

RODRIGO GARCIA SCHWARZ

Série

Direitos Fundamentais Sociais

*As Garantias dos Direitos Fundamentais Sociais:
Uma Perspectiva Garantista e Democrática*



Editora Unoesc



RODRIGO GARCIA SCHWARZ

ISBN 978-85-8422-052-6

Série

Direitos Fundamentais Sociais

*As Garantias dos Direitos Fundamentais Sociais:
Uma Perspectiva Garantista e Democrática*



Editora Unoesc

Editora Unoesc

Coordenação
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

Revisão metodológica: Talita Varella
Projeto Gráfico: Simone Dal Moro
Capa: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

S411g	Schwarz, Rodrigo Garcia. As garantias dos direitos fundamentais sociais: uma perspectiva garantista e democrática / Rodrigo Garcia Schwarz. - Joaçaba: Editora Unoesc, 2015. - (Série Direitos Fundamentais Sociais) 106 p. ; il. ; 30 cm. ISBN 978-85-8422-052-6 1. Direitos fundamentais. 2. Garantia (Direito). I. Título. II. Série
	Doris 341.27

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor
Aristides Cimadon

Vice-reitores de *Campi*
Campus de Chapecó
Ricardo Antonio De Marco
Campus de São Miguel do Oeste
Vitor Carlos D'Agostini
Campus de Videira
Antonio Carlos de Souza
Campus de Xanxerê
Genesio Téo

Pró-reitor de Graduação
Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão
Fábio Lazzarotti

Diretor Executivo da Reitoria
Alciomar Marin

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti
Débora Diersmann Silva Pereira
Andréa Jaqueline Prates Ribeiro
Glauber Wagner
Eliane Salete Filipim
Carlos Luiz Strapazzon
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Maria Rita Nogueira
Daniele Cristine Beuron

Comissão Científica

Rogério Gesta Leal (UNOESC, Brasil)
Carlos Luiz Strapazzon (UNOESC, Brasil)
Christian Courtis (UBA, Argentina)
Eduardo Biacchi Gomes (UNIBRASIL, Brasil)
Elda Coelho Bussinguer (FDV, Brasil)
Francesco Saitto (Sapienza-Università di Roma, Itália)
Ivan Obando Camino (Universidad de Talca, Chile)
Mercè Barceló i Serramallera (Universitat Autònoma de Barcelona, Espanha)

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
CONSIDERAÇÕES INICIAIS	7
CAPÍTULO I	
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS A PARTIR DA PERCEPÇÃO HISTÓRICA: A CONVERGÊNCIA E A COMPLEMENTARIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	19
CAPÍTULO II	
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS A PARTIR DA PERCEPÇÃO FILOSÓFICO-NORMATIVA: A INTERDEPENDÊNCIA E A INDIVISIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	27
CAPÍTULO III	
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS A PARTIR DA PERCEPÇÃO TEÓRICO-DOGMÁTICA: A DETERMINABILIDADE E A TUTELABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	37
CAPÍTULO IV	
AS GARANTIAS INSTITUCIONAIS E EXTRAINSTITUCIONAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA GARANTISTA E DEMOCRÁTICA	51
CONCLUSÃO	79
REFERÊNCIAS	83

APRESENTAÇÃO

A presente obra é resultado parcial do Projeto de Pesquisa “Direito Fundamental ao Trabalho Digno”, vinculado à Linha de Pesquisa “Direitos Fundamentais Sociais: Relações de Trabalho e Seguridade Social”, do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

Esta Linha de Pesquisa promove o aprofundamento investigativo e formativo das conexões entre direitos sociais, humanos e Constituição. Reconhece as tradicionais objeções opostas à eficácia dos direitos sociais quanto à sua natureza jusfundamental e quanto à finitude de recursos. Atenta a isso, dedica-se aos problemas analítico-conceituais da teoria dos direitos fundamentais em face dos direitos sociais, às políticas públicas de efetivação e a duas modalidades específicas de direitos sociais: os das relações de trabalho e os atribuídos à seguridade social.

Nesse contexto, parte-se, na presente obra, da percepção de que a rapidez com que se alteram os cenários político, econômico e social, aliada à crescente complexidade da sociedade contemporânea, tem exigido um profundo redimensionamento do papel da política e das instituições jurídicas no corpo social. Aquele modelo jurídico de cunho marcadamente conservador, no mais das vezes indiferente às pressões das massas populares e às lutas pelo direito a ter direitos, vem sendo paulatinamente superado por um (novo) modelo de Estado, mais democrático, socializante e inclusivo, que assume obrigações prestacionais e onerosas - de intervenção - e que, ao buscar efetivá-las, dialoga com os anseios dos mais diferentes conjuntos de atores sociais, concertando-os.

E, nesse contexto de redimensionamento do papel do Estado, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas tem sustentado que os poderes públicos têm a obrigação de assegurar, em todo o momento, inclusive em épocas de crises ou de dificuldades fáticas, e mesmo diante da reserva do possível, ao menos os conteúdos essenciais de cada um dos direitos fundamentais, impondo aos Estados membros das Nações Unidas e às diversas esferas desses Estados um dever de não regressividade em matéria de direitos fundamentais. Da mesma forma, diferentes ordenamentos consagram a obrigação dos Estados, de respeito ao conteúdo mínimo/essencial dos direitos reconhecidos como fundamentais em constituições ou em convenções e tratados internacionais - sejam eles categorizados como civis, políticos ou sociais -, conteúdo que está condicionado apenas pelo contexto em que se aplica o direito e que admite permanente atualização histórica, que não pode ser delegada, contudo, ao alvedrio dos agentes políticos e administrativos de turno. Esse mínimo/essencial, “núcleo duro” dos direitos fundamentais relacionado ao mínimo existencial e à dignidade humana, será, sempre, uma barreira intransponível, que obriga a uma permanente delimitação e demanda certa integração entre justiça e política, entre juízes e administradores públicos.

Admite-se, assim, a existência de um continuum entre uns e outros direitos axiologicamente categorizados como fundamentais - civis, políticos e sociais -, direitos que têm um papel funcional específico no ordenamento jurídico do Estado democrático de direito, sem que nem as obrigações que eles contêm, nem o caráter de sua formulação possa convertê-los em direitos de livre configuração legislativa, tampouco em direitos cuja efetividade fica sujeita ao alvedrio dos agentes políticos e/ou administrativos de turno.

Os direitos fundamentais sociais são, assim, direitos exigíveis, conquanto para a sua vigência (eficácia) plena seja imprescindível - de uma forma ou de outra - a intervenção legislativa e a ação do Poder Executivo, inclusive através de formulação, aplicação, avaliação e controle de políticas públicas sociais. São direitos plenamente jurisdicionáveis, portanto, ou seja, direitos que podem ser exigidos diante de um tribunal e que devem ser por ele tutelados.

Nesse contexto, a presente obra insere-se em uma proposta investigativa que pretende problematizar a configuração contemporânea dos direitos fundamentais sociais e a sua efetividade.

Por se tratar de resultado parcial do Projeto de Pesquisa “Direito Fundamental ao Trabalho Digno”, vinculado à Linha de Pesquisa “Direitos Fundamentais Sociais: Relações de Trabalho e Seguridade Social”, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina, esta obra foi escrita com a finalidade de consubstanciar referência bibliográfica obrigatória da correspondente disciplina - “Direito Fundamental ao Trabalho Digno” - do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado) em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os direitos econômicos, sociais e culturais, ou simplesmente “direitos sociais”¹ - expressão singular que pertence, especialmente, aos âmbitos da filosofia política e do direito constitucional internacional² -, dizem respeito a questões relacionadas a expectativas básicas para a vida e a dignidade humanas, como a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados³, e, em consequência, apresentam-se como autênticos *direitos humanos fundamentais*, atuando como premissas materiais para o exercício de outros direitos também reputados humanos e/ou fundamentais, como os tradicionais direitos civis e políticos, mais imediatamente relacionados à liberdade e à autonomia da pessoa; assim, os direitos sociais são verdadeiramente imprescindíveis, concomitantes meio e condição para a promoção do desenvolvimento humano, da real liberdade e da autonomia da pessoa, da democracia e de outros objetivos fundamentais do Estado democrático de direito.⁴

Os direitos sociais integram, segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos,⁵ o catálogo dos direitos humanos,⁶ pois “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” (art. 22 da Declaração Uni-

¹ Segundo Carías (1979) e Esping-Andersen (1998), os direitos sociais estão associados aos sistemas de proteção social que se constituem e consolidam, com maior ou menor ênfase, na Europa Ocidental e em muitos países da América entre o terço final do século XIX e o segundo pós-guerra, no contexto do chamado “Estado social de direito”, um projeto político concreto, sucessor do Estado liberal de direito, e/ou do chamado “Estado de bem-estar social” (*welfare state*), um peculiar plexo de políticas públicas sociais que empreende o Estado capitalista em determinadas conjunturas, sobretudo a partir da grande crise econômica de 1929 (a “Grande Depressão”), com o objetivo de alavancar a eficiência dos mercados e organizar mais eficientemente a produção (ANDERSSON, 2005). Um traço comum da regulação jurídica desses âmbitos, produto de incontáveis lutas e reivindicações sociais e da *racionalização* da intervenção estatal na economia, seria a utilização do poder estatal com o propósito precípua de corrigir situações de desigualdade material (Miravet, 2003), “sea a partir del intento de garantizar estándares de vida mínimos, mejores oportunidades a grupos sociales postergados, compensar las diferencias de poder en las relaciones entre particulares o excluir un bien del libre juego del mercado”, de forma que os direitos sociais são “fruto del intento de traducir en expectativas (individuales o colectivas) respaldadas legalmente el acceso a ciertos bienes configurados en consonancia con la lógica de este modelo” (Abramovich e Courtis, 2006, p. 17).

² Nos últimos anos, como destacam Dulitzky (apud MARTIN; RODRÍGUEZ; GUEVARA, 2004, p. 34) e Piovesan (2007; 2010), verifica-se uma convergência dinâmica entre o direito constitucional e o direito internacional no âmbito da proteção da dignidade humana, a ponto de desenvolver-se um verdadeiro *direito constitucional internacional*.

³ Nesse sentido, v.g., o teor do art. 6º da Constituição brasileira de 1988. Esta Constituição reserva, ainda, garantias especiais para os trabalhadores (arts. 7º a 11), diversas garantias para o exercício dos direitos culturais e dos diversos direitos sociais expressamente reconhecidos no seu art. 6º e títulos específicos para normalizar a ordem econômica (arts. 170 e ss) e a ordem social (arts. 193 e ss), submetendo-as, como afirma Mello (2009-a), aos ditames da justiça social.

⁴ No Brasil, constituem objetivos fundamentais da República, segundo o art. 3º da Constituição de 1988, “construir uma sociedade livre, justa e solidária”; “garantir o desenvolvimento nacional”; “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”; e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

⁵ A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 10 de dezembro de 1948 e firmada pelo Brasil na mesma data.

⁶ Para uma distinção básica entre as ideias de *direitos humanos* e de *direitos fundamentais*, ver Ferrajoli et al. (2001, p. 76 e ss.), Marshall; Bottomore (1998) e Martínez (1995).

versal dos Direitos Humanos), destacando-se especialmente, no âmbito da Declaração Universal, como *direitos humanos*, o direito ao trabalho e ao lazer (arts. 23 e 24), à saúde, à alimentação, à moradia, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados (art. 25), e à educação (art. 26).

Além disso, os direitos sociais são reconhecidos como *direitos fundamentais*⁷ no âmbito do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)⁸ e do “Protocolo de San Salvador” (Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais).⁹

Essas grandes declarações de direitos destacam-se, em relação aos direitos sociais, pela consideração, em comum, nos seus preâmbulos, da estreita relação que existe entre a vigência (eficácia) dos direitos sociais e a vigência (eficácia) dos direitos civis e políticos, reconhecendo que as diferentes categorias de direitos - civis, políticos, sociais - constituem um todo indissolúvel que encontra a sua base na dignidade humana,¹⁰ razão pela qual esses direitos exigem - todos - tutela e promoção permanentes, com o objetivo de alcançar-se sua vigência (eficácia) plena, sem que jamais se possa justificar a violação de uns a pretexto da realização de outros.¹¹

Dessa forma, pode-se afirmar que todos esses *direitos humanos fundamentais* têm como fundamento a dignidade humana e são indivisíveis e interdependentes. A realização dos direitos sociais é imprescindível à existência real - substantiva - de direitos civis e políticos, cuja

⁷ A categorização de determinados direitos como “fundamentais”, ou seja, direitos que têm um papel funcional específico no ordenamento jurídico do Estado democrático de direito, sobretudo a categorização dos direitos sociais como direitos fundamentais a partir da associação daqueles ao “mínimo social” (RAWLS, 1980) ou ao “mínimo existencial” (BOROWSKI, 2003), ou seja, ao próprio conteúdo essencial - conteúdo mínimo - dos direitos fundamentais, e, especialmente, como direitos fundamentais à democracia, será desenvolvida no seguimento desta obra.

⁸ O § 1º do art. 2º do PIDESC dispõe que “Cada Estado Membro no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”. O PIDESC, adotado pela 21.ª Assembleia-Geral das Nações Unidas (16 de dezembro de 1966), entrou em vigor em 3 de janeiro de 1976, em conformidade com o disposto no seu art. 27. O texto do Pacto, em plena vigência no Brasil, foi aprovado pelo Poder Legislativo brasileiro em dezembro de 1991 (Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991) e foi promulgado pelo Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992, incorporando-se, então, à legislação nacional.

⁹ O art. 1º do “Protocolo de San Salvador” dispõe que “Os Estados Partes [...] comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo”. O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”), adotado durante o 18º Período Ordinário de Sessões da Assembleia-Geral da Organização dos Estados Americanos (17 de novembro de 1988), entrou em vigor em 16 de novembro de 1999, em conformidade com o disposto no seu art. 21. O texto do Protocolo, em plena vigência no Brasil, foi aprovado pelo Poder Legislativo brasileiro em abril de 1995 (Decreto Legislativo n. 56, de 19 de abril de 1995) e foi promulgado pelo Decreto n. 3.321, de 30 de dezembro de 1999, incorporando-se, então, à legislação nacional.

¹⁰ Esta ideia será desenvolvida no seguimento desta obra.

¹¹ Nesse sentido, ver os preâmbulos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do “Protocolo de San Salvador”. As concepções de *vigência* e de *eficácia*, como propriedades relacionadas, mas diferenciadas, da norma jurídica serão abordadas oportunamente, no curso desta obra. Por ora, basta ressaltar que as normas internacionais, ao proclamarem a necessidade de *vigência plena* dos direitos humanos fundamentais, estão, também, proclamando a necessidade de sua *eficácia*.

concretização e exercício pleno requerem a superação de necessidades humanas básicas. Por outro lado, os direitos civis e políticos são indispensáveis como mecanismos de controle do cumprimento das obrigações que emanam dos direitos sociais. Assim, o desenvolvimento de um direito facilita o desenvolvimento de outros direitos; da mesma forma, a carência de um direito também afeta os outros direitos, debilitando-os.¹²

Por isso, embora a discussão a respeito dos direitos sociais, da sua imprescindibilidade e das suas garantias habitualmente esteja associada às necessidades daquelas pessoas em situação de maior vulnerabilidade no âmbito social,¹³ para as quais o acesso aos recursos necessários para a satisfação de necessidades vitais básicas tende a ser meramente residual e insuficiente - ou mesmo, em situações mais radicais, inexistente -, essa discussão interessa, na realidade, a todas as pessoas, pois, envolvendo os princípios reitores das ordens econômica e social em diversos âmbitos geopolíticos - que, marcados pela intensificação do processo de *globalização*,¹⁴ transcendem ao local, ao regional e, mesmo, ao nacional -, as expectativas que concernem aos direitos sociais, implicadas em disputas alocativas,¹⁵ põem em relevo a igualdade material (SANCHÍS apud CARBONELL; PARCERO; VÁZQUEZ, 2001, p. 39-46) e dizem respeito ao chamado “mínimo existencial”¹⁶ - econômica, social e culturalmente delineado -, conjunto de bens necessários não só para a sobrevivência em condições condizentes com a dignidade inerente à pessoa, mas também para garantir a ela as condições materiais que viabilizam o exercício real de outros direitos, como os direitos

¹² Dessa forma, segundo Thome (2012, p. 107-108), “a violação aos direitos sociais gera uma violação reflexa aos direitos civis e políticos, na medida em que a vulnerabilidade econômico-social leva à vulnerabilidade dos direitos civis e políticos, ocorrendo o mesmo com a violação dos direitos civis e políticos”. Para uma perspectiva similar, ver Bucci (1997; 2001; 2002).

¹³ Segundo Pisarello (2007, p. 11), “Esta caracterización de los derechos sociales como derechos de los más necesitados explica que su reclamo y su consagración jurídica suelen reclutar partidarios entre quienes poseen una sensibilidad igualitaria”. De fato, frequentemente se põe em relevo a ideia de que a titularidade dos direitos sociais e, em consequência, as questões concernentes à formulação, à aplicação, à avaliação e ao controle das políticas públicas sociais são problemas que estão mais relacionados aos setores sociais que não podem satisfazer suas necessidades básicas, ou seja, aos mais vulneráveis, mais desamparados e/ou mais “necessitados”.

¹⁴ Empregamos o termo “globalização”, aqui, na acepção traçada por Santos (2005-a), para identificar um fenômeno multifacetado, plural e contraditório, com implicações políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais interligadas de modo complexo, que se desenvolveu nas últimas três décadas a partir de uma intensificação dramática das interações transnacionais e que, paradoxalmente, embora as tenha transformado radicalmente, intensificou hierarquias e desigualdades. Vale, também, a definição delineada por Giddens (1990, p. 64): a intensificação de relações sociais mundiais que unem localidades distantes de tal modo que os acontecimentos locais são condicionados por eventos que acontecem a muitas milhas de distância e vice-versa.

¹⁵ Destacamos, aqui, a ideia de que o problema das garantias dos direitos sociais é, sobretudo (mas não somente, como veremos mais adiante), um problema de preferências/disputas alocativas, especialmente quando a sua realização fática é confrontada com o argumento da “reserva do possível”.

¹⁶ Segundo Barcellos (2002, p. 198), o “mínimo existencial” corresponde ao conjunto mínimo de bens materiais imprescindíveis para a existência humana em condições decentes: o mínimo existencial corresponde, portanto, ao próprio núcleo material da dignidade humana, ou ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais (Borowski, 2003, p. 66): verdadeiro meio e concomitante condição necessária para que a pessoa possa gozar plenamente dos seus direitos civis e políticos e participar da vida política de uma comunidade. O PIDESC, no seu preâmbulo, reconhece, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que o ideal do ser humano livre, liberado do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que sejam criadas as condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos.

civis e políticos, relacionados à sua liberdade e à sua autonomia, imprescindíveis à democracia e à cidadania integral.¹⁷

Além disso, os direitos sociais, nas últimas décadas, passaram a ser permeáveis a uma nova espécie de reivindicações, vinculadas não apenas à alocação de recursos materiais, mas, em especial, às *demandas de reconhecimento*. São reivindicações coletivas através das quais setores habitualmente discriminados no âmbito social reclamam a remoção de barreiras legais, econômicas, sociais e culturais que impedem ou limitam de fato a participação desses setores em processos políticos e/ou que impedem ou limitam o acesso desses setores à educação e/ou ao trabalho, v.g. Essas *demandas de reconhecimento* objetivam, sobretudo, dar visibilidade a esses (novos) atores sociais, o reconhecimento de suas diferenças específicas e a remoção daquelas pautas supostamente neutras que, na realidade, estão ideologicamente vinculadas aos interesses dos grupos sociais dominantes/hegemônicos e que, por isso, dificultam o acesso desses setores discriminados a essas mesmas pautas.¹⁸

O progressivo reconhecimento das expectativas relacionadas aos direitos sociais no plano constitucional e em tratados internacionais - e a sua conseqüente integração à ordem jurídica interna de cada país -, embora não possa ser associado a um processo linear, cronológico e unívoco (porque não existe um padrão único no reconhecimento dos direitos sociais pelos diferentes países, concomitantemente *reivindicados e atribuídos, conquistados e concedidos*),¹⁹ impõe obrigações, positivas e negativas, aos poderes públicos - e também, em maior ou menor grau, aos particulares²⁰ -, concernentes à satisfação de tais necessidades e, em conseqüência, à efetiva promoção do desenvolvimento humano.

¹⁷ Nesse sentido, Marshall (1992) estabelece uma relação de dependência entre a cidadania e a soma dos direitos civis, políticos e sociais do cidadão: os direitos civis diriam respeito aos direitos “necessários à liberdade individual”; os direitos políticos, aos direitos “de participação no exercício do poder político”; e os direitos sociais a “todo um conjunto de direitos, desde o direito a um mínimo de bem-estar e segurança econômica até ao direito a partilhar em pleno na herança social e a viver a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões prevaletentes na sociedade”. Segundo Kliksberg (1997), o acesso à efetiva cidadania é um direito fundamental, o primeiro dos direitos, porque sem ele não se tem acesso aos outros direitos, mas aquele - o acesso à cidadania -, naturalmente, compreende o gozo dos direitos sociais, ao menos na sua expressão mínima: o “mínimo existencial”. O que está em jogo, portanto, é o direito das pessoas à inclusão em uma sociedade altamente complexa e competitiva, que tende a excluir, em um contexto em que tem sido duramente negligenciado o desenvolvimento humano.

¹⁸ Nesse sentido, ver Fraser (1997) e Thome (2012).

¹⁹ Nesse sentido, ver Baldasarre (2001) e Polanyi (1998).

²⁰ Nesse sentido, Luño (1999, p. 93), ao estudar a doutrina e a jurisprudência alemã sobre a *Drittwirkung der Grundrechte* (eficácia dos direitos fundamentais frente a terceiros), sustenta: “*Se trata, en suma, de la aplicación de los derechos fundamentales no solo en las relaciones entre el estado y los ciudadanos, sino también en las relaciones entre personas privadas. Se ha objetado, por algunos sectores doctrinales, que esta tesis es fruto de una ilación lógica incorrecta, que desconoce la auténtica naturaleza de los derechos fundamentales, ya que se entiende que tales derechos son derechos públicos subjetivos destinados a regular relaciones de subordinación entre el estado y sus súbditos, pero que no pueden proyectarse ‘lógicamente’ a la esfera de las relaciones privadas, presididas por el principio de la coordinación. Desde esta óptica se conciben los derechos fundamentales como preceptos normativos surgidos para tutelar a los ciudadanos de la omnipotencia del estado, pero que no tienen razón de ser en las relaciones entre sujetos del mismo rango, donde se desarrollan las relaciones entre particulares. Es fácil advertir el carácter ideológico de este razonamiento ligado a una concepción puramente formal de la igualdad entre los diversos miembros integrantes de la sociedad. Pero es un hecho notorio que, en la sociedad moderna neocapitalista, esa igualdad formal no supone una igualdad material, y que en ella el pleno disfrute de los derechos fundamentales se ve, en muchas ocasiones, amenazado por la existencia en el plano privado de centros de poder, no menos importantes que los que corresponden a los órganos públicos. De ahí que*

No entanto, se desde o início do processo de constituição do catálogo dos direitos fundamentais e/ou humanos os direitos sociais, com suas variações econômicas, sociais e culturais, com maior ou menor ênfase, formaram parte desse patrimônio jurídico, a sua inclusão nesse catálogo sempre foi alvo de fortes críticas e ainda atualmente a doutrina jurídica conservadora segue discutindo se os direitos sociais se ajustam concretamente ao marco jurídico dos direitos humanos e/ou fundamentais, uma discussão para a qual colabora especialmente a simplicidade com que tradicionalmente, inclusive para fins didáticos,²¹ distinguem-se direitos civis, políticos e sociais, distinção que supostamente explicar-se-ia pelos fundamentos e valores ou princípios diferenciados dos últimos, menos relevantes ou menos conectados com aqueles, os dos primeiros, que inspiram a proteção dos “autênticos” direitos fundamentais.²²

Assim, o reconhecimento positivo dos direitos sociais, por si só, não se demonstra apto a convertê-los em expectativas plenamente exigíveis, tampouco em instrumentos realmente aptos à satisfação das necessidades dos seus destinatários.²³ Além disso, a distância entre os direitos proclamados/reconhecidos e a sua vigência (eficácia) plena - ou seja, a grande desproporção entre o

se haya tenido que recurrir a una serie de medidas destinadas a superar los obstáculos que, de hecho, se oponen al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de la totalidad de los ciudadanos en un plano de igualdad. La repercusión del principio de la Drittwirkung en el plano del reconocimiento jurídico de los derechos sociales ha sido clara [...]. De forma explícita, y con especial referencia a los derechos sociales, ha señalado la Corte Federal del Trabajo que estos derechos fundamentales no garantizan solo la libertad del individuo frente al poder público, sino que contienen principios ordenadores de la vida social, que tienen también relevancia inmediata para las relaciones jurídico-privadas”. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos Extraordinários 158.215-4/RS, 161.243-6/DF e 20819/RJ, já decidiu que os direitos fundamentais vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. Sobre a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, ver, também, Castro (1988), Martínez (1988) e Reis (2005).

²¹ E a justificação dessa ideia classificatória demasiadamente singela e simplória - e por isso mesmo incompleta e incorreta - habitualmente reside, perigosamente, no argumento do seu caráter didático.

²² De acordo com tais argumentos, fala-se tradicionalmente em três “classes” de direitos a partir de uma série de critérios de classificação. Segundo a dimensão desses direitos, distinguem-se direitos de primeira, segunda e terceira geração. Distinguem-se, por outro lado, opondo-os, os direitos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), os direitos do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e os direitos concernentes a um terceiro grupo, devotados à paz, ao meio-ambiente e ao desenvolvimento sustentável. Outro critério diz respeito à fundamentação dos direitos, distinguindo-os em direitos de liberdade, de igualdade e de solidariedade. Distinguem-se, ainda, de acordo com as obrigações do Estado, entre direitos concernentes a obrigações de abstenção, de ação e de coordenação. Em virtude do compromisso assumido pelo Estado, fala-se de direitos que concernem a compromissos imediatos, progressivos e mistos. Finalmente, quando se têm em conta as condições de realização dos direitos, distinguem-se direitos que dependem de vontade política, de recursos ou de ambos. Evidentemente, as características enunciadas em primeiro lugar correspondem aos direitos civis e políticos e as enunciadas em segundo lugar aos direitos sociais.

²³ Historicamente, tanto os Estados sociais reformistas, dentro do capitalismo, como os Estados do “socialismo real”, supostamente fora dele, trataram de desmercantilizar, no todo ou em parte, a provisão de certos recursos básicos à sobrevivência das pessoas, como aponta Esping-Andersen (1998, p. 35). Mas essas experiências se viram, com certa frequência, condicionadas em seu alcance democrático e em sua capacidade de inclusão social tanto por fatores externos como internos. Ademais, o grau de satisfação dos direitos sociais, sobretudo nas regiões mais privilegiadas economicamente, tem estado intimamente relacionado às assimétricas relações de poder existentes entre países e regiões centrais e países e regiões periféricas: a ampliação do acesso das pessoas, em países e regiões centrais, a níveis crescentes de consumo, inclusive sob a forma de direitos, tem sido levada a cabo, ao menos em parte, à custa do evidente empobrecimento e da negação de direitos básicos às pessoas em países e regiões periféricas.

violado de fato e o garantido estatalmente -, motiva, frequentemente, que a palavra e o discurso que os proclamam restem vazios, com pouco efeito prático.²⁴

Nesse contexto, a par da extraordinária expansão das atuações institucionais devotadas ao desenvolvimento humano, com o estabelecimento de sistemas de compensação e inclusão ao largo do último terço do século dezanove e, sobretudo, dos dois primeiros terços do século vinte sob a égide do chamado “Estado de bem-estar social” (*welfare state*) ou do “Estado social”,²⁵ a realidade delineada a partir dos movimentos de contrarreforma neoliberal empreendidos nos anos setenta a partir do esgotamento do modelo hegemônico que havia garantido o extraordinário crescimento dos países capitalistas centrais no segundo pós-guerra (1945-1973)²⁶ - cujos efeitos se fazem prolongar até o presente e se desvelam (para logo velarem-se novamente) mais intensos a cada nova crise do capitalismo -, tornou lugar-comum o ponto de vista segundo o qual as políticas públicas sociais - e, portanto, a utilização do poder do Estado com o propósito de equilibrar situações de desigualdade material ou de excluir determinados bens do livre jogo do mercado - seriam inevitável fonte de indesejável burocratização, e os direitos a elas relacionados, além de onerosos e, portanto, *caros*, verdadeiras *armadilhas* que tenderiam a cercear a eficácia econômica, as liberdades pessoais e as liberdades de mercado, quando não direitos realmente incompatíveis com os de liberdade, ou meramente programáticos, impondo, a par da vigência formal e, inclusive, da extensão dos direitos sociais em muitas constituições e tratados internacionais, uma (nova) *lex mercatoria*, cada vez mais global, que debilita a eficácia vinculante dos direitos sociais e, com isso, o alcance real do princípio democrático e da atuação social do tradicional Estado democrático de direito.

O discurso contemporâneo a respeito do caráter normativo - e não apenas político - das constituições modernas não tem sido suficientemente estendido, assim, ao âmbito dos direitos

²⁴ No caso brasileiro, ver, sobre as reiteradas violações dos direitos sociais consagrados no PIDESC, o I (2001) e o II (2006) Relatórios Brasileiros sobre o Cumprimento do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Em maio de 2009, por ocasião do encerramento do seu 42º período de sessões, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas expressou diversas preocupações em relação ao estado dos direitos sociais no Brasil, destacando as persistentes diferenças econômicas e sociais entre negros e brancos, a manutenção de elevados níveis de pobreza e de concentração de renda, o analfabetismo, as desigualdades no acesso ao emprego, inclusive entre homens e mulheres, a falta de acesso à moradia, problemas de saúde pública e a manutenção de elevado número de trabalhadores rurais reduzidos a condição análoga à de escravos (Brasil, 2009). Nesse sentido, segundo dados do Censo-2010 (Brasil, 2011), 60,7% dos brasileiros vivem em domicílios onde a renda familiar *per capita* não ultrapassa o valor de um salário mínimo; 16,2 milhões de brasileiros (8,5% da população brasileira) vive com renda familiar *per capita* de até R\$ 70, em condições de extrema miséria; apenas 55% dos domicílios brasileiros têm acesso à rede de esgoto; e 17% dos domicílios brasileiros não têm acesso a redes de abastecimento de água.

²⁵ No período delineado pelas duas grandes guerras mundiais (1914-1918/1939-1945) e no pós-guerra, os “Estados sociais” puseram em marcha políticas que buscaram compensar os efeitos excludentes do desenvolvimento assimétrico, rompendo o sistema político de então com o paradigma liberal do absentismo estatal. O fim da Primeira Guerra Mundial, sobretudo, marca o início de uma era de expansão dos direitos sociais, delineada pela iniciativa de constitucionalização dos direitos sociais observada nas constituições do México (1917) e de Weimar (1919), e por uma tentativa de internacionalização desses direitos, através da criação da Organização Internacional do Trabalho (1919). O período que vai do término da Segunda Guerra Mundial a meados da década de setenta, por outro lado, corresponde ao período de maior desenvolvimento dos direitos sociais. Nesse período, as grandes linhas sobre as quais se estruturam esses direitos passam a ser integradas às constituições nacionais e às grandes declarações internacionais de direitos no seio do “Estado social”, com o extraordinário desenvolvimento de políticas públicas sociais de bem-estar social (*welfare state*).

²⁶ A década de 1970, em especial a sua segunda metade, é marcada pela crise do modelo de Bretton Woods.

sociais. Quanto a esses, sua exigibilidade tem permanecido relegada a um segundo plano em relação a outros direitos, civis e políticos, sobretudo se confrontada com direitos patrimoniais - v.g., propriedade privada e liberdade de iniciativa econômica.²⁷ As garantias dos direitos sociais, legislativas e administrativas, têm se demonstrado frágeis frente aos robustos mecanismos de tutela dos direitos patrimoniais, e as instâncias jurisdicionais pouco têm contribuído, de fato, para afastar essa tendência.²⁸

Assim, a insistente vigência, entre os operadores jurídicos, da tese segundo a qual os direitos sociais trazem em si meros princípios reitores ou cláusulas programáticas, ou a ideia de que os órgãos jurisdicionais pouco ou nada podem, nem devem fazer para garanti-los, bem como a ideia recorrente da “reserva do possível” em matéria de direitos sociais,²⁹ são algumas evidências dessa (nova) *lex mercatória*.³⁰

Dessa maneira, o Estado democrático de direito tradicional, longe de converter-se em autêntico Estado social, tem operado, normalmente, de forma meramente residual, como simples Estado legislativo e administrativo, com prestações limitadas à complementação e à correção das ações alocativas dos mercados e atuação orientada a disciplinar a pobreza e a assegurar, sobretudo a serviço desses mercados, a ordem e a segurança pública.

Com poucas exceções, o “núcleo duro” das políticas públicas sociais que vêm sendo adotadas após a crise, nos anos setenta, dos tradicionais Estados sociais e dos programas de *welfare state* não está relacionado à garantia de direitos sociais generalizáveis, ou seja, de expectativas estáveis subtraídas à conjuntura política e, portanto, indisponíveis aos poderes de turno: as políticas públicas sociais têm sido pautadas por intervenções seletivas, relacionadas à capacidade de reivindicação de certos segmentos, que, mais do que igualar os desiguais, tendem a operar como efetivas concessões discricionárias e, portanto, revogáveis, quando não como autênticas medidas conservadoras de controle dos pobres, ou seja, de disciplinarização e/ou contenção da pobreza, que tendem a institucionalizar a exclusão social.³¹

O que procuramos demonstrar, ao longo desta obra, é que, apesar de sua apelação ao discurso técnico, essa percepção desvalorizada dos direitos sociais assenta-se, sobretudo, em mitos forjados por pressupostos ideológicos e/ou em argumentos que são verdadeiros apenas em parte e que não são conclusivos. Buscamos, assim, rebater os principais mitos e argumentos veiculados no *mainstream* político e jurídico que moldam atualmente a percepção depreciativa dos direitos sociais e, por extensão, das próprias políticas públicas sociais e do papel do Estado na formulação, aplicação, avaliação e controle das políticas públicas sociais, e demonstrar que existem outros argumentos que evidenciam o caráter *fundamental* dos direitos sociais a partir da interdependên-

²⁷ Nesse sentido, ver Pisarello (2003; 2007).

²⁸ Nesse sentido, ver Martín (2006, p. 11).

²⁹ A ideia da “reserva do possível” vem sendo utilizada como argumento à cidadania, pelos governos, no sentido de justificar a falta de efetivação de direitos sociais. Mais adiante, trataremos da questão.

³⁰ Referindo-se à eficácia normativa do Estado social e dos direitos sociais, Ibáñez (1996, p. 35) afirma que, já nos anos noventa, *con trazo mucho más grueso, el carácter social se trasmuta en principio social y el principio social, a su vez, en más que escasas normas con operatividad propia*.

³¹ Vuolo et al. (2004, p. 14), analisando as políticas de combate à pobreza na Argentina e em outras regiões da América Latina, afirma que *las actuales políticas ‘contra’ la pobreza son tan pobres como sus destinatarios. En realidad son políticas ‘de’ la pobreza, cuyo objetivo es administrar y gestionar a los pobres de forma tal de mantenerlos en una posición socialmente estática para que no alteren el funcionamiento del resto de la sociedad*.

cia dos direitos, com consequências sobre a qualidade democrática de um sistema e sobre o agir dos órgãos da administração pública e do Poder Judiciário enquanto agências funcionais do Estado democrático de direito.³²

Buscamos, assim, fazer um balanço dos principais argumentos a respeito dos direitos sociais, sua imprescindibilidade e suas garantias, e avançar nessa construção teórica, para (re) pensarmos os direitos sociais, refutando as concepções que, de forma geral, fazem deles direitos depreciados ou de segunda ordem, impregnados de uma série de debilidades e imperfeições teóricas e técnicas que se apresentam como essencialmente vinculadas à sua própria natureza.

O que defendemos, em síntese, é que a ideia corrente, segundo a qual os direitos sociais são direitos de “segunda geração”, enquanto os direitos de propriedade seriam de “primeira geração”,³³ decorre de uma opção ideológica³⁴ e que não há como falar em efetividade de outros direitos, inclusive dos próprios direitos civis e políticos, relacionados à liberdade e à autonomia da pessoa, e, assim, imprescindíveis à democracia e à cidadania integral, sem a garantia, a ela (à pessoa), do mínimo existencial,³⁵ um leque de bens econômicos, sociais e culturais que correspondem ao que ordinariamente se chama ou categoriza como “direitos sociais.”³⁶

O que pretendemos demonstrar, nesse contexto, é que não podemos garantir direitos sociais a partir do pressuposto da prévia e necessária realização dos direitos civis e políticos, exclusivamente, tampouco o contrário;³⁷ o ideal do ser humano livre, liberado do medo e da miséria, não se pode realizar concretamente a menos que se criem as condições que permitam a cada

³² Nesse sentido, ver Díaz (2004) e Ferrajoli (1999).

³³ Em 1979, Karel Vasak, empregando pela primeira vez a expressão “geração de direitos”, propôs, no Instituto Internacional de Direitos do Homem (Estrasburgo), uma classificação dos direitos do homem segmentando-os segundo três “gerações”, baseada basicamente nas fases de reconhecimento dos direitos humanos, conforme a marca (supostamente) predominante dos eventos históricos e das inspirações axiológicas que deram identidade a cada uma dessas fases, buscando, metaforicamente, associá-las à revolução francesa (*liberté, égalité, fraternité*): a primeira, relacionada com as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII (*liberté*); a segunda, relacionada com os movimentos sociais democratas e com as revoluções comunistas (*égalité*); e a terceira, relacionada às histórias tristes da Segunda Guerra mundial e à onda de descolonização política que a seguiu (*fraternité*). Ver, nesse sentido, ver Piovesan (1998, p. 28).

