

### OS DIREITOS SOCIAIS A PRESTAÇÕES EM TEMPOS DE CRISE

Ingo Wolfgang Sarlet\*

Os assim chamados direitos sociais, econômicos e culturais (doravante referidos apenas como direitos sociais), com os direitos civis e políticos (aqui utilizamos a terminologia adotada pelos dois Pactos Internacionais de 1966, igualmente incorporada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Unoesc), pelo menos em se considerando o direito internacional dos direitos humanos e o número de Estados que ratificaram os dois (já referidos) mais abrangentes pactos na matéria, no âmbito do sistema da ONU, pertencem – pelo menos de acordo com esse critério – ao que se poderia designar de um patrimônio jurídico comum da humanidade, pois mesmo no plano supranacional, o arcabouço de textos jurídicos, no sentido de um direito internacional positivo, que reconhece e protege direitos sociais, foi objeto de significativa ampliação, especialmente se formos agregar as convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e os diversos tratados em nível regional, como é o caso, em caráter ilustrativo, do Protocolo de São Salvador, que acrescentou os direitos sociais ao Sistema Interamericano, bem como, no plano europeu, a Carta Social Europeia, e, mais recentemente, a previsão de alguns direitos sociais na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), dotada de caráter vinculante com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa (2009).

Por mais importante que seja (e cada vez mais), a perspectiva do direito internacional dos direitos humanos é, na esfera do direito interno, contudo, com destaque para o direito constitucional, que melhor se pode aferir o quanto e em que medida os direitos sociais – ainda mais quando em causa a sua condição de direitos fundamentais – correspondem a uma gramática universal e comum à maioria dos países. O que se percebe, nesse contexto, é que seguem existindo diversos modelos, que vão da total ausência de direitos sociais a modelos que poderiam ser chamados de fortes – pelo menos a depender do ponto de vista – em matéria do reconhecimento e proteção de tais direitos.

Com efeito, ao passo que nos Estados Unidos da América (o que também, embora a ausência de uma constituição escrita no sentido moderno e convencional do termo, aplica-se ao caso da Inglaterra e de alguns Estados que seguiram esse modelo) a constitucionalização de normas de justiça social (mesmo na condição de normas definidoras de fins estatais) e de direitos sociais não logrou sucesso nem na esfera político-legislativa e nem por meio da jurisprudência da Suprema Corte, apesar de algumas importantes vozes e tentativas nesse sentido – recorde-se aqui a tentativa de Franklin D. Roosevelt (1944) de fazer aprovar uma segunda declaração de direitos, no caso, dedicada aos direitos sociais (SUNSTEIN, 2004) – a proteção social (saúde, direitos do trabalhador,

---

\* Pós-doutor e Doutor (Munique, Alemanha); Professor titular e Coordenador do Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; representante brasileiro (correspondente científico) no Instituto Max-Planck de Direito Social e Política Social (Munique); Juiz de Direito no Rio Grande do Sul.

