direitos. Assim, ao falarmos de direitos sociais, por evidente, podemos pensar em mecanismos criados pelo constituinte para preservação das instituições inerentes aos mesmos.

⁴⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, t. IV, pp. 69-70.

Neste caso, cuidando-se basicamente de um meio, é de se concluir que o fim maior de uma garantia institucional é a preservação do ser humano, raiz de qualquer instituição social.

A título de exemplo, figure-se a relação estabelecida entre o princípio da separação dos poderes e os direitos de liberdade: de um lado, a Constituição prescreve direitos subjetivos de liberdade, de outro, procura garanti-los, enquanto instituição (democracia etc.), por meio da separação dos poderes.⁴⁷ Enfocando-as como um meio, funcionam como forma de otimização dos direitos fundamentais, despidas de qualquer conotação conservadora, supostamente pautada pela sublimação de instituições em detrimento dos direitos fundamentais.

Considerando especificamente os direitos sociais, tome-se como objeto de estudo a educação. De um lado, a Constituição a identifica como um direito público subjetivo, prescrevendo que todos os indivíduos têm o direito à educação, o que, como se verá adiante, pode ser sindicado judicialmente. De outro, garante a instituição educação, dentre outras maneiras, determinando a vinculação de percentual da receita orçamentária no desenvolvimento e manutenção do ensino.

Por isso partilhamos do entendimento de que as garantias institucionais também se consubstanciam em uma forma de positivação dos direitos sociais.

A propósito do tema, importante o seguinte asserto da lição de Miguel Satrustegui:

*“Todas esas facultades están destinadas a asegurar determinadas características básicas del sistema educativo, que son indispensables para que las enseñanzas cumplan su función. En esa medida, dichas características delimitan el contenido esencial del derecho a la educación, entendido en este caso, no en su aspecto subjetivo de derecho de prestación, sino en su aspecto objetivo, de garantía institucional”.*⁴⁸

Ainda no que tange à classificação oferecida pelo ilustre jurista português, também parece clara a possibilidade de se positivar direitos sociais por meio da atribuição de direitos subjetivos.

⁴⁷ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. A garantia institucional dos direitos humanos. *Enciclopédia digital de direitos humanos*.

⁴⁸ SATRUSTEGUI, Miguel. *Derecho constitucional*, v. I, p. 346.

É perfeitamente possível a uma Constituição inscrever, desde logo, no âmbito das prerrogativas subjetivas do indivíduo, certos direitos sociais, solidificando, na verdade, um patamar civilizatório, qualificado pela conclusão de que alguns direitos materiais, necessários à preservação da vida e ao desenvolvimento da personalidade, integram-se congenitamente à noção de ser humano e, deste modo, inscrevem-se como direitos públicos subjetivos, o que os predica com a possibilidade de reivindicação judicial.

É bem verdade que de uma norma programática também surgem direitos subjetivos, correlacionados, porém, à perspectiva de implementação dos supostos programas que nelas se contêm.

Aqui, todavia, ao aludirmos a direito público subjetivo, cogitamos de direitos autonomamente fruíveis por cada indivíduo, independentemente de opções políticas ou administrativas do Estado, forjando, inclusive, a possibilidade de sua reivindicação individual por cada prejudicado.

O raciocínio se revela de tal modo pertinente que países cujas constituições não consagrem direitos sociais com tal caracterização buscam formas de assim caracterizá-los. É o que acontece na Alemanha com a noção do chamado mínimo existencial, tido como caudatário do princípio do Estado Social.

Assim, analisando o conteúdo e a natureza de algumas das normas consagradoras de direitos fundamentais sociais, conclui-se que seu anelo é o de claramente investir seus destinatários de uma prerrogativa pública subjetiva, fazendo-o, não raro, de uma forma tão clara a não permitir ao intérprete se afastar de tal conclusão.

Nesse sentido, calha sublinhar que, aplainando dúvidas, a própria Constituição Federal, em seu art. 208, § 1º, se deu pressa em delimitar que o “acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”.

Tal enunciado, sobre expressar a existência do direito público subjetivo nele mencionado, reforça que, ao longo do texto constitucional, outros enunciados podem partilhar da mesma forma de positivação, o que, com efeito, também se verifica, ao menos, no que se refere ao direito à saúde.

Forçosa, pois, a conclusão de que a definição de direitos públicos subjetivos se configura como uma das formas, ou técnicas, de positivação de direitos fundamentais sociais.

Outro aspecto muito marcante em termos de positivação dos chamados direitos sociais, econômicos e culturais, aqui designados genericamente como direitos fundamentais sociais, é a interveniência ordenadora no domínio de algumas relações privadas.