³⁴ Assim, entre outros, Peces-Barba (2005), ao tratar da história dos direitos, tem insistido na ideia de “linhas de evolução” e/ou de “processos” de direitos (positivação, generalização, internacionalização e especificação), em detrimento de uma visão linear-geracional dos mesmos.

³⁵ A própria definição do “mínimo existencial” passa pelo diálogo social, que demanda ampla participação dos destinatários dos direitos sociais na formulação, aplicação, avaliação e controle das políticas públicas sociais.

³⁶ Assim, segundo Cruz (2008, p. 96), “não há como se pretender apartar os direitos individuais dos direitos sociais, como, por exemplo, na discussão da extensão das cláusulas pétreas da Constituição (art. 60, § 4º, inciso IV). De modo metafórico, é possível estudar de forma apartada os sistemas circulatório e respiratório do homem, mas, na prática, eles não podem subsistir um sem o outro.”

³⁷ Nomeado relator da comissão encarregada de examinar o projeto de lei de Tracy, apresentado à Câmara dos Deputados em 1839, que propunha a emancipação progressiva dos escravos nas colônias francesas, Tocqueville chamou a atenção dos deputados para a impossibilidade de condicionar-se a emancipação à erradicação da pobreza: “Existem os que, embora admitindo que a escravidão não pode durar sempre, desejam postergar o momento da emancipação sob a alegação de que é preciso preparar os negros para a independência antes de romper suas cadeias. [...] Mas se todos estes preparativos são incompatíveis com a escravidão, exigir que sejam realizados antes que a escravidão seja abolida, não significaria, em outros termos, afirmar que ela não poderia acabar nunca?” (Tocqueville, 1994-a, p. 30-1). Direitos civis, políticos e sociais estão francamente inter-relacionados, de forma que não podemos condicionar uns à prévia realização de outros.

pessoa gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais tanto quanto de seus direitos civis e políticos.³⁸

Certamente, a persistente vulneração dos direitos sociais está relacionada, de forma intrínseca, às assimétricas relações materiais de poder existentes nas sociedades atuais e, em consequência, às soluções dadas aos persistentes problemas alocativos no âmbito social. No entanto, o papel que, para tal vulneração remanescente, desempenha a percepção simbólica e ideológica dessas relações de desigualdade não é menor.³⁹ Assim, se, nas sociedades atuais, as decisões dependem, em grande parte, da percepção que se tem da realidade, um pressuposto indispensável para a remoção dos obstáculos à efetivação dos direitos sociais é a contestação da leitura política e jurídica conservadora que normalmente se faz sobre os mesmos. O que pretendemos, portanto, a seguir, é (re)pensar os direitos sociais, sua imprescindibilidade e suas garantias a partir de uma perspectiva garantista e democrática.⁴⁰

Garantista na medida em que parte da percepção de que se, tradicionalmente, o direito revela-se, sobretudo, um mecanismo de manutenção do *statu quo*, resguardando os interesses dos mais fortes, também pode operar, em face do embate social, como instrumento a serviço dos sujeitos mais vulnerabilizados, debilitados ou “necessitados.”⁴¹ Se as instituições jurídicas podem ser instrumentos de opressão social (e na maioria das vezes, efetivamente o são), também é certo que, com a democracia e com a fortaleza da cidadania, o direito pode ser uma potencial instituição coletiva de libertação, de contenção do poder e da opressão.

Nesse contexto, o Estado - e em especial o *governo*, ou seja, a administração pública - não é proprietário do interesse público, tampouco dos procedimentos de deliberação pública, o que supõe reforçar e revitalizar o serviço real, permanente e concreto da organização pública e de seus agentes. É claro que a existência de uma lógica garantista, por si só, não assegura a automática satisfação dos direitos, sobretudo dos direitos sociais. No entanto, essa lógica viabiliza a articulação de um discurso crítico que foge ao mero empirismo - discurso não apenas político, mas também e, sobretudo, jurídico -, apto a deslegitimar a atuação das forças que, de uma forma ou

³⁸ Nesse sentido, insistimos, os preâmbulos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do “Protocolo de San Salvador”.

³⁹ Nesse sentido, ver teoria dos aparelhos ideológicos do Estado, de Althusser (1998). Nesse mesmo sentido, ainda, ver Pisarello (2003; 2007).

⁴⁰ Nesse sentido, buscamos adotar, a seguir, em linhas gerais, uma visão garantista, tributária de Ferrajoli (1990; 2006-a; 2006-b), a partir de uma revitalizada construção constitucionalista social e garantista traçada por autores como Abramovich e Curtis (2002; 2006) e Pisarello (2003; 2007).

⁴¹ Como demonstraremos ao longo deste ensaio, essa constatação é válida, sobretudo, no campo do direito do trabalho. Diretamente relacionado ao processo de acumulação capitalista e à luta de classes, esse direito tem a sua gênese numa correlação de forças sociais. Revela-se, sobretudo, um mecanismo de manutenção da força de trabalho, inerente ao sistema capitalista. Embora seja normalmente apresentado na forma de concessão ou dádiva do capital, o direito do trabalho está intrinsecamente relacionado com as exigências do próprio capital para a sua valorização e reprodução. O direito do trabalho, portanto, nem sempre tem como finalidade o atendimento dos interesses dos trabalhadores; ao contrário, muitas vezes segue os caminhos traçados pelo capitalismo. No entanto, num contexto em que o direito do trabalho estabelece um vínculo entre o capital e a força de trabalho, calcado em ações de efetiva intervenção na realidade social, esse, muitas vezes, atua, em face do embate social, no sentido de satisfazer determinadas carências e interesses dos trabalhadores, e não apenas os interesses do capital. Assim, o direito do trabalho se apresenta, desde a sua gênese, útil ao capital, conquanto interesse também aos trabalhadores, por razões opostas: por um lado, faz o capital pequenas concessões que reduzem as tensões sociais, retirando força à luta de classes; por outro lado, consegue o trabalhador limitar, concretamente, a exploração que sobre ele é exercida.

de outra, bloqueiam a possibilidade de assegurar-se às gerações presentes e futuras a satisfação das suas necessidades básicas: o “mínimo existencial.”⁴²

Democrática - substancialmente democrática, ou seja, participativa - na medida em que parte da percepção de que a democracia participativa pressupõe um sistema aberto, nunca acabado, de forma que a questão da garantia dos direitos sociais pode inscrever-se em um processo de constante (re)democratização, tanto no marco institucional como em outras esferas sociais, extrainstitucionais. Não se chega a outro mundo possível através de uma grande tormenta, imaginária e mítica, mas através de experiências renovadas de participação democrática e de inclusão social, concretas e não meramente ilusórias, capazes de encontrar soluções concertadas, coerentes e criativas para os problemas sociais. Isso implica democratizar radicalmente o acesso à informação a respeito do próprio agir das instituições, sobretudo da administração pública,⁴³ cuja legitimidade dos respectivos atos cada vez mais está relacionada à sua eficiência e à sua capacidade de justificá-los racionalmente, em todos os momentos, à cidadania, e, em consequência, viabilizar, de fato, a avaliação sobre a capacidade dessas instituições para dar expressão, pelas vias adequadas, aos diferentes reclamos sociais, começando pelos dos segmentos mais vulneráveis.⁴⁴

É necessário expandir a democracia não apenas como sistema político formal, mas como forma de governo que pode permitir, ou deve proporcionar, de fato, a cidadania integral ao impulsionar a participação ativa dos diversos atores sociais e o seu comprometimento com as decisões que dizem respeito à promoção do desenvolvimento humano.⁴⁵

⁴² O *garantismo* a que nos referimos é, sobretudo, *garantismo social*, um conjunto de garantias, em boa parte ainda ausentes ou insuficientes, dirigidas à satisfação dos direitos sociais, identificadas com os limites e vínculos impostos a todos os poderes - públicos e privados, políticos e econômicos -, através dos quais, submetendo-os à lei, tutelam-se os direitos fundamentais. Segundo Ferrajoli (2006-b, p. 32), o garantismo contemporâneo, em contraposição à “*apelación al garantismo como sistema de límites impuestos exclusivamente a la jurisdicción penal*”, diz respeito à “*sujeción al derecho de todos los poderes y garantía de los derechos de todos, mediante vínculos legales y controles jurisdiccionales capaces de impedir la formación de poderes absolutos, públicos o privados*”, paradigma que “*es uno y el mismo que el del actual estado constitucional de derecho*”.

⁴³ Sob este ponto de vista, as instituições do direito administrativo devem ser reinterpretadas e, mesmo, reinventadas para evitar-se que este permaneça demasiadamente instalado em um pensamento tradicional e conservador, que justifique, em última análise, a arbitrariedade. A necessidade de realização dos direitos sociais passa por uma transformação do papel e da funcionalidade da administração pública que supõe revitalizar os seus serviços, as suas agências e os seus agentes, adequando-os a um (novo) conceito de interesse público, ancorado na tutela e promoção permanente de todos os direitos fundamentais - civis, políticos, sociais -, com o objetivo de alcançar-se sua vigência (eficácia) plena.

⁴⁴ A concepção *deliberativa* e *participativa* da democracia conta com muitos expositores. Apesar de alguns desencontros pontuais e da diversidade de filiações metodológicas, as ideias que sustentamos tem suas origens em reconstruções críticas elaboradas a partir de autores como Habermas (2005) e Santos (2003; 2005-b).

⁴⁵ Quando falamos em desenvolvimento, é importante destacar que desenvolvimento é *desenvolvimento humano*, e que este pressupõe *desenvolvimento social*: assim como a pobreza não é um problema exclusivamente econômico, o crescimento econômico, por si só, não é desenvolvimento, pois não basta o crescimento econômico para a promoção, por si só, do verdadeiro desenvolvimento social. Segundo Franco (2002), o desenvolvimento é movimento sinérgico, que se verifica naquela classe de mudanças sociais nas quais há alterações dos fatores humanos e sociais que garantem a estabilidade dos sistemas sociais: em sistemas altamente complexos e desequilibrados, como as sociedades humanas, o desenvolvimento só ocorre quando se instalam padrões de interação internos (entre os elementos do conjunto) e externos (com o meio circundante) que melhor assegurem as condições de existência do conjunto, ou seja, da própria sociedade. Uma sociedade na qual uns poucos indivíduos melhoram suas condições de vida, mas na qual o restante da população - a maioria - não consegue melhorar suas condições gerais de vida, não é uma sociedade que se desenvolve, ainda que possa ser uma sociedade que cresce economicamente.

Melhores garantias e mais democracia, em síntese, são os elementos centrais à tarefa de (re)construção do estatuto jurídico e político dos direitos sociais. Sua adequada articulação teórica e prática demonstra-se fundamental, portanto, para a remoção dos tradicionais obstáculos materiais e a superação dos pressupostos ideológicos que explicam a (ainda) debilitada posição dos direitos sociais na maioria dos ordenamentos jurídicos atuais, inclusive o brasileiro, e para a revitalização do papel do direito público - em especial, do direito administrativo, esse ramo do direito onde se instaura, com maior força, o conflito permanente entre autoridade e liberdade, entre Estado e indivíduo⁴⁶ - e do próprio Estado - em especial, da administração pública e do Poder Judiciário - na realização efetiva dos direitos humanos fundamentais em geral, e em particular dos direitos sociais.

Para isso, é imperativo (re)pensar os direitos sociais, sua imprescindibilidade e suas garantias a partir de uma perspectiva que seja concomitantemente retrospectiva e construtiva de suas possibilidades como categoria jurídica, como realidade social e como ingrediente da pauta de realização dos direitos humanos fundamentais, pois a efetividade dos direitos sociais segue sendo um desafio para a realização desses direitos humanos fundamentais. Trata-se de refutar argumentos, com o recurso ao direito, sobretudo ao direito administrativo, que possam considerar não sindicáveis as ações ou omissões do Estado na realização de direitos sociais, o retrocesso social, o arbítrio dos agentes de turno no espaço das políticas públicas sociais e a desproteção social dos segmentos mais vulneráveis da população.

Tudo isso demonstra a necessidade de (re)pensar os direitos sociais, sua imprescindibilidade e suas garantias a partir de uma noção de cidadania social,⁴⁷ ou seja, a partir do componente social da cidadania democrática no momento em que assistimos a um redimensionamento do Estado, da administração pública e do Poder Judiciário. Cidadania que se coloca, aqui, como condição que se alcança quando a pessoa pode gozar dos seus direitos mais elementares, fundamentais mesmo à sua autonomia no seio de uma comunidade, direitos para uma vida decente. Esse objetivo será plausível se formos capazes de implantar todas as dimensões dos direitos sociais e de integrar os seus conteúdos na teoria e na prática dos direitos humanos fundamentais.

Serão abordados, a seguir, os principais argumentos que permitem (re)pensar os direitos sociais a partir de uma perspectiva expansiva dos direitos fundamentais, ou seja, da ideia de um *continuum* de interdependência entre os direitos civis, políticos e sociais. O que pretendemos demonstrar, assim, nesta obra, é: (a) que os direitos sociais são direitos *fundamentais*, ou seja, direitos *imprescindíveis* ao Estado democrático de direito; (b) que não existem razões históricas, filosófico-normativas ou teórico-dogmáticas significativas que possam justificar verdadeiramente uma tutela debilitada para os direitos sociais, de forma que os direitos sociais concernem a expectativas amplamente jurisdicionáveis, ou seja, podem ser exigidos diante de um tribunal e devem ser tutelados por ele; e (c) que não só é possível, mas imperativa, no âmbito do Estado democrá-

⁴⁶ *Es precisamente en el derecho administrativo donde, con mayor fuerza, se refleja el conflicto permanente entre autoridad y libertad, Estado e individuo. De ahí que la búsqueda del punto de equilibrio en la tensión dinámica entre los dos conceptos es una de las principales tareas dogmáticas de esa disciplina jurídica* (GORDILLO, 1977, p. 111-112).

⁴⁷ Ao falarmos de cidadania social, não pretendemos, contudo, desmembrar a categoria “cidadania”, tampouco trataremos do debate sobre as distintas esferas da cidadania, debate que nos parece bastante estéril; pretendemos, apenas, reforçar a ideia do componente social da cidadania democrática.

tico de direito, inclusive no sistema engendrado pela Constituição de 1988 no Brasil,⁴⁸ a adoção de uma perspectiva garantista e democrática dos direitos sociais e das suas garantias.

⁴⁸ Nesta, fica claro que as diversas categorias de direitos humanos fundamentais nela previstos integram-se em um todo harmônico, mediante influências recíprocas. Os direitos individuais previstos na Constituição estão, assim, francamente implicados com a sua dimensão social. Com isso, transita-se de uma democracia de conteúdo político-formal para uma democracia de conteúdo social, se não de tendência *socializante*, verificando-se, contudo, um desequilíbrio entre uma ordem social *socializante* e uma ordem econômica *liberalizante*, porém subordinada, na persecução dos seus fins, àquela. Nesse sentido, ver Silva (2011).

Capítulo I

*Os Direitos Fundamentais Sociais a partir da
Percepção Histórica: a Convergência e a
Complementaridade dos Direitos Fundamentais*

Os direitos identificados como “sociais”, habitualmente, tanto no âmbito da história do direito como no âmbito da sociologia jurídica, são apresentados como direitos pertencentes a uma geração *posterior* à geração dos direitos civis e políticos. Os direitos sociais, segundo essa percepção, *vêm depois* dos direitos civis e políticos em termos de reclamo histórico e consequente reconhecimento, o que representa afirmar, em termos mais funcionalistas, que o problema pertinente à satisfação dos direitos sociais, historicamente, vem à pauta apenas após a satisfação dos direitos civis e políticos - o que inclui, obviamente, a satisfação de direitos patrimoniais -, ou que os direitos civis e políticos são, na expressão do seu próprio reclamo histórico, ou seja, pela *anterioridade cronológica* da sua reivindicação, *mais fundamentais* do que os direitos sociais.

A par da sua ampla difusão, inclusive para fins didáticos, entre os operadores jurídicos, essa tradicional percepção dos direitos sociais como direitos *tardios* assenta-se em pressupostos que são tendencialmente restritivos e deterministas e que, de forma equivocada, pretendem justificar, em tese, uma tutela depreciada dos direitos sociais.

É verdade que a história *moderna* dos direitos sociais tem início com as grandes revoluções sociais do século dezenove. No entanto, junto a essa “história” propriamente dita, é possível verificarmos a existência de uma rica “pré-história”, marcada por lutas sociais e por políticas institucionais dirigidas à resolução de situações de pobreza e exclusão social, que é anterior ao surgimento do Estado moderno e que guarda, de certa forma, *mutatis mutandis*, alguma identidade com as reivindicações contemporâneas em matéria de direitos sociais.

Podemos afirmar, assim, que as expectativas que correspondem ao que ordinariamente se categoriza como “direitos sociais”, atualmente, sempre existiram, como sempre existiram mecanismos e programas destinados à intervenção no âmbito social. Assim, na Antiguidade e no Medievo, *v.g.*, verificamos facilmente a existência de diferentes mecanismos institucionais, claramente orientados às necessidades das pessoas em situação de maior vulnerabilidade no âmbito social (RITTER, 1999, p. 33). Em algumas vezes essas medidas “públicas” tinham, mesmo, um sentido igualitário;⁴⁹ em outras, o objetivo desses mecanismos era resolver de maneira francamente autoritária a questão da exclusão, disciplinando os segmentos mais vulneráveis e obrigando as pessoas à (re)incorporação a relações de exploração laboral.⁵⁰

Ao largo da existência dos Estados modernos, é recorrente essa dialética entre políticas conservadoras e preventivas e políticas igualitárias. Com frequência, os mecanismos alusivos aos

⁴⁹ Nesse sentido, *v.g.*, as ajudas que garantiam, na *polis* ateniense, o acesso a banhos públicos (questão de lazer e de saúde pública) e as leis agrárias da Roma republicana, que asseguravam o acesso à terra ou a uma quantidade mínima de alimentos. Na América pré-colombiana, no Império Inca, encontramos, ainda, uma das primeiras manifestações de um sistema de seguridade social, entendido como um sistema racional de conjugação de esforços coletivos para prover uma espécie de seguro social: o regime de propriedade então existente previa o cultivo, através do trabalho em comum, de determinadas terras, cujo produto tinha a finalidade de atender às necessidades alimentares dos anciãos, dos doentes e/ou inválidos e dos órfãos, desprovidos de plena capacidade para o trabalho (OLIVEIRA, 1989, p. 181).

⁵⁰ Esse era o sentido, *v.g.*, das *leis de pobres*, que, no capitalismo incipiente, tendiam a substituir a antiga ideia de *caridade* ou *beneficência* pela de *reeducação para o trabalho*. Como aponta Castel (1995, p. 47), tanto nos países de tradição católica, como nos protestantes, introduziu-se a distinção, também jurídica, entre *pobres meritórios*, dispostos ao trabalho em troca das ajudas recebidas, e *pobres não meritórios*, dedicados ao *vício* e ao *ócio*, e, portanto, perigosos para a sociedade.

socorros para os pobres e às oficinas de emprego consubstanciavam políticas de ordem pública dirigidas ao controle sobre as condições de reprodução das estruturas produtivas.⁵¹

Em muitos casos, a ajuda às pessoas em situação de maior vulnerabilidade no âmbito social, inicialmente discricionária, deu lugar a benefícios concretos, correspondentes a direitos exigíveis pelos cidadãos/administrados:⁵² durante os episódios mais igualitários das revoluções modernas, a reivindicação de direitos de assistência e de acesso a recursos escassos ou centralizados, como terra e alimentos, demonstrou-se uma exigência recorrente dos setores populares, quase sempre acompanhada da demanda pela extensão dos direitos de participação.⁵³

Assim, v.g., na Inglaterra, o reclamo por direitos de participação, de acesso à terra e de assistência social foi elemento comum nas cartas impulsionadas pelos *levellers* e pelos *diggers* ao longo do século dezessete.⁵⁴ Por outro lado, nas colônias norte-americanas, a distribuição da terra, a assistência aos segmentos mais vulneráveis e o estabelecimento de mecanismos de participação estiveram presentes em diferentes cartas, que inclusive trataram de contemplar experiências avançadas de democracia agrária.⁵⁵ Assim, a própria Declaração de Independência de 1776, se não resolveu, automaticamente, problemas como a escravidão, tratou de reconhecer como “verdades evidentes” determinados direitos, como os direitos à vida e à felicidade,⁵⁶ claramente relacionados a expectativas que correspondem ao que, hoje, se chama ou categoriza como “direitos sociais”, conquanto tratasse de excluir o direito de propriedade, só alçado ao patamar constitucional - e que teria papel central ao longo de todo o século dezenove - através da Constituição da Filadélfia (1787).⁵⁷

Na França, a questão pertinente à extensão dos direitos sociais e de participação ocupou, sempre, um lugar central ao longo do processo revolucionário. Assim, a Constituição de 1791, ainda monárquica, incluiu no seu corpo referências - ainda tímidas - ao direito à assistência para

⁵¹ No Brasil, v.g., as leis abolicionistas do século XIX preocupavam-se em “formar” a mão-de-obra que substituiria o escravo, ou como esse novo homem seria “educado” e disciplinarizado. Sobretudo a educação para o trabalho em colônias agrícolas seria o meio de transformar indivíduos expropriados em trabalhadores disciplinados. Assim, durante os debates do Congresso Agrícola do Rio de Janeiro (1878), destacavam-se as manifestações no sentido de que caberia ao governo brasileiro criar colônias agrícolas destinadas à educação de ingênuos - filhos de escravos, nascidos livres - e órfãos para o trabalho.

⁵² Dean (1997, p. 3) caracteriza esse processo como “juridificação do bem-estar”. Destacamos que a exigência de direitos sociais, imbricada, de alguma forma, com demandas de reconhecimento e de extensão de direitos de participação pode ser ilustrada, já na Antiguidade, v.g., pelas ajudas que garantiam, na *polis* ateniense, o acesso a banhos públicos: tal acesso, relacionado a direitos que viriam, no futuro, a ser categorizados como “sociais” (lazer e saúde), franqueava concomitantemente o acesso à participação nos debates políticos que se realizavam publicamente nesses locais.

⁵³ Nesse sentido, ver Abramovich e Courtis (2002; 2006) e Pisarello (2003; 2007).

⁵⁴ A propósito dessas revoltas populares, Thompson (apud Fontana, 1982, p. 81) ressalta que o que estava em jogo, na realidade, não era o direito civil à propriedade, mas definições alternativas ao direito de propriedade, de forma que a reivindicação das classes populares passava, claramente, por questões sociais.

⁵⁵ O art. 79 do *Body of Liberties* de Massachusetts, redigido em 1641 pelo reverendo Nathalieu Ward, v.g., estabelecia que, se um homem, ao morrer, não deixa para a sua mulher uma pensão suficiente para o seu sustento, ela será ajudada após apresentar uma reclamação à Corte Geral: “*If any man at his death shall not leave his wife a competent portion of his estate, upon just complaint made to the General Court she shall be relieved.*”

⁵⁶ *We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.*

⁵⁷ Nesse sentido, ver Beard (2004).

os pobres e à educação pública;⁵⁸ por outro lado, em 1793, com o advento da Constituição democrática jacobina, o reconhecimento de direitos sociais pôs em xeque o caráter inviolável da propriedade privada e vinculou-se à ampliação dos direitos de participação.⁵⁹ A declaração de direitos contida no preâmbulo da Constituição consagrava, junto à igualdade de direito dos cidadãos, de concorrerem para a formação da lei e para a designação dos mandatários (art. 29),⁶⁰ o dever estatal de instaurar os socorros públicos necessários à subsistência dos cidadãos/administrados mais vulneráveis (art. 21)⁶¹ e de assegurar a todos os cidadãos/administrados o acesso à educação pública (art. 22),⁶² direitos tutelados por um mecanismo de garantia social, consistente na ação de todos para garantir, a cada um, a fruição dos seus direitos (art. 23)⁶³ e no direito-dever de insurreição, caso tais direitos fossem violados pelo governo (art. 35).⁶⁴

No caso francês, após a restauração liberal conservadora, se o desenvolvimento do capitalismo liberal foi, paulatinamente, piorando as condições gerais de vida dos segmentos mais vulneráveis, sobretudo do operariado, gerou, ao mesmo tempo, paradoxalmente, as condições objetivas para a sua organização em torno de alternativas que lhes permitiriam, através da mobilização, assegurar, ainda que de forma limitada, certos interesses materiais, pautados pelo mínimo existencial: as novas formas associativas permitiram aos trabalhadores o estreitamento de laços de solidariedade e o acesso, ao mesmo tempo, a recursos básicos de subsistência: v.g., sindicatos, sociedades de mútuo socorro e cooperativas de produção e consumo. Paralelamente, a “questão social” vem, com suas implicações, à pauta política e institucional, pressionada por setores de intelectuais e do operariado. Essas estratégias de auto-organização e de pressão nunca chegaram a conjugar-se plenamente, mas ajudam a entender a dinâmica em que ainda hoje se opera a reivindicação de direitos sociais.⁶⁵

O ciclo revolucionário aberto em 1848 é, talvez, o grande ponto de inflexão na história da reivindicação dos direitos sociais, pois naquele momento faz-se presente um elemento que mesmo

⁵⁸ *Il sera créé et organisé un établissement général de secours publics, pour élever les enfants abandonnés, soulager les pauvres infirmes, et fournir du travail aux pauvres valides qui n'auraient pu s'en procurer. Il sera créé et organisé une instruction publique commune à tous les citoyens, gratuite à l'égard des parties d'enseignement indispensables pour tous les hommes et dont les établissements seront distribués graduellement, dans un rapport combiné avec la division du royaume.*

⁵⁹ Segundo Pisarello (2007, p. 22), “La expresión ‘derechos sociales’ apareció en un proyecto presentado a la Convención de 1793 por el agronomista Gilbert Romme [...]. En la sesión del 24 de abril de 1793, por su parte, Robespierre propuso a la Convención, en nombre de la ‘fraternidad’, la necesidad de moderar las grandes fortunas mediante un impuesto progresivo y de ‘hacer honorable la pobreza’ garantizando a todos el derecho a la libertad y a la existencia”.

⁶⁰ *Chaque citoyen a un droit égal de concourir à la formation de la loi et à la nomination de ses mandataires ou de ses agents.*

⁶¹ *Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler.*

⁶² *L'instruction est le besoin de tous. La société doit favoriser de tout son pouvoir les progrès de la raison publique, et mettre l'instruction à la portée de tous les citoyens.*

⁶³ *La garantie sociale consiste dans l'action de tous, pour assurer à chacun la jouissance et la conservation de ses droits; cette garantie repose sur la souveraineté nationale”.*

⁶⁴ “Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs”. Uma fórmula semelhante é encontrada na Declaração de Independência de 1776, das colônias norte-americanas: “That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness”.

⁶⁵ Nesse sentido, ver Thompson (1980).

as leituras mais formalistas sobre as “gerações” de direitos não poderão subestimar: a contradição estrutural existente entre a generalização dos direitos civis, políticos e sociais e a manutenção recorrente do caráter tendencialmente absoluto da propriedade privada e das liberdades contratuais.⁶⁶ De fato, a Constituição de novembro, após a insurreição de 1848, não logrou ignorar a “questão social”, de forma que estabeleceu, no seu preâmbulo, o dever da Segunda República de assegurar a existência aos cidadãos/administrados necessitados, procurando dar-lhes trabalho, nos limites da sua possibilidade, ou concedendo-lhes assistência, quando verdadeiramente inaptos ao trabalho.⁶⁷ Apesar de seus limites, os feitos de 1848 e, mais tarde, a breve experiência da comuna de Paris, em 1871, desempenham um papel fundamental para o desenvolvimento posterior dos direitos sociais.⁶⁸

Após um intenso ciclo de conflitos sociais que se estendeu do último terço do século dezenove a meados do século vinte, os Estados e suas produções jurídicas experimentaram, com maior ou menor intensidade, um franco processo de “socialização” que afetou diferentes ramos do direito.⁶⁹ O direito do trabalho surge, então, em decorrência dos problemas sociais decorrentes da revolução industrial, provocando a crescente intervenção estatal, tutelar, no mercado de trabalho, tendente a coibir os abusos do capital e a viabilizar a expansão concreta dos direitos sociais, institucionalizando direitos até então improváveis, como a sindicalização, a greve e a negociação coletiva.⁷⁰

Mas, se a noção de direito social é profundamente tributária do direito do trabalho, verificou-se que essa noção não deveria ser empregada somente para o direito do trabalho, mas para todas aquelas expressões jurídicas de um modelo organizado sobre bases, como a coletividade, na busca de equiparação e sua vinculação a relações sociais nas quais se identificam grupos marginalizados ou vulnerabilizados, envolvidos em relações de franca desvantagem material. O direito civil passa a admitir critérios de responsabilidade objetiva, abandonando a tradicional ideia de culpa, pelos danos causados por atores privados com uma especial posição de poder no âmbito das

⁶⁶ Nesse sentido, Tocqueville (1994-b, p. 34-5) constatava, sobre a época, que “*La Revolución francesa, que abolió los privilegios y destruyó todos los derechos exclusivos, ha permitido que subsistiera uno, y de modo ubicuo: el de la propiedad [...] Hoy, que el derecho de propiedad no aparece sino como el último resto de un mundo aristocrático destruido [...] la lucha política se entablará entre los que poseen y los que no poseen. El gran campo de batalla será la propiedad, y las principales cuestiones de la política discurrirán sobre las modificaciones más o menos profundas que habrán de introducirse en el derecho de propiedad.*”

⁶⁷ *La République doit protéger le citoyen dans sa personne, sa famille, sa religion, sa propriété, son travail, et mettre à la portée de chacun l’instruction indispensable à tous les hommes; elle doit, par une assistance fraternelle, assurer l’existence des citoyens nécessiteux, soit en leur procurant du travail dans les limites de ses ressources, soit en donnant, à défaut de la famille, des secours à ceux qui sont hors d’état de travailler. - En vue de l’accomplissement de tous ces devoirs, et pour la garantie de tous ces droits, l’Assemblée nationale, fidèle aux traditions des grandes Assemblées qui ont inauguré la Révolution française, décrète, ainsi qu’il suit, la Constitution de la République.*

⁶⁸ Sobre a comuna de Paris, ver Marx (1972).

⁶⁹ A ideia de *socialização* do direito e, em consequência, dos próprios direitos civis e políticos tradicionais, foi sustentada entre os séculos dezenove e vinte por autores diversos, como o alemão Ferdinand Lasalle, os franceses Léon Duguit e George Gurvitch, o austríaco Anton Menger e o britânico Harold Laski. Para maiores detalhes, ver Lasalle (1904), Duguit (1922), Gurvitch (1932), Menger (1886; 1890) e Laski (1932).

⁷⁰ López (2002) afirma a ideia da formação do direito do trabalho como um direito concomitantemente conquistado e concedido.

relações mercantis ou de consumo. Por fim, o próprio direito penal modera a sua função manifestamente repressiva, incorporando critérios de ressocialização.⁷¹

Essa tendência estabilizou-se com os pactos keynesianos do pós-guerra e com a relativa consolidação dos diferentes mundos do Estado de bem-estar social (*welfare state*), construídos nas décadas anteriores.⁷² Os direitos civis e políticos estenderam-se a setores até então excluídos, de fato, da sua incidência, e foram reconhecidos direitos específicos nos campos econômico, social e cultural, que tutelaram expectativas vinculadas, v.g., a questões voltadas ao trabalho, à educação, à saúde e à moradia.⁷³

Nesses contextos, claro é que, se podemos conceber a ideia de que os direitos sociais correspondem a direitos conquistados, de fato, sobretudo pelas classes trabalhadoras, devemos ressaltar que a expansão dos direitos sociais corresponde, concomitantemente, a necessidades objetivas do sistema capitalista, permitindo a reprodução e a qualificação da força de trabalho e, ao mesmo tempo, ampliando as possibilidades de consumo.⁷⁴ Os Estados do pós-guerra não se revelaram realmente garantistas e democráticos, ou o fizeram de forma bastante atenuada; melhoraram, todavia, as condições de regulação do mercado de trabalho, as possibilidades de acesso aos mercados (consumo) e o acesso a serviços básicos de setores expressivos da sociedade, embora tenham admitido a proliferação de focos de arbitrariedade, deixando-se colonizar por poderes burocráticos e mercantis diversos, e valendo-se, sobretudo, de práticas decisionistas excludentes e concentradas, que excluía ou estigmatizavam os grupos em maior situação de vulnerabilidade.⁷⁵

Dessa forma, ainda que a história “moderna” dos direitos sociais tenha início com as grandes revoluções sociais do século dezanove, e que, de um ponto de vista formal, os direitos sociais somente tenham adquirido um *status* constitucional *tout court* no segundo pós-guerra do século vinte,⁷⁶ destacamos que é possível resgatar uma história mais complexa, que leva a conclusões diversas daquelas habitualmente extraídas da literatura tradicional. Aqui, podemos destacar situações em que a expansão de direitos sociais foi reivindicada simultaneamente à expansão de direitos civis e políticos e à restrição aos direitos patrimoniais e às liberdades contratuais.⁷⁷

⁷¹ Nesse contexto, podemos ressaltar que muitos tratados internacionais sobre direitos sociais, constituídos sob os auspícios da Organização Internacional do Trabalho nos anos 1920/30, são bem anteriores à proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

⁷² Mais adiante, trataremos mais especificamente desses “diferentes mundos” do Estado de bem-estar social (*welfare state*) e da sua relevância para o desenvolvimento da ideia de políticas públicas sociais.

⁷³ Para uma categorização histórica e institucional desses diferentes modelos, ver Esping-Andersen (1998, p. 9 e ss).

⁷⁴ Como demonstra a história, a abolição da escravatura e a superação do modelo de trabalho servil, de inspiração feudal, foram cruciais - e corresponderam, portanto, a reais pressupostos - para o desenvolvimento do capitalismo: somente através da força de trabalho livre o capital pode se desenvolver como sistema de extração de mais-valia na forma de compra e venda entre iguais. Num dos relatos clássicos dos episódios de 1917, Serge (1993) situa em 1861 o marco inicial dos processos que arremessariam a Rússia no torvelinho das transformações da sociedade capitalista moderna, ano em que o czar Alexandre II decretou o fim da servidão dos camponeses, abolindo, formalmente, o feudalismo no Império Russo. Não por acaso, na mesma época tem início a Guerra de Secessão nos Estados Unidos, pautada, entre outros tópicos, pelo problema da libertação da força de trabalho dos laços escravistas (DELFINO, 2007, p. 20).

⁷⁵ Para uma crítica ao Estado social a partir de uma vertente garantista e democrática, ver Habermas (1986-b).

⁷⁶ Sem prejuízo, todavia, das experiências de constitucionalização de direitos sociais nas históricas Constituições do México, de 1917, e de Weimar, de 1919. No Brasil, os direitos sociais são integrados ao texto constitucional em 1934.

⁷⁷ Nesse sentido, ver Pisarello (2003; 2007).

A ideia, portanto, de reduzir os direitos sociais a direitos de reconhecimento *tardio* - e sempre posterior aos tradicionais direitos civis e políticos - minimiza a larga e complexa história desses direitos. Essa história, no entanto, auxilia na compreensão das profundas diferenças existentes entre as políticas sociais mais ou menos discricionárias, implantadas de acordo com a conjuntura econômica, social, cultural e política, e a reivindicação de direitos sociais mais ou menos estáveis no tempo e, portanto, indisponíveis para os poderes de turno - compreensão que nos auxilia, pois, a avaliar, por um lado, certas políticas como conservadoras e preventivas, relacionadas a um reconhecimento limitado dos direitos sociais, e, por outro lado, outras políticas como substancialmente igualitárias e democráticas, vinculadas à simultânea satisfação de direitos civis, políticos e sociais.

Além disso, a superação da tese que alberga um relato plano, linear e cronológico das “gerações” de direitos sob o aspecto histórico possibilita-nos perceber a multiplicidade de vias, escalas e sujeitos relacionados, de forma substancial, à reivindicação dos direitos sociais, acentuando o caráter realmente simultâneo e complementar da reivindicação de direitos civis, políticos e sociais.⁷⁸ Desaparece, assim, toda a distinção entre vias institucionais e extrainstitucionais de reivindicação de direitos e entre escalas locais, regionais, nacionais e, mesmo, transnacionais, bem como a distinção entre pessoas, cidadãos e/ou administrados, enquanto destinatários de direitos sociais.

Nesses contextos, os direitos sociais só podem ser vistos como indispensáveis para que possamos dar conteúdo material aos direitos individuais e políticos, relacionados à liberdade e à autonomia da pessoa, do cidadão e do administrado, que, paradoxalmente, ao mesmo tempo, demonstram-se imprescindíveis para assegurar os direitos sociais.⁷⁹

⁷⁸ Trata-se de superar, ainda, um relato insensível às exclusões de direitos, que “*parece dar a entender que el reconocimiento de derechos se produce sin exclusiones, incluyendo de una vez a todas las personas*”, e, ao mesmo tempo, insensível à ação dos atores sociais na luta por sua conquista (ROIG, 2010, p. 55).