educação, etc.) segue ocorrendo por meio da legislação ordinária e políticas públicas, a inserção de normas nas constituições que disponham sobre tarefas a serem cumpridas pelo Estado em matéria de justiça social ou mesmo consagrando direitos sociais, parece constituir a regra geral, mas ainda assim, são significativas as diferenças registradas. Assim, ao passo que na Lei Fundamental da Alemanha (1949), além de alguns direitos econômicos e da proteção da maternidade e da família (assim como o dever de assegurar uma igualdade material entre homens e mulheres e a integração das pessoas com deficiência), não foram contemplados direitos sociais, mas apenas uma cláusula geral de justiça social, de acordo com a qual a Alemanha é um Estado Social e Democrático de Direito, que novamente reclama concretização legislativa, em outros casos, como o exemplo da Espanha, pode-se falar de um modelo híbrido, visto que alguns direitos sociais foram consagrados como direitos fundamentais (v.g., a liberdade sindical e o direito à educação), o constituinte igualmente previu uma cláusula geral para o Estado Social, além de contemplar, no título dos princípios da ordem social, uma série de normas definidoras de fins e tarefas estatais, que, todavia, não ostentam a condição de autênticos direitos fundamentais, sequer podendo ser exigidas como direitos subjetivos por meio do assim chamado de recurso de amparo, que dá acesso ao Tribunal Constitucional, o que não significa que tais normas sejam completamente destituídas de normatividade, já que seguem sendo parâmetro do controle de constitucionalidade. Já no caso de países como a África do Sul, o Brasil, a Colômbia e Portugal, os direitos sociais foram positivados como direitos fundamentais, mas ainda assim existem diferenças significativas a serem consideradas, especialmente quando se trata do regime jurídico constitucional atribuído a tais direitos. Assim, se no caso de Portugal os direitos sociais, econômicos e culturais e os direitos, liberdades e garantias (que correspondem, grosso modo, aos direitos civis e políticos e aos direitos e liberdades dos trabalhadores) a Constituição da República Portuguesa (1976) limitou a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais aos direitos, liberdades e garantias e direitos análogos, além de não – ao menos não expressamente – incluir os direitos sociais no elenco dos limites materiais à revisão constitucional,<sup>1</sup> no Brasil, a Constituição Federal de 1988 incluiu um elenco generoso (na ocasião, possivelmente sem precedentes e paralelos no constitucionalismo contemporâneo) de direitos sociais e direitos dos trabalhadores no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, além de um conjunto de princípios e regras versando sobre matéria econômica, social, ambiental e cultural nos títulos da ordem constitucional econômica e social, o que também ocorreu – em linhas gerais – no caso da Constituição da Colômbia (1991). Destaque-se que tanto no Brasil quanto na Colômbia, doutrina e jurisprudência constitucional, ainda que não de modo uníssono e respeitada uma série de peculiaridades, os direitos sociais a prestações são considerados direitos exigíveis (na

<sup>1</sup> Conforme, por todos, Miranda (1993, p. 275 e ss. e p. 339), muito embora admitindo que os direitos sociais possam ser considerados como limites materiais implícitos à revisão constitucional (MIRANDA, 1993, p. 340-341). Em sentido diverso, contudo, ver Novais (2010), que sustenta a existência de um regime jurídico-constitucional substancialmente unificado dos direitos fundamentais.

condição de direitos subjetivos e mesmo na esfera individual), o que, por sua vez, não corresponde ao modelo sul-africano, no qual, a despeito de uma série de direitos sociais na Constituição e da criação de uma Corte Constitucional, a normatividade dos direitos sociais a prestações (embora reconhecida) é manejada em geral de modo distinto em relação aos direitos civis e políticos,<sup>2</sup> aspectos que serão objeto de maior desenvolvimento mais adiante, pois também dizem respeito às diferentes estratégias de litigância judicial em matéria de direitos sociais.

Que a maior eficácia jurídica e efetividade das normas de justiça social e/ou dos direitos fundamentais sociais (a depender do modelo adotado em cada ordem constitucional) está essencialmente atrelada – além do forte influxo do contexto social, econômico e político – aos mecanismos institucionais e procedimentais criados e desenvolvidos para a sua proteção e promoção, com destaque aqui para o papel do Poder Judiciário, resulta quase que evidente, de modo que, na esteira da proposta de Tushnet (2008), é possível se falar em direitos fortes e cortes fracas ou mesmo variações sobre o tema.

O que se percebe é que tanto o conceito quanto o conteúdo e o regime jurídico dos direitos sociais, embora quanto ao seu reconhecimento no plano textual, ainda mais do ponto de vista internacional, não obedecem a um padrão uniforme. A afirmação de que os direitos sociais pertencem a uma espécie de patrimônio comum universal deve ser conciliada, portanto, tanto com as diferenças em parte já apontadas, quanto com o fato de que os direitos sociais, notadamente na sua dimensão de direitos a prestações, são fortemente impactados pelo grau de desenvolvimento e prosperidade econômica dos Estados individualmente considerados, mas também e cada vez mais na perspectiva transnacional, o que remete, entre outros aspectos, para o fenômeno da globalização e das crises econômicas, o que voltará a ser objeto de atenção.

Além disso, em uma época em que se fala tanto de um constitucionalismo de diferentes níveis, os diversos planos de positivação (das fontes dos direitos sociais enquanto normas jurídicas) e de proteção (nacional, regional e internacional, além da descentralização e diferenças no plano interno de cada Estado) dos direitos sociais colocam desafios à própria coordenação, maiores ou menores, entre as diferentes esferas e órgãos que a representam, o que também assume relevância para os níveis de proteção e promoção dos direitos sociais como direitos exigíveis e efetivos.

