

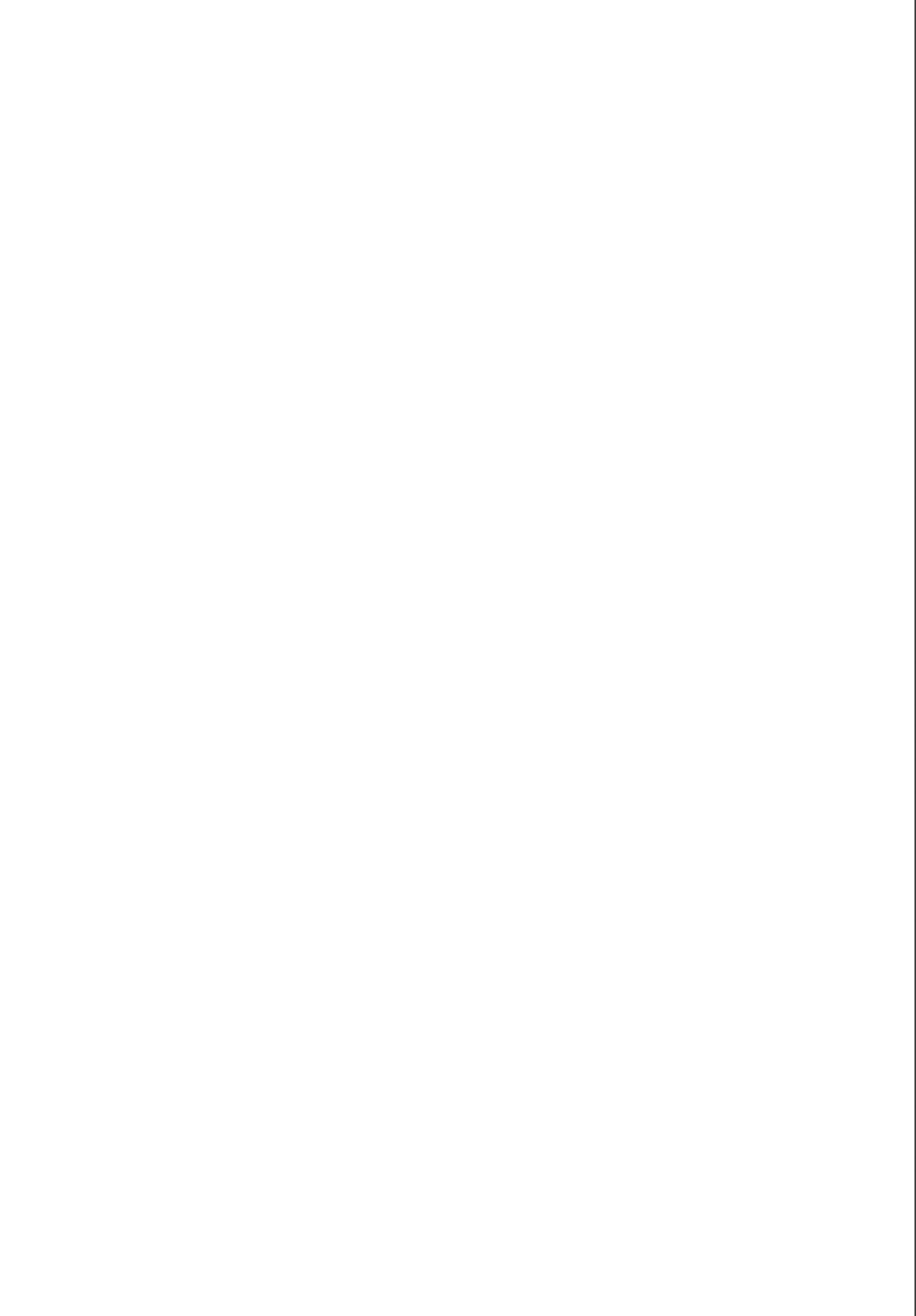


Editora Unoesc

Série Dissertações e Teses

*Direitos humanos previdenciários: a aplicação
dos tratados internacionais de direitos humanos
pelos tribunais brasileiros nos casos de direito
previdenciário*

Silvana Barros da Costa





Editora Unoesc

Série Dissertações e Teses

*Direitos humanos previdenciários: a aplicação
dos tratados internacionais de direitos humanos
pelos tribunais brasileiros nos casos de direito
previdenciário*