⁷⁹ Reiteramos aqui a ideia, agora também sob o ponto de vista da reivindicação e concessão/conquista históricas, de que os direitos fundamentais - civis, políticos, sociais - são indivisíveis e interdependentes. As violações dos direitos sociais, nesse contexto, normalmente estão relacionadas com violações de direitos civis e políticos na forma de negações reiteradas. Como demonstraremos a seguir, do mesmo modo que para o pleno gozo do direito à liberdade de expressão é necessário concertar esforços em favor do direito à educação, para a fruição do direito à vida é preciso tomar medidas encaminhadas à redução da mortalidade infantil, da fome, das epidemias, da desnutrição, etc. Nesse sentido, ver Bucci (1997, 2001, 2002).

Capítulo II

*Os Direitos Fundamentais Sociais a partir da
Percepção Filosófico-normativa: a Interdependência
e a Indivisibilidade dos Direitos Fundamentais*

Quando, da perspectiva histórica que nos oferece a tese que alberga um relato plano das “gerações” de direitos, passamos à percepção normativa da fundamentação dos direitos sociais, costumamos ser apresentados a uma imagem que remete tais direitos a uma posição subalterna, em termos axiológicos, em relação aos tradicionais direitos civis e políticos (AÑÓN; AÑÓN, 2003, p. 115 e ss).

Essa perspectiva admite diferentes formulações. Uma primeira, bastante corrente, é a que sustenta que os direitos civis e políticos estão intimamente relacionados a interesses que são, de fato, fundamentais a qualquer pessoa, envolvendo a vida, a liberdade, a intimidade e, por isso - ou, com isso -, a própria dignidade, e os direitos sociais, não. Por outro lado, é, também, bastante difundida a ideia de que os direitos civis e políticos estão adstritos a valores e princípios como a liberdade e a segurança, enquanto os direitos sociais estão adstritos à promoção da igualdade. Disso decorre que, aceitando tais proposições, tenderíamos a ter que optar: ou estamos ocupados com a promoção dos direitos civis e políticos, e relegamos a um segundo plano a ideia de promoção da igualdade, ou estamos ocupados com a promoção dos direitos sociais, e o que relegamos a um segundo plano é a garantia das liberdades pessoais.

Trata-se, no entanto, de uma perspectiva verdadeiramente contraditória e que está assentada sobre pressupostos ideológicos que incluem, de fato, evidentes inconsistências discursivas. De certa forma, a fundamentação axiológica de todos os direitos remete à ideia de igualdade.⁸⁰ O que converte um direito em *fundamental* em termos valorativos, e permite tal categorização, é a sua estrutura igualitária, ou seja, o fato de dizer respeito a interesses que se demonstram tendencialmente generalizáveis ou inclusivos e, por isso, verdadeiramente indisponíveis e inalienáveis.⁸¹ No entanto, o princípio da igualdade é um princípio relacional,⁸² e as questões a respeito dos sujeitos e do objeto da igualdade têm admitido diferentes respostas.

Quanto aos sujeitos implicados, a verdade é que, nos Estados modernos, um extenso rol de direitos, civis, políticos e sociais, têm sido vinculados à categoria da cidadania, que, se surgiu como uma ideia claramente inclusiva, se converteu, sobretudo em uma sociedade como a atual, marcada por migrações massivas, internas e transnacionais, em um autêntico *estatuto de privilégio*, exclusivo e excludente: quando falamos em direitos humanos ou fundamentais, o direito internacional, ao menos tendencialmente, hoje, busca atribuí-los às pessoas - aos administrados -, de forma generalizada, e não apenas aos cidadãos, introduzindo, assim, uma peça-chave para uma compreensão igualitária ampliada do sujeito de direitos. Quanto ao objeto da igualdade, frente à tese que reduz a categorização de direitos a um fundamento axiológico excludente, podemos facilmente verificar que, na realidade, todos os direitos, civis, políticos e sociais, fundam-se na ideia de igual satisfação de certas necessidades, tidas como básicas, a todas as pessoas, e, com ela, em sua igual dignidade, liberdade e segurança.⁸³

⁸⁰ Sobre a igualdade como princípio fundamental ao discurso dos direitos, ver Dworkin (2005).

⁸¹ Isso seria, precisamente, o que distinguiria um *direito fundamental* de um privilégio, cuja estrutura é, por definição, tendencialmente seletiva, excludente e alienável, como destaca Ferrajoli (1990; 2006-a; 2006-b).

⁸² Segundo Pisarello (2007, p. 38), “*el principio de igualdad es un principio relacional, cuyos términos de comparación deben ser definidos: igualdad, sí, pero, ¿entre quiénes? y ¿en qué?*”.

⁸³ Nesse sentido, ver Carter (2005) e, em especial, Balibar (1992).

Outra formulação discutível é a que diz respeito aos direitos sociais como direitos - em oposição a outros, como os civis e políticos - intrinsecamente relacionados à igualdade, e não à dignidade. O princípio da dignidade, que consubstancia, em síntese, o direito da pessoa, de opor-se à imposição de condições de vida opressivas ou humilhantes,⁸⁴ constitui elemento central nas modernas justificações dos direitos fundamentais e o seu reconhecimento é pressuposto, de fato, de qualquer discussão democrática que envolva os direitos tidos como fundamentais, inclusive sobre a sua própria categorização como tais. Assim, em termos normativos, a especificação do que podemos considerar “vida digna” ou “vida indigna” está relacionada a elementos negativos e positivos.⁸⁵ Desde uma perspectiva utilitarista, v.g., a ideia de dignidade - ou de vida digna - está relacionada a um conjunto de condições que viabilizam a manutenção da integridade física e psíquica da pessoa e, em consequência, buscam minimizar as situações de mal-estar, dano ou opressão; desde outra perspectiva, construtivista, a ideia de dignidade está mais relacionada à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade,⁸⁶ algo mais próximo ao que chamamos de “desenvolvimento humano.”

Essas perspectivas, na realidade, não são reciprocamente excludentes, tampouco contraditórias entre si. Se a ação de evitar situações de mal-estar, dano ou opressão pode ter, em termos normativos, um valor relevante, isso se justifica, entre outras razões, porque essas ações são verdadeiras precondições para o livre desenvolvimento da própria personalidade e, em consequência, para a participação nos assuntos públicos. Da maior ou menor garantia de igual dignidade dependem, portanto, não apenas a preservação da integridade física e psíquica da pessoa, mas as próprias possibilidades de exercício de liberdades pessoais e, por isso, a qualidade democrática de uma determinada sociedade.

Assim, somente a partir de uma concepção conservadora, restritiva e equivocada, podemos reduzir a noção de dignidade à satisfação, apenas, de alguns direitos civis básicos, como o direito à vida, à intimidade e à liberdade, fato que justificaria, nessa concepção, uma tutela debilitada de outros direitos, como os sociais, (supostamente) indiferentes à dignidade da pessoa. Se é certo que a dignidade se apresenta como fundamento dos direitos da pessoa, demonstra-se

⁸⁴ Segundo a Constituição jacobina de 1793, a resistência à opressão é consequência dos demais direitos do homem: “*La résistance à l’oppression est la conséquence des autres Droits de l’homme*” (art. 33).

⁸⁵ O princípio da dignidade da pessoa está inscrito em diferentes tradições éticas e políticas, do pensamento liberal clássico ao ideário socialista. Em termos positivos, está reconhecido pelo art. 10.2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e em diferentes constituições, de que são exemplos, além da brasileira de 1988, a alemã de 1949 (art. 1: “1. *Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. 2. Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt*”). 1. A dignidade do homem é intocável. Toda autoridade pública terá o dever de respeitá-la e protegê-la. 2. Com isso, o povo alemão declara invioláveis e inalienáveis os direitos da pessoa humana, como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. Trad. do a.), a espanhola de 1978 (art. 10: “1. 1. *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”) e a colombiana de 1991 (art. 1º: “*Colombia es un Estado social de derecho [...] fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general*”). Sobre o alcance do princípio da dignidade no constitucionalismo moderno, ver Gutiérrez (2005) e, em especial, Sarlet (2002, p. 29 e ss).

⁸⁶ Nessa perspectiva, portanto, o princípio da dignidade estaria mais relacionado, na realidade, à satisfação dos interesses necessários a que cada pessoa persiga livremente os seus fins e planos de vida, e participe da construção da vida social (FABRE, 2000, p. 12-3).

clara, para a sua persecução, a verdadeira interdependência e indivisibilidade dos direitos civis, políticos e sociais: o direito à vida não prescinde, para a sua concretização, do direito a um acesso adequado à saúde; o direito à intimidade ou ao livre desenvolvimento da pessoa não prescinde, para a sua concretização, do direito à moradia; o direito à liberdade, inclusive ideológica e de expressão, não prescinde, para a sua concretização, do direito à educação crítica e de qualidade.⁸⁷

Assim, os direitos que habitualmente reconhecemos ou categorizamos como “sociais” estão estreitamente relacionados à reivindicação e ao real exercício dos direitos civis e políticos, como estes estão estreitamente relacionados, também, à reivindicação e ao real exercício dos direitos ditos “sociais.”⁸⁸

A partir da caracterização dos direitos sociais como direitos efetivamente relacionados à igual dignidade da pessoa, também perdem a consistência as formulações segundo as quais os direitos civis e políticos, enquanto direitos relacionados à liberdade, opõem-se aos direitos sociais. A distinção entre direitos de igualdade e direitos de liberdade foi dominante, de fato, durante a chamada “Guerra Fria”, quando a comunidade internacional chegou a consagrá-los em pactos apartados, ambos de 1966: o dos direitos econômicos, sociais e culturais (PIDESC) e o dos direitos civis e políticos (PIDCP). A ratificação de um ou de outro chegou a colocar-se aos Estados, à época, como uma questão ideológica: ou se optava por direitos civis e políticos, e com eles pela liberdade, ou se optava pelos direitos econômicos e sociais, e com eles pela igualdade.⁸⁹

Após o término da “Guerra Fria”, com a queda do bloco comunista europeu tutelado pela União Soviética, geraram-se as condições objetivas para que se adotasse a tese que viria a ser reivindicada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena (1993),⁹⁰ de indivisibilidade e inter-

⁸⁷ Segundo Pisarello (2007, p. 40-41), “*Sin derechos sociales básicos, los civiles personalísimos corren el riesgo de verse vaciados en su contenido. Y de manera similar, frente al argumento de que el derecho a la libertad de expresión o a la asociación nada significan para quien padece hambre, carece de un cobijo o de un empleo que le asegure la subsistencia, podría afirmarse que la conquista del derecho a la alimentación, a la vivienda o al trabajo depende en buena medida de la disposición de libertades civiles y políticas que permitan reivindicarlo*”. Para Thome (2012, p. 107-8), “a violação aos direitos sociais gera uma violação reflexa aos direitos civis e políticos, na medida em que a vulnerabilidade econômico-social leva à vulnerabilidade dos direitos civis e políticos, ocorrendo o mesmo com a violação dos direitos civis e políticos”. Para uma perspectiva similar, ver Bucci (1997, 2001, 2002).

⁸⁸ Destacamos, inclusive, que direitos civis e políticos tradicionais, como o direito à informação, à participação e ao devido processo, são fundamentais para assegurar não apenas a eficácia dos direitos sociais, no âmbito de políticas sanitárias, habitacionais, de educação ou trabalhistas, v.g., mas também a sua legitimidade, ou seja, servem de instrumentos que viabilizam a aferição da capacidade, das políticas públicas, de apelarem para a autonomia e a dignidade dos seus destinatários: se a satisfação de direitos sociais mínimos é indispensável para a realização dos direitos civis e políticos, que requerem uma situação de superação das necessidades vitais básicas para serem exercidos plenamente, também os direitos civis e políticos são indispensáveis como mecanismos de controle do cumprimento das obrigações que emanam dos direitos sociais.

⁸⁹ Sobre a origem e as discussões que envolveram a ratificação dos pactos, ver Craven (1995).

⁹⁰ Na Conferência Internacional de Direitos Humanos de 1993, em Viena, foi definitivamente legitimada a ideia da indivisibilidade dos direitos humanos, sejam eles civis e políticos ou econômicos, sociais e culturais, como *fundamental* para o desenvolvimento humano. A Declaração de Viena destaca-se, ainda, por redefinir as fronteiras entre o espaço público e a esfera privada, superando a dicotomia que até então caracterizava as teorias clássicas do direito. Foi a partir dessa reconfiguração que os abusos que têm lugar na esfera privada - como a violência doméstica - passaram a ser caracterizados como crimes contra os direitos humanos. O art. 5º da Declaração de Viena dispõe que “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religio-

dependência de todos os direitos. No entanto, a crise dos tradicionais Estados sociais, somada ao fenômeno da *globalização*,⁹¹ favoreceu a tese da contraposição tradicional entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, avultando, ainda, mais do que a primazia dos direitos civis e políticos sobre os sociais, a ideia da primazia quase absoluta dos direitos patrimoniais, de forma que a real contraposição que se colocava, então, dizia respeito não à liberdade frente à igualdade, conceitos relacionais,⁹² mas aos direitos civis e, sobretudo, patrimoniais frente à igualdade social.

A noção de liberdade, como a de dignidade, como vimos, é problemática, pois pode encerrar diferentes valores e significados, podendo-se nela distinguir tanto uma dimensão negativa como uma dimensão positiva: a liberdade negativa corresponderia a uma espécie de imunidade, caracterizada pela ausência de interferências arbitrárias do Estado ou de atores privados; a liberdade positiva corresponderia à possibilidade da pessoa, de definir planos de vida e de participar na discussão e deliberação dos assuntos públicos.⁹³

Nesse contexto, ainda que habitualmente se tenha consentido com um discurso que caracteriza como contraditórias essas duas dimensões, negativa e positiva, da liberdade, parece-nos possível caracterizá-las, mais do que como reciprocamente relacionadas, como reciprocamente complementares e, mesmo, como condicionantes da mais ampla “liberdade real”,⁹⁴ equação cujo núcleo envolve a proteção dos direitos sociais - o exercício da liberdade real e, com ele, a satisfação dos direitos civis, políticos e sociais, está vinculado a imunidades negativas e a faculdades positivas.

A liberdade negativa, assim, abandonando-se a concepção conservadora segundo a qual quase toda a interferência pública na esfera pessoal é arbitrária, especialmente quando estão em jogo a propriedade privada e as liberdades contratuais, pode ser vista como o direito a não sofrer interferências arbitrárias sobre a fruição dos recursos que correspondem às necessidades básicas não apenas para a sobrevivência, mas também para a viabilização de planos de vida, individuais e coletivos - v.g., questões que envolvem o acesso à moradia, à saúde, à educação e ao trabalho. Por outro lado, a partir de uma perspectiva democrática e igualitária, as interferências que tivessem por objetivo a satisfação dessas necessidades básicas não apenas seriam legítimas, como constituiriam o verdadeiro corolário do princípio da igual liberdade, ou da “liberdade real”. A liberdade

... é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais”.

⁹¹ O conceito de “globalização” foi introduzido nos anos oitenta em várias universidades dos Estados Unidos (Harvard, Columbia e Stamford, v.g.) para substituir os conceitos da economia neoclássica ou neoliberalismo, expressões que começavam a desgastar-se devido aos efeitos negativos de sua aplicação em vários países periféricos e também em virtude da “demonização” desses conceitos por parte da crítica. Nesse sentido, Morales (2001, p. 20) afirma que “el grave deterioro en las condiciones sociales causado por el neoliberalismo [...] llevó a la demonización del mismo por parte de los neoestructuralistas y marxistas, razón por la cual sus teóricos idearon el término globalización para disfrazar los postulados internacionales de la corriente.

⁹² Segundo Balibar (1992, p. 124 e ss), uma das consequências claras da declaração francesa de direitos de 1789, e com ela do discurso moderno sobre direitos, é precisamente a identidade entre igualdade e liberdade. Essa equação (*égalité*, segundo Balibar) permitiria às futuras gerações a articulação de um princípio de mútua implicação, historicamente aberto, em virtude do qual não caberia conceber supressões ou restrições das liberdades pessoais que não acarretassem desigualdades sociais, nem supressões ou restrições de desigualdades sociais que não suprimam ou restrinjam liberdades.

⁹³ Sobre a distinção entre liberdade negativa e positiva, tributária da distinção de Benjamin Constant entre *liberdade dos modernos* e *liberdade dos antigos*, ver Berlin (1998).

⁹⁴ Essa perspectiva de liberdade real como superação da dicotomia *liberdade negativa* e *liberdade positiva* é defendida por Añón e Añón (2003, p. 71-126).

positiva, nesse contexto, estaria ligada ao direito das pessoas, de receberem - ou seja, terem acesso a - os recursos que permitem a fruição de uma vida emancipada, livre da dominação dos outros e a possibilidade, concomitante, de construir, com os outros, uma pauta pública comum, em condições de aproximada igualdade.⁹⁵ Assim, enquanto a clássica perspectiva conservadora é construída a partir de uma noção seletiva e excludente dessas imunidades, uma perspectiva democrática e igualitária somente permite concebê-las como direitos generalizáveis e inclusivos.

Essa distinção entre interesses generalizáveis e inclusivos, por um lado, e seletivos e excludentes, por outro, permite-nos melhor compreender a tensão estrutural entre os direitos civis, na sua expressão patrimonial - propriedade privada e liberdade contratual, sobretudo -, e os direitos sociais. Na medida em que o exercício, em condições de aproximada igualdade, de direitos civis, políticos e sociais, está vinculado ao controle de certos recursos, esse exercício guarda estreita relação com o direito à propriedade, entendido como um direito generalizável, no sentido de que se a disposição mais ou menos igualitária de bens e recursos necessários ao desenvolvimento humano somente é possível através de medidas que tendam a evitar a sua concentração e a garantir a sua distribuição, esse exercício só pode ser garantido através de tomadas de posição que conflitam com o direito radical de propriedade privada e com as liberdades contratuais - direitos tendencialmente excludentes e que se constituem, habitualmente, fontes de diversos abusos e privilégios.⁹⁶

A Constituição mexicana de 1917, pioneira na consagração constitucional dos direitos sociais, tratou de estabelecer, nesse sentido, além de uma série de institutos que enriqueceriam consideravelmente a proteção jurídica das relações de trabalho (tratando de matérias como a limitação da jornada de trabalho a oito horas diárias, a proibição do trabalho a menores de 12 anos e a limitação a seis horas para os menos de 16 anos, a jornada noturna máxima de sete horas, o descanso semanal, a proteção à maternidade, o salário mínimo, a igualdade salarial, o adicional de horas extras, o direito de greve, o direito de sindicalização, a indenização pela dispensa, a higiene e a segurança do trabalho, o seguro social e a proteção contra acidentes do trabalho) - ao ponto de exercer uma forte influência sobre o texto da Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado que seria adotada na Rússia revolucionária pelo III Congresso Pan-Russo dos Sovietes -, em seu art. 27, um enorme avanço no sentido da proteção à pessoa, relativizando o “sagrado” direito à propriedade privada, submetendo-o incondicionalmente ao interesse de todo o povo. Com isso, estabeleceu o fundamento jurídico para uma radical revisão da propriedade, que se produziria mediante uma ampla reforma agrária, a primeira do continente americano. A pressão popular pela mesma e a revolução zapatista lhe concederam uma importância singular para o constituinte mexicano de 1917.⁹⁷

⁹⁵ Para um aprofundamento a respeito dessas perspectivas, ver Bertomeu et al. (2005).

⁹⁶ Sobre a distinção entre direito de propriedade e direito à propriedade, ver Waldron (1990, p. 20-4) e Krause (2003, p. 191 e ss).

⁹⁷ A Constituição mexicana de 1917 tratou de estabelecer, no seu art. 27, que *La propiedad de las tierras y las aguas [...] pertenece originariamente a la nación, la cual tuvo y tiene el derecho de transmitir su dominio a los particulares, constituyendo así la propiedad privada. La nación tendrá, en todo momento, el derecho de imponer a la propiedad privada las determinaciones dictadas por el interés público, así como de regular el aprovechamiento de todos los recursos naturales susceptibles de apropiación, con el fin de realizar una distribución equitativa de la riqueza pública y para su conservación. Con ese objetivo, serán dictadas las medidas necesarias para el fraccionamiento de los latifundios.*

O controle sobre os poderes dos mercados e a remoção dos obstáculos privados que obstam a liberdade real, todavia, não implica a eliminação, de fato, do direito de propriedade, mas apenas a promoção daquelas formas de propriedade - e, sobretudo, de controle sobre os recursos - que se demonstram generalizáveis e não excludentes: desde a propriedade social e cooperativa, especialmente dos grandes recursos produtivos, até o usufruto e outras formas de propriedade pessoal.⁹⁸ E, para que haja coerência com a intenção de ampliar a autonomia e de evitar arbitrariedades, essas limitações devem ser proporcionais ao tamanho e à capacidade de atuação dos poderes privados - sua finalidade, em consequência, seria a de assegurar uma (re)distribuição igualitária da autonomia, começando justamente pelos grupos menos dotados de autonomia na sociedade, e de prevenir ou mesmo sancionar o exercício abusivo ou o uso antissocial de direitos-poderes como a propriedade privada ou a liberdade de empresa.⁹⁹ Claro é que, concomitantemente, deveríamos evitar que essas limitações se convertessem em nova fonte de concentração de poderes, tanto de mercado como de Estado. Assim, a partir dessas limitações e controles não resultaria a deterioração do sistema de liberdades, como afirmam as teses liberais, mas, ao contrário, o fortalecimento dessas liberdades, pessoais e coletivas.

Nessa perspectiva, todos os direitos, civis, políticos e, inclusive, sociais, podem ser considerados direitos de “liberdade real”: o objetivo desses direitos é, precisamente, o de satisfazer as necessidades básicas das pessoas, permitindo a elas que desfrutem, de forma estável e sem intervenções arbitrarias, da sua própria autonomia. Não existe, portanto, de fato, uma contraposição entre direitos sociais e civis, enquanto direitos de liberdade. Ao contrário, os direitos sociais aparecem, aqui, como instrumentos imprescindíveis à liberdade, entendida com um conteúdo real e estável no tempo, destinados a assegurar as condições materiais que a viabilizam tanto na esfera privada como nos procedimentos públicos de tomada de decisões.¹⁰⁰

De qualquer forma, se bem podem ser vistos como direitos de liberdade os direitos sociais, também podem os direitos civis e políticos ser vistos como direitos de igualdade. Assim, todos os direitos, civis, políticos e sociais, podem relacionar-se tanto ao princípio da igualdade formal, que proíbe a discriminação, como ao princípio da igualdade substancial, que obriga a compensar ou a remover as desigualdades fáticas. Numa perspectiva formal, os direitos civis e políticos, v.g., poderiam incluir direitos como os de associação e de liberdade ideológica; numa

⁹⁸ Perspectiva que, no Brasil, se demonstra perfeitamente coerente com as disposições constitucionais a respeito do direito de propriedade e de liberdade de empresa, limitados por questões que passam pela sua função social. Por exemplo: “A República Federativa do Brasil [...] tem como fundamentos: [...] os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;” (art. 1º, inc. IV); “a propriedade atenderá a sua função social” (art. 5º, inc. XXIII); “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei” (art. 7º, inc. XI); “Compete à União instituir impostos sobre: [...] grandes fortunas, nos termos de lei complementar (art. 153, inc. VII); “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] função social da propriedade” (art. 170, inc. III); “A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros” (art. 172); “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, § 4.º); “A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo” (art. 174, § 2º).

⁹⁹ Para uma proposta similar, baseada em uma releitura do *princípio da diferença* de Rawls, ver Nino (1984).

¹⁰⁰ Assim, com diferentes perspectivas, Habermas (2005, p. 147) e Fabre (2000, p. 111 e ss).

perspectiva substancial, esses mesmos direitos relacionar-se-iam com as condições materiais que permitem o exercício do direito de associação e de liberdade ideológica, e com a remoção dos obstáculos, públicos ou privados, que impeçam, de fato, esse exercício.¹⁰¹

Destacamos, todavia, que a igual tutela de direitos civis, políticos e sociais, e com ela das liberdades pessoais, não pretende - nem poderia - assegurar uma igualdade mecânica nos resultados ou pontos de chegada, ou seja, uma igualdade de resultados, mas uma igualdade de oportunidades, ou seja, garantir a todas as pessoas as condições necessárias à capacidade para a participação na vida social e para definir, revisar e manter projetos de vida próprios, de forma que cada pessoa possa assumir sua responsabilidade¹⁰² e, com ela, as consequências que decorram do livre exercício dos seus direitos - a posição que uma pessoa ocupa na sociedade, delineada econômica, social e culturalmente, não depende, necessariamente, de seus méritos ou deméritos, ou de sua responsabilidade, pois existem situações de privação de vários matizes, em decorrência das quais a pessoa não deveria ser culpabilizada, mas sim, de alguma forma, compensada.¹⁰³

Tendo em conta tais premissas, um projeto que visasse assegurar, de fato, igualdade de oportunidades às pessoas deveria propor, antes de tudo, a remoção das causas estruturais que colocam as pessoas em situação de vulnerabilidade e a aproximação dessas mesmas pessoas às condições materiais que lhes permitiriam exercer a liberdade, mas não apenas inicialmente, senão ao longo de todo um processo dinâmico de promoção da igualdade.¹⁰⁴

Por fim, uma última aparente tensão deve ser apontada, entre igualdade e diversidade, quando nos reportamos à percepção filosófica e normativa dos direitos sociais: a tese segundo a

¹⁰¹ Esse duplo princípio foi reconhecido, pela primeira vez, no art. 3º da Constituição italiana de 1948 - [...] É compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese - e é conhecido como "cláusula Basso", em homenagem ao deputado socialista que o idealizou.

¹⁰² Empregamos aqui o termo *responsabilidade* na acepção dada pela literatura psicanalítica convencional, ou seja, como equivalente à ação com discernimento e consciência acerca dos efeitos produzidos pela pessoa sobre si e sobre os demais. Consciência e discernimento que permitem ao ser humano reconhecer-se, a um só tempo, como ator livre para escolher e decidir sobre suas atitudes, bem como para se reconhecer como aquele a quem se atribuem as consequências dos próprios atos.

¹⁰³ Uma das contribuições de Rawls para a construção do pensamento igualitário, que inspirou outros autores, como Dworkin e Cohen, foi a ideia de que as pessoas poderiam ser responsabilizadas por suas ambições, mas não por suas capacidades físicas ou mentais. Segundo Rawls (1980), o talento natural de algumas pessoas devia-se à *sorte bruta*, e não à *sorte por opção*. Por isso, os mais afortunados somente teriam direito a beneficiar-se da *sorte* se, com isso, houvesse alguma melhora na condição dos piores situados na sociedade. Cohen (1989) critica os termos do *princípio de diferença* de Rawls, por considerá-lo uma "chantagem" dos mais afortunados que, por sê-lo, não teriam, na realidade, direito à postulação de benefícios adicionais, mesmo a pretexto de melhorar a vida dos menos afortunados: Cohen propõe uma igualdade *profunda* de oportunidades que nega benefícios àqueles que, de maneira irresponsável, gastam mal um recurso valioso. Além da remoção das desigualdades resultantes da "má sorte", alguns autores, como Callinicos (2003, p. 95 e ss) defendem a ideia de limitação de todas as desigualdades que provêm de apropriações "ilegítimas" das capacidades físicas ou mentais de outros, como as que provêm das atividades especulativas ou das relações de exploração. Na Espanha, em especial, o Estatuto de Autonomia da Catalunha traz a ideia de liberdade e autonomia como bens contrapostos à ideia de exploração: "*Todas las personas tienen derecho a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación, de maltratos y de todas formas de discriminación, y tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad laboral*" (art. 15.2).

¹⁰⁴ Segundo Araguren (1994, p. 436), "La justicia no consiste meramente en dar a cada uno, 'de una vez y para todas', lo suyo, sino de 'restituírsele' de establecer iterato, de nuevo, una y otra vez, en su dominio", pois "la justicia ni fue establecida ni puede establecerse de una vez y para siempre [...] el reparto se desequilibra constantemente y siempre volvemos a ser - iterate - acreedores y deudores."

qual os direitos sociais tutelam uma espécie de homogeneidade social, em prejuízo do pluralismo e da diversidade cultural. Se aceitarmos que todos os direitos fundamentais estão intrinsecamente relacionados à igual dignidade e liberdade, poderemos facilmente concluir que, enquanto instrumentos que capacitam as pessoas à participação na vida social e à escolha de planos de vida próprios, os direitos sociais, como a própria noção de liberdade, trazem em si o germe do pluralismo e da diversidade cultural.¹⁰⁵ Assim, os direitos civis, políticos e sociais são fundados na necessidade de satisfação do mais amplo direito a igual liberdade e a igual diversidade de todas as pessoas.¹⁰⁶ Daí, v.g., a profunda implicação dos direitos civis, políticos e sociais com as chamadas *demandas de reconhecimento*.

Portanto, a ideia de subordinação axiológica dos direitos sociais aos direitos civis e políticos não se sustenta. Ao contrário, todos esses direitos - civis, políticos, sociais - podem ser considerados indivisíveis e interdependentes, suscetíveis que são de uma fundamentação comum: a igual dignidade, a igual liberdade e a igual diversidade de todas as pessoas. Claro é que essa formulação não exclui a possibilidade de situações de conflito entre direitos,¹⁰⁷ que devem ser submetidas à técnica da ponderação (ZAGREBLESKY, 2005).

¹⁰⁵ Sobre esse vínculo entre a capacidade e a liberdade e entre a capacidade e a diversidade, ver, por exemplo, Sen (2006, p. 9 e 86).

¹⁰⁶ Ressaltamos, todavia, que, num contexto de mercantilização de diversas esferas da vida, a satisfação das necessidades básicas das pessoas, e mesmo a definição do que sejam essas necessidades, exige pensar os direitos civis, políticos e sociais como direitos de igual liberdade, mas com limitações. A ampliação da autonomia, que se identifica com a emancipação, não pode ser vinculada à posse indiscriminada sobre as coisas. Assim, a ampliação do círculo de solidariedade que envolve os direitos sociais e o direito ao desenvolvimento humano implica estabelecer limites ao exercício absoluto dos direitos, em especial à tendência dos direitos, de assumirem uma estrutura tendencialmente acumulativa e excludente, própria dos direitos patrimoniais. Uma redistribuição de recursos não prescinde de uma renúncia igualitária a certos bens e serviços, pelas minorias privilegiadas, que não são solidários ou generalizáveis. Ainda que importantes para a extensão da autonomia, nem todos os gostos e preferências podem ser considerados legítimos, especialmente quando frustram o acesso de outros a necessidades básicas. A emancipação inclui, portanto, *“la concertación en el ámbito de los grupos sociales, que, a partir del diálogo y del papel participativo de sus miembros, adquieren cierta capacidad para juzgar y justificar sus gustos, preferencias y necesidades reales ante sí mismos y ante los demás individuos del grupo y de otros grupos”* (GUSTIN; DIAS, 2006, p. 11).

¹⁰⁷ Além disso, na maioria dos sistemas políticos e econômicos contemporâneos é possível verificar a existência de conflitos estruturais, que comportam tensões, mais que entre direitos, entre direitos e poderes. É o caso, v.g., do direito de propriedade, que, quando opera de maneira tendencialmente ilimitada, tende a se transmutar em verdadeiro poder e a pôr em risco a vigência/eficácia de outros direitos fundamentais. É o caso, também, dos direitos relacionados à participação política, que podem converter-se em poderes burocráticos que tendem a ameaçar as liberdades pessoais. Nesse sentido, Bourdieu (2001, p. 15 e ss) destaca a ambiguidade inerente às lógicas da delegação de poderes, pelas quais, se o representante, por um lado, contribui para a existência, no plano político, do grupo que representa, por outro, corre o risco de afastar-se de sua vontade coletiva. O próprio ato de delegação, nos sistemas em que a representação institucional é produto da eleição, traz em si a facilitação tendencial a uma concentração pessoal e patrimonialista do poder político e, ainda, à burocratização.

Capítulo III

*Os Direitos Fundamentais Sociais a partir
da Percepção Teórico-dogmática: a Determinabilidade
e a Tutelabilidade dos Direitos Fundamentais*

Mesmo entre aqueles que, abandonando o relato plano, linear e cronológico das “gerações” de direitos, estão dispostos a reconhecer que os direitos sociais não são simples direitos *tardios*, que *vêm depois* dos direitos civis e políticos, e que, a despeito da percepção filosófico-normativa habitual da fundamentação dos direitos sociais, conseguem conceber os direitos civis, políticos e sociais como direitos com fundamentos comuns, existe uma convicção de que os direitos sociais são estruturalmente diferenciados dos direitos civis e políticos, diferença estrutural que incide, sobretudo, sobre as concepções a respeito das possibilidades de tutela dos direitos sociais.¹⁰⁸

Nesse contexto, os direitos civis e políticos são tradicionalmente identificados como direitos negativos, não onerosos, diretamente exigíveis e, ademais, de fácil proteção, ao passo que os direitos sociais seriam direitos positivos, onerosos - *caros* -, vagos ou indeterminados e de eficácia mediata, condicionados, na sua concretização, por critérios de razoabilidade ou de disponibilidade, à *reserva do possível* - ou reserva do economicamente possível -, ou seja, a contingências, sobretudo econômicas (financeiras e orçamentárias), em um claro contexto de disputas alocativas por recursos escassos ou limitados.¹⁰⁹

Em resumo, os direitos sociais trariam em si meros princípios reitores ou cláusulas programáticas e, dada a sua dimensão coletiva, não seriam suscetíveis de certas formas de tutela perante os órgãos jurisdicionais, que, diante da reserva do possível, pouco ou nada deveriam fazer para garanti-los.¹¹⁰

Muitas dessas percepções trazem, em si, argumentos históricos e axiológicos para a sua justificação, como vimos. Mas, uma vez mais, trataremos de refutar os argumentos trazidos à pauta, demonstrando que esses mesmos argumentos, utilizados para endossar uma visão debilitada dos direitos sociais, podem ser facilmente estendidos a todos os direitos ditos fundamentais, inclusive os civis e políticos.

A alegação de que os direitos civis e políticos geram, tradicionalmente, obrigações negativas, de abstenção, e são direitos, por isso, não onerosos e não prestacionais, “baratos” e de fácil tutela, em contraposição aos direitos sociais, positivos, de intervenção, que seriam, então, direitos onerosos e prestacionais, “caros” e de difícil tutela, não se sustenta, pois nem os direitos

¹⁰⁸ Essa concepção foi influenciada, sem dúvida, pela *classificação dos direitos por status*, desenvolvida por Jellinek (1912). Para uma leitura sobre a crítica à teoria de Jellinek, ver Alexy (1986, p. 243 e ss) e Sarlet (2005, p. 153 e ss).

¹⁰⁹ Em outras palavras, distinguir-se-iam substancialmente as estruturas dos tradicionais “direitos fundamentais” civis e políticos, direitos de liberdade, e dos direitos econômicos, sociais e culturais, direitos de prestação. E dessa distinção emergiriam garantias diferenciadas para a tutela desses direitos: enquanto os direitos de liberdade seriam direitos categorizados basicamente como limites ao poder público, impondo obrigações de abstenção (não intervenção) ao Estado, cuja tutela suporia, sobretudo, o exercício do direito de reação frente à invasão dos vários âmbitos da liberdade, os direitos sociais, direitos prestacionais, demandariam ações positivas concretas dos poderes públicos, de forma que a sua tutela estaria vinculada à capacidade do Estado, de realizar determinadas ações. Dessa forma, a tutelabilidade dos direitos sociais estaria profundamente vinculada a um argumento centralmente econômico, o que, além da suposta “indeterminação” do conteúdo desses direitos, ou dos seus fundamentos axiológicos, justificaria, em tese, menores possibilidades de proteção jurisdicional em matéria de direitos sociais, quer pela submissão da sua eficácia à reserva do economicamente possível, quer pelas limitadas competências técnicas dos juizes para resolverem questões complexas, com consequências de ordem financeiro-orçamentária.

¹¹⁰ A respeito de diferentes variações dessa formulação, ver Abramovich e Courtis (2002, p. 21 e ss).

civis e políticos podem ser caracterizados somente como direitos negativos, de abstenção, nem os direitos sociais podem ser caracterizados apenas como direitos positivos, de intervenção.¹¹¹

Os direitos civis e políticos são, também, direitos positivos, de prestações. Assim, o direito de propriedade, v.g., não demanda, apenas, como habitualmente aponta o pensamento liberal clássico, a ausência de interferências arbitrárias, mas um elevado número de prestações públicas manifestamente onerosas, que vão da criação e manutenção de diversos tipos de registros - de propriedade automotora, imobiliária ou industrial, v.g. - à criação e manutenção de forças de segurança e órgãos jurisdicionais que possam garantir o cumprimento dos contratos que envolvem a propriedade¹¹².

O direito político de voto envolve, igualmente, uma ampla e onerosa infraestrutura, que inclui desde questões mínimas, como urnas, cédulas eleitorais, etc., a outras mais complexas, como escrutinadores, mecanismos de contagem, recontagem e registros, logística, órgãos jurisdicionais, etc. Os direitos civis e políticos comportam, da mesma forma que os direitos sociais, uma dimensão distributiva, cuja satisfação demanda múltiplos recursos, financeiros e humanos.

Portanto, não apenas os direitos sociais implicam custos para o Estado; os direitos civis e políticos, mesmo quando exigem uma abstenção do Estado e/ou dos particulares, ou seja, a não intervenção na esfera de autonomia e liberdade dos indivíduos, dependem de uma gravosa estrutura estatal para a sua realização.¹¹³ O que está em jogo, portanto, normalmente, não é como garantir direitos “caros”, mas, de fato, decidir *como* e *com que prioridade* serão alocados os recursos que todos os direitos - civis, políticos, sociais - exigem para a sua satisfação.