Nessa perspectiva, se por um lado o direito internacional dos direitos humanos e a maciça ratificação (ainda que não total) do pacto de direitos sociais, econômicos e culturais, exercem a função de um amálgama jurídico-social, pois formalmente vinculantes da expressiva maioria dos Estados da comunidade internacional, por outro lado, tanto o nem sempre frutífero diálogo entre os organismos supranacionais (entre eles, os Tribunais) e os internos, mas acima de tudo o déficit de implementação dos parâmetros internacionais (com destaque para os parâmetros sociais elaborados e monitorados pela ONU e outros atores do sistema), também a falta de efetividade dos objetivos constitu-

---

<sup>2</sup> Sobre os direitos sociais na África do Sul, ver especialmente Liebenberg (2010).

cionais e direitos sociais remetem para o crucial e dramaticamente atual problema da força do Direito e dos Direitos em face da crise social e econômica, colocam em xeque a autoridade e a eficácia do sistema internacional dos direitos humanos em matéria de direitos sociais.

Que o Estado Social (ou o assim chamado Estado de Bem-Estar Social, de acordo com a conhecida fórmula do Welfare State) – compreendido (para efeitos de um acordo semântico) como um Estado que promove justiça social mediante os procedimentos e limites do Estado Democrático de Direito (portanto, de um Estado Social e Democrático de Direito (ZACHER, 1987)<sup>3</sup>), conseqüentemente também os direitos sociais se encontram fortemente impactados pela crise econômica e, em certo sentido, também se encontram vivenciando uma crise. Que a crise não se revela da mesma forma em todos os ambientes e em todos os tempos é algo que não precisaria ser enfatizado, bastando aqui uma referência ao atual quadro na Europa, como os exemplos da Grécia, Portugal e Espanha, apenas para mencionar os mais agudos e que têm obtido maior divulgação pelos meios de comunicação. Que o Estado Social se encontra gravemente enfermo, contudo, corresponde a uma constatação que já perdeu há muito o sabor de novidade, sendo reiterada como se fosse um mantra já desde meados da década de 1970, mas especialmente a contar da década de 1980. Por outro lado, é preciso reconhecer que as diversas manifestações concretas do Estado Social são bastante distintas entre si, mesmo em se tratando de autênticos Estados Democráticos de Direito, o que pode ser bem ilustrado com o exemplo da positivação, ou não, de direitos sociais, mas em especial em se avaliando o regime jurídico de tais direitos e a sua eficácia social, precisamente a que mais se ressentem em tempos de crise. Além disso – mas em boa parte por isso – há mesmo quem coloque a interrogação de um *Adeus ao Estado Social* (LOUREIRO, 2010), pois a evolução mais recente, em especial a crise de efetividade dos direitos sociais (sejam eles positivados como direitos fundamentais, sejam eles direitos atribuídos pela legislação infraconstitucional que concretiza as tarefas do Estado Social) e o gradativo esvaziamento do papel do Estado (pelo menos na condição de Estado prestacional e interventivo) justificam que tal indagação, sobre a sobrevivência do Estado Social, siga atual e relevante.

Mas a crise do Estado Social, como apontou Santos (1998, p. 17-19), é também e de certa forma a crise da democracia, que, especialmente em virtude do impacto da globalização econômica e do consenso democrático liberal, amigo de um enfraquecimento do Estado e protagonista de uma concepção minimalista de democracia, tem levado a um gradativo esvaziamento da própria democracia em sentido material, com manifesto prejuízo para os direitos fundamentais em geral e os direitos sociais em particular. Tal enfraquecimento do Estado e da democracia reflete-se, entre outros aspectos, notadamente quando relacionado com a crise econômica, na diminuição da capacidade do Estado em assegurar a fruição dos direitos fundamentais, com destaque aqui para os di-

---

<sup>3</sup> Nota de margem n. 96, conceito que evidentemente assume aqui um caráter aproximativo e que recebe sua respectiva formatação de acordo com as peculiaridades de cada ordem jurídico-constitucional que pode ser reconduzida à noção de Estado Social.