É do conhecimento geral que algumas das relações privadas são marcadas por uma profunda desigualdade entre as partes que as compõem.

Convém sublinhar, nesse sentido, que a própria história dos direitos sociais tem seu termo inicial na necessidade de ordenação das relações de trabalho.

Como ressaltado, o capitalismo, nos seus primórdios, veio assentado fundamentalmente em duas instituições jurídicas: a propriedade privada e a autonomia da vontade, vale dizer, a liberdade para contratar, ressaltando-se que, uma vez aperfeiçoada a relação contratual, o pacto celebrado vinculava as partes contratantes, sendo conhecida a asserção do Código Civil francês de 1804, o chamado Código de Napoleão, segundo a qual “o contrato faz lei entre as partes”.

Nessa perspectiva, é facilmente dedutível que a desigualdade intrínseca a algumas relações econômicas, aliada aos precitados institutos jurídicos, acabava por gerar distorções de tal ordem graves que lancinavam a própria noção de liberdade, tão enfaticamente defendida na época, pelo evoluir das monarquias absolutas como forma de governo para os Estados republicanos, ou monárquicos limitados, de regra, parlamentaristas.

Basta vislumbrar, como exemplo, as relações de trabalho, cujas partes que a integram desfrutam de uma situação absolutamente desigual. De um lado, o empregador, que usufrui de uma inegável situação de prepotência econômica, e, de outro, o empregado, claramente fragilizado pela necessidade de prover à própria subsistência e a de seus familiares.

A relação, engendrada sem uma interveniência protetiva do Estado, acabava por submeter os empregados ao jugo do empregador, gerando cargas de trabalho intoleráveis e remuneração muito aquém da necessária para a franquia das necessidades mínimas do obreiro e de seus familiares.

Elianne M. Meira Rosa, versando o tema, aponta:

“Muito pouco serviam ao homem comum garantias jurídicas conquistadas através dos séculos nas lutas contra o absolutismo, quando agora se via

despido diante das vicissitudes implacáveis do poder econômico, sofrendo as conseqüências do rompimento de seus vínculos pessoais. O trabalhador encontrava-se esmagado pela própria liberdade, que, na verdade, apenas o expunha diante da certeza de que sozinho não resistiria”.⁴⁹

Assim, nos idos de 1830, passaram a surgir, primeiramente na França, teses de que a desigualdade econômica existente entre os homens deveria render ensejo a leis protetivas, predispostas à consolidação da ideia de igualdade jurídica entre os seres humanos.

Ao invés de se deixar as relações contratuais ao sabor das definições daqueles que detinham uma situação de verdadeira prepotência econômica, o Estado, sobretudo pela consolidação e aplicação de leis protetivas, deveria intervir nessas relações privadas, garantindo um mínimo de igualdade, quer dizer, o Estado, por meio de uma postura pró-ativa deveria assegurar a dignidade humana nas relações de trabalho.

Convém transcrever, neste ponto, a preleção de Lygia Batista de Godoy Cavalcanti:

“As teses sobre a desigualdade fática dos homens que surgiram entre 1830 e 1848 consideravam que para manter o equilíbrio da igualdade jurídica o Estado deveria promulgar leis mais protetoras. Logo, as doutrinas sociais, encabeçadas pelo marxismo, em favor das lutas de classe contra o sistema social engendrado pela aceleração da industrialização, mantiveram sua marca acentuada nesses movimentos políticos. O conflito capital-trabalho é, portanto, o fundamento histórico do Direito do Trabalho, sua razão de ser como disciplina independente”.⁵⁰

As normas protetivas do trabalho, incluídas as que atribuem direitos e as que criam mecanismos assecuratórios (direito de greve, sindicalização etc.), em rigor, não constituem propriamente prestações estatais, tais como as clausuladas em programas e tarefas, em direitos subjetivos frente ao Estado ou em garantias institucionais, tampouco podem ser definidas como direitos de liberdade, pois não frutificam de uma ordem econômica conformada pela realidade posta, mas se trata, em última análise, de um

⁴⁹ ROSA, Elianne M. Meira. *Constitucionalismo social no Mercosul*, p. 2.

⁵⁰ CAVALCANTI, Lygia Maria de Godoy Batista. A dignidade da pessoa humana como norma principiológica de aplicação do direito do trabalho. *Direitos humanos: essência do direito do trabalho*, pp. 144-145.

sistema de relações jurídicas criado pelo Estado para a ordenação de relações privadas, de tal modo que reste assegurado à parte mais fraca direitos mínimos que devem ser obrigatoriamente cumpridos por aquele que seja economicamente mais forte.⁵¹

O Estado, neste caso, cumpre função ordenadora, de intervenção em relações jurídicas travadas entre particulares, que, deste modo, deixam de se balizar pelo que exsurge espontaneamente dessas relações econômicas e passam a ficar balizadas por cláusulas impostas pelo Poder Público, como condição de manejo de uma ideia de igualdade jurídica.