Da mesma forma, os direitos sociais, embora normalmente associados a prestações (direitos positivos), também comportam deveres de abstenção. Assim, o direito à moradia diz respeito não apenas a uma demanda por políticas que viabilizem o acesso à moradia, mas também ao direito de não ser arbitrariamente desalojado e de não ter incluídas, nos contratos de locação ou de

¹¹¹ A ideia de que os direitos civis e políticos têm apenas uma dimensão *negativa*, não prestacional, e que são, portanto, direitos não onerosos, herdada do paradigma liberal, é falsa. Sarlet (2004, p. 439) afirma que a tomada de consciência dessa questão permite a todos, especialmente aos juristas, perceber que a relação entre as dimensões negativa e prestacional dos direitos fundamentais não deve obedecer a uma dialética de antagonismo, mas a uma dialética de recíproca complementação.

¹¹² Holmes e Sunstein (1999), citados por Cruz (2008, p. 95), demonstrando que todos os direitos têm um custo, sustentam que a alocação de recursos financeiros para a manutenção de uma burocracia estatal policial e judicial ligada à tutela da integridade física e da propriedade das pessoas não pode ser esquecida quando da repartição de recursos orçamentários. Reportando-se à obra de Holmes e Sunstein - *The cost of rights* -, Amaral (2001, p. 74-76) afirma: “Então esta questão se põe: as liberdades protegidas pelo Bill of Rights são apenas negativas? Por força delas está o Estado obrigado apenas a se abster, sem ter que agir? Alguns direitos constitucionais dependem, para sua existência, de condutas estatais positivas. Portanto, o Estado está sob um dever constitucional de agir, não de abster-se. Se deixar uma pessoa escravizar outra, nada fazendo para desfazer a situação que configura servidão involuntária, o Estado terá violado a Décima-terceira Emenda. Por força da proteção dada pela Primeira Emenda à liberdade de expressão, o Estado está obrigado a manter ruas e parques abertos para manifestações, muito embora isso seja caro e requeira uma conduta positiva. [...] O direito a uma justa compensação pela propriedade confiscada é uma piada se o Tesouro não efetuar o pagamento”. Holmes e Sunstein refutam, ainda, os argumentos dos que propagam “uma filosofia libertária de um Estado mínimo”, como Robert Nozick, Charles Murray e Richard Epstein, mostrando que os gastos dos EUA com proteção policial e punições penais montaram a 73 bilhões de dólares no ano de 1992, quantia que excede ao PIB de mais da metade dos países do mundo - “A maior parte desse valor foi destinada a proteger a propriedade privada através do combate e punição aos crimes contra o patrimônio”.

¹¹³ A ideia de que todos os direitos têm um custo constitui, como demonstramos, o argumento central de Holmes e Sunstein (1999).

aquisição do imóvel residencial, cláusulas abusivas. O direito ao trabalho está fundamentalmente relacionado à proteção em face de despedidas arbitrárias, o que importa um dever de abstenção por parte das empresas.¹¹⁴

Essas obrigações negativas, embora relacionadas a direitos sociais, não dependem de grandes desembolsos, nem se inserem na chamada “reserva do possível”. Além disso, muitas obrigações positivas, relacionadas à satisfação de direitos em geral, sejam eles civis, políticos ou sociais, têm a ver não com prestações fáticas, mas com prestações normativas (leis, v.g.), que, sem custos diretos, simplesmente inserem um marco regulatório, que os garante:¹¹⁵ isso ocorre habitualmente, v.g., no caso das *demandas de reconhecimento*. Por outro lado, mesmo algumas prestações fáticas, ainda que centrais para a satisfação de certos direitos, não têm um custo exorbitante, como as que tendem a estabelecer mecanismos locais de consulta e participação popular.¹¹⁶

Podemos afirmar que todos os direitos, civis, políticos e sociais, de uma forma ou de outra, consubstanciam obrigações exigíveis, negativas, de abstenção ou respeito, e positivas, de intervenção ou satisfação, dos poderes públicos, e ainda obrigações concernentes à sua proteção em face de vulnerações provenientes de ações ou omissões de particulares.¹¹⁷

Por outro lado, uma das principais obrigações que os direitos sociais geram para os poderes públicos diz respeito a um dever negativo, consubstanciado no princípio da não regressividade, articulado a partir do art. 2º do Pacto Interacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,¹¹⁸ que,

¹¹⁴ Assim, v.g., Sarlet (2001, p. 98) afirma que “o direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como - e esta a dimensão mais problemática - impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames da mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde.”

¹¹⁵ O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, organismo encarregado de supervisionar o cumprimento do PIDESC, através do Comentário Geral n. 3 (1990), reforçou a ideia da necessidade de realização dos direitos sociais através de “todos os meios apropriados, incluindo particularmente a adoção de medidas legislativas”, reconhecendo que, em muitos casos, a legislação é altamente desejável e em alguns casos pode ser até mesmo indispensável: “*The means which should be used in order to satisfy the obligation to take steps are stated in article 2 to be ‘all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures’.* The Committee recognizes that in many instances legislation is highly desirable and in some cases may even be indispensable. For example, it may be difficult to combat discrimination effectively in the absence of a sound legislative foundation for the necessary measures. In fields such as health, the protection of children and mothers, and education, as well as in respect of the matters dealt with in articles 6 to 9, legislation may also be an indispensable element for many purposes.”

¹¹⁶ O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, nesse sentido, destaca, no Comentário Geral n. 3 (1990), que “*Other measures which may also be considered ‘appropriate’ [...] include, but are not limited to, administrative, financial, educational and social measures.*”

¹¹⁷ Shue (1980, p. 52-3) distingue o amplo leque de obrigações decorrentes de todos os direitos, civis, políticos e sociais, para os poderes públicos, concentrando as obrigações, sobretudo, em três: de evitar privações, de proteger e de ajudar: *to avoid, to protect, to aid.*

¹¹⁸ “Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos econômico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas”.

segundo o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas,¹¹⁹ obriga os poderes públicos a que não adotem políticas e, em consequência, não sancionem normas que venham a piorar, sem razoável justificativa, a situação dos direitos sociais no país.¹²⁰

Esse mesmo princípio, de *irreversibilidade das conquistas sociais*, foi articulado constitucionalmente a partir da aprovação, na Alemanha, da Lei Fundamental de Bonn (1949),¹²¹ como corolário da força normativa da Constituição e do conteúdo mínimo ou essencial dos direitos nela reconhecidos, e se irradiou para diversos ordenamentos, como o português,¹²² o espanhol,¹²³ o colombiano, (ARANGO, 2002 apud COURTIS, 2006, p. 153 e ss) o brasileiro (SARLETT apud COURTIS, 2006, p. 329 e ss) e o francês.¹²⁴

A ideia de não regressividade não retira, ao Estado, a possibilidade de promover certas reformas no âmbito das suas políticas públicas sociais, *prima facie* regressivas, v.g., para (re)alocar os recursos necessários à inclusão social de determinados grupos, em situação de maior vulnerabilidade. Mas os poderes públicos deverão demonstrar, sempre, à cidadania, que as alterações que pretendem promover redundam, ao final, em maior proteção dos direitos sociais, justificando-as amplamente.¹²⁵

Embora, portanto, a *vedação do retrocesso* não seja absoluta, este - o retrocesso - deve ser plenamente justificado. Assim, por exemplo, a Corte Constitucional da Colômbia já decidiu, em reiterados casos, que aquelas medidas que implicam retrocesso em matéria de direitos sociais devem ser consideradas medidas logicamente violadoras dos deveres do Estado e, portanto, devem estar sujeitas a um alto grau de sindicabilidade constitucional.¹²⁶

A pretexto de vedar o retrocesso, o Tribunal Constitucional português já declarou inconstitucional uma lei que abolia o serviço nacional de saúde preexistente, decidindo que “Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa - a criação de uma dada

¹¹⁹ Segundo o Comitê, “*cualquier medida deliberadamente regresiva [...] requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de recursos que se dispone.*” (COURTIS, 2006, p. 79).

¹²⁰ Segundo Courtis (2008, p. 510), “O princípio subjacente é o de que se o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais requer a progressiva realização dos direitos ali incluídos - reconhecendo o caráter necessariamente gradual de seu gozo pleno -, também proíbe que os Estados tomem medidas que piorem a sua realização. Como um critério para a comparação normativa, a vedação do retrocesso significa que qualquer medida adotada pelo Estado que suprima, restrinja ou limite o conteúdo dos direitos já garantidos pela legislação, constitui violação *prima facie*.”

¹²¹ Sobre o caso alemão, ver Franco apud Courtis (2006, p. 361 e ss).

¹²² Em Portugal, Canotilho (2002) aponta para a existência de cláusulas constitucionais implícitas que proíbem uma “evolução reacionária” ou o “retrocesso social”.

¹²³ Na Espanha, o tema da irreversibilidade dos direitos sociais foi tratado por Marín (1996, p. 91 e ss).

¹²⁴ Segundo Roman (2002, p. 280), o Conselho Constitucional francês tem feito uso, ainda que de forma irregular, do chamado *cliquet anti-retour*.

¹²⁵ Justificação que, expondo racionalmente os motivos determinantes da sua conduta, permite sindicá-los não só quanto à sua legalidade, ou seja, à sua adequação ao ordenamento (validade), mas também quanto à existência real desses motivos e quanto à proporcionalidade da reforma *prima facie* regressiva. Isso implica, além da comparação “entre a legislação, os regulamentos e as práticas previamente existentes e a recentemente aprovada, de forma a avaliar seu caráter regressivo”, que o Estado justifique as suas medidas regressivas, que constituem violação *prima facie*, devendo provar “em escrutínio mais severo, que elas são justificadas.” (COURTIS, 2008, p. 510).

¹²⁶ A Corte colombiana já declarou inconstitucionais, assim, leis que foram consideradas regressivas em áreas como *pensões* (decisão T-789/2002), *acesso aos serviços de saúde* (decisão T-671/2002), *educação* (decisão C-931-2004) e *moradia* (decisão T-1318/2005).

instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica -, então, quando ela é levada a cabo, o resultado passa a ter a proteção direta da Constituição”.¹²⁷ Em outro caso, o Tribunal Constitucional declarou inconstitucional uma nova lei sobre a garantia do benefício de renda mínima, que, alterando a lei anterior, mudou o limite mínimo de idade para a percepção do benefício de 18 para 25 anos, excluindo, assim, virtualmente, do benefício as pessoas menores de 25 anos que já haviam sido previamente beneficiadas por ele.¹²⁸

No mesmo sentido, a Corte Belga de Arbitragem vem interpretando o art. 23 da Constituição belga, concernente a direitos econômicos, sociais e culturais,¹²⁹ como se este impusesse um efeito “congelante” (*standstill effect*), vedando o retrocesso significativo na proteção desses direitos conferidos pelas leis no momento da adoção da Constituição. Em um caso alusivo à redução de benefícios assistenciais, a Corte belga decidiu que, no que tange ao direito à assistência social, esse efeito “congelante” veda o retrocesso significativo na proteção conferida pela legislação no momento da entrada em vigor do art. 23.¹³⁰

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, por sua vez, julgou procedente uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 1946/DF) para dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional n. 20, interpretação conforme à Constituição, vedando um retrocesso histórico (limitação do valor do benefício previdenciário) concernente ao direito social à licença-maternidade remunerada.¹³¹

¹²⁷ “Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa - a criação de uma dada instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica -, então, quando ela é levada a cabo, o resultado passa a ter a proteção direta da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor [...]. Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar, certas instituições [...]. Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem. Mas, após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem ao momento da adoção da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado como garantia dos direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não só o obriga apenas a criá-los, como também geram o dever de não aboli-los uma vez criados.” (Acórdão n. 39/84, de 11 de abril de 1984).

¹²⁸ Acórdão n. 509/2002, de 19 de dezembro de 2002.

¹²⁹ “Chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine. A cette fin, la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent, en tenant compte des obligations correspondantes, les droits économiques, sociaux et culturels, et déterminent les conditions de leur exercice. Ces droits comprennent notamment : 1° le droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle dans le cadre d'une politique générale de l'emploi, visant entre autres à assurer un niveau d'emploi aussi stable et élevé que possible, le droit à des conditions de travail et à une rémunération équitables, ainsi que le droit d'information, de consultation et de négociation collective; 2° le droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale, médicale et juridique; 3° le droit à un logement décent; 4° le droit à la protection d'un environnement sain; 5.° le droit à l'épanouissement culturel et social.”

¹³⁰ Caso n. 5/2004, de 14 de janeiro de 2004.

¹³¹ “1. O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05/10/1988, cujo art. 6° determina: a proteção à maternidade deve ser realizada ‘na forma desta Constituição’, ou seja, nos termos previstos em seu art. 7°, XVIII: ‘licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias’. 2. Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7°, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E.C. n. 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7°, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado. 3. Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção

Atentando-se para determinados critérios, a razoabilidade ou proporcionalidade de um programa ou de uma ação aparentemente regressiva, em matéria de direitos sociais, pode ser aferida,¹³² de modo a permitir ao Estado justificar o programa ou política, sem prejuízo do reconhecimento de um núcleo mínimo absolutamente protegido,¹³³ contra o qual não cabem quaisquer limitações, ainda que “proporcionais”.¹³⁴

A obrigação de não regressividade em matéria de direitos sociais está relacionada, por outro lado, a uma obrigação de progressividade (SARLETT apud COURTIS, 2006, p. 329 e ss). Esse princípio autoriza os poderes públicos a adotarem programas e políticas de desenvolvimento de direitos sociais de maneira gradual, na medida em que existam recursos disponíveis - a reserva do possível -, mas desautoriza aos Estados a postergação indefinida da satisfação dos direitos em pauta.¹³⁵ Pelo contrário, demanda ações concretas, começando pela de demonstrar, de fato, que estão

deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais conseqüências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade”.

¹³² Segundo Pulido (2003), há elementos básicos que integram o “teste” de proporcionalidade em alguns ordenamentos contemporâneos, como o alemão, a que podemos recorrer através do direito comparado. Esses critérios incluiriam: (a) a *legitimidade* da medida em pauta, ou seja, a sua vinculação ao ordenamento e, sobretudo, aos fins proscritos; (b) a *idoneidade* da medida em pauta, ou seja, o seu caráter realmente adequado à proteção dos fins proscritos; (c) a *necessidade* da medida em pauta, ou seja, seu caráter imprescindível e, antes de tudo, a inexistência de meios menos gravosos para os direitos afetados; e (d) a *proporcionalidade*, em sentido estrito, da medida em pauta, ou seja, se dela derivam mais benefícios e vantagens de interesse geral do que para outros bens e valores em conflito.

¹³³ Sobre as chamadas “teorias absolutas” do conteúdo essencial dos direitos, ver Alexy (1994, p. 288 e ss).

¹³⁴ Segundo o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, essa obrigação de não regressividade impõe-se mesmo em tempos de crises econômicas, de forma que “*a pesar de los problemas causados externamente, las obligaciones dimanantes del Pacto continúan aplicándose y son quizás más pertinentes durante tiempos de contracción económica. Por consiguiente, parece al Comité que un deterioro general de las condiciones de vida [...], que sería directamente atribuible a las decisiones de política general y a las medidas legislativas de los Estados Partes, y a falta de medidas compensatorias concomitantes, contradiría las obligaciones dimanantes del Pacto*” (Observación General n. 4, 1991).

¹³⁵ A escassez orçamentária, por si só, não pode ser vista como argumento suficientemente sólido para o afastamento do imperativo de implantação dos direitos sociais. Ainda que os recursos públicos sejam limitados, o Estado deve alocar verbas orçamentárias específicas para o cumprimento de direitos sociais, na medida do possível, mas sempre se impondo o máximo esforço na persecução das garantias dos direitos sociais. Nesse sentido, segundo o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, “*The principal obligation of result reflected in article 2 is to take steps ‘with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized’ in the Covenant. The term ‘progressive realization’ is often used to describe the intent of this phrase. The concept of progressive realization constitutes a recognition of the fact that full realization of all economic, social and cultural rights will generally not be able to be achieved in a short period of time. In this sense the obligation differs significantly from that contained in article 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights which embodies an immediate obligation to respect and ensure all of the relevant rights. Nevertheless, the fact that realization over time, or in other words progressively, is foreseen under the Covenant should not be misinterpreted as depriving the obligation of all meaningful content. It is on the one hand a necessary flexibility device, reflecting the realities of the real world and the difficulties involved for any country in ensuring full realization of economic, social and cultural rights. On the other hand, the phrase must be read in the light of the overall objective, indeed the raison d’être, of the Covenant which is to establish clear obligations for States parties in respect of the full realization of the rights in question. It thus*

realizando o máximo de esforços, e até o máximo de recursos disponíveis - humanos, financeiros, tecnológicos, etc. -, para a satisfação, ao menos, do conteúdo essencial dos direitos sociais e para dar soluções, de forma prioritária, aos grupos em situação de maior vulnerabilidade.¹³⁶

Dessa forma, se a ideia da reserva do possível pode ser utilizada como argumento à cidadania, pelos governos, em um contexto de disputas alocativas, no sentido de justificar a falta de efetivação de determinados direitos sociais, se todos os direitos, civis, políticos e sociais, são, em maior ou menor grau, onerosos, e se o que está em jogo, na realidade, é decidir *como* e *com que prioridade* serão alocados os recursos que os direitos, civis, políticos ou sociais, exigem para a sua satisfação, o poder político, ao invocar a reserva do possível, deve, sempre, demonstrar que está fazendo o máximo de força - em todos os campos: financeiro, pessoal, tecnológico, etc. -, até o máximo possível, e que está priorizando os grupos mais vulneráveis.¹³⁷

Além disso, em alguns casos, como o brasileiro, destaca-se uma tradição segundo a qual as decisões produzidas no processo deliberativo orçamentário têm sido superadas sem maior cerimônia por ato do Poder Executivo central, que simplesmente retém verbas, sem nem mesmo expor os motivos para tanto (MENDONÇA, 2008, p. 232-3). A inexecução do orçamento, com a promoção de cortes que atingem áreas em que a atuação do Estado é deficiente, relacionadas aos direitos sociais, cria distorções no âmbito da “reserva do possível”, com francas violações aos direitos fundamentais.¹³⁸

Por outro lado, habitualmente os direitos sociais são caracterizados como direitos “vagos” ou indeterminados. Assim, fórmulas como “direito ao trabalho” diriam muito pouco a respeito do efetivo conteúdo do direito em questão, assim como das obrigações que decorrem dele, razão pela qual os direitos sociais, classicamente, comportariam algumas obrigações de resultado, deixando indeterminados, todavia, os instrumentos concretos de ação para alcançá-lo. Os direitos civis e

imposes an obligation to move as expeditiously and effectively as possible towards that goal. Moreover, any deliberately retrogressive measures in that regard would require the most careful consideration and would need to be fully justified by reference to the totality of the rights provided for in the Covenant and in the context of the full use of the maximum available resources” (Comentário Geral n. 3, 1990). A questão concernente à reserva do possível será tratada, com maior profundidade, no seguimento deste ensaio.

¹³⁶ Uma das obrigações decorrentes do PIDESC, segundo o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, é a de “tomar medidas”, compromisso que, por si só, não é qualificado ou limitado por outras considerações – “[...] ‘to take steps’, which in itself, is not qualified or limited by other considerations”. Para o Comitê, “Thus while the full realization of the relevant rights may be achieved progressively, steps towards that goal must be taken within a reasonably short time after the Covenant’s entry into force for the States concerned. Such steps should be deliberate, concrete and targeted as clearly as possible towards meeting the obligations recognized in the Covenant” (Comentário Geral n. 3, 1990).

¹³⁷ Aqui, observamos um mandado claro, dirigido ao poder político: se há um grupo mais vulnerável e os recursos são, de fato, limitados, as políticas possíveis devem ser prioritariamente dirigidas às necessidades desses grupos mais vulneráveis. Nesse contexto, a justificação da *reserva do possível* encerra um juízo comparativo entre o que *não se pode fazer* e o que *se está fazendo*, e sempre demanda a demonstração do emprego do máximo recurso: se há *superávit* fiscal, v.g., não se justifica a exposição de pessoas a condições de vida indigna a partir do expediente da reserva do possível. Segundo o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, “In order for a State party to be able to attribute its failure to meet at least its minimum core obligations to a lack of available resources it must demonstrate that every effort has been made to use all resources that are at its disposition in an effort to satisfy, as a matter of priority, those minimum obligations” (Comentário Geral n. 3, 1990).

¹³⁸ Segundo Sabbag (2006, p. 153), “Com relativa facilidade e sob a invocação de metas fiscais, os executores da lei orçamentária alteram fluxos financeiros da noite para o dia, ocasionando cortes nos investimentos, anulação de programas, paralisação de serviços e obras importantes. Não são incomuns orçamentos realizados pela metade ou execução que sai do papel nos últimos dois meses do exercício financeiro”.

políticos, ao contrário, não só estipulariam o resultado a ser perseguido, mas, ao menos, indicariam os meios necessários à sua não violação.

Novamente, os argumentos que apontam para uma percepção que leva à conclusão de que os direitos sociais são direitos de difícil proteção não se sustenta. Certo grau de indeterminação, inclusive em termos semânticos, é inerente não apenas à linguagem jurídica, mas à própria linguagem natural. No caso de direitos tidos por fundamentais, consagrados em tratados internacionais ou no plano constitucional, essa indeterminação pode decorrer, mesmo, de uma exigência derivada do pluralismo jurídico, pois uma regulação excessiva do conteúdo e das obrigações decorrentes de um direito poderia mesmo cercear o espaço democrático do diálogo social a respeito do seu alcance.¹³⁹ Assim, nem a abertura relativa na formulação dos direitos sociais tem o efeito de torná-los ininteligíveis, tampouco certo grau de indeterminação supõe um limite insuperável (PISARELLO, 2007, p. 67).

Termos caros aos direitos civis clássicos, como honra, propriedade e liberdade de expressão, não são menos obscuros ou mais precisos do que aqueles usualmente encontrados no âmbito dos direitos sociais.¹⁴⁰ Todos os direitos vêm envolvidos de um “núcleo de certeza”,¹⁴¹ delineado por convenções linguísticas e práticas hermenêuticas que absolutamente não são estáticas, mas dinâmicas, e que, por isso, inclusive contemplam, a qualquer tempo, a possibilidade de desenvolvimento interpretativo, e de “zonas cinzentas”. Nesses contextos, se a maior parte dos esforços elucidativos da atividade legislativa, jurisdicional e doutrinária está voltada para os direitos civis e políticos, isso não corresponde a uma maior obscuridade estrutural dos direitos sociais, mas a uma opção deliberada e claramente ideológica (ALEXY, 1994, p. 490).¹⁴²

Nada impede, portanto, o desenvolvimento de critérios ou indicadores que delimitem o significado mais adequado a determinado direito social.¹⁴³ Antes, o estabelecimento desses parâmetros ou indicadores é, mais do que desejável, imprescindível para o controle sobre o cumprimento das obrigações do Estado em matéria de direitos sociais, inclusive para distinguir, v.g., se o descumprimento de uma obrigação decorre de falta de capacidade ou de verdadeira falta de vontade política.¹⁴⁴ Ou mesmo para verificar se, em um dado ordenamento jurídico concreto, foi produzida, em certo período de tempo, uma situação de regressão, estancamento ou progressão em matéria de direitos sociais.

Muitos desses critérios são o que denominamos *soft law*, ou seja, constituem pautas meramente interpretativas, que, apesar de possuírem estrutura jurídica, não têm caráter obriga-

¹³⁹ Nesse sentido, ver o informe preparado por M. Daly para o Comitê Europeu para a coesão social (DALY, 2003).

¹⁴⁰ Trataremos com maior profundidade do problema dos “conceitos jurídicos indeterminados” (não sem críticas à expressão) no seguimento deste ensaio.

¹⁴¹ Nesse sentido, ver Hart (1961).

¹⁴² No mesmo sentido, Mello (2009-a, p. 28), afirma que “É puramente ideológica - e não científica - a tese que faz depender de lei a fruição dos poderes ou direitos configurados em termos algo fluidos”.

¹⁴³ Segundo Mello (2009-a, p. 28), “a imprecisão ou a fluidez das palavras constitucionais não lhes retiram a imediata aplicabilidade dentro do campo induvidoso de sua significação”.

¹⁴⁴ Ademais, dados inexatos, incorretos ou mesmo falseados tendem a ser elementos determinantes em muitas violações de direitos sociais. A existência, ou não, de *recursos suficientes* para o financiamento de uma política pública, e a sustentação de critérios de elaboração, aplicação e avaliação de políticas, pautados por argumentos como *razoabilidade* e *adequação*, são questões sujeitas a comprovação, inclusive através de dados estatísticos, e a cujos argumentos sempre é possível opor outros.

tório. No entanto, sua invocação pelos destinatários do direito e a sua tomada em consideração pelos poderes públicos poderia contribuir, de forma eficiente, para a definição de um conteúdo dos direitos sociais e das obrigações que deles decorrem, quer para os poderes públicos, quer para os particulares.¹⁴⁵

Nesse sentido, v.g., diversos tribunais têm desenvolvido a tese da existência de marcos mínimos ou essenciais em matéria de direitos sociais, obrigatórios tanto para os poderes públicos, quanto para os atores privados, a partir do direito internacional ou dos marcos consagrados nos próprios ordenamentos constitucionais. O Tribunal Constitucional alemão, assim, entendeu que, apesar de não estarem consagrados direitos sociais, de forma explícita, na Lei Fundamental de Bonn, é possível derivar dela o direito a um mínimo vital existencial, quer vinculado ao princípio da dignidade da pessoa,¹⁴⁶ quer vinculado a um princípio de igualdade material,¹⁴⁷ quer vinculado ao princípio do Estado social.¹⁴⁸

Da mesma forma, a Corte Constitucional colombiana deduziu, do texto constitucional, o direito a um “mínimo vital”, integrado por aqueles bens e serviços necessários a uma vida digna, sobretudo em situações de urgência,¹⁴⁹ estendendo o alcance deste “mínimo” à definição de direitos como à saúde, à moradia e à seguridade social. Assim, nem a determinação do conteúdo dos direitos sociais, nem a estipulação das ações que a sua satisfação exige, tampouco a identificação dos sujeitos obrigados, são questões que se colocam fora do alcance dos órgãos jurisdicionais.¹⁵⁰

Ressaltamos que os direitos sociais obrigam as autoridades estatais, sejam elas do Poder Executivo, do Poder Legislativo ou do próprio Poder Judiciário, mas também podem obrigar atores privados, como os empregadores, os prestadores de serviços na área da saúde ou da educação e os administradores de fundos de aposentadorias e pensões. Essa vinculação dos particulares a di-

¹⁴⁵ Nesse sentido, embora, até o momento, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais seja um dos poucos órgãos do sistema convencional das Nações Unidas que ainda não dispõem de sistemas de procedimentos para recepcionar e tramitar reclamações individuais, coletivas ou de Estados a respeito do descumprimento dos direitos que monitoram (circunstância que se alterará substancialmente a partir da entrada em vigor do Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), as observações e recomendações realizadas pelo Comitê a partir dos informes recebidos dos Estados membros do PIDESC constituem valiosas fontes para o desenvolvimento de critérios e indicadores relacionados ao conteúdo dos direitos sociais e ao cumprimento das obrigações dos Estados em matéria de direitos sociais.

¹⁴⁶ “1. *Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*” - A dignidade da pessoa humana é intangível. Todos os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e a protegê-la (trad. do a.).

¹⁴⁷ 2.2: “*Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden*” - Cada um tem o direito à vida e a integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. A limitação a tal direito não pode ser feita senão através da lei (trad. do a.).

¹⁴⁸ 20.1: “*Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat*” - A República Federal da Alemanha é um Estado federal democrático e social (trad. do a.). Nesse sentido, ver Alexy (1994, p. 414-94 *passim*).

¹⁴⁹ Segundo Ávila (2002, p. 163), “*Esta vinculación entre el concepto de mínimo vital y las situaciones de urgencia constitucional fue analizada por la Corte, por ejemplo, en su Sentencia T-1150, de 2000, sobre desplazamiento forzoso*”.

¹⁵⁰ Nesse sentido, Mello (2009-a, p. 57) afirma que “A existência dos chamados conceitos vagos, fluidos ou imprecisos nas regras concernentes à Justiça Social não é impediante a que o Judiciário lhes reconheça, *in concreto*, o âmbito significativo. Esta missão é realizada habitualmente pelo juiz nas distintas áreas do Direito e sobretudo no direito privado. Além disso, por mais fluido que seja um conceito, terá sempre um núcleo significativo indisputável”.

reitos fundamentais pode ser produto de um reconhecimento expresso do legislador constituinte¹⁵¹ ou, ainda, pode derivar de diferentes princípios jurídicos: desde a proibição de discriminação e cláusulas de boa-fé até o princípio da tutela da parte contratual mais fraca ou da função social da propriedade.¹⁵²

Claro é que as obrigações pertinentes a direitos sociais não se projetam, da mesma forma, sobre todos os atores privados, mesmo porque nem todos os particulares encarregados de subministrarem bens e/ou serviços encontram-se em uma mesma situação de poder e supremacia em face de terceiros. Assim, o grau de vinculação ao respeito e à satisfação de direitos sociais, para os particulares, está direta e proporcionalmente relacionado ao seu tamanho, influências e recursos.¹⁵³

Em síntese, todos os direitos fundamentais, sejam eles civis, políticos ou sociais, têm uma compleição complexa, parte positiva, parte negativa, e todos os direitos são, de uma forma ou outra, onerosos, assim como todos esses direitos são judicializáveis. Não negamos que, tratando casuisticamente de um determinado direito, certos elementos podem ter um efeito simbólico mais forte do que outros, e que os direitos prestacionais, que exigem, de fato, maiores desembolsos financeiros, são mais difíceis de garantir que outros direitos, que não demandam maiores custos, seja por questões financeiras e orçamentárias, seja pelo caráter conflitivo de que se revestem os aportes e transferências de recursos em um quadro de disputas alocativas. No entanto, o que ressaltamos é que nenhum desses problemas diz respeito, apenas, aos direitos sociais, mas se encontram tais questões relacionadas a todos os direitos fundamentais na sua dimensão prestacional, sejam eles direitos civis, políticos ou sociais.¹⁵⁴

Se o que está em jogo, todavia, não são simples concessões revogáveis, mas direitos fundamentais, os poderes de turno devem observar uma série de obrigações que não podem ser indefinidamente postergadas: desde a obrigação de não regressividade em matéria de direitos

¹⁵¹ O art. 18.1 da Constituição de Portugal, v.g., estabelece que “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

¹⁵² No Brasil, no julgamento do Recurso Extraordinário 201819/RJ, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados”. Mesmo nos Estados Unidos, cujo sistema não admite, tradicionalmente, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, de forma que a jurisprudência estadunidense tende a obstaculizar a possibilidade de tutela de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, admite-se uma exceção, que vincula expressamente não apenas os poderes públicos, mas também os atores privados nas suas relações interpessoais, que diz respeito à Décima Terceira Emenda, que proibiu a escravidão nos Estados Unidos.

¹⁵³ Este é, v.g., o critério de vinculação dos particulares estabelecido pela *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act* (2000), lei sul-africana para a promoção da igualdade e a prevenção da discriminação injusta, art. 27.2: “The Minister must develop regulations in relation to this Act and other Ministers may develop regulations in relation to other Acts which require companies, closed corporations, partnerships, clubs, sports organizations, corporate entities and associations, where appropriate, in a manner proportional to their size, resources and influence, to prepare equality plans or abide by prescribed codes of practice or report to a body or institution on measures to promote equality”.

¹⁵⁴ Se, por um lado, ninguém sustentaria, hoje, que a liberdade de expressão comporta, de fato, num ambiente democrático, o acesso gratuito e incondicional de qualquer pessoa, em qualquer situação, a espaços de mídia, rádio e televisão, não podemos sustentar, v.g., que o direito à moradia ou à saúde comportaria o dever automático e incondicional dos poderes públicos de proporcionar uma casa ou medicamentos gratuitos a todas as pessoas e em qualquer circunstância.

sociais até a de adotarem medidas de proteção dos direitos sociais em face de abusos dos atores privados em relações de poder, sem prejuízo do dever de garantir, de forma permanente, o conteúdo mínimo dos direitos sociais, relacionado com aquilo que é delineado, inclusive culturalmente, como o mínimo existencial.¹⁵⁵

Nessa ótica, a alocação de uma determinada expectativa da pessoa - de viver de maneira digna, de conservar a saúde ou de decidir de maneira autônoma sobre os planos de vida - ao catálogo dos direitos civis ou dos direitos sociais revela-se uma questão meramente ordenatória, ou quase semântica. Uma categorização rigorosa implicaria admitir a existência de um *continuum* entre uns e outros direitos, sem que nem as obrigações que eles contêm, nem o caráter mais ou menos indeterminado da sua formulação, possam converter-se em verdadeiros elementos de diferenciação categórica. O mais relevante, assim, não seria opor os direitos civis e políticos aos direitos sociais, mas destacar a contraposição existente entre direitos generalizáveis e privilégios excludentes.

¹⁵⁵ Nesse sentido, ver Häberle (2003).

Capítulo IV

*As Garantias Institucionais e Extrainstitucionais
dos Direitos Fundamentais Sociais e o Exercício
da Cidadania a partir de uma Perspectiva
Garantista e Democrática*

Quando tratamos da questão da efetividade/eficácia das políticas concernentes aos direitos sociais (políticas públicas sociais), temos que ter em conta a percepção de que, para falarmos, com certa propriedade, de qualquer direito, sobretudo dos direitos sociais, é necessário que sejam identificados os mecanismos de garantia desses direitos; do contrário, a efetividade desses direitos restará condicionada à boa vontade dos poderes de turno e/ou dos atores privados que têm a seu cargo determinadas obrigações.

Assim, coesos à percepção de que é necessário reconstruir a percepção a respeito dos direitos sociais, sua imprescindibilidade e suas garantias a partir de uma perspectiva garantista e democrática, participativa, embasada no reconhecimento de que melhores garantias e mais democracia são os elementos centrais à tarefa dessa reconstrução, passamos a analisar as diferentes garantias, institucionais e extrainstitucionais, dos direitos sociais.

Utilizamos o termo “garantias”, aqui, para referirmo-nos aos mecanismos e às técnicas de tutela dos direitos, destinados a assegurar a sua efetividade.¹⁵⁶ Essas garantias, de acordo com os sujeitos que se sobressaem na condição de agentes empenhados na proteção dos direitos, podem ser classificadas, basicamente, em políticas e jurisdicionais (institucionais) ou sociais (extrainstitucionais).

As garantias institucionais dos direitos sociais dizem respeito à atuação dos poderes públicos: garantias políticas e garantias judiciárias ou jurisdicionais. Compreendem garantias primárias, que têm por objeto a especificação do conteúdo dos direitos sociais, estabelecendo obrigações e responsabilidades pertinentes a esses direitos, e garantias secundárias, que se destinam a operar no caso de vulneração dos direitos sociais pela falta de cumprimento, pelos sujeitos a elas obrigados, dessas obrigações e responsabilidades. De forma geral, as garantias primárias são políticas e as garantias secundárias são judiciárias/jurisdicionais; no entanto, algumas garantias políticas também podem atuar como garantias secundárias (PISARELLO, 2007, p. 67).

As garantias políticas dos direitos sociais estão relacionadas aos mecanismos tutelares articulados pelos poderes que têm responsabilidade política, ou seja, que, na democracia, têm o dever de prestar contas ao eleitorado - *accountability* - , o Executivo e o Legislativo. Essas garantias são de central importância aos direitos sociais, ao menos sob dois aspectos: por um lado, para que os direitos sociais sejam concretizados, é necessário, em certa medida, que os poderes políticos definam o seu conteúdo e alcance, e determinem os meios necessários à sua efetivação; por outro lado, o acesso de amplos setores sociais que não podem pagar pelos serviços oferecidos pelas empresas privadas a direitos essenciais como à saúde e à educação, ligados ao mínimo existencial, depende, em grande medida, da atividade estatal nos âmbitos dos poderes Executivo e Legislativo.

O reconhecimento constitucional dos direitos sociais constitui, nesse contexto, a garantia política por excelência desses direitos (PISARELO, 2007, p. 115 e ss). A própria rigidez constitucional, ou seja, a previsão de mecanismos que imponham efetivo limite à possibilidade de reforma ordinária da Constituição, incluídas suas previsões em matéria de direitos, tornando esses direitos em certo grau indisponíveis aos poderes de turno, pode ser considerada um significativo instru-

¹⁵⁶ Nesse sentido, ver Ferrajoli (1999, p. 37-72) e Pisarello (2003, p. 23-53).

mento de proibição a retrocessos arbitrários¹⁵⁷ e, em última análise, de amplo amparo à manutenção, no tempo, dos próprios procedimentos democráticos.¹⁵⁸

A proibição de regressividade, sobretudo, reconhecida pela Organização das Nações Unidas no âmbito do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), obriga os poderes públicos a que não adotem medidas e políticas e, em consequência, que não sancionem normas que venham a piorar, sem razoável justificativa, a situação dos direitos sociais no país. Esse mesmo princípio, de irreversibilidade das conquistas sociais, foi articulado constitucionalmente a partir da aprovação, na Alemanha, da Lei Fundamental de Bonn (1949),¹⁵⁹ como corolário da força normativa da Constituição e do conteúdo mínimo ou essencial dos direitos nela reconhecidos, e irradiou-se, como afirmamos, para diversos ordenamentos.