reitos sociais, reforçando, além disso, a dominação do poder econômico em detrimento do poder estatal e da ordem jurídica (FARIA, 1996, p. 127 e ss.). Os níveis alarmantes de desemprego, a crescente exclusão social, a dependência – quando e enquanto o Estado e a sociedade tiverem condições de suportar – de um número cada vez maior de pessoas das políticas de assistência social do Estado ou da caridade, com reflexos inclusive na autoestima do indivíduo, fornecem o caldo para o que Santos (1998, p. 23 e ss.) designou como uma espécie de “fascismo societal”, no sentido de um “Apartheid Social”, que, a depender do lugar, do contexto e da sua dimensão, chega a gerar a divisão da cartografia urbana em zonas civilizadas, que ainda vivem sob o signo do contrato social e mantêm os parâmetros e procedimentos do Estado Democrático (e Social) de Direito, e zonas marcadas pela exclusão e pela selvageria, caracterizadas por uma espécie de retorno a um estado da natureza à feição de Hobbes, na qual o próprio Estado, a pretexto de salvaguardar a ordem e os direitos fundamentais, passa a atuar de forma predatória e opressiva, além da subversão gradual da ordem jurídica democrática. No que diz com os direitos sociais a prestações, assume particular relevo a existência – na perspectiva apontada por Santos (1998, p. 24 e ss.) – de um fascismo financeiro, que, mediante a especulação financeira e o domínio dos mercados, opera em um “espaço-tempo virtualmente global e instantâneo”, que, combinado com a lógica de lucro especulativo que o sustenta, confere um imenso poder discricionário ao capital financeiro, praticamente incontrolável, apesar de suficientemente poderoso para abalar a economia real ou a estabilidade política de qualquer país (SANTOS, 1998, p. 24 e ss.).

Nesse mesmo contexto, os segmentos excluídos da população, vítimas das mais diversas formas de violência física, simbólica ou moral, resultantes em boa parte (mas não exclusivamente) da opressão socioeconômica, acabam não aparecendo como portadores de direitos subjetivos públicos, ficando excluídos da titularidade de direitos fundamentais, de modo que a diminuição do papel do Estado (especialmente em razão do seu dever de proteção e promoção dos direitos fundamentais) nem sempre significa mais liberdade e mais democracia, podendo, pelo contrário, contribuir para o déficit de efetividade do Direito e dos direitos (FARIA, 1996, p. 145-146). Em uma outra escala – mas vinculada ao processo referido – a globalização e a escala mundial da crise econômica (hoje cada vez mais também uma crise do capitalismo financeiro e da redução do capitalismo produtivo) – contribuem decisivamente para o enfraquecimento da soberania interna e externa dos Estados, o que, entre outros fatores, tem levado a um condicionamento da política (das decisões políticas) pelos equilíbrios macroeconômicos, que limitam (e mesmo condicionam) as intervenções regulatórias do Estado, indicando que a crise do Estado Social é também uma crise integral do Estado e do seu papel na arquitetura do poder interno e supranacional (FARIA, 1996, p. 142 e ss.). Por outro lado, a crise do Estado é também uma crise da sociedade e da cidadania, aqui compreendida como direito a ter direitos humanos e fundamentais efetivos.

A redução dos níveis de prestação social em tempos de crise, a “flexibilização” e mesmo supressão de direitos e garantias dos trabalhadores, o agravamento do desemprego e, portanto, das condições de acesso à fruição dos demais direitos, desafiam me-

canismos de superação desse quadro e colocam em xeque a capacidade do Direito e das instituições e procedimentos do Estado Democrático de Direito de atenderem de modo adequado às dificuldades e bloquearem o déficit de efetividade dos direitos fundamentais em geral e dos direitos sociais em particular. Um singelo e conhecido exemplo dos problemas que avultam em tempos de aguda crise econômica diz com a distribuição, pelo Estado, de expressivas quantias em recursos públicos para subsidiar corporações financeiras, ou mesmo a concessão de incentivos fiscais a empreendimentos privados, em detrimento da capacidade de prestação estatal na seara da proteção social, ou mesmo – como ocorrido recentemente na Grécia, Espanha e Portugal – o corte até mesmo nos vencimentos de servidores públicos, mantida (eventualmente inclusive aumentada) a carga tributária ou o percentual em termos de contribuições sociais.