Com tal estratégia de positivação, o Estado visa consagrar direitos sociais pela ordenação de relações privadas com o objetivo de compensar relações fáticas caracterizadas pela desigualdade.

Note-se que, muitas vezes, a obrigação atribuída ao particular faz com que se consolide a noção de que o poder econômico tenha que compartilhar com o Estado os mesmos deveres sociais. Confira-se, a propósito, o art. 7º, XXV, da Constituição, que inclui nos contratos de trabalho, a obrigação do empregador fornecer “assistência gratuita aos filhos e dependentes dos zero aos cinco anos de idade em creches e pré-escolas”, direito este assegurado a todos, na rede pública, como parte do direito à educação, por força do que dispõe o art. 208, IV, também de nossa Lei Maior.

Na hipótese declinada, a consagração do direito social não se fez pela definição de um direito subjetivo frente ao Estado, mas pela criação de um sistema jurídico de ordenação das relações entre particulares, em que a vontade constitucional, ou legal, se faz inserir no conteúdo da relação jurídica a ser travada entre as partes da relação jurídico-privada, como aquelas estabelecidas entre o empregado e o empregador.

Neste ponto, o interesse da norma é, sem dúvida, proteger o indivíduo das vicissitudes econômicas do sistema, fazendo-o, no entanto, por via diversa, qual seja, a intervenção no domínio das relações privadas para assegurar que, nelas, exista um mínimo de comutatividade, pensando-se o ser humano não só como uma das partes do contrato, nem tampouco como um mero agente econômico, mas como um cidadão, que,

⁵¹ Em posição semelhante, conferir a exposição de Cristina Queiroz (*O princípio da não-reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, pp. 101-102) sobre o papel do Estado ao ordenar a propriedade privada.

integrando-se à vida associada, tem direito à partilha dos bens por ela produzidos, que devem ser garantidos também por relações econômicas mais equilibradas e justas.

Note-se que tal intervenção não se dá exclusivamente em matéria atinente a relações de trabalho, mas em relações econômicas de maneira geral, como, por exemplo, as relações de consumo.

A definição de cláusulas abusivas pelo art. 51 do Código de Defesa do Consumidor impede que contratos como os de previdência privada, ou de assistência à saúde, consagrem fórmulas que implicariam uma possível falta de assistência futura do consumidor. Assim, o que se vê, ainda uma vez, é a intervenção do Estado em relações particulares para a salvaguarda de direitos atinentes à dignidade humana de pessoas que estejam em situação de vulnerabilidade econômica e social.

Vislumbra-se, aqui, a nosso juízo, mais uma estratégia de consagração de direitos sociais.

Finalmente, entendemos que uma técnica de positivação possa ser indicada por meio de normas que ora deliberamos por denominar – por uma seleção subjetiva – de projectivas.

Contemplando o texto constitucional, tanto o brasileiro como boa parte dos estrangeiros, podemos verificar que foram consagrados alguns pilares fundamentais do modelo econômico existente no respectivo país.

Nesse sentido, uma breve leitura da Constituição de 1988 já nos furta de qualquer dúvida nessa direção: o art. 170, *caput*, qualifica a livre-iniciativa como fundamento de nossa ordem econômica e aponta a propriedade privada como um de seus princípios estruturantes.

Em relação à propriedade privada, bem como em relação a institutos que são dela caudatários, como a livre-iniciativa, é de se ver que sua conformação constitucional, exibindo-lhe todas as características de seu perfil jurídico, não frutífera de uma singela disposição constitucional, mas advém de diversos dispositivos que, compondo-lhe a substância, indicam o dever de observância de sua função social, a busca da justiça social e o objetivo de propiciar dignidade a todos, dentre outras disposições, que lhe substanciam em conteúdo e lhe orientam o sentido.

Bem a propósito, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“À vista dos dispositivos citados, é claro a todas as luzes que a Constituição brasileira apresenta-se como uma estampada antítese do neoliberalismo, pois não entrega a satisfatória organização da vida econômica e social a uma suposta (e nunca demonstrada) eficiência do mercado. Pelo contrário, declara que o Estado brasileiro tem compromissos formalmente explicitados com os valores que nela se enunciam, obrigando a que a ordem econômica e a social sejam articuladas de maneira a realizar os objetivos apontados”.⁵²

Em outras palavras, o direito de propriedade tem, por assim dizer, sua moldura definida não pelos dispositivos constitucionais que hospedam a previsão expressa de sua existência, mas pela confluência de um conjunto de disposições constituídas, em nível constitucional, com o escopo, direta ou indiretamente, de lhe compor o conteúdo.