Ao lado dessas garantias constitucionais procedimentais existem outras, substanciais, que consistem, sobretudo, na adjudicação de um conteúdo concreto aos direitos consagrados no âmbito constitucional, na estipulação dos poderes constituídos, encarregados de observá-los, e na indicação das obrigações e deveres a que se vinculam. Assim, a Constituição é a instância em que se desenha o tipo de poder estatal ao qual se vincula a proteção dos direitos. A partir do seu caráter mais ou menos democrático, portanto, as constituições organizam os poderes estatais sob formas mais ou menos fundadas nos princípios da difusão, pluralidade, representatividade e publicidade do poder político¹⁶⁰: o princípio representativo e a plural composição dos corpos legislativos constituem, também, garantias de natureza política. E, nesse contexto, uma das principais garantias políticas dos direitos sociais consiste na atribuição constitucional da sua tutela a diferentes órgãos, legislativos, executivos e judiciais, que podem limitar e controlar uns aos outros.¹⁶¹

¹⁵⁷ Assim, v.g., a disposição contida no art. 60, § 4º, da Constituição brasileira de 1988.

¹⁵⁸ No entanto, como demonstra Martín (2003, p. 9 e ss), se as cláusulas constitucionais com proteção qualificada são as que consagram direitos patrimoniais e princípios de mercado, a rigidez constitucional corre o risco de converter-se em um obstáculo às transformações políticas e econômicas que a generalização dos direitos sociais exige.

¹⁵⁹ Sobre o caso alemão, ver Franco *apud* Courtis (2006, p. 361 e ss).

¹⁶⁰ Nesse sentido, a própria revogabilidade do poder político é uma garantia prevista em diferentes ordenamentos. Sob um enfoque revolucionário, a declaração de direitos contida no preâmbulo da Constituição democrática jacobina (1793) consagrava o direito-dever de insurreição, caso os direitos das pessoas fossem violados pelo governo: “*Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l’insurrection est, pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs*” (art. 35). Uma fórmula semelhante, como já afirmamos, é encontrada na Declaração de Independência de 1776, das colônias norte-americanas: “*That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness*”. Por outro lado, a Constituição venezuelana de 1999 estabelece que “*el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables*” (art. 6º), e, ainda, que “*todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables*” (art. 72). A Constituição brasileira de 1988 prevê a perda do mandato dos membros do Poder Legislativo da União (deputados federais e senadores) no seu art. 55, dispendo, ainda, no seu art. 84, sobre os crimes de responsabilidade do Presidente da República, caracterizando como crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição e, especialmente, contra: “I - a existência da União; II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV - a segurança interna do País; V - a probidade na administração; VI - a lei orçamentária; VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais” (grifo do autor).

¹⁶¹ A “separação de poderes” (separação de funções ou divisão de responsabilidades) típica à democracia, e a existência de um sistema de mútuo e concorrente controle, ou de “pesos e contrapesos”, constitui uma

Em outro nível, as garantias políticas dizem respeito à efetiva configuração concreta dos direitos sociais, ou seja, à definição do seu conteúdo, à indicação dos seus destinatários, às formas do seu exercício, às obrigações que deles emanam, aos sujeitos encarregados de dar cumprimento a essas obrigações e aos recursos destinados a torná-los efetivos.¹⁶²

As garantias legais dos direitos sociais, resultado do processo legislativo - ou seja, do reconhecimento dos direitos sociais, de forma concreta, em instâncias pluralistas e representativas -, são, também, garantias políticas primárias por excelência, vinculadas não só ao princípio da reserva legal, mas, também, aos princípios da generalidade e da universalidade da lei (MARTIN, 2002, p. 73 e ss).

De fato, o conteúdo mínimo ou essencial dos direitos reconhecidos pelas constituições comporta, para os órgãos institucionais, uma série de obrigações que eles não podem desconhecer. A garantia legal dos direitos diz respeito à obrigação, mais do que à possibilidade, de que seja o parlamento - o Poder Legislativo -, em condições adequadas de publicidade e de confrontação plural de distintos pontos de vista e forças políticas, que venha a estabelecer o regime geral dentro do qual poderá ser exercido o poder regulamentar, bastante vinculado, dos diversos órgãos e agentes da administração pública - o Poder Executivo - em matéria de direitos sociais e/ou de políticas públicas sociais.¹⁶³

Essa garantia formal, procedimental, complementa-se com a percepção de que o desenvolvimento legislativo dos direitos não pode ser dirigido, de forma arbitrária, a sujeitos determinados (generalidade), tampouco da sua titularidade podem ser excluídos, de forma injustificada, determinados grupos (universalidade), percepção imprescindível para que seja evitada a multiplicação de políticas e programas arbitrariamente focalizados, discricionários e expostos a práticas clientelistas, se não à corrupção e à vulneração da própria legalidade, práticas que põem a serviço dos poderes de turno as políticas e que, na configuração dos direitos sociais constitucionalmente reconhecidos, não têm os requisitos mínimos de racionalidade e de legitimidade para a sua regulamentação. Nessa direção, podemos destacar a expansão, pautada na generalidade e na universalidade, do conteúdo de direitos como à educação e à saúde, assim como a inclusão, na agenda política, de novos direitos, como o direito de ingresso incondicional em programas de assistência social e de renda básica a todos que deles necessitem.

Devemos ressaltar, contudo, que garantias legislativas gerais e universais dos direitos sociais não excluem a possibilidade de adoção de garantias legislativas diferenciadas, vinculadas

garantia de caráter instrumental, que proporciona a observação mútua do cumprimento de obrigações de cada um dos poderes. Um exemplo desse sistema de garantia, que pode ser relevante em matéria de direitos sociais, consiste, na Constituição brasileira de 1988, nos mecanismos de pedido de informações do Congresso em relação aos ministros e outros agentes do poder Executivo (art. 50), de instauração de inquéritos parlamentares (art. 58, § 3º) e de fiscalização parlamentar sobre as diversas entidades da administração pública, contábil, financeira e orçamentária. Extraordinariamente, tais mecanismos chegam à deliberação sobre a permanência, ou não, do Executivo de turno: no sistema constitucional brasileiro, é dada ao Senado a prerrogativa de processar e julgar o chefe do Poder Executivo nos crimes de responsabilidade, como aqueles atos que atentem contra o exercício dos direitos sociais (arts. 52, inc. I, e 85, inc. III). Mello (2009-a, p. 57), destaca, quanto à eficácia das normas constitucionais de direitos sociais, que, no Brasil, “Ação ou omissão do chefe do Executivo que embargue o desfrute dos direitos sociais pode ensejar crime de responsabilidade, pois o art. 85 da Constituição configura como tal o atentado contra o exercício dos direitos sociais”.

¹⁶² No seguimento deste ensaio, daremos maior ênfase à questão do delineamento das *políticas públicas* e das *políticas sociais* no âmbito do Estado contemporâneo.

¹⁶³ Nesse sentido, ver Freire (1997, p. 195 e ss).

a necessidades específicas de certos grupos e pessoas,¹⁶⁴ ou, ainda, que estabeleçam cargas diferentes para os particulares, de forma proporcional ao seu tamanho, aos seus recursos e à sua influência.¹⁶⁵ Em um contexto de reconstrução democrática das garantias legais, poderíamos, assim, exigir a previsão de regras de interpretação ou de proteção em favor daquelas pessoas que ocupam posições de sujeição e/ou de dependência, ou, em última instância, de vulnerabilidade, frente àqueles que detêm qualquer tipo de poder, público ou privado.¹⁶⁶

Essas garantias legislativas diferenciadas, que partem de uma desigualdade fática, por outro lado, podem assumir a forma de medidas de *ações afirmativas*,¹⁶⁷ tais como bolsas, subsídios ou quotas que permitam a certos grupos sub-representados ou que tiveram os seus direitos histori-

¹⁶⁴ Segundo Portilla (2005, p. 137), uma das justificações que permitem essas medidas que assinalam direitos diferenciados, pautados por critérios como o sexo, a origem étnica ou a deficiência física ou mental é no sentido de que, com ela, *“se intenta razonablemente compensar a estos grupos por daños y perjuicios contra ellos, persiguiendo, de ese modo, la igualdad sustancial o material”*.

¹⁶⁵ Segundo Godoi (2005, p. 156-157), do Estado Fiscal decorre a imprescindibilidade do tributo, e a partir dessa imprescindibilidade delinea-se o dever fundamental de pagar impostos: “como dever fundamental, o imposto não pode ser encarado nem como um mero poder para o estado, nem como um mero sacrifício para os cidadãos, constituindo antes o contributo indispensável a uma vida organizada em estado fiscal”. Nesse contexto, o dever de concorrer para o financiamento amplo das atividades estatais, através do pagamento de tributos, é uma instituição central do Estado contemporâneo, visto como uma “projeção do princípio da solidariedade social sobre a repartição das cargas públicas”, que, por sua vez, está limitado, na sua incidência sobre os cidadãos, pelo princípio da capacidade contributiva (GRECO, 2005, p. 168-189). Além do aspecto tributário, esses deveres, impostos aos particulares, podem dizer respeito, v.g., à proibição de acumulação de certos recursos de uso comum, à introdução de obrigações e restrições laborais, comerciais e ecológicas, e a sanções ao uso antissocial da propriedade.

¹⁶⁶ Assim, segundo Pisarello (2007, pp. 118-9), *“serían garantías diferenciadas a favor de los más débiles (favor debilis) las leyes agrarias que aseguran los derechos de los campesinos frente al poder de los propietarios de la tierra; o das leyes laborales que resguardan los derechos de los trabajadores frente al poder de los empleadores; o das leyes civiles que protegen los derechos de los inquilinos frente al poder de los propietarios de vivienda, de los promotores urbanísticos o de las inmobiliarias; o las que tutelan los derechos de los consumidores y usuarios frente a los proveedores privados o públicos de servicios educativos, sanitarios, de transporte, de agua potable; o las que protegen los derechos de la mujeres en aquellos contextos laborales, familiares o políticos que las sitúan en relaciones desiguales de poder con los hombres”*. No contexto brasileiro, podemos citar, v.g., a edição da “Lei Maria da Penha” (Lei n. 11.340/2006), que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, do “Estatuto da Criança e do Adolescente” (Lei n. 8.069/90) e do “Estatuto do Idoso” (Lei n. 10.741/2003), e, no plano da seguridade social, a Lei n. 7.998/90, que regula o Programa do Seguro-Desemprego e institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), e a Lei n. 8.742/93, que regula a concessão do benefício de prestação continuada previsto no inc. V do art. 203 da Constituição de 1988, para a pessoa portadora de deficiência e para o idoso que não possuam meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

¹⁶⁷ As *ações afirmativas*, também conhecidas como “ações positivas” ou “medidas de discriminação positiva”, são “ferramentas de integração de grupos da sociedade que tenham estado em situação diferencial com respeito aos demais” (THOME, 2012, p. 169-710). Para Piovesan (2007, p. 189-191), as ações afirmativas são “políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado discriminatório”, cumprindo, assim, uma finalidade pública imprescindível ao projeto democrático de assegurar a diversidade e a pluralidade sociais, devendo ser compreendidas, contudo, não só sob o prisma *retrospectivo*, no sentido de que aliviam a carga de um passado discriminatório, mas também sob o prisma *prospectivo*, no sentido de que fomentam a transformação social. Para Gomes (2003, p. 29 e 1138-46 *passim*), são políticas e mecanismos de inclusão, com vistas à concretização de um objetivo determinado constitucionalmente (nesse caso, o princípio da igualdade de oportunidades). Para Baruki e Bertolin (2010, p. 315), são medidas tendentes a “compensar” em favor de grupos mais vulneráveis, através de proteção específica, proteção que, minimizando as condições desvantajosas destes, favorecem a obtenção do reconhecimento social das potencialidades desses grupos.

camente postergados a acessar certos recursos econômicos, sociais e culturais, inclusive emprego e representação política.¹⁶⁸

Por fim, no âmbito dessas garantias políticas, há limites à configuração legislativa dos direitos sociais, desenvolvidos a partir de estudos do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, órgão encarregado de monitorar o cumprimento do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Assim, a hierarquização dos tratados internacionais no nível constitucional ou, pelo menos, em níveis legais substancialmente privilegiados, impõe aos parlamentos um limite que diz respeito ao que habitualmente é denominado ou categorizado como o “conteúdo essencial” ou o “conteúdo mínimo essencial” dos direitos constitucionais.¹⁶⁹ Isso implica que, por estarem constitucionalizados, os direitos sociais têm um núcleo irreduzível que o legislador não deve ignorar, o que dá uma garantia de razoabilidade à sua regulamentação.¹⁷⁰

Ainda no âmbito das garantias políticas, uma técnica de garantia política secundária é o denominado “poder de polícia” conferido à administração pública.¹⁷¹ Através do exercício desse

¹⁶⁸ Nesse sentido, v.g., as experiências brasileiras da Lei n. 8.112/90, que prevê, no seu art. 6º, § 2º, a reserva de uma quota de vagas, nos concursos públicos para cargos da administração pública federal, para pessoas portadoras de deficiência; da Lei n. 8.213/91, que prevê, no seu art. 93, que “a empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência”; e da Lei n. 10.836/2004, que criou o programa “Bolsa Família”, destinado a transferências condicionadas de renda para unidades familiares que se encontrem em situação de pobreza ou extrema pobreza. No mesmo sentido, por voto unânime dos seus membros, o Plenário do Supremo Tribunal Federal brasileiro, julgando a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 186, recentemente decidiu pela constitucionalidade da política de reserva de cotas étnico-raciais na seleção de estudantes para ingresso no ensino superior (no caso, na Universidade de Brasília).

¹⁶⁹ Na Argentina, v.g., desde 1994 esses tratados foram levados à hierarquia constitucional. No Brasil, o § 2º do art. 5º da Constituição de 1988 estabelece que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, e, a partir da Emenda Constitucional n.º 45/2004, que introduziu o § 3.º ao art. 5º, possibilitou-se a integração dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos à ordem nacional com *status* qualificado, similar ao das Emendas Constitucionais: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (o Estado brasileiro já promulgou, dessa forma, com *status* de Emenda Constitucional, o texto da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo - Decreto n. 6.949/2009); na Espanha, essa especial hierarquia decorre da obrigação de interpretar os direitos fundamentais à luz dos tratados sobre direitos humanos devidamente ratificados. Para uma leitura sobre o “conteúdo essencial” ou o “conteúdo mínimo essencial” dos direitos constitucionais, ver Cara (1994) e Martínez-Pujalte (1997).

¹⁷⁰ Assim, v.g., a Constituição argentina afirma, no seu art. 28, que “*Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*”.

¹⁷¹ Segundo o art. 78 do Código Tributário brasileiro (Lei n. 5.172/66), “Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”. Segundo Mello (2011, p. 829), esse “poder de polícia” consiste na “atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos” - “Refere-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos”. Em sentido mais restrito, que corresponde à noção de “polícia administrativa”, relaciona-se “com as intervenções, que gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas

poder, os agentes públicos controlam e sancionam as práticas que podem violar regras e padrões legais. Essa garantia é especialmente relevante em matéria de direitos sociais, pois em muitos casos a efetividade do direito depende do cumprimento de certas obrigações por atores privados. Assim ocorre, v.g., em questões que envolvem o direito à educação e à saúde, quando as respectivas prestações estão a cargo de prestadores privados, à segurança e à higiene do trabalho, que não prescindem de prestações dos empregadores, e ao meio ambiente, quando sua vulneração, efetiva ou potencial, decorre da atividade de uma indústria privada.¹⁷²

Podemos mencionar, ainda, o surgimento, principalmente a partir das constituições do século XX, de novos órgãos de controle externo, como os tribunais de contas, as ouvidorias, os serviços de proteção aos consumidores, as procuradorias da cidadania e os conselhos populares. Esses órgãos têm, habitualmente, sido dotados de típicas funções de controle político, que se expressam através da emissão de informes e recomendações frente a denúncias de violações de direitos fundamentais e de regras da administração financeira, patrimonial e orçamentária do Estado. Por outro lado, alguns desses órgãos podem, além de receber denúncias e, eventualmente, fiscalizar o emprego de recursos públicos, propor ações judiciais frente a essas violações, quando não for possível sua superação por outra via.

As garantias jurisdicionais são tipicamente secundárias, destinadas a permitir que um poder mais ou menos independente dos sujeitos públicos ou privados obrigados pelos direitos sociais receba e considere denúncias sobre a falta de cumprimento dessas obrigações e, se for o caso, obrigue ao cumprimento e/ou estabeleça reparações/sanções pelo descumprimento. Essa função é normalmente atribuída ao Poder Judiciário, ainda que possam existir outras garantias similares às jurisdicionais, como os tribunais administrativos e os tribunais arbitrais, ou ainda outros agentes e órgãos que empreguem métodos *alternativos* (não judiciais) de resolução de disputas, desde que caracterizados por sua imparcialidade e independência em relação às partes em conflito e por certo poder assignativo (ou seja, o poder de realmente decidir, com eficácia vinculante, uma disputa).¹⁷³

a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais”.

¹⁷² Mello (2011, p. 825-853 *passim*), assim, define a polícia administrativa como “a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (“non facere”) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo”, expressando-se, v.g., tanto nas normas administrativas que disciplinam horário e condições de venda de bebidas alcoólicas em certos locais, como na fiscalização das condições de higiene de estabelecimentos privados. Conquanto se trate, no poder de polícia, de exigir-se um “*non facere*”, ou seja, uma abstenção do particular, por vezes essa abstenção tem a *aparência* de uma obrigação de fazer: trata-se, na verdade, de evitar, através de determinados atos, que as atividades ou situações *pretendidas pelos particulares* sejam efetuadas de maneira perigosa ou nociva (Mello, no entanto, excepciona as circunstâncias concernentes ao *uso da propriedade imobiliária pelos particulares*, no que diz respeito ao atendimento de sua função social, enquadrando na caracterização de *leis de polícia* “as que imponham ao proprietário uma *atuação em prol de ajustar o uso de sua propriedade à função social*”, ou seja, as que imponham ao particular, nessa especial circunstância, um *dever de fazer*).

¹⁷³ No Brasil, v.g., a *arbitragem* é meio válido para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (Lei n. 9.307/96); não se presta, contudo, em regra, a arbitragem para dirimir litígios concernentes à formulação, aplicação, avaliação e ao controle de políticas públicas sociais, porque o que habitualmente está em jogo, nestes, são expectativas e interesses indisponíveis dos cidadãos/administrados afetados/interessados (materializados na forma de direitos sociais) e, em última análise, o *interesse público*. Para uma

A partir de uma perspectiva democrática, o papel da instância jurisdicional ordinária costuma dizer respeito a assegurar o atendimento e o cumprimento não apenas dos direitos e deveres contemplados na Constituição e nos tratados internacionais, mas também nas leis elaboradas pelos órgãos políticos. Medidas cautelares, ações declaratórias e constitutivas de direitos e deveres, mandados de cumprimento de obrigações, inclusive de reparação por danos e prejuízos, são algumas das ferramentas através das quais os tribunais ordinários podem tutelar os direitos sociais, tanto frente a particulares como frente à própria administração pública, em dissídios que envolvem, v.g., direitos trabalhistas, previdenciários, habitacionais, educacionais e sanitários. Por outro lado, a instância jurisdicional extraordinária, configurada por tribunais superiores e/ou constitucionais, pauta-se pelo estabelecimento de mecanismos de controle e reparação nos casos em que as garantias jurisdicionais ordinárias restaram violadas ou insuficientes, ou em que a vulneração dos direitos pode ser atribuída ao próprio legislador.

O papel das garantias jurisdicionais especiais ou constitucionais tem sido objeto de várias críticas, tanto pela (proclamada) falta de legitimidade democrática direta dos tribunais constitucionais, desprovidos de *accountability*, frente ao Legislativo, quanto pela (suposta) falta de idoneidade técnica dos juízes para lidar com questões econômicas (financeiras e orçamentárias). A essas críticas acrescentamos o fato de que, historicamente, os tribunais constitucionais têm sido conservadores no momento de tutelar os direitos sociais, conquanto habitualmente assumam de uma forma mais progressista a defesa de direitos individuais, civis e políticos, especialmente dos direitos patrimoniais e das liberdades de mercado (PISARELLO, 2007, p. 121).¹⁷⁴

Apesar dessas críticas não serem, na realidade, absolutamente infundadas, nenhuma delas é, de fato, como demonstramos, absolutamente insuperável. Além disso, sem prejuízo da sua função preponderantemente conservadora, os tribunais têm demonstrado, sobretudo quando estão em jogo direitos sociais expressamente reconhecidos na Constituição ou em tratados internacionais, ser instâncias idôneas à proteção dos interesses politicamente pouco visíveis e audíveis das “minorias”, grupos e pessoas mais vulneráveis e sub-representados nos espaços representati-

abordagem mais ampla sobre as possibilidades (limitadas) do recurso à arbitragem em matéria administrativa, ver Grotti (2004, p.145-167).

¹⁷⁴ No Brasil, segundo Castro (1996), o Supremo Tribunal Federal, após o advento da Constituição de 1988, tem se destacado, sobretudo, pelo “uso parcimonioso de garantias constitucionais de amplo alcance, limitando as medidas de impacto político mais visível a decisões liminares”, muitas das quais não confirmadas no julgamento definitivo; além disso, “a análise dos acórdãos do tribunal revela que também a produção jurisprudencial rotineira do STF tem uma direção marcante na proteção de interesses privados”, de forma que o Supremo Tribunal Federal, exceto na área da política tributária, “preponderantemente não tem desenvolvido jurisprudência em proteção a direitos [...] e em contraposição às políticas governamentais”. O mesmo autor salienta que o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem se empenhado no julgamento de processos em que se discutem apenas tributos (58,1% dos julgamentos) e/ou questões puramente processuais (23,2% dos julgamentos), quase não possuindo decisões significativas a respeito de direitos fundamentais não econômicos. Na França, o *Conseil Constitutionnel* foi decisivo para o bloqueio de diversas políticas socializantes de François Mitterrand (STONE, 1994). Nos Estados Unidos, é notório o caráter marcadamente *conservador* das decisões da Suprema Corte (BICKEL, 1986). Quanto à experiência indiana, Langford (2009) afirma que as decisões da Corte Suprema da Índia têm sido “marcadamente conservadoras, em especial quanto aos direitos ao trabalho, moradia, e à terra”. Segundo Annan (1988) e King (2008), essa tendência *conservadora* dos tribunais faz com que seja, de fato, difícil encontrar, na maior parte da história do século XX, julgamentos de tribunais constitucionais sobre o tema dos direitos sociais, embora a Constituição, a legislação infraconstitucional e o direito administrativo da maioria dos países já previssem uma série de direitos sociais exigíveis.

vos habituais. Em muitos momentos, assim, os tribunais têm efetivamente limitado as atuações estatais executivas e/ou legislativas pautadas em “lógicas de partido” ou na tecnocracia, obrigando os poderes de turno à justificação, frente à opinião pública, com toda a carga deslegitimatória que isso pode conter, de quais são as suas reais prioridades na alocação dos recursos públicos e porque incorrem em ações ou omissões que, *prima facie*, demonstram-se vulneradoras de direitos fundamentais.¹⁷⁵

Uma técnica de que se têm valido os tribunais nacionais em vários países da América do Sul e da Europa, e os tribunais internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, diante de certas dificuldades para a tutela direta dos direitos sociais, consiste em uma “tutela indireta” desses direitos, através da invocação de outros direitos, simultaneamente violados, a respeito dos quais não persistem dúvidas sobre a sua justiciabilidade.¹⁷⁶ A violação dos direitos sociais, v.g., também pode afetar o princípio da igualdade e

¹⁷⁵ Nesse sentido, embora ressalve o caráter marcadamente conservador das decisões da Corte Suprema da Índia, Langford (2009) afirma que, em 1980, no caso *Ratlam vs. Vardhichand and Others*, esta Corte determinou a um município que fornecesse água e saneamento básico a todos os munícipes. Na Inglaterra, as políticas do governo Thatcher, de fechamento de escolas do sistema público de ensino secundário e de proibição administrativa à formação de sindicatos no serviço público, sofreram intervenção judicial (STRETT, 1994). Na Itália, um maior *protagonismo* judicial a partir do final da década de 1960 demonstrou-se decisivo à defesa de interesses difusos e à repressão ao terrorismo e à corrupção (GUARNIERI, 1991). Na África do Sul, algumas decisões da Corte Constitucional têm atraído a atenção pela clareza da racionalidade das respectivas decisões e por se basearem em direitos explicitamente reconhecidos pela Constituição, efetivando-os: a Corte decidiu, v.g., em certa questão, que o Estado não havia tomado as devidas medidas razoáveis necessárias, dentro dos recursos disponíveis, para concretizar progressivamente o direito à moradia, pois os programas habitacionais oferecidos não previam nenhuma espécie de auxílio emergencial àqueles que não possuíam acesso a um abrigo básico (*Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others*, 2000); em outros casos, ordenou ao Estado a implantação de um programa oficial para a prevenção da transmissão, de mãe para filho, do vírus HIV (*Minister of Health and Others vs. Treatment Action Campaign and Others*, 2002), declarou a inconstitucionalidade da exclusão dos migrantes de benefícios da seguridade social (*Mahlaule versus Minister of Social Development, Khosa vs. Minister of Social Development*, 2004) e emitiu ordens para impedir deslocamentos urbanos e assegurar o pleno acesso de pessoas a programas de reassentamento (*Port Elizabeth versus Various Occupiers*, 2004; *Jaftha versus Schoeman and Others*, 2005; *President of RSA and Another vs. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd and Others*, 2005; *Van Rooyen versus Stoltz and Others*, 2005; *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township And Or. versus City of Johannesburg and Others*, 2008). Por fim, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE/AgR 410715/SP (2005), decidiu que “A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. [...] revela-se possível [...] ao Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sem estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional”.

¹⁷⁶ Nesse sentido, ver Abramovich e Courtis (2002, p. 168-248).

a proibição de discriminação,¹⁷⁷ os direitos relativos ao devido processo legal,¹⁷⁸ direitos civis¹⁷⁹ ou mesmo outros direitos sociais.¹⁸⁰

Essas atuações são perfeitamente justificáveis a partir de uma perspectiva democrática, que exige o envolvimento dos tribunais na proteção dos direitos civis, políticos e sociais fundamentais, imprescindíveis para reforçar as bases materiais da autonomia e, assim, para reforçar a capacidade da pessoa, de participar nos assuntos públicos.

A par de tudo isso, e sem prejuízo do papel significativo que um poder estatal difuso, disciplinado em termos garantistas e controlado a partir de um ponto de vista democrático, em que as garantias institucionais se tornam mais efetivas, poderia desempenhar na tutela dos direitos sociais, uma lição apreendida ao longo dos últimos séculos é a de que efetivamente nenhuma estratégia de proteção dos direitos pode, em termos realistas, derivar exclusivamente dos poderes estatais, Executivo, Legislativo e Judiciário, que, de forma “virtuosa”, tratariam, por suas próprias forças, de concretizá-los.¹⁸¹

Não existem direitos sem deveres, nem podem existir sujeitos obrigados sem sujeitos capazes de obrigar.¹⁸² Assim, ainda que o papel das garantias institucionais (políticas e jurisdicionais) demonstre-se essencial para dotar de eficácia os direitos civis, políticos e sociais, todo e qualquer programa constitucional de garantias, por mais exaustivo que seja, demonstra-se incompleto e, assim, incapaz de dotar de efetividade e eficácia, por si só, os meios destinados à realização da cidadania integral, sem a existência concorrente de múltiplos espaços de pressão popular capazes de assegurá-los não apenas através dos poderes estatais, mas além do Estado, ou mesmo, em último caso, diante de graves vulnerações de direitos civis, políticos e/ou sociais, contra ele.¹⁸³

As garantias extrainstitucionais, ou sociais, são, enfim, aqueles instrumentos e meios de tutela ou de defesa de direitos que, sem prejuízo das intervenções estatais, dependem das atuações dos seus próprios titulares. A ativação desses instrumentos de garantia pressupõe, portanto, a iniciativa dos cidadãos/administrados, não estando de qualquer forma realmente subordinada à atuação dos poderes públicos; demanda, na realidade, a participação ativa dos atores sociais

¹⁷⁷ Isso acontece, v.g., quando um setor ou grupo social, como o das mulheres, dos filhos de imigrantes ou de pessoas com deficiência física ou mental é discriminado no acesso a um direito social, como à saúde, à educação ou ao trabalho.

¹⁷⁸ Por exemplo, quando são denegados direitos sociais a uma pessoa através da denegação de garantias como o direito de defesa ou o direito de recorrer aos órgãos jurisdicionais.

¹⁷⁹ Por exemplo, a denegação do direito à saúde pode implicar, também, denegação do próprio direito à vida; a denegação de direitos sindicais pode atentar contra o direito de associação; e a vulneração do direito à educação pode afetar o direito à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade.

¹⁸⁰ Por exemplo, violações a direitos inseridos ou pautados em questões como educação, moradia e saúde podem constituir, concomitantemente, violações aos direitos do consumidor.

¹⁸¹ Ferrajoli (1990, p. 940-1), v.g., adverte contra as *falácias garantistas*, para as quais bastam as razões de um *direito bom*, dotado de avançados sistemas de garantias constitucionais, para conter o poder e por os direitos fundamentais a salvo de seus desvios, e as *falácias politicistas*, que, ao contrário, confiam à força de um *poder bom* a satisfação das funções de tutela dos direitos.

¹⁸² Segundo Pisarello (2007, p. 122), “*No hay derechos sin deberes, pero tampoco hay sujetos obligados sin sujetos capaces de obligar*”.

¹⁸³ É nesse sentido que Häberle (1997, p. 9-10) defende que cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituiriam valiosas forças produtivas de uma interpretação *pluralista* e *procedimental* da Constituição, cabendo, assim, aos juízes ampliar e aperfeiçoar os instrumentos de informação, especialmente no que se refere às formas gradativa de participação e à própria possibilidade de interpretação do processo constitucional.

e o seu comprometimento com as decisões que lhes dizem respeito, e funda-se na percepção de que a efetiva interação de uma norma ou de um programa com os seus destinatários, e a atuação de cada um deles na defesa dos seus interesses e direitos e na defesa dos interesses e direitos de todos, é a melhor garantia que pode ser atribuída aos direitos sociais.¹⁸⁴

Frente à tendência das políticas conservadoras, de veicularem concessões seletivas e discricionárias, revogáveis, dos poderes de turno, quando não medidas estigmatizadoras e de controle dos pobres, a ampla participação social demonstra-se uma ferramenta essencial não apenas para que seja evitada a apropriação paternalista dos direitos e das necessidades que lhes dão fundamento, mas para evitar, também, que as próprias políticas se resolvam em atos de desvio de poder ou de corrupção dos poderes institucionalmente constituídos.

No Brasil, em especial, a participação social passa de uma condição de *proibida*, ou severamente limitada, no período da ditadura, a uma condição de *obrigatória*,¹⁸⁵ impulsionada pelo arcabouço socialmente conquistado na Constituição de 1988. Mas a institucionalização de diferentes mecanismos de controle social sobre as políticas públicas sociais e sobre os recursos a elas destinados traz consigo também o concomitante desafio de que não se tornem, esses mecanismos, meios de formação de “consentimento ativo” em torno da conservação das relações vigentes de domínio.¹⁸⁶ O controle social sobre as ações do Estado em matéria de direitos sociais e sobre o destino dos recursos públicos em matéria de políticas públicas sociais torna-se importante na realidade brasileira para que se criem resistências à redução das políticas públicas preconizada pelos grandes capitais e à privatização e à mercantilização destas.

Esses espaços de participação e de controle social, institucionalizados, de forma predominante, no espaço do Poder Executivo, oferecem a possibilidade de que os cidadãos/administrados interfiram na formulação, aplicação e avaliação de políticas públicas sociais setoriais. Mas esses espaços, logicamente, não são neutros, tampouco homogêneos: neles existe o embate de propostas divergentes para dar o rumo da política pública social específica na direção dos interesses dos segmentos dos setores sociais neles melhor representados. Isso significa que o controle social é uma possibilidade nesses espaços, mas que a sua qualidade e a sua efetividade dependem, contu-

¹⁸⁴ Segundo Abramovich e Courtis (2006, p. 71), “*Las garantías extrainstitucionales o sociales son instrumentos de defensa o tutela de los derechos que dependen directamente de sus titulares. La activación de estos instrumentos de garantía importa por ende la propia iniciativa de los ciudadanos, y no está subordinada a la actuación de los poderes públicos. El involucramiento activo de los ciudadanos en la defensa de sus derechos constituye un medio indispensable para impedir la apropiación paternalista de los derechos y de las necesidades que les dan fundamento, y de su conversión en meros insumos de la gestión burocrática estatal. Significa además la existencia de formas de control ciudadano de las decisiones, de la ejecución de políticas públicas y de la existencia de actos de corrupción y desviación de poder por parte de las autoridades públicas.*”

¹⁸⁵ “A partir dos anos de 1990, a participação social tornou-se obrigatória, assegurada por lei, nas diversas leis orgânicas das políticas sociais brasileiras” (BRAVO; CORREIA, 2012, p. 132).

¹⁸⁶ Referindo-se aos Conselhos Municipais de Saúde, Bravo e Correia (2012, p. 136) apontam, por exemplo, que “os conselhos podem se constituir em mecanismos de legitimação do poder dominante e cooptação dos movimentos sociais, que em vez de controlar passam a ser controlados. Foi nessa perspectiva que aconteceu o discurso participacionista e de controle social no governo Fernando Henrique Cardoso, na busca das parcerias com a sociedade para enfrentar os problemas sociais de forma solidária, controlando os gastos que deveriam ser mínimos, racionalizados e eficazes. Este é o controle social que interessa às classes dominantes e é funcional para a preservação do seu domínio.”

do, da correlação de forças existente dentro dos mesmos, correlação que, por sua vez, é resultante da correlação de forças existente no próprio conjunto da sociedade civil.¹⁸⁷

A superação de *déficits* de participação demanda, assim, a articulação dos distintos segmentos que, demandando determinadas políticas públicas sociais setoriais, compõem a sociedade em torno de um projeto comum a partir da construção concertada de uma “vontade coletiva”, obtendo, dessa forma, um posicionamento - em bloco - mais efetivo dentro desses espaços, ampliando seu poder social de intervenção.¹⁸⁸

Além disso, a participação social não deve limitar-se à participação institucionalizada, mas estender-se a espaços não institucionalizados ou colonizados pelo Estado, ou seja, localizados fora do espaço institucional do Estado, sobretudo do âmbito do Poder Executivo, aptos a veicularem diferentes expressões de reclamo e pressão social por direitos sociais.¹⁸⁹

No âmbito das garantias sociais, extrainstitucionais, podemos distinguir, assim, as garantias indiretas, voltadas à participação efetiva nos processos de construção das garantias institucionais dos direitos sociais, e, portanto, relacionadas ao reclamo da satisfação de necessidades e interesses, muitas das quais “institucionalizadas”, ou seja, exercidas dentro de um espaço previamente delineado em termos jurídicos e políticos e segundo procedimentos preestabelecidos no plano das instituições, das garantias diretas, que assumem formas mais intensas, de verdadeira autotutela.

Uma das principais garantias sociais indiretas dos direitos diz respeito à possibilidade de eleger ou, em alguns casos, até de destituir os agentes e órgãos encarregados de tutelá-los. Aqui, inserem-se, v.g., os direitos do cidadão, de votar, de filiar-se a algum partido político, de petição às autoridades públicas, os direitos de associação e de reunião e o direito à liberdade de expressão, sem censura prévia, que constituem garantias *stricto sensu*.

Se temos presente a indivisibilidade e a interdependência dos direitos civis, políticos e sociais, facilmente podemos concluir que a concretização de alguns direitos civis e políticos, ao

¹⁸⁷ As lutas políticas não se dão somente no âmbito da sociedade civil, mas na totalidade da estrutura social e da formação social. Por isso, essas instâncias não estão isoladas, infensas aos conflitos de interesses, à cooptação, à corrupção, às disputas e a projetos societários ou excludentes, mesmo que isso não esteja explicitado.

¹⁸⁸ Nesse sentido, ver Correia (2005). Não se tem nesses espaços, obviamente, a pretensão de controlar os capitais, pois estes são incontroláveis (MÉZSÁROS, 2005). Trata-se, contudo, de buscar garantir direitos sociais interferindo efetivamente na formulação, aplicação e avaliação das políticas públicas sociais setoriais. Mecanismos através dos quais virtualmente se pode, legitimamente, disputar um fundo público, denunciar sua alocação arbitrária ou inexecução e exigir transparência no uso de recursos públicos e na efetivação dos direitos sociais fundamentais. Estas pautas são importantes, sobretudo, mesmo que estejam circunscritas à emancipação política, no contexto de bloqueio de retrocessos no campo dos direitos sociais fundamentais e de ampliação do setor privado em áreas “não exclusivas do Estado”, como a saúde e a educação.