Aquilo que se pode designar como uma crise dos direitos fundamentais (mas que também é simultaneamente uma crise dos direitos humanos, compreendidos como aqueles direitos consagrados no âmbito do sistema internacional de direitos humanos), embora seja aparentemente mais aguda na seara dos direitos sociais a prestações, assume, todavia, contornos muito mais amplos, pois afeta os direitos de todas as gerações (ou dimensões), além de não poder ser atribuída exclusivamente ao fenômeno da globalização e mesmo da crise econômica. A amplitude da crise envolve também o impacto da tecnologia sobre uma série de direitos de matriz pessoal e individual, como é o caso da privacidade, da afetação do ambiente (natural e do trabalho), entre muitos outros aspectos que poderiam ser citados nesse contexto. Por outro lado, percebe-se que a crise econômica e a crescente exclusão social guardam relação (ainda que não exclusiva) com o aumento da criminalidade e, por conseguinte, implicam aumento de violação de direitos fundamentais. Assim, além de a crise dos direitos fundamentais não estar restrita aos direitos sociais, também a crise dos direitos sociais atua como fator de impulso e agravamento da crise dos demais direitos.

A referência a uma crise dos direitos fundamentais, com destaque aqui para os direitos sociais, assumiria uma feição reducionista se fosse limitada a uma crise de efetividade, em outras palavras, ao fenômeno da ineficácia social do programa jurídico-político dos direitos sociais enquanto direitos humanos e fundamentais ou, quando não houver direitos sociais assegurados na Constituição, das normas definidoras de fins e tarefas estatais na esfera socioeconômica e da própria legislação social. Assim, é possível, salvo melhor juízo, a exemplo do que já o fizemos em texto anterior, falar de uma crise de identidade dos direitos sociais (e dos direitos fundamentais) e mesmo de uma crise de reconhecimento e/ou confiança (SARLET, 1999). Com efeito, sob uma determinada perspectiva, a falta de efetividade dos direitos conduz a uma crescente desvalorização de sua força normativa e à falta de confiança no discurso dos direitos fundamentais, mas também é perceptível uma espécie de polarização entre o segmento populacional que ainda exerce plenamente sua cidadania e goza de direitos efetivos, e aqueles que praticamente estão alijados do acesso à fruição dos direitos que em tese (e cada vez mais em tese) assumem a condição de direitos de titularidade universal. Apenas a título ilus-

trativo, vale mencionar que a crescente criminalidade – ao menos é o que se percebe no caso do Brasil, ao qual aqui recorreremos – leva a uma elevação da tensão social e acaba por estimular uma opinião pública favorável ao aumento das penas na esfera criminal (inclusive a inserção da pena de morte) e mesmo tolerante em relação à prática da tortura e de métodos de investigação e repressão do crime incompatíveis com o sistema de direitos fundamentais, pelo menos nos moldes do que atualmente é adotado na maioria dos Estados que pretendem ostentar o título de Estados Democráticos de Direito. Outro eixo do problema – mas que está diretamente relacionado (ainda que não exclusivamente, pois a questão do fundamentalismo religioso e do terrorismo assume uma dimensão relevante nesse contexto) ao acirramento da crise econômica em escala global – guarda relação com os movimentos migratórios e o endurecimento das regras sobre concessão de asilo ou abrigo político e/ou econômico e ondas de xenofobia que se manifestam inclusive na esfera política, notadamente no crescimento dos partidos políticos de direita, sem considerar o incremento das tensões sociais. Soma-se a isso a situação dos assim chamados refugiados ambientais e o impacto da degradação ambiental sobre um contingente imenso de populações, em geral as mais afetadas pela exclusão social e que muitas vezes vivem em situação de risco. Seca, inundações, avalanches e desmoronamentos costumam atingir muito mais os pobres do que os que – embora não imunes – possuem melhores condições de se prevenir e proteger.

Todo esse quadro de crise, aqui traçado de modo meramente esquemático e ilustrativo, coloca desafios ao Direito e às Instituições que devem zelar pela sua realização prática, levando até mesmo a um repensar da noção de direitos fundamentais, sua função e sua viabilidade na condição de normas de direito objetivo vinculantes e como posições subjetivas exigíveis pelo e em face do Estado e mesmo da sociedade, seja no plano interno dos Estados, seja no plano supranacional. Aqui já se podem enunciar algumas perguntas, que, ao menos em parte, serão enfrentadas nos próximos segmentos.