A propósito, pertinentes as palavras de Themistocles B. Cavalcanti: “Que a ordem econômica seja organizada conforme os princípios da justiça social, nada mais justo e adequado, porque subordina todo o sistema econômico, ao interesse coletivo, ao reconhecimento de direitos inerentes à personalidade humana, e que pressupõem a coexistência de condições, morais e materiais, dignas do homem”.⁵³

Considere-se, pois, a livre-iniciativa enquanto instituto jurídico. Foi objeto de previsão expressa no art. 170, *caput*, da Constituição Federal, porém, a definição de sua arquitetura jurídica reclama a incidência de diversos outros dispositivos constitucionais, tais como os que preveem a propriedade privada, a função social da propriedade, a propriedade intelectual, as normas de proteção do trabalho, o livre exercício profissional e a liberdade contratual.

Registre-se que a incidência conjunta de tais disposições na exteriorização do perfil jurídico do direito à livre-iniciativa não desqualifica o “momento anterior”, o que indica que cada um desses institutos permanece com um significado próprio, um conteúdo mínimo que vale por si, mas que na relação de coordenação com outras normas concorre para ditar, enfatize-se, o perfil jurídico do direito analisado.

Perscrutando tais institutos, pode-se verificar que neles existem alguns princípios que foram incorporados ao texto constitucional com o objetivo claro de atribuir

⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 747.

⁵³ CAVALCANTI, Themistocles B. *A Constituição Federal comentada*, v. 3, p. 276.

contornos sociais a institutos jurídicos que servem de fundamento ao modelo econômico vigente.

Atente-se, para argumentar, para a propriedade privada e a livre iniciativa, institutos jurídicos, por assim dizer, imanentes à organização capitalista da economia.

Se a Constituição, de um lado, contemplou-os com disposições expressamente voltadas à sua existência e proteção, de outro lado, incorporou princípios predispostos a configurá-los sob uma roupagem jurídica distinta. Assim, o direito de propriedade, por exemplo, tem o seu perfil ditado, dentre outros, pelo princípio da função social da propriedade.

A livre-iniciativa, compreendida genericamente como a faculdade de destinar bens à realização de uma atividade econômica com a finalidade de lucro, foi acomodada constitucionalmente com o objetivo de propiciar dignidade a todos, conforme os ditames da justiça social.

Em ambos os exemplos, quer parecer que a finalidade do constituinte foi o de incorporar à Constituição princípios e diretrizes para que os institutos jurídicos fundantes de nossa ordem econômica estivessem inelutavelmente subordinados aos objetivos sociais que demarcam toda a sistemática jurídica de construção do Estado brasileiro.

Aparentemente tais diretrizes e princípios não estão predispostos à ordenação da atividade estatal, mas sim à conformação jurídica do mercado, subjugando-o a uma necessária conformação social.

A importância exegética destas que podemos denominar de normas de conformação, ou, como dissemos, projectivas, tem sido tratada por boa parte da doutrina na análise das disposições com as quais estas interagem.

Como dito, a função social da propriedade cristaliza princípio a demarcar o perfil do direito de propriedade no Brasil. Do mesmo modo, o objetivo de propiciar dignidade a todos, conforme os ditames da justiça social, constitui diretriz clara a orientar a livre-iniciativa em nosso sistema jurídico.

Um dos campos de aplicação da livre-iniciativa é a atividade agrícola, que, deste modo, deve se prender à citada diretriz constitucional, o que, por evidente, faz com que a determinação contida no art. 185 da Constituição, que proíbe a desapropriação de propriedades rurais produtivas, deve ter a sua interpretação orientada por tal princípio (função social) e por tal diretriz (propiciar dignidade a todos), de tal modo que só se pode

conceber a expressão propriedade produtiva ali contida como propriedade sócio-produtiva, pois a orientação de que a iniciativa privada deve ter por objetivo propiciar dignidade a todos vale, por evidente, a qualquer modalidade e campo de exercício da livre-iniciativa.

Destarte, vislumbrando a existência de uma propriedade rural que, não obstante explorada adequadamente, promova a redução de seus trabalhadores à condição análoga à de escravo – como tristemente, por vezes, constatamos ocorrer no Brasil –, temos hipótese perfeita para a aplicação da chamada desapropriação-sanção, regulada pelo art. 184 de nossa Constituição.