¹⁸⁹ A efetivação do controle social sobre as políticas públicas sociais demanda ações que não se esgotam na simples atuação dos segmentos sociais nos espaços institucionalizados; requer a articulação das forças políticas que representam os interesses das classes menos privilegiadas em torno de um projeto para a sociedade, que tenha como horizonte o rompimento com a sociabilidade conservadora do capital. Demonstra-se necessário, para tanto, combater o determinismo econômico mecanicista e possuir uma posição ativa. Gramsci (2000) combateu as reduções economicistas que conduziam à imobilidade e à omissão, resgatando a força mobilizadora popular que ressaltava a importância da iniciativa política e da organização das massas. A construção da vontade coletiva (projeto de ação sobre o real) é fundamental em torno da defesa dos direitos sociais articulada às lutas por outra sociabilidade - para além do capital: uma nova hegemonia, construída a partir das condições concretas e da experiência efetiva das lutas sociais (DIAS, 1996); uma hegemonia que é política e econômica: “se a hegemonia é ético-política, não pode deixar de ser também econômica, não pode deixar de ter seu fundamento na função decisiva que o grupo dirigente exerce no núcleo decisivo da atividade econômica.” (GRAMSCI, 2000, p. 48).

menos, constitui pré-requisito para o real exercício dessas garantias, mas que essa efetividade demanda, também, ao menos, a satisfação de algumas necessidades básicas, econômicas, sociais e culturais, identificadas com o mínimo existencial, que somente é possível através da satisfação de certos direitos sociais. Em síntese, a satisfação dos direitos sociais é indispensável ao exercício real dos direitos civis e políticos, mas o exercício dos direitos civis e políticos demonstra-se também indispensável ao controle do cumprimento das obrigações que emanam dos direitos sociais: sem esse respeito, o Estado acabaria por apropriar-se da discussão sobre as necessidades insatisfeitas de certos grupos sociais e tolheria as possibilidades de críticas e de mudanças por parte da cidadania.¹⁹⁰

As distintas formas de participação da cidadania na tomada de decisões, assim, configuram garantias sociais: além do sufrágio, o direito de iniciativa legislativa popular, os mecanismos de deliberação através de audiências públicas, as distintas formas de consulta à cidadania, entre as quais se inserem o plebiscito e o referendo, e os mecanismos populares de impugnação de atos dos poderes públicos são exemplos dessas formas. Em todos esses casos, o que se busca estabelecer é um canal real para que os destinatários dos direitos possam, de fato, exercer um papel ativo na discussão e na tomada de decisões sobre assuntos que lhes interessam, e que podem afetar aqueles direitos. No caso brasileiro, os exemplos mais radicais dessas experiências são o orçamento participativo e os conselhos municipais, mecanismos através dos quais os cidadãos/administrados podem participar ativamente do controle sobre o orçamento público, decidindo o destino de parte dos gastos públicos e supervisionando a execução das políticas com eles relacionadas.¹⁹¹

Como já sinalizamos, é necessário desenvolver instrumentos concretos que permitam a participação cidadã na elaboração do orçamento. É necessária, pois, a ativação de distintas formas de participação popular para fazer transparente o processo orçamentário; ou seja, para impedir que esse processo se opaque e fique sujeito unicamente à dinâmica endógena do sistema político. Esse feito resulta imprescindível para instalar uma discussão clara a respeito de quais são as decisões que se tomam em matéria orçamentária para fazer efetivos os direitos estabelecidos na Constituição, nos pactos de direitos humanos e na lei. Trata-se de um momento fundamental para discutir com que prioridade o Estado assume a defesa dos direitos fundamentais e que meios econômicos vão ser destinados à satisfação desses direitos.¹⁹²

¹⁹⁰ Nesse sentido, Sen (1982; 2000), em estudos de casos, chega à conclusão de que “*los países en los que se han producido hambrunas fatales durante los siglos XIX y XX, se caracterizaban por la inexistencia de libertad de prensa, de una esfera pública independiente de la estatal, y de canales de participación y crítica política.*”

¹⁹¹ Nesse sentido, Fernández e Sotomayor (2003) destacam, v.g., as experiências do orçamento participativo de Porto Alegre, no Brasil, e de Kerala, na Índia.

¹⁹² Destacamos, nesse sentido, que a Constituição brasileira de 1988 velou pela transparência orçamentária, determinando, quanto ao orçamento, a instituição de um plano plurianual por lei, que “estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada” (art. 165, § 1º), e de uma lei de diretrizes orçamentárias, que “compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento” (art. 165, § 2º). Além da publicação de lei, a Constituição impõe, ainda, a publicação de demonstrativos de sua execução. Na persecução da transparência orçamentária, a Lei Complementar n. 101/2000 (“Lei de Responsabilidade Fiscal”) tratou de estabelecer novos instrumentos de transparência da gestão fiscal, prevendo, no seu art. 48, que “São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e

O movimento por uma fiscalização cidadã do processo orçamentário pode articular, além disso, a agenda das organizações de direitos humanos com outras agendas, centradas na demanda de uma maior transparência das decisões políticas, pelo acesso à informação pública e pelo controle da corrupção.

Outra das garantias fundamentais para a defesa dos direitos sociais pelos seus titulares é o direito ao acesso à informação. O art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos enuncia o direito de todos os homens à liberdade de, sem interferências arbitrárias, terem opiniões e buscarem, receberem e transmitirem informações e/ou ideias por quaisquer meios, independentemente das fronteiras.¹⁹³ E o art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”) estabelece, no seu § 1º, que “Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.”¹⁹⁴

o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos”, e a Lei Complementar n. 131/2009 determinou “a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, com o fim de assegurar à cidadania a “liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento [...], em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público”, acrescentando ao art. 48 da Lei Complementar n. 101/2000 que “A transparência será assegurada também mediante: I - incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos; II - liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público; III - adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A”, e “os entes da Federação disponibilizarão a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações referentes a: I - quanto à despesa: todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado; II - quanto à receita: o lançamento e o recebimento de toda a receita das unidades gestoras, inclusive referente a recursos extraordinários” (art. 48-A, incluído pela Lei Complementar n. 131/2009). A par disso, em recente pesquisa que, em 2010, tratou de verificar o estado de disponibilização de informações sobre as respectivas finanças e compras públicas (sem avaliar, contudo, a qualidade e a inteligibilidade, para o cidadão/administrado, dessas informações) de 26 municípios da região central do Estado de São Paulo, constatou-se que mais de 25% dos municípios da região não disponibilizavam nenhuma informação sobre suas finanças e compras públicas na internet, sendo que alguns desses municípios sequer possuíam sítios na internet (*websites*), conclusão de evidente gravidade (nesse sentido, ver Pires, Tibali e Souza, 2010).

¹⁹³ Nesse sentido, Martín-Barbero (1987) demonstra a importância da literatura popular na Europa Ocidental no século XVII: com o acesso do povo à língua escrita criavam-se os meios para que se questionasse a diferença e a distância entre o nobre e o vulgar (plebeu). Destaca, como exemplo, a literatura produzida por Lope de Vega, que, por um lado, divulgava a “imagem” do vulgar entre os nobres e, por outro, permitia às classes populares, através de histórias e poemas burlescos e satíricos que muitas vezes incluíam a blasfêmia, uma melhor compreensão do seu próprio *quotidiano* e uma visão crítica da nobreza, do clero e do mundo. Nesse sentido, recorda um fragmento do livro *El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de La Mancha*, de Cervantes: “[...] *cuando es tiempo de la siega, se recogen aquí, las fiestas, muchos segadores, y siempre hay alguno que sabe leer, el cual coge uno de estos libros en las manos, y rodeámonos de él más de treinta, y estamosle escuchando con tanto gusto que nos quita mil canas*” (MARTÍN-BARBERO, 1987, p. 148).

¹⁹⁴ Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão, em 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo (Opinião Consultiva OC-5/85). Esse entendimento é esposado, também, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Informe Anual, 2009) e foi recentemente

A informação sobre os atos do governo, de fato, constitui um bem indispensável para o controle e a crítica sobre a atividade estatal, para a existência de um debate público sobre as políticas, para o controle da corrupção e para a responsabilização política dos poderes de turno.¹⁹⁵

Um dos princípios básicos da democracia diz respeito à publicidade dos atos do governo, que deve contemplar, inclusive, a prática de facilitar - em todos os aspectos - o acesso às informações sobre a gestão pública aos cidadãos/administrados, sobretudo por parte da própria administração pública. E o controle social propiciado pela informação é, no Estado democrático de direito, verdadeiramente imprescindível para assegurar que as práticas da administração pública sejam pautadas pela legalidade e pela moralidade, bem como para garantir o bom uso dos recursos públicos.¹⁹⁶

Da mesma forma, o acesso à informação deve atingir a atuação de alguns agentes privados, como os empregadores, as empresas que prestam serviços públicos ou as empresas que exercem atividades geradoras de risco coletivo, como indústrias com alto potencial danoso ao meio-ambiente, e outros que possam afetar os direitos sociais ou os bens públicos.

Em matéria de direitos sociais, o acesso à informação deve facultar às pessoas a possibilidade não apenas de se informarem, mas também de avaliarem as políticas públicas a partir de indicadores relativos ao conteúdo dessas políticas e aos seus resultados, potenciais e efetivos. Para tanto, o Estado deve empenhar-se em produzir e por à disposição de todos, no mínimo, informações sobre a real situação das suas diferentes áreas de atuação no plano dos direitos sociais, principalmente quando esse conhecimento requer medições expressas através de certos indicadores, e sobre o real conteúdo das políticas públicas sociais em desenvolvimento ou projetadas, com expressas referências aos seus fundamentos, objetivos, prazos de realização e recursos envolvidos.

O acesso à informação é significativamente necessário, ainda, para o controle sobre atividades, obras e medidas que possam ter impacto verdadeiramente irreversível sobre direitos sociais.¹⁹⁷

ratificado, no plano nacional (brasileiro), pelo Supremo Tribunal Federal, que decidiu que o Estado não pode exercer qualquer controle prévio sobre o acesso à - e o exercício da - profissão de jornalista, porque este, *a priori*, caracterizaria *censura prévia* das liberdades de expressão e de informação (STF, RE n. 511.961-SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, publicado no D.O.U. de 13.11.2009).

¹⁹⁵ Mello (2011, pp. 112-3) destaca que, no Brasil, o *princípio da motivação*, implícito nos arts. 1º, II, e 5º, XXXV, da Constituição de 1988, implica para a administração pública “o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-lhe a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo”.

¹⁹⁶ Segundo Mello (2011, p. 114), no *princípio da publicidade* consagra-se “o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos”. No Brasil, destaca-se, nesse sentido, como demonstramos, a Lei Complementar n.º 131/2009. No entanto, decorridos mais de 2 (dois) anos da edição da Lei Complementar n.º 131/2009, muitos estados e municípios brasileiros ainda não cumprem, no todo ou em parte, as determinações de “transparência” das contas públicas. Além disso, além da *disponibilização* de informações, há que primar pela qualidade e inteligibilidade, para o cidadão/administrado, dessas informações, sob pena de que a “transparência” dê lugar a um cumprimento meramente ritual da lei, a exemplo do que ocorre com outras leis, como a Lei n. 4.320/64, que determina a orçamentação por programa, o que, de fato, acontece apenas formalmente, sem que os governos locais operem, realmente, por programas.

¹⁹⁷ Assim, *v.g.*, as legislações pertinentes ao meio-ambiente normalmente exigem uma prévia avaliação do impacto ambiental quanto à realização de atividades e obras potencialmente lesivas em termos ambientais. No mesmo sentido, as leis de defesa do consumidor costumam exigir daqueles que produzem, importam, distribuem ou comercializam bens materiais, ou prestem serviços, que subministrem aos consumidores informações reais e suficientes sobre as características essenciais desses bens ou serviços.

O livre e real exercício do direito de associação, do direito à informação e, sobretudo, do verdadeiro direito de ser ouvido pelos poderes públicos, que faz com que seus titulares possam fazer-se visíveis e audíveis no próprio processo de construção dos direitos, combinado com o direito de crítica frente a leis, regulamentos e decisões, inclusive judiciais, que possam constituir, *prima facie*, vulnerações de direitos fundamentais, constitui a expressão daquilo que identificamos como as garantias sociais dos direitos, imprescindíveis para a manutenção da democracia real e para assegurar a eficácia dos próprios direitos, começando pelos direitos sociais.

Nesse contexto, destacamos que seriam exemplos de garantias de participação no desenvolvimento do processo administrativo e legislativo as iniciativas populares de reforma legislativa e as audiências públicas prévias às tomadas de decisão por parte do legislativo ou da administração pública, assim como as diferentes formas possíveis de consulta, informação e impugnação popular das propostas de políticas por parte dos agentes e órgãos públicos, inclusive as experiências, já referidas, da elaboração, ao menos em parte, dos orçamentos públicos com a participação popular.

Constituem importantes mecanismos de participação popular, no Brasil, as consultas públicas. Assim, no âmbito da Lei n. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, estabelece-se que “Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada” (art. 31). A consulta pública, que deve ser realizada, portanto, sempre que o processo administrativo envolver assunto de interesse geral,¹⁹⁸ é uma das expressões que decorrem do princípio da participação popular. Entre os vários instrumentos processuais de participação dos particulares nas atividades administrativas, esta é, ao lado das audiências públicas e da existência de ouvidorias nos órgãos públicos (*ombudsman*), uma relevante forma de participação nas decisões que dizem respeito ao interesse público.¹⁹⁹

Se no âmbito das atuações do Executivo e do Legislativo a exigência de informação adequada, disponível à cidadania, e o respeito ao devido processo, assim como o exercício de direitos como o de liberdade de expressão e de livre associação, demonstram-se essenciais à tutela extensiva dos direitos, sua importância não é menor nos espaços jurisdicionais, que podem, como já

¹⁹⁸ Haverá “interesse geral” quando o tema em questão repercutir para além da esfera de direitos e interesses de uma ou mais pessoas individualizadas ou determinadas: o interesse geral é o interesse da coletividade, que ultrapassa o âmbito particularizado de um interessado. Dessa forma, normalmente os atos normativos editados pela administração pública estariam enquadrados na expressão “interesse geral”. No Brasil, destacam-se especialmente os atos das agências reguladoras, pois essas entidades, ao editarem atos que sejam de relevância para o setor que disciplinam, afetam, através de suas decisões, importantes setores da sociedade, dos serviços públicos e das atividades econômicas que regulam (DI PIETRO, 1993, p. 134).

¹⁹⁹ A consulta pública difere-se da audiência pública: embora ambas consubstanciem formas de participação popular na gestão e no controle da administração pública, elas se diferenciam na medida em que a primeira tem relação com o interesse da administração, em colher a opinião pública por intermédio da manifestação exposta por meio de peças escritas e formais, que serão juntadas ao processo administrativo. Abre-se prazo para a manifestação por escrito de terceiros, antes da decisão do pedido, em matéria de interesse geral. Já a segunda possibilita o “debate público e pessoal por pessoas físicas ou representantes da sociedade civil”, respeitado “o interesse público de ver debatido tema cuja relevância ultrapassa as raias do processo administrativo e alcança a própria coletividade”. Na verdade, trata-se de modalidade de consulta pública, porém, com a peculiar característica de se realizar por meio de “debates orais em sessão previamente designada para esse fim”. Particulariza-se, desse modo, pela oralidade. Vale destacar que a consulta e a audiência públicas diferem-se do plebiscito e do referendo, na medida em que dizem respeito a atos da administração pública, enquanto estes últimos têm relação com atos do Poder Legislativo.

afirmamos, ser utilizados como canais de crítica e disputa em relação a ações públicas e privadas tendentes à vulneração de direitos civis, políticos e, sobretudo, sociais, especialmente quando as instâncias políticas encontram-se bloqueadas ou não oferecem uma resposta adequada ao reclamo das minorias em situação de maior vulnerabilidade.²⁰⁰

O direito à tutela judicial efetiva, que inclui desde a assistência judiciária integral e gratuita até o direito à informação e à distribuição equitativa do ônus da prova no processo, constitui elemento central para a reivindicação de outros direitos, civis, políticos e sociais. Nesse contexto, os mecanismos processuais clássicos, concebidos para a resolução de dissídios individuais, aos poucos vão se adaptando e transformando para melhor albergar pretensões coletivas e difusas, inclusive reconhecendo a grupos e associações legitimidade para a proposição de ações coletivas.²⁰¹

A partir de uma perspectiva garantista, no entanto, essa ideia de participação social na justiça não pode estar limitada ao momento de acesso à jurisdição, devendo estender o seu alcance a todos os atos e fases do processo, sobretudo ao momento da execução das sentenças. Assim, às garantias de participação no acesso à justiça devem estar agregadas garantias de participação na execução dos julgados, o que inclui, uma vez mais, os direitos à informação, à associação e a ser ouvido, fazendo-se visível e audível especialmente na fase processual - a execução da sentença - que se demonstra, no final, essencial à satisfação real dos interesses em disputa (ABRAMOVICH; COURTIS, 2006, p. 79).²⁰²

²⁰⁰ Nesse sentido, ver Sarat e Scheingold (1998).

²⁰¹ Assim, v.g., no ordenamento brasileiro, a Lei n. 8.078/90, que dispõe sobre a proteção do consumidor, estabelece que “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo” (art. 81), deixando claro, no parágrafo único do mesmo artigo, que a defesa coletiva será exercida quando se tratar de: “interesses ou direitos difusos, assim entendidos [...] os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”, “interesses ou direitos coletivos, assim entendidos [...] os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”, e “interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”. Por outro lado, para a defesa coletiva, são legitimados o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, as entidades e órgãos da administração pública, direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos dos consumidores e as associações civis legalmente constituídas há pelo menos um ano e que tenham entre seus fins a defesa dos interesses e direitos dos consumidores (art. 82); a Lei n. 7.347/85, modificada, entre outras, pela Lei n. 8.078/90 e pela Lei n. 8.884/94, disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos a interesses difusos ou coletivos, também assegurando às associações civis legitimidade para a proposição de ações coletivas. Na Constituição brasileira de 1988, o art. 5º, inciso LXXIII, estipula que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”. Na Argentina, o art. 43 da Constituição reformada em 1994 contempla a possibilidade de proposição de ações coletivas “*contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general*”, admitindo a legitimidade ativa das associações civis, além do “*defensor del pueblo*”, para a proposição dessas ações. Para uma leitura mais aprofundada sobre o acesso coletivo às vias jurisdicionais, vere Favela (2004) e Santos (2012-a, pp. 44-55; 2012-b).

²⁰² No Brasil, destaca-se, no aspecto penal, além da experiência pioneira dos juizados especiais criminais (Lei n. 9.099/95), o advento da Lei n. 11.690/2008, que retira a vítima do papel reificado de simples “figurante” da relação processual penal, oportunizando a ela participar e acompanhar o processo. Assim, a vítima, atualmente, deve ser comunicada dos atos processuais relativos à prisão e/ou soltura do acusado, à designação de audiências, à sentença e ao acórdão que a mantenha ou modifique (art. 201 do Código de Processo Penal), o que possibilita à vítima acompanhar efetivamente o andamento do processo em questão, tomando conhecimento dos atos relacionados à liberdade do acusado, à instrução processual e à decisão judicial final.

Por fim, ao lado dessas garantias sociais, de participação indireta nas instituições, existem outras, de autotutela, que correspondem à ação direta na defesa ou reclamo de um direito social. Algumas dessas vias de ação direta podem consistir, v.g., na articulação de cooperativas de produção e consumo ou de empresas de autogestão que permitam às pessoas obter, por si mesmas, os bens e recursos necessários, que correspondem aos direitos sociais.

No entanto, a consolidação desses espaços de autogestão não costuma produzir-se sem conflitos (PISARELLO, 2007, p. 126). A própria história de concessão e conquista dos direitos sociais identifica-se com um histórico conflitivo, marcado pelo emprego de ações de autotutela à margem da lei ou, até mesmo, contra ela, muitas das quais depois alçadas ao patamar institucional. É o caso, v.g., de mecanismos de autotutela que, inicialmente, eram proibidos pela lei, e que, como resultado do embate social, restaram legalizados e regulados, como o direito de greve²⁰³. Em outros momentos, o emprego de certos mecanismos de autotutela, ou não corresponde a nenhuma ação que tenha um estatuto jurídico perfeitamente delineado, ou corresponde a uma expressão mais ou menos convencional de direitos civis e políticos, como ocorre no caso de protestos populares, ocupação de espaços públicos e boicotes de consumidores e usuários de serviços.

Essas formas de expressão e de reclamo de direitos sociais costumam ser difundidas em situações de vulneração grave e sistemática desses direitos, quando as vias institucionais de proteção não deram conta do problema. Assim, v.g., situações de extrema exclusão ou de emergência social podem levar à ocupação de fábricas abandonadas, terras improdutivas ou residências desocupadas, assim como a ações de desobediência civil e de resistência ativa (ABRAMOVICH; COURTIS, 2006, p. 76). Nessas situações, a resposta jurídica habitual dos poderes constituídos é a sanção penal, que se revela, no entanto, mecanismo desproporcional e inadequado à resolução de questões sociais, e normalmente ampara o exercício antissocial e abusivo de certos direitos por parte dos terceiros atingidos, principalmente direitos com conteúdo patrimonial.²⁰⁴

²⁰³ Nesse sentido, ver Grau (1991; 2004). No Brasil, v.g., o Código Penal de 1890 criminalizava a greve (art. 206), punindo-a com a pena de prisão celular, preceito que não foi reproduzido no Código Penal de 1940. Por outro lado, enquanto a Constituição de 1937, no seu art. 139, afirmava ser a greve um recurso antissocial nocivo ao trabalho e ao capital e incompatível com os interesses da produção nacional, a Constituição de 1988 tratou de assegurar aos trabalhadores, no seu art. 9º, como autêntico *direito social*, o direito de greve, competindo apenas aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender, limitado apenas, no seu exercício, pelo atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade.

²⁰⁴ Segundo Pisarello (2007, p. 127), “*La admisibilidad o no de estas vías de autotutela no sólo desde un punto de vista moral, sino también jurídico, exige sin embargo tener en cuenta más factores. En primer lugar, la gravedad de la violación de derechos sociales en juego y su impacto en la supervivencia y autonomía de los afectados y del resto de la comunidad. En segundo término, la responsabilidad de los poderes públicos o de agentes particulares en la generación de las vulneraciones concernidas. En tercer término, la existencia real de canales públicos o privados a disposición de los afectados, que les permitan hacer visibles sus reivindicaciones y, eventualmente, impugnar con posibilidades razonables de éxito las vulneraciones del derecho en liza. Finalmente, la intensidad de la afectación que estas medidas de autotutela puedan suponer para derechos de terceros. Mientras más urgentes, en efecto, sean las necesidades en juego y mayor la situación de ‘emergencia constitucional’, más justificado estará el recurso a vías de autotutela. Naturalmente, ello dependerá también de la responsabilidad que pueda atribuirse a los poderes públicos o a los particulares por dicha situación. Así, frente a una situación de persistente abandono de fábricas, tierras o inmuebles, el uso anti-social de la propiedad, pública o privada, no puede tener primacía sobre actuaciones cuyo fin es, precisamente, devolver a los recursos en juego un sentido social, ligándolos a derechos como la vivienda o el trabajo.*”

Nesse contexto, especialmente no caso de bloqueio dos canais institucionais de diálogo, a utilização de mecanismos de protesto e - inclusive - de desobediência *prima facie* ilegais poderia ser caracterizada como um exercício qualificado do direito de petição ou de liberdade de expressão, que veicula dissidências pelo único meio disponível, direto, extrainstitucional. Nesse caso, tais realizações estariam, na realidade, estreitamente relacionadas à própria essência da democracia, que requer garantias reais e canais francamente abertos de participação, a ponto de justificarem-se como vias legítimas de defesa do princípio do Estado social e democrático de direito, assim como de reclamo e até de efetivação de normas constitucionais sistemática e gravemente vulneradas. Mais do que atuações puníveis, teríamos, nessas ações diretas na defesa ou reclamo de um direito social, o real exercício de direitos especialmente tutelados e que têm preferência em relação a outros, como a liberdade de trânsito ou de comércio.²⁰⁵

A falta de acesso a canais institucionais de participação, ou a manifesta ineficiência das políticas públicas, em especial em temas relacionados com a sobrevivência digna das pessoas - como o acesso ao trabalho livre e em condições decentes, à saúde, à educação, à alimentação e à moradia -, geram - ou deveriam gerar - ações de autotutela mais radicais, susceptíveis de afetar, em maior ou menor grau, outros bens, tais como a livre circulação, a tranquilidade - às vezes, verdadeira apatia - pública, o respeito à legalidade estrita e à propriedade alheia. Essas ações não serão ilegítimas, tampouco incompatíveis com o postulado democrático, se estiverem fundamentadas em situações de violação grave e sistemática dos direitos sociais, e atingirem, em especial, os direitos e interesses daqueles que têm alguma responsabilidade pela situação de vulnerabilidade, sejam os poderes públicos, sejam particulares, e em relação a eles de forma proporcional ao seu tamanho, influências e recursos.²⁰⁶

O que buscamos reforçar, assim, é o papel absolutamente imprescindível das garantias extrainstitucionais na tutela dos direitos sociais. Garantias extrainstitucionais que não se limitam à participação meramente formal na deliberação a respeito dos assuntos que dizem respeito à cidadania, mas no livre e real exercício do direito de associação, do direito à informação e, sobretudo, do verdadeiro direito de ser ouvido pelos poderes públicos, que faz com que seus titulares possam fazer-se visíveis e audíveis no próprio processo de construção dos direitos, combinado com o direito de crítica frente a leis, regulamentos e decisões, inclusive judiciais, que possam constituir, *prima facie*, vulnerações de direitos fundamentais, garantias imprescindíveis para a manutenção da democracia real e para assegurar a eficácia dos próprios direitos, começando pelos direitos sociais.

Tratamos, pois, de canais de participação popular que, quando bloqueados, podem, em situações radicais, obrigar os poderes públicos e os próprios particulares a reconhecerem - ou, no mínimo, a tolerarem - exercícios de autotutela dos direitos sociais que, apesar de limitarem - ou mesmo afrontarem - direitos de terceiros, têm por objeto a preservação de um bem maior,

²⁰⁵ Nesse sentido, ver Gargarella (2005), Habermas (1994) e Ugartemendia (1999).

²⁰⁶ Nesse sentido, no Brasil, o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), nascido durante a ocupação da Fazenda Anoni, no Rio Grande do Sul, objeto de um processo de desapropriação que durou 14 anos, é um exemplo de movimento social que, através de ações radicais, têm contribuído para desbloquear algumas vias institucionais mais ou menos infensas a pressões mais convencionais. Apesar de algumas críticas que podem ser feitas à atuação do MST, não se pode negar o seu protagonismo nos tímidos avanços das políticas fundiárias e de reforma agrária no país e a sua ampla influência em outros movimentos e demandas sociais, ao ponto de haver sido homenageado pela associação “Juizes para a Democracia” (AJD) em 2009.

a própria sobrevivência e dignidade das pessoas e/ou a ampliação da qualidade democrática da esfera “pública”.²⁰⁷

Outros canais de autogestão são os fóruns e as frentes de mobilização contra recortes sociais. Assim, v.g., no Brasil, destaca-se a “Frente Nacional contra a Privatização da Saúde”, que nasceu a partir da articulação dos fóruns de saúde dos estados de Alagoas, Paraná, Rio de Janeiro e São Paulo e do município de Londrina. Esses fóruns e a Frente Nacional têm como objetivo estratégico obter uma ruptura do Estado social com as bases privadas, reguladas pelo mercado, do setor da saúde.²⁰⁸ Os fóruns também têm se posicionado em defesa da qualidade dos serviços ofertados pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Esses fóruns e a Frente Nacional têm um grande desafio na construção de uma nova hegemonia no campo da saúde que reafirme o caráter público e estatal da saúde e o seu valor de uso, resistindo ao seu uso como mercadoria diante da força dos aparelhos privados de hegemonia a serviço da reprodução dos valores e concepções de mundo de uma elite que naturaliza as desigualdades sociais, despolitiza as expressões da questão social e criminaliza as reações dos movimentos sociais à desarticulação dos direitos sociais.

As estratégias dos fóruns locais de saúde e da Frente Nacional têm se concretizado, de forma articulada, no campo jurídico, no âmbito do parlamento e no conjunto da sociedade, sobretudo nos âmbitos da formação e comunicação da opinião pública. No campo jurídico, têm atuado por meio de ações civis públicas e ações de controle de constitucionalidade de leis.²⁰⁹ No âmbito do parlamento, têm pressionado parlamentares na tentativa de impedir a aprovação de projetos de lei favoráveis à privatização da saúde. Têm, também, produzido material para os meios de comunicação no sentido de informar a opinião pública quanto aos prejuízos trazidos com a priva-

²⁰⁷ Em resumo, as garantias sociais, diretas ou indiretas, são formas de expressão ativa da cidadania, destinadas a por em questão a apropriação estatal da gestão e resguardo dos direitos, e a abrir novos canais de expressão frente à burocratização ou à partidarização do funcionamento dos poderes públicos. Para uma importante reflexão a respeito do tema, ver Díaz (2005, pp. 51-72).

²⁰⁸ Seguindo uma tendência ditada pelo Banco Mundial aos Estados a partir dos anos 1990, de severa limitação dos serviços públicos e de mercantilização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, segundo a qual o Estado deve desresponsabilizar-se pela execução direta das políticas públicas de saúde, limitando a sua atuação à coordenação e ao financiamento dessas políticas, com o fortalecimento do setor privado na oferta de serviços de saúde, o número de operadoras de planos e seguros privados de saúde no Brasil quase triplicou nos anos 1990 e o número de clientes de planos e seguros privados de saúde continua crescendo enormemente no país, passando de 38,6 milhões, em 2002, para 44,7 milhões, em 2006, e para 52 milhões, em 2009 (BRAVO; CORREIA, 2012; AUSTIN ASIS, 2010). Isso implicou um aumento dos recursos públicos que são alocados na rede privada, por meio de convênios, subsídios, renúncias fiscais, compra de serviços privados e repasse da gestão do SUS para entidades privadas através dos denominados “novos modelos de gestão”.

²⁰⁹ A própria Frente Nacional contra a Privatização da Saúde nasceu, em maio de 2010, a partir da articulação de alguns fóruns em torno da procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.923, concernente à Lei 9.637/98, que trata da qualificação de entidades como “organizações sociais”, que ainda tramita no Supremo Tribunal Federal. Segundo Bravo e Correia (2012), “Esta Frente, por intermédio de seus representantes, realizou audiências com alguns ministros do Supremo Tribunal Federal (STF). Visitou os gabinetes de todos os ministros e entregou a seguinte documentação: abaixo-assinado pela procedência da ADIn n. 1.923/98, carta aos ministros do STF com assinatura de entidades e o documento ‘Contra fatos não há argumentos que sustentem as organizações sociais no Brasil’. Em 31 de março de 2011, representantes da Frente acompanharam de perto a votação da ADIn n. 1.923/98, no plenário do STF. Realizou-se uma sustentação oral em defesa da referida ADIn, fruto da *amicus curiae* do SindSaúde/PR [...]. O ministro relator da ADIn, Ayres Britto, deu o voto pela sua procedência parcial, quando afirmou, ao tratar do Programa Nacional de Publicização, nos termos da Lei n. 9.637/98, que é: “Fácil notar, então, que se trata mesmo é de um programa de privatização. Privatização, cuja inconstitucionalidade, para mim, é manifesta [...] os serviços públicos não poderão ser extintos e a função de executá-los é do Estado.”

tização da saúde, e promovido cursos de atualização, debates, incentivo a pesquisas e trabalho de extensão em torno da saúde pública. A articulação de intelectuais para a produção de artigos relacionados com os temas da privatização é outra iniciativa importante no campo da formação. Também têm agido nas ruas, com caminhadas, atos públicos com paródias, palavras de ordem e denúncias das irregularidades e ineficiências das unidades de saúde administradas por terceiros.²¹⁰

Assim, mesmo nas sociedades nas quais ainda não se dispõe das condições necessárias para a plena realização de um processo deliberativo adequado, é possível garantir que os interesses públicos que o Estado deve perseguir se voltem, antes, à implantação das condições que possam converter os cidadãos/administrados em sujeitos aptos para participar e influir no processo de deliberação acerca das ações normativas, materiais e administrativas do estado.

O Estado democrático de direito requer que os distintos grupos sociais, sobretudo aqueles mais aleijados das discussões, não sejam “postos em seu devido lugar” em uma pretendida segregação, que tenham a possibilidade e a capacidade intencional de participar e de conviver nos mesmos lugares de diálogo que os demais grupos, o que significa, sobretudo, uma *diferença no reconhecimento da diferença*: não se pretende estabelecer para os outros, arbitrariamente, aquilo que se julga bom para eles; o que importa agora é uma superação desse modelo mediante uma visão democrática realmente participativa e aberta à pluralidade, com a possibilidade recíproca de que todos participem e se reconheçam, em certa medida, como coautores do direito e das políticas públicas sociais.

Nas sociedades contemporâneas, imersas em um contexto de pluralismo caracterizado por uma grande amplitude de percepções diferenciadas e por um profundo desacordo moral que acaba por excluir justificações metafísicas da ordem jurídica e do poder, a legitimação das ações do aparato estatal somente é possível por meio de seu condicionamento à vontade dos que a elas estão submetidos. Trata-se, pois, de afirmar que uma compreensão da democracia não se reduz mais à prerrogativa popular de eleger os seus representantes (não se esgota nela), mas supõe, além dessa eleição (o sufrágio), a possibilidade de deliberação pública contínua sobre as questões a serem decididas. A partir dessa perspectiva, somente a possibilidade de deliberação popular, através da contenda entre argumentos e contra-argumentos postos à prova publicamente, permite a legitimação da *res publica*. Por isso, pode-se afirmar que, se uma determinada proposta política supera a crítica formulada pelos demais deliberantes, pode ser considerada - ao menos, *prima facie* - legítima e racional (SOUZA NETO, 2005, p. 7).

²¹⁰ Não por acaso, muitas das atividades dos fóruns e da Frente Nacional têm sido objeto de forte repressão policial. Durante as votações dos projetos de leis estaduais concernentes às organizações sociais nos estados do Rio de Janeiro e da Paraíba, v.g., além de não ser permitida a entrada de militantes do movimento nos plenários, foram dispersadas violentamente pela polícia as manifestações contrárias aos projetos, realizadas na via pública, em frente às casas legislativas. Outra estratégia de limitação da atuação desses movimentos sociais evidenciou-se por ocasião do encerramento da 14ª Conferência Nacional de Saúde (2011): Na Plenária Final da conferência, foi aprovada pelos representantes do Ministério da Saúde nela presentes a publicação de uma mera carta-síntese - a “Carta da 14ª Conferência Nacional de Saúde” - que, se contemplava conclusões importantes dessa Plenária, omitia o posicionamento da Plenária, contra todas as formas de privatização, contemplado no relatório final, que não foi publicado. Ao publicar uma carta-síntese - que não estava prevista no regulamento e no regimento da conferência -, e não o seu relatório final, os representantes do Ministério da Saúde conseguiram omitir essa grande manifestação contra a privatização da saúde, resultado de 4.200 conferências municipais, 27 conferências estaduais e uma conferência no Distrito Federal, invisibilizado-a para o público em geral.

No entanto, para que a deliberação coletiva possa promover um resultado legítimo e racional das questões públicas de maior relevância, deve produzir-se em um ambiente aberto, livre e igualitário, ou seja, no qual todos tenham efetivamente iguais possibilidades e capacidades de ser escutados, de dialogar, de influir e de persuadir, e a plenitude de igualdade e capacidade entre todos os atores participantes do processo deliberativo exige a implantação de uma multiplicidade de condições materiais. Essas condições são, ao menos, os direitos sociais fundamentais, direitos que, em última instância, derivam da própria dignidade humana, como demonstramos. Para que os cidadãos/administrados possam realmente influir nos procedimentos de deliberação coletiva, devem cumprir-se as condições mínimas que se circunscrevem na possibilidade do exercício de uma vida digna.

O conceito de “cidadania”, nas suas formulações mais genéricas, habitualmente está relacionado ao acesso e ao efetivo exercício de certos direitos civis e políticos. No entanto, por dizer respeito à liberdade e à autonomia da pessoa, a cidadania não pode ser reduzida a um *status* meramente formal.²¹¹ A cidadania compreende direitos civis e políticos, mas não se esgota neles. Esses direitos explicitam a ideia de uma igualdade jurídica, fundamental, mas não garantem, isoladamente, a capacidade de exercê-la com autonomia pelos sujeitos. Para ser cidadão e participar plenamente da vida pública, especialmente das decisões que lhe dizem respeito, o sujeito deve encontrar-se em uma posição mínima sob o ponto de vista econômico, social e cultural.

Os direitos civis e políticos, quando associados aos direitos sociais necessários para assegurar o seu exercício, dotam os sujeitos de maior e melhor capacidade para proteger seus interesses em face das arbitrariedades do poder, não apenas do poder estatal, mas também dos poderes fáticos e dos poderes de mercado, minimizando os efeitos das assimétricas relações de poder que se instalam e reproduzem nas diversas esferas da vida social. De outra forma, a cidadania se realiza quando se atinge uma associação harmoniosa entre liberdade e igualdade: a igual liberdade, ou a “liberdade real”, base fundamental da democracia.²¹² Nesse contexto, os direitos sociais constituem instrumentos imprescindíveis à liberdade, que, ainda que seja um conceito relativo (- *que liberdade? - liberdade para quê?*), deve ser entendida com um conteúdo real e estável no tempo, efetivamente destinados a assegurar as condições materiais que a viabilizam tanto na esfera privada como nos procedimentos públicos de tomada de decisões.²¹³

Ora, se a noção de cidadania integral envolve a percepção de que a cidadania não se pauta apenas no acesso e no exercício de certos direitos formalmente estabelecidos, civis e políticos, mas também no acesso a recursos econômicos, sociais e culturais, parece-nos que é imprescindível à cidadania plena uma estrutura capaz de prover mecanismos para que os direitos civis, políticos e sociais sejam exercidos e, de fato, se inter-relacionem.

Assim, o maior ou menor grau de exercício da cidadania, na sua acepção integral, sempre está, de fato, vinculado à solidez de uma estrutura tripartite, formada a partir do reconhecimento amplo dos direitos civis e políticos, das garantias dos direitos sociais - e, portanto, de uma distribuição mais equitativa dos recursos econômicos, sociais e culturais - e das regras procedimentais que

²¹¹ Nesse sentido, ver Añón e Añón (2002).