Uma das indagações segue sendo a de como é possível atribuir aos direitos sociais a condição de direitos fundamentais, especialmente na condição de direitos a prestações fáticas estatais, visto terem a sua efetividade diretamente impactada pela escassez de recursos. Em outras palavras, cuida-se de saber o quanto os direitos a prestações podem ser considerados direitos exigíveis. Tal questão se articula com o problema do regime jurídico dos direitos sociais e da possibilidade, mediante um determinado regime jurídico (internacional, constitucional, legal), de assegurar tanto a eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos sociais em termos de direitos positivos, portanto, direitos a prestações estatais, quanto de assegurar que os níveis vigentes de proteção jurídica dos direitos sociais não sejam esvaziados, mas também – e como decorrência disso – possam contribuir pelo menos para a manutenção de níveis de proteção social compatíveis com a dignidade humana.

Importa sublinhar, ainda, que o desafio da efetividade dos direitos sociais não constitui um privilégio dos direitos sociais na condição de direitos fundamentais, pois ainda que se cuide de ordens jurídico-constitucionais que tenham renunciado à constitucionalização de tais direitos, optando por um sistema de proteção social de matriz no

todo ou em grande parte infraconstitucional, a crise econômica e a escassez de recursos se revela igualmente (pelo menos quanto a determinados aspectos) relevante para os níveis concretos de proteção social assegurados pelos Estados, bastando aqui apontar para os recentes desenvolvimentos na União Europeia, onde – com ou sem direitos fundamentais sociais nas constituições – a crise econômica tem afetado significativamente as prestações sociais disponibilizadas aos cidadãos, inclusive com reflexos no que diz com tratamentos diferenciados reservados para os estrangeiros, notadamente os considerados em situação irregular.<sup>4</sup> Por outro lado, também é correto afirmar que a constitucionalização dos direitos sociais na condição de direitos sociais ou, pelo menos, a previsão de determinados critérios de matriz constitucional que sirvam de parâmetro para assegurar um controle da legitimidade constitucional das medidas que afetam (para menos) os níveis de proteção social poderá assumir um papel mais ou menos relevante, sem prejuízo da discussão na esfera da Política e das políticas, que nem sempre é sensível aos parâmetros constitucionais ou, pelo contrário, acaba por levar a reformas constitucionais e/ou legislativas.

A diversidade dos modelos de reconhecimento e proteção dos direitos sociais, seja no plano constitucional, seja em nível legislativo ordinário, bem como no que diz respeito às peculiaridades do sistema internacional (e dos sistemas regionais) de direitos humanos e no maior ou menor grau de cumprimento dos seus parâmetros pelos Estados da comunidade internacional, dificilmente permite que se possa partir de uma teoria de base e mesmo de padrões supranacionais indistintos. Se isso já é correto quando se está a falar dos níveis de proteção jurídica, tanto mais a diversidade é determinante quanto estiverem em causa os pressupostos fáticos (econômicos) de fruição dos direitos sociais na condição de direitos a prestações.

O quanto os órgãos estatais se encontram vinculados pelas obrigações de respeitar, proteger e promover os direitos a prestações, não encontra resposta uniforme, mas é perceptível que a tendência é de considerar que pelo menos os direitos a prestações vinculados ao mínimo existencial são de efetivação prioritária, de tal sorte que sua violação (seja por ação, seja por omissão, ainda que parcial) ofende não apenas grande parte das constituições, mas entra em rota de colisão com obrigações oriundas do sistema internacional de direitos humanos.

Embora se saiba, por outro lado, que a simples previsão de direitos sociais nos textos constitucionais, mas também nas leis, não é suficiente, por si só, para que se possa ter assegurada a sua efetiva fruição, bem como se tenha presente que o fenômeno da escassez não pode ser puro e simplesmente desconsiderado pelo Direito, o fato é que o direito – inclusive o princípio da proibição de retrocesso social – pode ser um fato poderoso para prevenir ou reduzir o impacto da crise, notadamente quando se cuida de assegurar níveis mínimos de igualdade de oportunidades e impor ao Estado obriga-

---

<sup>4</sup> É o caso, v.g., da Espanha, onde além dos altíssimos índices de desemprego, redução dos proventos dos servidores públicos, entre outros (assim como ocorreu na Grécia e em Portugal), recentemente está sendo proposta a exclusão dos estrangeiros em situação irregular do sistema público de saúde (IMIGRANTES..., 2012).