Assim, a delimitação dos fins da propriedade e da atividade econômica privada consubstancia, sem dúvida alguma, forma de positivação de direitos sociais, forjando, nesta seara, categoria própria, com notória utilidade conceitual e hermenêutica.

Em arremate, podemos concluir que a Constituição de 1988 lançou mão das seguintes formas, técnicas ou estratégias de positivação de direitos sociais:

- Positivação por meio de normas consagradoras de finalidades a serem cumpridas pelo Poder Público, que, deste modo, se limitam a apontar diretrizes, tarefas ou finalidades a serem atingidas por este.
- Positivação por meio da atribuição de direitos subjetivos públicos, que embora criem um correlato dever de prestar para o Estado, são de fruição autônoma e imediata por qualquer indivíduo.
- Positivação por meio de garantias institucionais, predispostas, portanto, a preservar instituições sociais consagradas pela Constituição.
- Positivação por meio de cláusulas limitativas do poder econômico, predispostas fundamentalmente à busca do equilíbrio em relações socioeconômicas, marcadas, em termos fenomênicos, por uma desigualdade muito profunda. Tais normas visam, em suma, a criação de um sistema jurídico de ordenação das relações entre particulares, em que a vontade constitucional, ou legal, se faz inserir no conteúdo da relação jurídica a ser travada entre as partes da relação jurídico privada, como aquelas estabelecidas entre o empregado e o empregador.
- Positivação por meio das denominadas normas projectivas, vale dizer, normas de conformação social dos institutos jurídicos fundantes da ordem econômica capitalista.

Nessa linha de orientação, é imperioso sublinhar que a forma de positivação eleita influenciará diretamente o regime jurídico inerente ao direito social positivado, refletindo, em última análise, a opção do constituinte quanto ao nível de proteção, aos objetivos e aos meios de intervenção na realidade que se busca em cada direito social envolvido, permitindo, deste modo, verificar qual o regime jurídico de cada direito social positivado segundo a forma adotada pela respectiva Constituição.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. por Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1996.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

CAVALCANTI, Lygia Maria de Godoy Batista. A dignidade da pessoa humana como norma principiológica de aplicação do direito do trabalho. *Direitos humanos: essência do direito do trabalho*. Alessandro da Silva, Jorge Luiz Souto Maior, Kenarik Boujkian Felipe e Marcelo Semer (coords.). São Paulo: LTr, 2007.

CAVALCANTI, Themístocles B. *A Constituição Federal comentada*. São Paulo: José Konfirno Editor, 1949. Volume 3.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CASAS, Ramón Pena. *Setting minimum social standards across Europe*. Disponível em <<http://www.eapn.ie/pdfs/155>>. Acesso em 12.06.2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. A garantia institucional dos direitos humanos. *Enciclopédia digital de direitos humanos*. Disponível em

<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato_garantias.html>.

Acesso em 22.08.2007.

CURY, Carlos Roberto Jamil. *A educação na Constituição de Weimar*.

Disponível em <<http://www.educacaoonline.pro.br>>. Acesso em 07.11.2006.

CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milão: Giuffrè, 1952.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

DORNELLES, João Ricardo W. *O que são direitos humanos?* Brasília: Brasiliense, 1989.

FARIA, José Eduardo. *Os novos desafios da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madri: Tecnos, 2004.

MAZZIOTTI, Manilo. Diritti sociali. *Enciclopédia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1958. Volume XII.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de direito público*, nº 57/58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

_____. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. Tomo IV.

MONTEJO, Miguel F. Canessa. Los derechos sociales en el marco de los derechos humanos. *Red de información jurídica*. Disponível em <<http://www.cajpe.org.pe/guia/canes>>. Acesso em 22.11.2006.

MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Centelho, 1994.

PEREIRA PINTO, Airton. *Direito do trabalho, direitos humanos sociais e a Constituição Federal*. São Paulo: LTr, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

PISARELLO, Gerardo. Boletín mexicano de derecho comparado. *Biblioteca jurídica virtual*. Disponível em . Acesso em 28.02.2008.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não-reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra, 2006.

ROSA, Elianne M. Meira. *Constitucionalismo social no Mercosul*. São Paulo: Themis, 2002.

SATRUSTEGUI, Miguel. *Derecho constitucional*. Valência: Tirant lo Blanc, 1994. Volume I.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1988.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998

TERAN, Areli Sandoval. *Los derechos económicos, sociales e culturales*. Mexico: Asociación Latinoamericana de Organizaciones de Promoción, 2001.

VASCONCELLOS DOS REIS, José Carlos. *As normas constitucionais e o controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.