²¹² Não tratamos de afirmar, no entanto, que a liberdade requeira o igualitarismo ou a igualdade em tudo, mas, na perspectiva de Bobbio (1995-a), a *igualdade em algo*, que cada comunidade deve definir ou pactuar e que evolui historicamente.

²¹³ Assim, desde diferentes perspectivas, Habermas (2005, p. 147) e Fabre (2000, p. 111 e ss).

envolvem a participação popular: cada um desses elementos tem um papel fundamental, de suporte aos demais, e, ao mesmo tempo, estabelece um equilíbrio, ou ponderação, razoável ao conjunto.

Os direitos civis e políticos demandam, assim, direitos sociais e também regras de procedimento para a participação popular; mas, ao mesmo tempo, também em sua inter-relação esses direitos, interesses e regras estabelecem limites entre si, de modo que nenhum deles se imponha aos demais. Quanto mais harmoniosa, equilibrada e sinérgica essa relação, maior será a densidade de acesso e exercício da cidadania plena; quanto menos harmoniosa, equilibrada e sinérgica essa relação, menor será a densidade de acesso e exercício da real cidadania, e, conseqüentemente, maior será a desigualdade e a exclusão das pessoas.

Nesse contexto, cada sociedade pode apresentar distintas situações de maior ou menor equilíbrio desse sistema, e essas situações não são estáticas. Em conseqüência, para que possamos identificar *o que está em jogo* na relação inclusão/exclusão em cada sociedade em determinado momento histórico, devemos observar o estado de equilíbrio - maior ou menor - desse sistema, ou melhor, o complexo processo de constituição do equilíbrio dessa equação entre o reconhecimento amplo dos direitos civis e políticos, as garantias dos direitos sociais e as regras procedimentais que envolvem a participação popular.²¹⁴

Por conta disso, insistimos na importância da adoção prévia, no enfrentamento da questão pertinente às políticas públicas sociais e do papel do Estado democrático de direito - notadamente da administração pública e do Poder Judiciário - na formulação, aplicação, avaliação e controle das políticas públicas sociais, do referencial crítico construído nesta obra, que trata de reconfigurar a percepção habitual dos direitos sociais e suas garantias a partir de uma perspectiva garantista e democrática como pressuposto à efetiva remoção dos obstáculos à concretização dos direitos sociais fundamentais.

Se não são adotadas medidas relacionadas com a distribuição mais equitativa dos recursos econômicos, sociais e culturais que, além de fortalecer as garantias dos próprios direitos, proporcionem, por todos os meios possíveis e potencialmente eficientes, o acesso real à cidadania integral, aquela que se alcança quando há uma associação harmoniosa entre liberdade e igualdade, a “liberdade real”, base fundamental da democracia, não se pode falar em uma sociedade verdadeiramente livre e autônoma.

Nesse contexto, a efetividade dos direitos sociais é imprescindível à liberdade, mas está inter-relacionada com a participação popular. Como já afirmamos, entendemos que a efetiva interação de uma norma ou de um programa com os seus destinatários, e a atuação de cada um deles na defesa dos seus direitos e na defesa dos direitos de todos, é a melhor garantia que pode ser atribuída aos direitos sociais. É necessário, portanto, expandir a democracia não apenas como sistema políti-

²¹⁴ Assim, se a cidadania integral é pautada pelo concomitante reconhecimento de direitos civis e políticos, pela distribuição de recursos econômicos, sociais e culturais e por efetivos mecanismos de participação, uma cidadania limitada ou debilitada, pautada pela exclusão, é definida a partir de uma situação em que, ao lado da existência de direitos civis e políticos formalmente reconhecidos como direitos fundamentais e de um razoável grau de estabilidade dos mecanismos de institucionalização democrática, podemos verificar o acesso debilitado ou acentuadamente desigual aos recursos econômicos, sociais e culturais. Esse desequilíbrio, no ângulo da distribuição dos bens econômicos, sociais e culturais, leva, necessariamente, a uma limitação do acesso real a formas de participação eficazes para reproduzir e transformar as necessidades em demandas, e, portanto, leva a uma debilitação do próprio acesso, e o efetivo exercício, dos direitos civis e políticos formalmente estabelecidos, ditos fundamentais.

co, mas a partir da busca de uma cidadania integral, inclusiva, com a participação ativa dos atores sociais e o seu efetivo comprometimento nas decisões que afetam o desenvolvimento humano.

É nesse contexto, inclusive, que, ao longo deste ensaio, tratamos de privilegiar o enfoque nas “políticas públicas sociais”,²¹⁵ políticas de responsabilidade do Estado, um conjunto de ações coletivas voltadas para a garantia dos direitos sociais fundamentais, mas de um Estado que não se esgota na burocracia pública, na administração pública, nos organismos estatais que formulariam e implantariam as políticas públicas sociais. As políticas públicas sociais são aqui compreendidas como as de responsabilidade do Estado, que envolvem decisões não só de órgãos públicos, mas de diferentes organismos e agentes da sociedade relacionados à política implantada, configurando um compromisso público que visa dar conta de determinadas demandas sociais, expressando a transformação daquilo que é do âmbito privado em ações coletivas no espaço público (GUARESCHI et al., 2004, p. 180).

Para melhor compreensão e avaliação das políticas públicas sociais implantadas por um governo, é fundamental a compreensão da concepção de Estado e de política social que sustentam tais ações e programas de intervenção. Mas as políticas públicas sociais não podem ser reduzidas a políticas estatais *stricto sensu*. Se a política corresponde a um processo multifacetário de escolha dos instrumentos para a realização dos objetivos dos governos, que envolve a participação de interesses privados,²¹⁶ além de agentes públicos, é certo que as políticas públicas, tendo na participação popular na sua formulação, aplicação, avaliação e controle, substancial pressuposto da sua própria legitimidade e eficiência, transcendem aos instrumentos normativos do programa de governo, inserindo-se num plano mais amplo. É necessário, aqui, que façamos algumas breves considerações sobre a verdadeira significação do “público.”

Subsiste, de fato, uma frequente associação entre público e estatal, ação pública e ação estatal, política pública e política estatal. Ora, o Estado não detém o monopólio da política, nem toda a ação ou política estatal é necessariamente pública. Esse último erro reside na frequente incapacidade de identificarmos quão pouco democrático possa ser o Estado, de sorte que as suas ações e políticas reproduzam, com maior ou menor explicitação, suas clivagens econômicas, sociais e culturais. A associação entre o público e o estatal, nessa medida, evidencia-se ideológica e politicamente perversa, seja porque reproduz uma ética colonizadora do Estado sobre a sociedade

²¹⁵ Segundo Bucci (2002, p. 241), as políticas públicas podem ser entendidas como “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. Segundo Mello (2011, p. 821), trata-se de “um conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao objetivo comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o País.” Para Godbert e Muller (apud HÖFLING, 2001, p. 31), as políticas públicas são o “Estado em ação.” As *políticas sociais*, de âmbito mais restrito, referem-se a “ações que determinam o padrão de proteção social implementado pelo Estado, voltadas, em princípio, para a redistribuição dos benefícios sociais visando a diminuição das desigualdades estruturais produzidas pelo desenvolvimento socioeconômico.” As “políticas sociais”, assim, diriam respeito àquelas políticas devotadas à realização dos direitos sociais (educação, habitação, saúde etc.); por outro lado, as políticas públicas, além das políticas sociais, também compreenderiam outras políticas, como as políticas ambientais e as políticas macroeconômicas (aquelas que dizem respeito à política fiscal e monetária). Nesse sentido, ver Schmidt (2007). Mas adiante, retornaremos à problemática da definição/distinção das *políticas sociais* como espécie do gênero *políticas públicas*.

²¹⁶ É importante ressaltar que a própria intervenção do Estado no domínio social não se faz, exclusivamente, pela via dos serviços públicos de natureza social (educação, saúde, assistência social, etc.), mas também pelo *fomento da atividade privada* através do repasse, direto ou indireto, para atores privados (particulares), de recursos que serão aplicados em fins sociais (MELLO, 2011, p. 822).

civil, despojando os atores privados da qualidade de titulares da soberania, seja porque retira, dos atores privados, a possibilidade de exercerem criativamente outras formas de ação que não através do Estado.

Outra associação categorial igualmente perigosa consiste em atribuir às ações não estatais, levadas a cabo principalmente através de organizações do terceiro setor, não governamentais, uma projeção invariavelmente democrática e comprometida com os interesses da comunidade. Há que separar, pois, o público do estatal, e a ação não estatal, ainda que pública, daquela relativa ao efetivamente democrático e ao socialmente justo.²¹⁷

Enfim, aqui, defendemos a ideia de que os termos “público” e “social” não podem ser dissociados. Uma ação estatal de intervenção social constitui, de fato, uma política *pública e social*. As intervenções estatais no âmbito da ordem econômica e financeira, assim, também são pautadas pelo interesse público.²¹⁸ O Estado contemporâneo, enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica, tem suas atividades pautadas, ou ao menos justificadas, de forma habitual, no atingimento dos fins sociais da ordem econômica, que incluem o primado da função social da propriedade, a defesa do meio ambiente e a redução das desigualdades.²¹⁹

Por outro lado, mesmo quando as ações e programas de intervenção social são protagonizados por atores privados, seus efeitos habitualmente permitem a sua inserção, sem muita resistência, no catálogo das políticas (públicas) sociais, inclusive porque, normalmente, mesmo quando não subordinados diretamente às decisões das autoridades públicas, esses atores, de alguma forma, estão com elas relacionadas, se não a elas estritamente vinculadas. Assim, v.g., as entidades sem fins lucrativos (*non-profit*), as organizações sociais, as entidades filantrópicas, ou mesmo aquelas com fins lucrativos, como as inseridas no contexto das parcerias público-privadas, têm a sua ação condicionada a apoios e incentivos que envolvem gastos públicos e/ou renúncia ou diferimento de ingressos públicos, como isenções, imunidades ou regimes tributários diferenciados.²²⁰ Se não for assim, a ação não é social, tampouco pública.

A Constituição é, ela mesma, uma força ativa. Ou seja, a Constituição não deve ser apenas um repositório de forças, mas ela mesma deve consubstanciar uma força propulsora do desenvolvimento, sobretudo do desenvolvimento humano (econômico, social e cultural). Para isso a Constituição deve contar com a consciência dos responsáveis pela efetivação da ordem constitucional,

²¹⁷ Para um maior desenvolvimento dessa formulação, ver Freitas Júnior e Zapparolli (2007).

²¹⁸ O art. 173 da Constituição brasileira de 1988, assim, dispõe que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado “só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

²¹⁹ Segundo o art. 170 da Constituição brasileira de 1988, a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos *existência digna, conforme os ditames da justiça social*, e tem, entre outros, por princípios: a função social da propriedade; a defesa do consumidor; a defesa do meio ambiente; a redução das desigualdades regionais e sociais; e a busca do pleno emprego.

²²⁰ Uma das modalidades de intervenção estatal na ordem econômica é a *atividade de fomento*, que é exercida através de *incentivos fiscais e/ou financiamentos*, que consiste na “ação da Administração com vista a proteger ou promover as atividades, estabelecimentos ou riquezas dos particulares que satisfaçam necessidades públicas ou consideradas de utilidade coletiva sem o uso da coação e sem prestação de serviços públicos” (ROCHA, 2006, p. 19). Sobre a *atividade de fomento* e a intervenção do Estado no domínio econômico, ver Rocha (2006, 2010).

que deverão fazer da vontade da Constituição a vontade do poder. E, nessa vontade constitucional sobressai a força imperativa dos direitos sociais nela reconhecidos como direitos fundamentais.²²¹

Não há dúvida de que a realização de direitos sociais através de políticas públicas sociais depende de ações de planificação, articulação, previsão orçamentária, formulação, aplicação e avaliação, tarefas que cabem, sobretudo, ao Poder Executivo (à administração pública). No entanto, se isso limita potencialmente a atuação do Poder Judiciário, que, investido da jurisdição, não pode formular (elaborar) políticas públicas sociais concretas, planificadas, articuladas e concertadas, não impossibilita que a via judicial seja um caminho adequado para que a administração pública justifique as políticas públicas sociais adotadas - ou a sua inação, na falta de uma política concretizadora de determinado direito fundamental -, cabendo ao Judiciário avaliar e controlar essas políticas, ou a falta delas, em face de direitos subjetivos fundamentais, seja reenviando a questão - fixando o seu marco jurídico - aos demais poderes, seja determinando à administração uma ação ou uma abstenção pontual, com o fim de assegurar ao cidadão/administrado um bem jurídico denegado, que, contudo, lhe é devido segundo o ordenamento jurídico e/ou com o fim de evitar-lhe ou compensar-lhe um prejuízo que lhe é imputado a partir do descumprimento do ordenamento jurídico pela administração, seja, em casos extremos, regrado, de forma provisória, o direito em jogo para toda uma coletividade, até o advento da política social em questão, cuidando-se sempre, embora, de administrar com cuidado a intensidade dessa intervenção.²²²

²²¹ Nesse sentido, ver Hesse (1991).

²²² Ou seja, em termos mais funcionalistas, sempre que o Estado (sobretudo a administração pública), por ação ou omissão, empreendendo ou omitindo-se de empreender uma política, puder impor lesão ou ameaça a um direito subjetivo do cidadão/administrado. Como já ressaltamos, isso não elimina, logicamente, as margens de ação estrutural/epistêmica do legislador e do administrador público, que podem decidir quais são os meios mais convenientes para a satisfação dos direitos sociais, entre todos aqueles meios juridicamente válidos e eficientes, na formulação, aplicação, avaliação e controle das políticas públicas sociais. Mas o reconhecimento dessas margens de ação jamais dará causa à insindicabilidade judicial absoluta dessas decisões, a espaços infensos a essa proteção e controle, controle que incidirá, inclusive, sobre o “porquê” das ações ou omissões dos poderes públicos, pois a configuração jurídica e política dos meios de proteção dos direitos sociais deve sempre atentar para um conteúdo mínimo ou essencial desses direitos fundamentais segundo os ditames da “justiça social constitucional”, observadas, no Brasil, entre outras, as disposições dos arts. 1º, II e III - “A República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana” -, 3º - “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” -, 5º, XXXV - “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” -, 5º, § 2º - “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” -, 170, III, VII e VIII - “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] III - função social da propriedade; [...] VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego” -, e 193 - “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” - da Constituição de 1988.

CONCLUSÃO

Nesta obra, tratamos, em síntese, de colocar em evidência os fundamentos democráticos e constitucionais implicados na busca da ampla concretização dos direitos sociais, direitos que, como direitos humanos fundamentais, concomitantes meio e condição para a promoção do desenvolvimento humano, da real liberdade e da autonomia da pessoa e de outros objetivos fundamentais do Estado democrático de direito, atuam como verdadeiras premissas materiais para o próprio exercício real de outros direitos, como os direitos civis e políticos.

O progressivo reconhecimento das expectativas relacionadas aos direitos sociais no plano constitucional e em tratados internacionais, com suas variações econômicas, sociais e culturais, não se vem demonstrando, assim, apto a convertê-los em expectativas plenamente exigíveis, tampouco em instrumentos realmente aptos à satisfação das necessidades dos seus destinatários. É essa falta de efetividade dos direitos sociais, que são justamente aqueles que guardam mais estreita relação com esse amplo quadro de desigualdade, vem sendo justificada a partir de diferentes argumentos conservadores que tendem a endossar uma percepção ideológica - política e jurídica - depreciativa dos direitos sociais e, por extensão, das políticas públicas sociais e do papel redistributivo do Estado democrático de direito, argumentos que precisam ser fundamentadamente refutados.

Assim, a par da extraordinária expansão das atuações institucionais devotadas ao desenvolvimento humano, com o estabelecimento de sistemas de compensação e inclusão ao largo do último terço do século dezanove e, sobretudo, dos dois primeiros terços do século vinte sob a égide do chamado “Estado social” e/ou das políticas (*polícies*) do “Estado de bem-estar social” (*welfare state*), permanece bastante consolidado um ponto de vista conservador, acentuado pelas contrarreformas neoliberais iniciadas nos anos 1990, segundo o qual as políticas públicas sociais - e, portanto, a utilização do poder do Estado com o propósito de equilibrar situações de desigualdade material ou de excluir determinados bens do livre jogo do mercado - seriam inevitável fonte de indesejável burocratização, e os direitos a elas relacionados, os sociais, além de onerosos e, portanto, *caros*, verdadeiras *armadilhas* que tenderiam a cercear a eficácia econômica, as liberdades pessoais e as liberdades de mercado, quando não direitos realmente incompatíveis com os de liberdade, ou meramente programáticos, impondo, a par da vigência formal e, inclusive, da extensão dos direitos sociais em muitas constituições e tratados internacionais, uma (nova) *lex mercatoria*, cada vez mais global, que debilita a eficácia vinculante dos direitos sociais e, com isso, o alcance real do princípio democrático e da atuação social/socializante do Estado democrático de direito.

Dessa maneira, o Estado democrático de direito tradicional, longe de converter-se em autêntico Estado social de direito, tem operado, normalmente, de forma meramente residual, como simples Estado legislativo/administrativo, com prestações limitadas à complementação e à correção das ações alocativas dos mercados e atuação orientada a disciplinar a pobreza e a assegurar, sobretudo a serviço desses mercados, a ordem e a segurança pública.

Com poucas exceções, o “núcleo duro” das políticas públicas sociais que vêm sendo adotadas após a crise, nos anos setenta, dos tradicionais Estados sociais e das políticas de bem-estar do *welfare state* não está relacionado à garantia de direitos sociais generalizáveis, ou seja, de expectativas estáveis subtraídas à conjuntura política e, portanto, indisponíveis aos poderes de

turno: as políticas públicas sociais têm sido pautadas por intervenções seletivas, relacionadas à capacidade de reivindicação de certos segmentos, que, mais do que igualar os desiguais, tendem a operar como efetivas concessões discricionárias e, portanto, revogáveis, quando não como autênticas medidas de controle dos pobres, que tendem a institucionalizar a exclusão social.

Nossas conclusões, portanto, nesta obra, podem ser assim sintetizadas e enunciadas:

1 - Os direitos sociais, direitos pautados na dignidade humana, ponderada a absoluta interdependência dos direitos, têm caráter fundamental, e essa fundamentalidade tem consequências sobre as suas garantias, a qualidade democrática de um sistema e sobre o agir legítimo dos órgãos da administração pública e do Judiciário enquanto agências funcionais do Estado democrático de direito.

2 - Todos os direitos fundamentais - civis, políticos e sociais - são, na perspectiva histórica, simultaneamente reivindicados, estabelecendo-se entre eles uma verdadeira relação de convergência e complementaridade.

É equivocada, assim, a tradicional visão linear-geracional dos direitos, que segmenta os direitos humanos fundamentais em distintas gerações de direitos segundo uma marca supostamente predominante dos eventos históricos e das inspirações axiológicas que deram identidade a cada uma dessas fases, pois, ainda que a história “moderna” dos direitos sociais tenha início com as grandes revoluções sociais do século dezanove, e que, de um ponto de vista mais formal, os direitos sociais só tenham adquirido status constitucional *tout court* no século vinte, é possível resgatar uma história mais complexa, que põe em evidência situações em que a expansão de direitos sociais foi reivindicada simultaneamente à expansão de direitos civis e políticos e à restrição aos direitos patrimoniais e às liberdades contratuais.

Além disso, essa visão linear-geracional tradicional demonstra-se insensível à história evidente das exclusões de direitos, invisibilizando a multiplicidade de vias, escalas e sujeitos relacionados à reivindicação e à conquista de direitos, parecendo dar a entender que o reconhecimento de direitos produz-se historicamente de forma uniformemente progressiva e homogênea (para todos), sem exclusões de determinados segmentos sociais.

3 - Todos os direitos fundamentais - civis, políticos e sociais - são, na perspectiva filosófico-normativa, indivisíveis e interdependentes, suscetíveis que são de fundamentação comum: a igual dignidade, a igual liberdade e a igual diversidade de todas as pessoas.

É equivocada, assim, a tradicional visão linear-geracional dos direitos, que remete os direitos sociais a uma posição subalterna, em termos axiológicos, aos direitos civis e políticos, ou que estabelece uma absoluta dicotomia entre (supostos) direitos de liberdade (direitos civis e políticos) e (supostos) direitos de igualdade (direitos sociais), pois a concretização dos direitos sociais é indispensável para a concretização dos direitos civis e políticos e vice-versa.

Os direitos civis e políticos requerem a superação de necessidades humanas básicas para serem exercidos plenamente; por outro lado, são concomitantemente indispensáveis ao reclamo e ao controle do cumprimento das obrigações que emanam dos direitos sociais. Dessa forma, a violação de direitos sociais gera uma violação reflexa de direitos civis e políticos e vice-versa.

4 - Todos os direitos fundamentais - civis, políticos e sociais - são, na perspectiva teórico-dogmática, determináveis no seu conteúdo e passíveis de tutela judicial.

É equivocada, assim, a tradicional visão que concebe os direitos sociais como estruturalmente diferenciados dos direitos civis e políticos, diferença estrutural que acarretaria uma

tutelabilidade debilitada dos direitos sociais, pois, tendo, todos os direitos fundamentais, uma compleição complexa, parte positiva, parte negativa, e, portanto, em certo grau, um custo, e possuindo, todos os direitos fundamentais, um núcleo mínimo sempre determinável, são, todos eles, direitos igualmente determináveis no seu conteúdo e judicializáveis.

Portanto, não apenas os direitos sociais implicam custos para o Estado; os direitos fundamentais (todos), mesmo quando exigem uma abstenção do Estado e/ou dos particulares, ou seja, a não intervenção na esfera de autonomia e liberdade dos indivíduos, dependem de uma gravosa estrutura estatal para a sua afirmação.

O que está em jogo, normalmente, não é como garantir direitos “caros”, mas, de fato, decidir como e com que prioridade serão alocados os recursos que todos os direitos - civis, políticos e sociais - exigem para a sua satisfação, reconhecendo um continuum entre todos os direitos, sem que as obrigações que eles contêm, nem o caráter mais ou menos indeterminado (flúido) da sua formulação, possam converter-se em verdadeiros elementos de diferenciação categórica.

5 - Sendo verdadeiros direitos fundamentais, pautados no “mínimo existencial”, que corresponde ao conjunto mínimo de bens materiais imprescindíveis para a existência humana em condições decentes, ou seja, ao próprio núcleo material da dignidade humana, os direitos sociais estão albergados por um princípio de irreversibilidade, que, concomitantemente, veda o retrocesso social e exige, em relação aos direitos sociais, progressividade, desautorizando a postergação indefinida da satisfação dos direitos sociais pelo Estado.

Não sendo, embora, absoluta a vedação do retrocesso, pois a ideia de não regressividade não retira, do Estado, a possibilidade de promover certas reformas *prima facie* regressivas, para (re)alocar os recursos necessários à inclusão social de determinados grupos, em situação de maior vulnerabilidade, este - o retrocesso - deve ser plenamente justificado e deve estar sempre sujeito a um alto grau de sindicabilidade.

6 - O Estado deve respeitar, ao menos, o conteúdo mínimo ou essencial dos direitos sociais reconhecidos em constituições ou convenções e tratados internacionais, mesmo diante da “reserva do possível”. Esse mínimo será, sempre, uma barreira intransponível, que obriga a uma permanente delimitação que demanda certa integração entre justiça e política, entre juízes e administradores públicos.

O reconhecimento constitucional dos direitos sociais, por si só, determina, em qualquer circunstância, mesmo em tempos de crises econômicas, um núcleo indisponível para os poderes de turno, inclusive - se não sobretudo - para a administração pública e para os órgãos jurisdicionais, razão pela qual nenhum desses poderes pode deixar de reconhecê-los e, assim, de assegurá-los a todas as pessoas, sobretudo para aquelas que se encontram em posição mais vulnerável.

7 - É necessário avançar não só no aperfeiçoamento das garantias institucionais dos direitos sociais fundamentais, mas também na direção da efetiva ampliação da densidade das garantias sociais (extrainstitucionais) dos direitos sociais, ou seja, nos distintos mecanismos devotados à participação e ao controle social.

O Estado democrático de direito requer que os distintos grupos sociais, sobretudo aqueles mais aleijados das discussões, não sejam “postos em seu devido lugar” em uma pretendida segregação, que tenham a possibilidade e a capacidade intencional de participar e de conviver nos mesmos lugares de diálogo que os demais grupos, o que significa, sobretudo, uma diferença

no reconhecimento da diferença: não se pretende estabelecer para os outros, arbitrariamente, aquilo que se julga bom para eles.

Isso importa a superação desse modelo conservador mediante uma visão democrática realmente participativa e aberta à pluralidade, com a possibilidade recíproca de que todos participem e se reconheçam, em certa medida, como coautores do direito e das políticas públicas sociais.

8 - A informação sobre os atos do governo constitui um bem indispensável para o controle e a crítica sobre a atividade estatal, para a existência de um debate público sobre as políticas, para o controle da corrupção e para a responsabilização política dos poderes de turno; a administração pública, portanto, tem o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, para que se possa aferir a consonância da conduta administrativa com a norma e com o suposto fático que lhe serviu de esteio.

Ademais, esse princípio básico da democracia, que diz respeito à publicidade dos atos do governo, deve contemplar, inclusive, a prática de facilitar - em todos os aspectos - o acesso às informações sobre a gestão pública aos cidadãos/administrados, possibilitando às pessoas não apenas que se informem, mas também que avaliem as políticas públicas a partir de indicadores relativos ao conteúdo dessas políticas e aos seus resultados, potenciais, pretendidos e alcançados.

O controle social - e concomitantemente judicial - propiciado pela informação é, no Estado democrático de direito, verdadeiramente imprescindível para assegurar que as práticas da administração pública sejam pautadas pela legalidade e pela moralidade, bem como para garantir o bom uso dos recursos públicos.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, V. Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política. In: BIRGIN, H.; KOHEN, B. (Org.). *Acceso a la justicia como garantía de igualdad: instituciones, actores y experiencias comparadas*. Buenos Aires: Biblos, 2006.
- ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. El acceso a la información como derecho. In: DUHALDE, E. L. (Org.). *Anuario de derecho a la información*. Buenos Aires: Eudeba, 2000.
- ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales en el debate democrático*. Madrid: Bomarzo, 2006.
- AJA, E. (Org.). *Las tensiones entre el tribunal constitucional y el legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998.
- ALEXY, R. Derechos fundamentales y estado constitucional democrático. In: CARBONELL, M. (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 2003.
- ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.
- ALFONSO, L. P. *Estado social y administración pública: los postulados constitucionales de la reforma administrativa*. Madrid: Civitas, 1983.
- ALTHUSSER, L. *Aparelhos ideológicos de estado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.
- ALTHUSSER, L. *Posiciones*. Barcelona: Anagrama, 1977.
- ALVAREZ, L. G. D. *Anatomía del intelectual reaccionario: Joseph de Maistre, Vilfredo Pareto y Carl Schmitt*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2007.
- ÁLVAREZ, S. Derechos humanos de las mujeres y relativismo cultural. In: CANTÓ, P; POSTIGO, E. (Org.). *Autoras y protagonistas*. Madrid: IUEM-Universidad Autónoma de Madrid, 2000.
- AMARAL, G. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ANDERSSON, J. *Investment or cost? The role of the metaphor of productive social policies in welfare state formation in Europe and the US: 1850-2000*. World Congress in Historical Sciences. Sydney: [s.n.], 2005.
- ANNAN, A. Administrative law in a global era: progress, deregulatory change, and the rise of the administrative presidency. *Cornell Law Review*, n. 73, Ithaca (NY), 1988.
- AÑÓN, M. J. Ciudadanía social: la lucha por los derechos sociales. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 6, Valencia, 2002. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=306394>>. Acesso em: 30 nov. 2009.
- AÑÓN, M. J.; AÑÓN, J. G. (Org.). *Lecciones de derechos sociales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.

ANSUATEGUI, F. J. *Poder, ordenamiento jurídico y derechos*. Madrid: Dykinson, 1997.

APEL, K.-O. *Hacia una macroética de la humanidad*. México: UNAM, 1992.

APEL, K.-O. The problem of philosophical foundations in light of a transcendental pragmatics of language. In: BAYNES, K.; BOHMAN, J.; MCCARTHY, T. (Org.). *After philosophy: end or transformation?* Cambridge: MIT, 1987.

APEL, K.-O.; KETTNER, M. (Org.). *Die eine Vernunft und die vielen Rationalitäten*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

ARAGÓN, M. El control como elemento inseparable del concepto de constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 19, Madrid, 1987.

ARAGUREN, J. L. *Ética*. Madrid: Trotta, 1994.

ARANGO, R. Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial. *El Otro Derecho*, n. 28, Bogotá, 2002.

ARAÚJO, F. R.; VARGAS, L. A. MALLMANN, M. H.; FRAGA, R. C. Direito como signo - vinte anos. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

ARENDT, H. *On revolution*. New York: Hortsseiner, 1989.

ARISTÓTELES. *Obras completas*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ARISTÓTELES. *Política*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1951.

ASSIER-ANDRIEU, L. *O direito nas sociedades humanas*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ATIENZA, M. *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

AULO GELIO. *Las noches áticas*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europea-América, 1959.

AUSTIN ASIS. *Quem é quem no mercado de saúde no Brasil*. Pesquisa. 2010.

ÁVILA, J. T. *El mínimo vital en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Bogotá: Cinep-Diakonia, 2002.

BACELLAR FILHO, R. F. *Direito administrativo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BACHOF, O.; WOLFF, H.; STOBBER, R. *Direito administrativo*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

BAKHTIN, M. *Marxismo e filosofia da linguagem*. 3. ed. São Paulo: Hucitec, 1988.

BALDASARRE, A. *La déclaration des droits sociaux*. Paris: J. Vrin, 1946.

BALDASARRE, A. *Los derechos sociales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

BALIBAR, É. *Les frontières de la démocratie*. Paris: La Découverte, 1992.

- BAPTISTA, T. W. F.; MACHADO, C. V.; LIMA, L. D. Responsabilidade do estado e direito à saúde no Brasil: um balanço da atuação dos poderes. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 14, n. 3, Rio de Janeiro, 2009.
- BARATA, R.; CHIEFFI, A. L. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cadernos de Saúde Pública*, n. 25, Rio de Janeiro, 2009.
- BARCELLOS, A. P. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARCELLOS, A. P. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 240, Rio de Janeiro, 2005.
- BARRETO, V. P. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, I. W. (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, n. 2, São Paulo, 2007.
- BARROSO, L. R. Vinte anos da constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.
- BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, L. R. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARUKI, L. V. R.; BERTOLIN, P. T. M. Violência contra a mulher: a face mais perversa do patriarcado. In: ANCREUCCI, A. C. P.; BERTOLIN, P. T. M. (Org.). *Mulher, sociedade e direitos humanos*. São Paulo: Rideel, 2010.
- BAUMAN, Z. *Modernidade e holocausto*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- BAUMAN, Z. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.
- BAYNES, K. Democracy and the Rechtsstaat: Habermas's Faktizität und Geltung. In: WHITE, S. K. (Org.). *The Cambridge companion to Habermas*. Cambridge: Cambridge University, 1995.
- BAYÓN, J. C. Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. In: BAYÓN, J. C. et al. *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- BAYÓN, J. C. *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- BEARD, C. A. *An economic interpretation of the constitution of the United States*. Mineola: Dover, 2004.

BECKER, A. A. *Teoria geral do direito tributario*. São Paulo: Saraiva, 1972.

BERLIN, I. Dos conceptos de libertad. In: BERLIN, I. *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza, 1998.

BERTOMEU, M. J. et al. *Republicanism y democracia*. Buenos Aires: Miño y Dávila, 2005.

BICKEL, A. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New York: Yale University, 1986.

BIELEFELDT, H. Menschenrechte - universaler Normkonsens oder eurozentrischer Kulturimperialismus? In: BROCKER, M.; NAU, H. (Org.). *Ethnozentrismus*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1997.

BIGOLIN, G. A reserva do possível como limite à eficácia dos direitos sociais. *Revista de Doutrina da Quarta Região*, s.n., Porto Alegre, 2006. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/Constitucional/giovani-bigolin.htm>>. Acesso em: 22 abr. 2006.

BOBBIO, N. *Derecha e izquierda: razones y significados de una distinción política*. Madrid: Taurus, 1995a.

BOBBIO, N. *Il futuro della democrazia*. Torino: Einaudi, 1995b.

BOBBIO, N. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995c.

BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. 5.ed. Brasília: UnB, 1994.

BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Staat, Gesellschaft, Freiheit*. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1976.

BÖCKENFÖRDE, E.-W. Demokratie als Verfassungsprinzip. In: ISENSEE, J.; KIRCHHOF, P. (Org.). *Handbuch des Staatsrechts*. v. 1. Heidelberg: C. F. Müller, 1987.

BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Recht, Freiheit, Staat*: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

BODIN, J. *Los seis libros de la república*. Caracas: Instituto de Estudios Políticos, 1966.

BONAVIDES, P. A. globalização e a soberania: aspectos constitucionais. In: FIOCCA, D.; GRAU, E.R. (Org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

BONAVIDES, P. A. *Constituinte e constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, P. A. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOROWSKI, M. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BOURDIEU, P. *Cuestiones de sociología*. Madrid: Istmo, 2000.

BOURDIEU, P. *Langage et puoiv symbolique*. Paris: Seuil, 2001.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Comentários aos princípios de Bangalore de conduta judicial*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Sinopse do censo demográfico 2010*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2011.

BRASIL. Ministério da Saúde. OPAS/OMS. *Avaliação da assistência farmacêutica no Brasil: estrutura, processo e resultados*. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. *I relatório brasileiro sobre o cumprimento do pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2001.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. *II relatório brasileiro sobre o cumprimento do pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2006.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. *Consideração dos relatórios submetidos por países membros conforme artigos 16 e 17 do pacto. Observações finais do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2009.

BRAVO, M. I. S.; CORREIA, M. V. C. Desafios do controle social na atualidade. *Serv. Soc. Soc.*, n. 109, São Paulo, 2012.

BRESSER-PEREIRA, L.C; GRAU, N. C. Entre o estado e o mercado: o público não-estatal. In: BRESSER-PEREIRA, L.C; GRAU, N. C. (Org). *O público não-estatal na reforma do estado*. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

BRITO, C. A. Poder constituinte versus poder reformador. In: MAUÉS, A. *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

BROLIANI, J. N. O controle judicial nas omissões no planejamento financeiro. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, n. 21, Belo Horizonte, 2005.

BROWN, W.; WILLIAMS, P. *La crítica de los derechos*. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2003.

BUCCI, M. P. D. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. In: BUCCI, M. P. D. et al. *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo: Pólis, 2001.

BUCCI, M. P. D. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, M. P. D. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, n. 133, Brasília, jan./mar. 1997.

CALAMANDREI, P. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. Padova: Cedam, 1950.

CALLINICOS, A. *Igualdad*. Madrid: Siglo XXI, 2003.

CAMPERO, G. Trabajo y ciudadanía. In: CALDERÓN, F. (Org.). *Ciudadanía y desarrollo humano*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, J. J. G. Metodología “Fuzzy” y “camaleones normativos” en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. *Derechos y Libertades*, n. 6, Madrid, 1998.

CANOTILHO, J. J. G. ¿Revisar/la o romper con la constitución dirigente? *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 43, Madrid, 1995.

CAPLAN, L. Direitos sociais da constituição cidadã e as armadilhas ideológicas que levam à sua inefetividade: uma leitura a partir da teoria crítica. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

CARA, J. C. G. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

CARBONELL, M.; PARCERO, J. A. C.; VÁZQUEZ, R. (Org.). *Derechos sociales y derechos de las minorías*. 2. ed. México: Porruá-UNAM, 2001.

CARÍAS, A. B. *Política, estado y administración pública*. Caracas: Ateneo, 1979.

CARNOY, M. *Estado e teoria política*. 11. ed. Campinas: Papyrus, 2005.

CARTER, I. *La libertà eguale*. Milano: Feltrinelli, 2005.

CARVALHO, P. B. *Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.

CASTEL, R. *Les métamorphoses de la question sociale: une chronique du salariat*. Paris: Fayard, 1995.

CASTRO, J. L. C. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

CASTRO, M. F. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 34, São Paulo, 1996.

CAVALCANTE, P. M. R. A compreensão político-jurídica atual da função jurisdicional: a omissão legislativa e os direitos sociais em aberto - do juiz burocrata ao juiz concretizador. A mediação judicativa-decisória dos princípios jurídicos. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

CERQUEIRA, M. Várias são as formas de luta. A defesa da Constituição é uma delas. In: FIOCCA, D.; GRAU, E.R. (Org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

CHEVALLIER, J. *Institutions publiques*. Paris: L. G. D. J, 1996.

CHURCHILL, W. *Churchill: his complete speeches, 1897-1963*. London: Chelsea, 1974.

COHEN, G. The currency of egalitarian justice. *Ethics*, n. 99, Chicago, 1989.

COMA, M. Los principios del estado de derecho y su aplicación a la administración en la constitución. *Revista de Administración Pública*, n. 87, Madrid, 1978.

COMPARATO, F. K. Réquiem para uma Constituição. In: FIOCCA, D.; GRAU, E.R. (Org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *Pesquisa CNI-IBOPE: avaliação do governo*. Brasília: CNI, 2012.

CORREIA, M. V. C. *Desafios para o controle social: subsídios para capacitação de conselheiros de saúde*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.

COSTA, F. D. C. A função realizadora do poder judiciário e as políticas públicas no Brasil. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

COURTIS, C. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COURTIS, C. (Org.). *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: CELS, 2006.