ções de controle do desperdício, transparência, informação, entre outras. Além disso, é perceptível que a proteção jurídico-constitucional dos direitos sociais, inclusive e em especial na sua condição de direitos a prestações, tem sido um fato relevante tanto como pauta permanente de reivindicações na esfera das políticas públicas, quanto como poderoso instrumento para, na ausência ou insuficiência daquelas, ou mesmo pela falta de cumprimento das próprias políticas públicas, propiciar o assim designado “empoderamento” do cidadão individual e coletivamente considerado para uma ação concreta, ainda que nem sempre idealmente efetiva e muitas vezes mais simbólica. Isso, como atende a evolução recente, projeta-se nas relações entre os próprios Estados na esfera supranacional. Nessa perspectiva, o fato de os direitos sociais serem considerados autênticos direitos humanos e fundamentais e, como tais, levados a sério também na sua condição de direitos subjetivos, tem também servido para imprimir à noção de cidadania um novo contorno e conteúdo, potencialmente mais inclusivo e solidário, o que por si só já justificaria todo o esforço em prol dos direitos sociais e nos serve de alento para seguirmos aderindo ao bom combate às objeções manifestamente infundadas que lhes seguem sendo direcionadas. Se com os direitos sociais na condição de direitos humanos e fundamentais não se poderá pretender uma soberania absoluta do Direito em relação aos fatos – notadamente em relação à crise –, também é certo que a força normativa (Hesse) dos direitos sociais não os torna completamente reféns da crise; pelo contrário, direitos sociais podem e devem seguir sendo um projeto normativo e vinculante, apesar da crise e como permanente chamado em prol da inclusão e igualdade.

Com efeito, o reconhecimento de que os direitos sociais constituem direitos exigíveis não transforma o Poder Judiciário no agente privilegiado do processo, pois não poderá substituir uma ampla e coerente política dos direitos fundamentais (e não apenas dos direitos sociais), por mais que seja correta e deva ser endossada, não pode, por seu turno, conduzir ao afastamento dos direitos sociais do crivo dos Tribunais. O que há de ser discutido e melhor equacionado é a forma pela qual há de atuar o Poder Judiciário, visto que este – assim como seus órgãos e agentes – também se acha vinculado diretamente pelos deveres de proteção dos direitos fundamentais. Da mesma forma, como foi objeto de várias contribuições citadas neste trabalho, há que apostar mais no estudo do papel do Poder Legislativo e do Poder Executivo, assim como nos mecanismos de aperfeiçoamento do controle social em relação às políticas públicas.

Assim, há como afirmar que um dos principais desafios com os quais nos deparamos atualmente é o de resgatar as boas (pois nem todas talvez o sejam!) promessas da modernidade, entre as quais assumem papel de destaque a institucionalização e a permanente “atualidade dos direitos sociais” (MORAIS, 1996, p. 181 e ss.), contribuindo para que também as instituições do Estado Democrático de Direito consagrado pela CF possam, antes tarde do que nunca, tornar efetivas tais promessas, especialmente naquilo que estas dizem respeito à implantação de níveis suficientes de justiça social, em outras palavras, à garantia de uma existência digna (uma vida com qualidade) para todos.

A Revista Espaço Jurídico, publicada pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Unoesc, oferece-nos, mais uma vez, na edição que ora vem a lume e para a qual

me foram proporcionados a honra e o privilégio de esboçar o presente editorial, um foro de discussão e reflexão crítica privilegiado em matéria de direitos humanos e direitos fundamentais, que, embora não limitado aos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais, busca tratar os direitos fundamentais na sua integralidade, em sinergia com a sua interdependência. Que o bom debate travado e estimulado por meio da presente publicação possa auxiliar na superação da crise (ou melhor, das crises) referida, iniciando pela crise de identidade e de confiança, pois é apenas a confiança no Direito e nos direitos que nos permitirá trilhar o caminho da vitória nessa jornada.

## Referências

- ABRAMOVICH, v.; COURTIS, C. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.
- ANDRADE, J. C. V. de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.
- BARCELLOS, A. P. de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, n. 3, 2006.
- BINENBOJM, G.; CYRINO, A. R. O direito à moradia e a penhorabilidade do bem único do fiador em contratos de locação. Limites à revisão judicial de diagnósticos e prognósticos legislativos. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BRUNNER, G. Die Problematik der sozialen Grundrechte. *Recht und Staat*, n. 404-405, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1971.
- CANOTILHO, J. J. G. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1982.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991.
- COMPARATO, F. K. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, culturais e sociais. In: CUNHA, S. S. da; GRAU, E. R. (Org.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CONTO, M. de. *Princípio da proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

COURTIS, C. (Ed.). *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en material de derechos sociales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.

COURTIS, C.; SANTAMARÍA, R. Á. (Ed.). *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

DERBLI, F. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FARIA, J. E. Democracia e Governabilidade: os Direitos Humanos à Luz da Globalização Econômica. In: FARIA, J. E. (Org.). *Direito e Globalização Econômica: Implicações e Perspectivas*. Malheiros: São Paulo, 1996.

FILETI, N. A. M. *A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. São José: Conceito Editorial, 2009.

FREITAS, J. *A interpretação sistemática do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRAU, E. R. G. Realismo e utopia constitucional. In: XIMENES, F. L. X. R.; MORAES, F. (Coord.). *Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HÄBERLE, P. Grundrechte im Leistungsstaat. *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, n. 30, 1972.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. *The Cost of Rights: why liberty depends on Taxes*. New York, London: W. W. Norton & Company, 1999.

IMIGRANTES protestam contra exclusão de ilegais da saúde na Espanha. *Folha de São Paulo*, 01 set. 2012. Disponível em: <<http://folha.com/no1146983>>. Acesso em: 14 set. 2012.

KING, J. *Judging Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

KRELL, A. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

LEAL, R. G. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEAL, R. G. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, I. W. S. (Org.). *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LIEBENBERG, S. *Socio-economic rights: adjudication under a transformative constitution*. Cape Town: Juta & Co Ltd., 2010.

LOPES, J. R. L. *Direitos Sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

LOUREIRO, J. C. L. *Adeus ao Estado Social?: a Segurança Social entre o Crocodilo da Economia e a Medusa da Ideologia dos Direitos Adquiridos*. Coimbra: Wolters Kluwer-Coimbra, 2010.

MARTENS, W. *Grundrechte im Leistungsstaat, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, n. 30, 1972.

MIOZZO, P. C. M. *A dupla face do princípio da proibição do retrocesso social e os direitos fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993.

MORAIS, J. L. B. de. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MURSWIEK, D. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte. In: ISENSEE, J.; KIRCHHOF, P. (Org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Müller: München, 2000.

NEVES, M. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Ed. USP, 2009.

NOVAIS, J. R. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006.

NOVAIS, J. R. *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010.

NOVAIS, J. R. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004.

PINHO E NETO, L. C. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PIRARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007.

QUEIROZ, C. M. M. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006.

QUEIROZ, C. M. M. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006.

SANTOS, B. S. *Reinventar a democracia*. Lisboa: Gradiva, 1998.

SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, I. W. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In: SARLET, I. W. (Org.). *Direito Público em Tempos de Crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, V. A. da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, C. P.; SAREMENTO, D. (Coord.). *Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STARCK, C. *Staatliche Organisation und Staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen?: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*. Mohr: Tübingen, 1976.

SUNSTEIN, C. R. *The Second Bill of Rights*. Basic Books, New York, 2004.

TUSHNET, M. *Weak Courts, Strong Rights*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

UPRIMNY, R.; GUARNIZO, D. Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudência constitucional. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 3, 2008.

WIEGAND, D. Sozialstaatsklausel und soziale Teilhaberechte. *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1974.

YAMIN, A. E.; GLOPPEN, S. (Ed.). *Litigating Health Rights: can courts bring more justice to health*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

ZACHER, H.-F. Das soziale Staatsziel. In: ISENSEE, J.; KIRCHHOF, P. (Coord.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Müller: Heidelberg, 1987.

Data de submissão: 10 de novembro de 2014

Aceito em: 25 de novembro de 2014