CRAVEN, M. *The international covenant on economic, social and cultural rights: a perspective on its development*. Oxford: Clarendon, 1995.

CRUZ, A. R. S. Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no estado democrático de direito. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DALLARI, D. A. Os direitos fundamentais na Constituição brasileira. In: FIOCCA, D.; GRAU, E. R. (Org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

DALY, M. *Acesso aos direitos sociais na Europa: relatório do Conselho da Europa*. Lisboa: Ministério da Segurança Social e do Trabalho, 2003.

DEAN, H. The juridification of welfare: strategies of discipline and resistance. In: KJØNSTAD, A.; WILSON, J. V. (Org.). *Law, power and poverty*. Bergen: CROP, 1997.

DELFINO, D. M. A Rússia antes da revolução. *História Viva - Grandes Temas*, n. 18, São Paulo, 2007.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo Econômico*, n. 9, Salvador, 2007.

DI PIETRO, M. S. Z. Participação popular na administração pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 1, São Paulo, 1993.

DIAS, E. F. Hegemonia: racionalidade que se faz história. In: DIAS, E. F. et al (Org.). *O outro Gramsci*. São Paulo: Xamã, 1996.

DÍAZ, A. O. Castillar la disidencia: el movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico. *Jueces para la democracia*, n. 54, Madrid, 2005.

DÍAZ, E. *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004.

DÍAZ, E. *De la maldad estatal y la soberanía popular*. Madrid: Debate, 1984.

- DÍAZ, E. Estado de derecho y legitimidad democrática. In: DÍAZ, E.; COLOMER, J. L. (Org.). *Estado, justicia, derechos*. Madrid: Alianza, 2002.
- DÍAZ, E. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid: Cuadernos para el Diálogo, 1975.
- DÍAZ, E. *Sociología y filosofía del derecho*. Madrid: Taurus, 1971.
- DICEY, A. V. *Introduction to the study of the law of the constitution*. 8. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1982.
- DIMENSTEIN, G. *Democracia em pedaços: direitos humanos no Brasil*. São Paulo: Schwarcz, 2006.
- DRAIBE, S. Qualidade de vida e reformas de programas sociais: o Brasil no cenário latino-americano. *Lua Nova*, n. 31, São Paulo, 1993.
- DRIVER, S. S. A declaração de independência dos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.
- DROMI, J. R. *Constitución, gobierno y control*. Mendoza: Ciudad Argentina, 1983.
- DROMI, J. R. *Introducción al derecho administrativo*. Madrid: Grouz, 1986.
- DUGUIT, L. *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*. Paris: F. Alcan, 1922.
- DUVERGER, M. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Paris: Presses Universitaire France, 1976.
- DWORKIN, R. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DWORKIN, R. *Is democracy possible here? (principles for a new political debate)*. Princeton: Princeton University, 2006.
- EDELSTEIN, W.; NUNNER-WINKLER, G. (Org.). *Moral in Kontext*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.
- EIDE, A. et al (Org.). *Economic, social and cultural rights*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1995.
- ENTERRÍA, E. G. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1991.
- ENTERRÍA, E. G. *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- ENTERRÍA, E. G. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1983.
- ENTERRÍA, E. G.; FERNÁNDEZ, T. R. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1990.
- ESPING-ANDERSEN, G. *The three worlds of welfare capitalism*. Princeton: Princeton University, 1998.
- FABRE, C. *Social rights under the constitution*. Oxford: Clarendon, 2000.

- FAGUNDES, M. S. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FAVELA, J. O. (Org.). *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupos*. México: UNAM, 2004.
- FERNÁNDEZ, E. G.; SOTOMAYOR, C. A. *Democracia y presupuestos participativos*. Barcelona: Icaria, 2003.
- FERNÁNDEZ, T. R. Juzgar a la administración contribuye también a administrar mejor. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 76, Madrid, 1992.
- FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995.
- FERRAJOLI, L. Derechos fundamentales. In: FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.
- FERRAJOLI, L. *Diritto e ragione*. Roma: Laterza, 1990.
- FERRAJOLI, L. *Garantismo: una discusión sobre democracia y derecho*. Madrid: Trotta, 2006-a.
- FERRAJOLI, L. *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2006-b.
- FERRAJOLI, L. et al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.
- FERRAZ JUNIOR, T. S. *Direito constitucional*. São Paulo: Manole, 2007.
- FERREIRA FILHO, M. G. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FIGUEIREDO, L. V. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FIOCCA, D.; GRAU, E.R. (Org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- FISS, O. Grupos y cláusula de igual protección. In: GARGARELLA, R. (Org.). *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona: Gedisa, 1999.
- FISS, O. *The law and it could be*. New York: New York University, 2003.
- FLORES, J. H. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. In: FLORES, J. H. *El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.
- FONTANA, J. *Historia: análisis del pasado y proyecto social*. Barcelona: Crítica, 1982.
- FONTES, P. G. *O controle da administração pelo ministério público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- FORMOSA, P. All politics must bend its knee before right: Kant on the relation of morals to politics. *Social Theory and Practice*, s.n., Charlottesville, 2008. Disponível em: <http://findarticles.com/p/articles/mi_hb6395/is_2_34/ai_n31505767/?tag=content;col1>. Acesso em: 23 set. 2011.

FRAGA, R. C.; VARGAS, L. A. Greve de servidores públicos: o direito de greve dos servidores públicos após a decisão do Supremo Tribunal Federal. In: THOME, C. F.; SCHWARZ, R. G. (Org.). *Direito coletivo do trabalho: curso de revisão e atualização*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

FRAGALE FILHO, R. Nem a lei liberta: a constituição de 1988 e os direitos sociais vinte anos depois. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

FRANÇA, P. G. *Fundamentos constitucionais do controle da regulamentação econômica*. Dissertação (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

FRANCO, A. *Pobreza & desenvolvimento local*. Brasília: AED, 2002.

FRASER, N. *Justice Interruptus*. Critical reflections on the “postsocialist” condition. New York: Routledge, 1997.

FREIRE, A. M. P. *La garantía en el estado constitucional*. Madrid: Trotta, 1997.

FREITAS JÚNIOR, A. R.; ZAPPAROLLI, C. R. *Mediação de conflitos e promoção da cultura da paz*. São Paulo: [s.n.], 2007.

FREITAS, J. A melhor interpretação constitucional versus a única resposta correta. In: BASTOS JUNIOR, L. M.; LEITE, R. B.; LOIS, C. C. (Org.). *A constituição como espelho da realidade*. São Paulo: LTr, 2007.

FREITAS, J. Controle dos atos vinculados e discricionários à luz dos princípios fundamentais. In: GERMANO, L. P. R.; GIORGIS, J. C. T. (Org.). *Lições de direito administrativo: estudos em homenagem a Octavio Germano*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FREITAS, J. *Discricionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FRISCHEISEN, L. C. F. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

FULLER, L. *The morality of law*. London-New Haven: Yale University, 1964.

GALLARDO, H. *Política y transformación social: discusión sobre derechos humanos*. Quito: SERPAJ/Tierra Nueva, 2000.

GANDINI, J. A. D.; BARIONE, S. F.; SOUZA, A. E. A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial - critérios e experiências. In: SCHWARZ, R. G. (Org.). *Direito administrativo contemporâneo*. Administração pública, justiça e cidadania: garantias fundamentais e direitos sociais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GARGARELLA, R. *El derecho a la protesta: el primer derecho*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2005.

GASCÓN, M. *Los hechos en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

GAZOLA, P. M. *Concretização do direito à moradia digna: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

- GENRO, T. Constituição social e direitos efetivos. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.
- GENRO, T.; SOUZA, U. *El presupuesto participativo: la experiencia de Porto Alegre*. Buenos Aires: EUDEBA- IEFCTA, 1998.
- GERMANO, L. P. R.; GIORGIS, J. C. T. (Org.). *Lições de direito administrativo: estudos em homenagem a Octavio Germano*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- GIDDENS, A. *Sociology*. Oxford: Polity, 1990.
- GODOI, M. S. Tributo e solidariedade social. In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. (Org.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.
- GOMES, J. B. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: SANTOS, R. E.; LOBATO, F. (Org.). *Ações afirmativas. Políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.
- GORDILLO, A. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Macchi, 1977.
- GORTER, H. *Het imperialisme, de wereldoorlog en de sociaal-democratie*. Amsterdam: Brochurehandel Sociaal-Democratische Partij, 1914.
- GOUVÊA, M. M. *O controle judicial das admissões administrativas: novas perspectivas de implementação de direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GRAHAM, M. A.; VEGA, J. C. (Org.). *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*. Buenos Aires: Astrea, 1996.
- GRAJEW, O. Responsabilidade social empresarial. In: PINSKY, J. (Org.). *Práticas de cidadania*. São Paulo: Contexto, 2004.
- GRAMSCI, A. Antonio. *Cadernos do cárcere*. v. 3. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.
- GRASELLI, O. Efetividade judicial de direitos sociais. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.
- GRAU, A. B. *Derecho del trabajo: un modelo para armar*. Madrid: Trotta, 1991.
- GRAU, A. B. *Sindicalismo y derecho sindical*. Madrid: Bomarzo, 2004.
- GRAU, E. R. As relações entre os poderes no décimo aniversário da Constituição de 1988. In: FIOCCA, D.; GRAU, E.R. (Org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- GRAU, E. R.; BELLUZZO, L. G. M. Direito e mídia, no Brasil. In: FIOCCA, D.; GRAU, E.R. (Org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- GRECO, M. A. Solidariedade social e tributação. In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. (Org.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.
- GROETHUYSEN, B. *Philosophie de la révolution française*. Paris: Gallimard, 1956.

GROTTI, D. A. M. A arbitragem e a administração pública. In: GUILHERME, L. F. V. (Org.). *Novos rumos da arbitragem no Brasil*. São Paulo: Fiuza, 2004.

GUARESCHI, N. et al. Problematizando as práticas psicológicas no modo de entender a violência. In: STREY, M. N.; AZAMBUJA, M. P.; JAEGER, F. P. *Violência, gênero e políticas públicas*. Porto Alegre, Edipucrs, 2004.

GUARNIERI, C. Magistratura e política: il caso italiano. *Rivista Italiana di Scienza Politica*, n. 1, Siena, 1991.

GUASTINI, R. Teoria e dogmatica delle fonti. In: GUASTINI, R. *Trattato de diritto civile e commerciale*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1998.

GURVITCH, G. *L'idée du droit social*. Paris: Sirey, 1932.

GUSTIN, M. B.; DIAS, M. T. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUTIÉRREZ, I. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

HÄBERLE, P. *Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HÄBERLE, P. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003.

HABERMAS, J. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

HABERMAS, J. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

HABERMAS, J. *Erkenntnis und Interesse*. Frankfurt am Main: Verlag, 1973.

HABERMAS, J. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2005.

HABERMAS, J. *Faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

HABERMAS, J. *La desobediencia civil, piedra de toque del estado democrático de derecho*. Barcelona: Península, 1994.

HABERMAS, J. Moralität und Sittlichkeit. Treffen Hegels Einwände gegen Kant auch auf die Diskursethik zu? In: KUHLMANN, W. (Org.). *Moralität und Sittlichkeit: Das Problem Hegels und die Diskursethik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986a.

HABERMAS, J. *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*. Buenos Aires: Amorrortu, 1986b.

HABERMAS, J. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004.

HALLOWELL, J. H. *The decline of liberalism as an ideology*. With particular reference to german politico-legal thought. London: Kegan Paul, Trench, Trubner, 1946.

- HARRINGTON, J. *The commonwealth of Oceana and a system of politics*. Cambridge: J. G. A. Pocock, 1992.
- HART, H. M.; SACKS, A. M. *The legal process: basic problems in the making and application of law*. New York: Foundation, 1994.
- HART, H. *The concept of law*. Oxford: Clarendon, 1961.
- HELD, D. *Modelos de democracia*. Madrid: Alianza, 1993.
- HELLER, H. *Teoría del estado*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2010.
- HERRING, R. *The federalist papers by Alexander Hamilton, John Jay and James Madison*. New York: s.n., 2005. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=fteKxyvsvFoC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 22 set. 2011.
- HESSE, K. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1995.
- HESSE, K. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HIERRO, L. *Estado de derecho*. Problemas actuales. México: Fontamara, 1998.
- HIERRO, L. ¿Qué derechos tenemos? *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 23, Madrid, 2000.
- HOBBS, T. *Leviatán*. Madrid: Nacional, 1979.
- HÖFLING, E. M. Estado e políticas (públicas) sociais. *Cadernos Cedes*, n. 55, Campinas, 2001.
- HOFMANN, H. *Recht-Politik-Verfassung*. Frankfurt am Main: A. M. Verlag, 1986.
- HOFMANN, R. et al. (Org.). *Armut und Verfassung. Sozialstaatlichkeit im europäischen Vergleich*. Wien: Verlag Österreich, 1998.
- HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 1999.
- IBÁÑEZ, P. A. *Corrupción y Estado de derecho*. Madrid: Trotta, 1996.
- JELLINEK, G. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Springer, 1921.
- JELLINEK, G. *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*. Milano: Giuffrè, 1912.
- JONES, D. *Code of pace: ethics and security in the world of the warlord states*. Chicago: University of Chicago, 1989.
- KANT, I. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: KANT, I. *Crítica da razão pura e outros textos*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.
- KELSEN, H. *Esencia y valor de la democracia*. Madrid: Punto Omega, 1977.
- KELSEN, H. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

- KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KEYNES, J. M. *The end of laissez-faire*. Amherst (N. Y.): Prometheus, 2004.
- KEYNES, J. M. *The general theory of employment, interest and money*. London/New York: Macmillan-St. Martin's, 1936.
- KING, J. The pervasiveness of polycentricity. *Public Law*, s.n., London, 2008.
- KLIKSBERG, B. *O desafio da exclusão: para uma gestão social eficiente*. São Paulo: FUNDAP, 1997.
- KLUXEN, W. Abstrakte Vernunft und konkrete Geschichte. In: BROCKER, M.; NAU, H. (Org.). *Ethnozentrismus*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1997.
- KRAUSE, C. The right to property. In: EDIE, A. et al. (Org.). *Economic, social and cultural rights*. Den Haag: Kluwer Law International, 2003.
- KRELL, A. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- KROESCHELL, K. *Deutsche Rechtsgeschichte*. Hamburg: Westdeutscher Verlag, 2008.
- LANGFORD, M. Judging resource availability. In: SQUIRES, J.; LANGFORD, M. *The road to a remedy: current issues in the litigation of economic, social and cultural rights*. Sydney: UNSW, 2005.
- LANGFORD, M. Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise socio-jurídica. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 6, n. 11, São Paulo, 2009.
- LAPORTA, F. Imperio de la ley y seguridad jurídica. In: DÍAZ, E.; COLOMER, J. L. (Org.). *Estado, justicia, derechos*. Madrid: Alianza, 2002.
- LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983.
- LASALLE, F. *Théorie systematique des droits acquis*. Paris: Giard & Brière, 1904.
- LASKI, H. *Studies in law and politics*. New Haven: Yale University, 1932.
- LEAL, R. G. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LECHNER, N. *La democratización en el contexto de una cultura postmoderna*. Santiago: FLACSO, 1986.
- LEDFORD, K. F. *Formalizing the rule of law in Prussia: the Supreme Administrative Law Court, 1876-1914*. Cambridge: Cambridge University, 2004.
- LOCKE, J. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid: Alianza, 1990.
- LOYOLA, M. A. Medicamentos e saúde pública em tempos de Aids: metamorfoses de uma política dependente. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 13, Rio de Janeiro, 2008.
- LÓPEZ, M. C. P. *Derecho del trabajo e ideología: medio siglo de formación ideológica del derecho de trabajo en España (1873-1923)*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 2002.

- LÓPEZ GUERRA, L. La garantía de la constitución. In: PECES-BARBA, G.; RAMIRO, M. A. (Org.). *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- LUÑO, A. P. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.
- LUÑO, A. P. Seguridad jurídica. In: VALDÉS, E. G.; LAPORTA, F. (Org.). *El derecho y la justicia*. Enciclopedia iberoamericana de filosofía. v. 1. Madrid: Trotta, 1996.
- MACCORMICK, N. Orden espontáneo e imperio de la ley: algunos problemas. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 6, Madrid, 1989.
- MACHIAVELLI, N. *Il príncipe*. Milano: Fabbri, 1997.
- MAFFINI, R. C. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança): em torno da súmula vinculante n. 3 do Supremo Tribunal Federal. In: SCHWARZ, R. G. (Org.). *Direito administrativo contemporâneo*. Administração pública, justiça e cidadania: garantias fundamentais e direitos sociais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- MALBERG, C. *Contribution à la théorie générale de l'État*. Paris: Sirey, 1922.
- MANDROU, R. *De la culture populaire aux XVIIe et XVIIIe siècles*. Paris: Stock, 1964.
- MANNORI, L.; SORDI, B. Science of administration and administrative law. In: BECCHI, P. et al. (Org.). *A history of philosophy of law in the civil law world, 1600-1900*. London-New York: Springer, 2009.
- MARGALIT, A. *Politik der Würde: über Achtung und Verachtung*. Berlin: Fischer, 1997.
- MARÍN, A. O. *Estado social y crisis económica*. Madrid: Complutense, 1996.
- MARQUES, S. B.; DALLARI, S. G. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, v. 41, n. 1, São Paulo, 2007.
- MARSHALL, T. H. *Americans no more: the death of citizenship*. Boston: Harvard University, 2002.
- MARSHALL, T. H. *Citizenship and social class, and other essays*. Cambridge: Cambridge University, 1992.
- MARSHALL, T. H.; BOTTOMORE, T. *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Alianza, 1998.
- MARTÍN, C. C. *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*. Madrid: Trotta, 2003.
- MARTÍN, C. C. *Sobre el concepto de ley*. Madrid: Trotta, 2002.
- MARTÍN, C. C. *Teoría constitucional de la solidaridad*. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- MARTÍN, C.; RODRÍGUEZ, D.; GUEVARA, J. *Derecho internacional de los derechos humanos*. México: Fontamara, 2004.
- MARTÍN-BARBERO, J. *De los medios a las mediaciones*. Barcelona: Gustavo Gili, 1987.
- MARTÍNEZ, G. P.-B. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.

MARTÍNEZ, G. P.-B. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Madrid: Eudema, 1988.

MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

MARX, K. *La guerre civile en France*. Paris: Sociales, 1972.

MATTEUCCI, N. *Organizzazione del potere e libertà*. Torino: Utet, 1976.

MATURANA, H.; VARELA, F. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MAXWELL, M. *Morality among nations: an evolutionary view*. Albany: University of New York, 1990.

MEINECKE, F. *Machiavelism: the doctrine of raison d'état and its place in modern history*. London: Routledge and Kegan Paul, 1957.

MELLO, C. A. B. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010a.

MELLO, C. A. B. Control jurisdiccional de los actos administrativos. *Revista de Administración Pública*, n. 110, Madrid, 1986.

MELLO, C. A. B. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, C. A. B. *Discricionariedade e controle jurisdiccional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010b.

MELLO, C. A. B. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009a.

MELLO, C. A. B. Funerais da Constituição de 1988. In: FIOCCA, D.; GRAU, E.R. (Org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

MELLO, C. A. B. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009b.

MELLO, O. A. B. *Princípios gerais de direito administrativo*. v. 1. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDONÇA, E. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário das políticas públicas. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MENÉNDEZ, I. V. *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

MENGER, A. *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*. Tübingen: Laupp, 1890.

MENGER, A. *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung*. Stuttgart-Berlin: Cotta, 1886.

MESSEDER, A. M.; OSORIO-DE-CASTRO, C. G. S.; LUIZA, V. L. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do estado do Rio de Janeiro. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 21, n. 2, Rio de Janeiro, 2005.

MÉSZÁROS, I. *A educação para além do capital*. São Paulo: Boitempo, 2005.

- MIGNOLO, W. *Histórias locais, projetos globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar*. Belo Horizonte, UFMG, 2003.
- MIGUEL, A. R. Concepciones de la igualdad y justicia distributiva. In: DÍAZ, E.; COLOMER, J. L. (Org.). *Estado, justicia, derechos*. Madrid: Alianza, 2002.
- MILLER, J. C. *Origins of the american revolution*. Boston: Little, Brown and Company, 1943.
- MIRAVET, P. El ingreso ciudadano. In: ABRAMOVICH, V.; AÑÓN, M. J.; COURTIS, C. (Org.). *Derechos sociales: instrucciones de uso*. México: Fontamara, 2003.
- MISRHA, R. *The welfare state in crisis: social thought and social change*. Brighton: Hervaster, 1984.
- MOHL, R. *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*. Tübingen: Adamant, 2005.
- MONTESQUIEU, C. *Oeuvres complètes*. Paris: Gallimard, 1951.
- MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.
- MORAES, M. C. B. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, I. W. (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- MORAES, M. C. B. O princípio da solidariedade. In: MATOS, A. C. H. *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.
- MORALES, J. R. La globalización como proceso de universalización de un modelo económico. *Cuaderno de Materiales*, s.n., Madrid, 2001. Disponível em: <<http://www.geocities.com/CapitolHill/3103/Globalizacion.htm>>. Acesso em: 30 nov. 2008.
- MORESO, J. J. Sobre el alcance del precompromiso. *Discusiones*, n. 1, Bahía Blanca, 2000.
- NACIONES UNIDAS. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Observación general n. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho a una vivienda adecuada*. 2001. Disponível em: <http://www.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs25_sp.htm>. Acesso em 10 out. 2007.
- NAVARRO, E. La reflexión sociológica sobre la legitimidad. In: DÍAZ, E.; COLOMER, J. L. (Org.). *Estado, justicia, derechos*. Madrid: Alianza, 2002.
- NEVES, A. C. *Questão-de-fato-questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967.
- NINO, C. S. *Ética y derechos humanos*. Barcelona: Ariel, 1984.
- O'CONNOR, J. *A crise do Estado capitalista*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.
- O'DONELL, G. Teoría democrática y política comparada. *Desarrollo Económico, Revista de Ciencias Sociales*, n. 39, Buenos Aires, 2000.
- OLIVEIRA, M. V. *Previdência social*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

- ORTEGA, M. S. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2006.
- ORTIZ, E. O. *La vía de hecho y la jurisdicción contencioso-administrativa*. San José: LIL, 1993.
- PANNEKOEK, A. *Critica del bolchevismo*. Barcelona: Anagrama, 1976.
- PANNEKOEK, A. *Workers' councils*. Oakland: AK, 2003.
- PAPACCHINI, A. *Filosofía y derechos humanos*. Cali: Universidad del Valle, 2005.
- PARETO, V. *Trattato di sociologia generale*. Torino: UTET, 1988.
- PARIENTE, A. *La separation des pouvoirs : theorie contestee et pratique renouvelee*. Paris : Dalloz, 2006.
- PASTOR, J. A. S. *Principios de derecho administrativo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.
- PECES-BARBA, G. La cultura jurídico-política de la constitución de 1978. In: PECES-BARBA, G.; RAMIRO, M. A. (Org.). *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- PECES-BARBA, G. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2005.
- PEREIRA, F. H. U.; DIAS, M. T. F. *Cidadania e inclusão social*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- PÉREZ, J. G. *Administración pública y libertad*. México: UNAM, 1971.
- PÉREZ, J. G. Nuevos sistemas de control de la administración pública. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 22, Madrid, 1979.
- PICÓ, J. *Teorías sobre el estado del bienestar*. 2. ed. Madrid: Siglo XXI, 1990.
- PIOVESAN, F. Direitos humanos e a jurisdição constitucional internacional. In: GOMES, E. B.; REIS, T. H. (Org.). *O direito constitucional internacional após a Emenda 45/04 e os direitos fundamentais*. São Paulo: Lex, 2007.
- PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PIOVESAN, F. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- PIRES, L. M. F. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- PIRES, V.; TIBALI, L. R.; SOUZA, M. C. *Transparência orçamentária municipal via web (TOM Web) após a Lei Complementar 131/09: os casos da região administrativa central do estado de São Paulo*. Anais do Encontro de Administração Pública e Governança da ANPAD. Vitória: ANPAD, 2010.
- PISARELLO, G. El estado social como estado constitucional: mejores garantías, más democracia. In: ABRAMOVICH, V.; AÑÓN, M. J.; COURTIS, C. (Org.). *Derechos sociales: instrucciones de uso*. México: Fontamara, 2003.

- PISARELLO, G. Las afinidades constitucionales de Habermas. *Jueces para la Democracia*, n. 39, Madrid, 2000.
- PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta, 2007.
- PLATÃO. *Platón: obras completas*. Madrid: Medina y Navarro, 1872.
- POLANYI, C. *La gran transformación: crítica del liberalismo económico*. Madrid: La Piqueta, 1998.
- PORTILLA, K. P. *Principio de igualdad: alcance y perspectivas*. México: UNAM-Conapred, 2005.
- POSNER, R. A. *A economia da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- PRIETO, H. V. *La estrategia del diálogo social: de la concentración al reparto del poder decisorio en las relaciones laborales*. San José: Oficina Internacional del Trabajo, 2002.
- PRIETO, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.
- PRIETO, L. La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. *Derechos y Libertades*, n. 8, Madrid, 2000.
- PRZEWORSKI, A. *Capitalismo e social-democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- PULIDO, C. B. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003.
- PULIDO, C. B. Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria. *Discusiones*, n. 4, Bahía Blanca, 2004.
- RAMOS, E. S. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RAMOS, J. *La teoría dualista de los derechos fundamentales*. Tepic: Lorem Ipsum, 2006.
- RANGEL, J. A. T. *El Derecho como arma de liberación en América Latina*. San Luis Potosí: Facultad de Derecho de San Luis Potosí, 2006.
- RAWLS, J. *A theory of justice*. Oxford: Oxford University, 1980.
- RAWLS, J. *Political liberalism*. New York: Columbia University, 1993.
- RAZ, J. *The authority of law: essays on law and morality*. New York: Clarendon, 1979.
- REBOLLO, L. M. La justicia administrativa ante el texto constitucional. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 19, Madrid, 1978.
- REIS, J. R. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nas relações interprivadas: breves considerações. In: LEAL, R. G; REIS, J. R. (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.
- RESTA, E. *Il diritto fraterno*. 3. ed. Roma: Laterza, 2005.
- REVORIO, F. J. D. *La constitución como orden abierto*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

RIOS, R. R. Respostas jurídicas frente à epidemia de HIV/Aids no Brasil. *CEBES*, n. 27, Rio de Janeiro, 2003.

RITTER, G. A. *Storia dello stato sociale*. 2. ed. Roma: Laterza, 1999.

RIVERO, J. *Les libertés publiques*. Paris: PUF, 1973.

ROCHA, C. L. A. Constituição e ordem econômica. In: FIOCCA, D.; GRAU, E.R. (Org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

ROCHA, S. L. F. Breves considerações sobre a intervenção do Estado no domínio econômico e a distinção entre atividade econômica e serviço público. In: SPARAPANI, P.; ADRI, R. P. (Org.). *Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao professor Celso Antonio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ROCHA, S. L. F. *Terceiro setor*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

RODRÍGUEZ, J. F. *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: Civitas, 1998.

ROIG, M. J. A. Elementos para una teoría de los derechos sociales en construcción. In: SCHWARZ, R. G. (Org.). *Direito administrativo contemporâneo*. Administração pública, justiça e cidadania: garantias fundamentais e direitos sociais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

ROMAN, D. *Le droit public face à la pauvreté*. Paris: LGDJ, 2002.

ROQUE, S. J. *História do direito*. São Paulo: Ícone, 2007.

ROSS, A. *Direito e justiça*. Bauru: EDIPRO, 2000.

ROUSSEAU, J.-J. *Le contrat social*. Paris: Armand Colin, 1962.

RÜHLE, O. *Die Seele des proletarischen Kindes*. Dresden: Verlag am andern Ufer, 1925.

SABBAG, C. *Orçamento e desenvolvimento - recurso público e dignidade humana: o desafio das políticas públicas desenvolvimentistas*. São Paulo: Millennium, 2006.

SADEK, M. T. (Org.). *Reforma do poder judiciário*. São Paulo: Konrad Adenauer, 2001.

SAID, E. *Cultura e imperialismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SANTOS, B. S. *La caída del Angelus Novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2003.

SANTOS, B. S. Os processos da globalização. In: SANTOS, B. S. (Org.). *A globalização e as ciências sociais*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005a.

SANTOS, B. S. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005b.

SANTOS, B. S.; MARQUES, M. M. L.; PEDROSO, J. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 30, São Paulo, 1996.

SANTOS, R. L. Ação coletiva. In: SCHWARZ, R. G. (Org.). *Dicionário de direito do trabalho, de direito processual do trabalho e de direito previdenciário aplicado ao direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012a.

- SANTOS, R. L. *Sindicatos e ações coletivas*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012b.
- SARAT, A.; SCHEINGOLD, S. *Cause lawyering: political commitments and professional responsibilities*. New York: Oxford University, 1998.
- SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARLET, I. W. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Interesse Público*, n. 12, São Paulo, 2001.
- SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SARLET, I. W. Dignidade da pessoa humana e “novos” direitos na constituição federal de 1988: algumas aproximações. In: MATOS, A. C. H. (Org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.
- SARLET, I. W. O direito fundamental à moradia na constituição. In: SAMPAIO, J. A. L. (Org.). *Crise e desafios da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SCHEFFER, M.; SALAZAR, A. L.; GROU, K. B. *O remédio via justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais*. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.
- SCHEININ, M. Direct applicability of economic, social and cultural rights: a critique of the doctrine of self-executing treaties. In: SCHEININ, M. *Social rights as human rights: a european challenge*. Åbo: Åbo Akademi University, 1994.
- SCHMIDT, J. P. *Gestão de políticas públicas: aspectos conceituais e aportes para um modelo pós-burocrático e pós-gerencialista*. Santa Cruz do Sul: [s.n.], 2007.
- SCHMIDT, P. L.; SALOMÃO, M. F. El papel del poder judicial em el consenso de Pekín. *Revista de la Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo*, n. 8, São Paulo, 2012.
- SCHMIDT-ASSMAN, E. *Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung un der Historismus*. Berlin: Duncker & Humblot, 1967.
- SCHIMITT, C. *Der hüter der Verfassung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- SCHWARTZ, B. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University, 1995.
- SCHWARZ, R. G. O sistema de seguridade social e o princípio da solidariedade. In: BARROSO, L. R.; CLÈVE, C. M. (Org.). *Direito constitucional: constituição financeira, econômica e social*. São Paulo: RT, 2011.
- SEJERSTEDT, F. Democracy and the rule of law: some historical experiences of contradictions in the striving for good government. In: ELSTER, J.; GLADSTADT, R. (Org.). *Constitutionalism and democracy: studies in rationality and social change*. Cambridge: Cambridge University, 1993.
- SEN, A. *Desarrollo y libertad*. México: Planeta, 2000.
- SEN, A. *El valor de la democracia*. Barcelona: Cultural, 2006.

SEN, A. *Poverty and famines: an essay on entitlements and deprivation*. Oxford: Clarendon, 1982.

SERGE, V. *O ano I da revolução russa*. São Paulo: Ensaio, 1993.

SHUE, H. *Basic rights: subsistence, affluence and U.S. foreign policy*. New Jersey: Princeton University, 1980.

SILVA, J. A. A Constituição e a estrutura de poderes. In: FIOCCA, D.; GRAU, E.R. (Org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, L. P. P. A irreversibilidade dos direitos sociais. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, R. M. (Org.). *Derecho internacional de los derechos humanos*. México: UNAM, 2002.

SKINNER, Q. *The foundations of modern political thought: the renaissance*. Cambridge: Cambridge University, 1978.

SMENDE, R. *Verfassung und Verfassungsrecht, Staatrechtliche Abhandlungen und andere*. 2. ed. Berlin: Aufsätze, 1968.

SMITH, A. *Lectures on justice, police, revenue and arms*. Whitefish: Kessinger, 2004.

SMITH, R. M. *Liberalism and american constitutional law*. Cambridge-London: Harvard University, 1980.

SOUZA NETO, C. P. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

STERETT, S. Judicial review in Britain. *Comparative Political Studies*, n. 26, Thousand Oaks, 1994.

STONE, A. Judging socialist reform. *Comparative Political Studies*, n. 26, Washington, 1994.

STRECK, L. L. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SUNSTEIN, C. *Designing democracy*. Oxford: Oxford University, 2001.

SÜSSEKIND, A. Os direitos constitucionais trabalhistas. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

SZWARCWALD, C. L. et al. Pesquisa Mundial de Saúde 2003: o Brasil em números. *Revista Radis*, v. 23, Rio de Janeiro, 2004.

TAKOI, S. M. Breves comentários ao princípio constitucional da solidariedade. In: BARROSO, L. R.; CLÈVE, C. M. *Direito constitucional: constituição financeira, econômica e social*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2011.

- THIERRY, H. et al. *Droit international public*. Paris: Montchrestien, 1986.
- THOME, C. F. *O princípio da igualdade em gênero e a participação das mulheres nas organizações sindicais de trabalhadores*. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- THOMPSON, E. *The making of the english working class*. 3. ed. Harmondsworth: Penguin, 1980.
- THUROW, L. *El futuro del capitalismo*. Barcelona: Ariel, 1996.
- TOCQUEVILLE, A. *A emancipação dos escravos*. Campinas: Papirus, 1994a.
- TOCQUEVILLE, A. *Recuerdos de la revolución de 1848*. Madrid: Trotta, 1994b.
- TORRAZZA, J. Z. Inmigración y prácticas sociales discriminatorias. In: BERGALLI, R. (Org.). *Flujos migratorios y su (des)control*. Barcelona: Anthropos, 2006.
- TORRE, H. M. G. *Derechos humanos: dignidad y conflicto*. México: Universidad Interamericana, 1996.
- TORRES, R. L. *Os direitos humanos e a tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- UGARTEMENDIA, J. I. *La desobediencia civil en el estado constitucional democrático*. Madrid: Marcial Pons, 1999.
- ULRICH, P. *Integrative Wirtschaftsethik*. Berna: Haupt, 1998.
- UNITED NATIONS. UNICEF. *Adjustment with a human face: protecting the vulnerable and promoting growth*. Oxford: Clarendon, 1989.
- UNITED NATIONS. OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *General comment 3: the nature of states parties obligations*. Oxford: Oxford University, 1990.
- UPRIMNY, R. Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía. *Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes*, n. 12, Bogotá, 2001.
- VAN GEUNS, H. A. The concept of organized violence. In: VAN GEUNS, H. A. *Health hazards of organized violence*. Haya: Ministry of Welfare, Health an Culture Affairs, 1987.
- VARGAS, A. *Governabilidade e governação: novas formas de legitimação*. VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Lisboa: CLAD, 2002.
- VEHERVARY, J.; STANGL, W. *Menschenrecht und Staatsgewalt*. Wien: WUV Universitätsverlag, 2000.
- VENTURA, M. As estratégias de promoção e garantia dos direitos das pessoas que vivem com HIV/ Aids. *Divulgação em Saúde para Debate*, n. 27, Rio de Janeiro, 2003.
- VIANNA, L. W.; BURGOS, M. B. Entre princípios e regras (cinco estudos de caso de ação civil pública). *Cadernos CEDES-IUPERJ*, s.n., Rio de Janeiro, 2005.
- VIEIRA, F. S.; ZUCCHI, P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v. 41, n. 2, São Paulo, 2007.

- VILLASANTE, T.; GARRIDO, F. J. (Org.). *Metodologías y presupuestos participativos: construyendo ciudadanía*. Madrid: Cimas-IEPALA, 2002.
- VILLORO, L. Aproximaciones a una ética de la cultura. In: OLIVÉ, L. (Coord.). *Ética y diversidad cultural*. México: UNAM-FCE, 1993.
- VIROLI, M. The revolution in the concept of politics. *Political Theory*, v. 20, n. 3, Thousand Oaks, 1992.
- VITA, E. C. Revisión jurisdiccional de la inactividad material de la administración. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 17, Madrid, 1978.
- VUOLO, R. et al. *La pobreza... de la política contra la pobreza*. Buenos Aires: CIEPP, 2004.
- WADE, H. R. *Administrative law*. 6. ed. Oxford: Clarendon, 1992.
- WALDRON, J. (Org.). *Nonsense upon stilts: Bentham, Burke and Marx on the rights of man*. London: Methuen, 1987.
- WALDRON, J. *The right to private property*. Oxford: Clarendon, 1990.
- WARAT, L. *Fobia al estado de derecho*. Anais do curso de pós-graduação em Direito da Universidade Integrada do Alto Uruguai e Missões. Santiago: URI, 1994.
- WAYNE, W. Two faces of judicial activism. *George Washington Law Review*, n. 1, Washington, 1992.
- WEBER, M. *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1964.
- WIEÄCKER, F. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1980.
- WIESE, B. *La cultura de la ilustración*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979.
- WROE, A. Separation of powers. In: CLARKE, P. B.; FOWERAKER, J. (Org.). *Encyclopedia of democratic thought*. London: Routledge, 2001.
- YAMASHITA, D. Princípio da solidariedade em direito tributário. In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. (Org.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.
- ZAGREBLESKY, G. *Derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2005.
- ZAMBRANO, M. *Filosofía y poesía*. México: FCE, 1996.
- ZAMBRANO, M. *Pensamiento y poesía en la vida española*. México: FCE, 2008.
- ZAVASCKI, T. A. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- ZEPEDA, J. R. *Estado de derecho y democracia*. México: Instituto Federal Electoral, 1996.
- ZIPPELIUS, R. *Allgemeine Staatslehre*. München: C. H. Beck, 1999.
- ZIPPELIUS, R. *Teoria geral do estado*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.