Silvana Barros da Costa

© 2017 Editora Unoesc
Direitos desta edição reservados à Editora Unoesc
É proibida a reprodução desta obra, de toda ou em parte, sob quaisquer formas ou por quaisquer meios, sem a permissão expressa da editora.
Fone: (49) 3551-2000 - Fax: (49) 3551-2004 - www.unoesc.edu.br - editora@unoesc.edu.br

Editora Unoesc

Coordenação
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva
Projeto Gráfico: Simone Dal Moro
Capa: Simone Dal Moro

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

C837d Costa, Silvana Barros da.
Direitos humanos previdenciários: a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pelos tribunais brasileiros nos casos de direito previdenciário / Silvana Barros da Costa. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2017. – (Série Dissertações e Teses, v. 11)
214 p. ; il. ; 23 cm.

ISBN 978-85-8422-108-0

1. Previdência social. 2. Seguridade social. 3. Direitos fundamentais. 4. Direitos humanos. 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
Ildo Fabris
Campus de Xanxerê
Genesio Téo

Pró-reitor de Graduação
Ricardo Marcelo de Menezes

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

Diretora Executiva da Reitoria
Lindamir Secchi Gadler

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti
Débora Diersmann Silva Pereira
Andréa Jaqueline Prates Ribeiro
Jovani Antônio Steffani
Eliane Salet Filippim

Carlos Luiz Strapazzon
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Maria Rita Nogueira
Daniele Cristine Beuron

A revisão linguística e metodológica é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

CAPÍTULO I - INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO II - NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE A CRIAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	15
2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIMENSÕES OU GERAÇÕES?.....	24
2.1.1 Direitos e dimensões	27
2.1.2 Direitos sociais: direitos fundamentais de segunda dimensão	29
2.1.3 O universalismo dos direitos humanos	33
2.2 CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	36
2.2.1 As características dos direitos humanos na visão de Robert Alexy	40
2.2.2 A fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais	42
2.3 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	46
2.3.1 Direitos de defesa	47
2.3.2 Direitos a prestações positivas	49
2.3.3 Direitos Fundamentais sociais advindos de Tratados Internacionais	52
2.3.4 Direitos fundamentais podem ser restringidos ou limitados?	53
2.3.4.1 Teorias dos Direitos Fundamentais – Interna e Externa ...	57
CAPÍTULO III - DIREITOS HUMANOS E DIREITOS SOCIAIS	63
3.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O SISTEMA DE DIREITOS HUMANOS SOCIAIS	65
3.1.1 Mínimo Vital	71

3.1.2 Mínimo Existencial	73
3.2 DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS HUMANOS NECESSÁRIOS: A TEORIA DE ROBERT ALEXY	82
3.3 DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS HUMANOS EXIGÍVEIS: A TEORIA DE CHRISTIAN COURTIS	87
3.4 DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS HUMANOS POSITIVOS: A VISÃO DE ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE.....	95
3.5 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO DIREITOS CONSTITUCIONAIS IRREVOGÁVEIS: A VISÃO DE INGO WOLFGANG SARLET	99
3.6 TIPOLOGIA DOS DIREITOS SOCIAIS	104
3.6.1 Direitos sociais, econômicos e culturais: sentido e alcance	104
3.6.2 A interpretação dos direitos sociais em sintonia com os critérios da indivisibilidade, inter-relacionamento e interdependência e o caráter universal dos direitos humanos sociais	106

CAPÍTULO IV - A COBERTURA UNIVERSAL DA SEGURIDADE SOCIAL COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL	115
4.1 O DEVER DE COBERTURA UNIVERSAL DA SEGURIDADE SOCIAL NO SISTEMA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS	118
4.2 OS PACTOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE SEGURIDADE SOCIAL: O DEVER DE COBERTURA UNIVERSAL	123
4.2.1 O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966	124

4.2.2 Convenções e Recomendações sobre a Seguridade Social	129
4.2.3 Convenção n. 102 sobre as Normas Mínimas de Seguridade Social (OIT, 1952)	131
4.2.4 A Recomendação n. 67 sobre a Segurança dos Meios de Vida (OIT, 1944)	133
4.2.5 A Recomendação n. 69 sobre Assistência Médica (OIT, 1944)	135
4.2.6 A Conferência de Viena (1993) e seu “Programa de Ação”	136
4.2.7 A Recomendação n. 202 sobre Pisos Mínimos de Seguridade Social (OIT, 2012)	150
4.3 A COBERTURA UNIVERSAL DA SEGURIDADE SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	153
4.3.1 Assembleia Nacional Constituinte e o objetivo da cobertura universal	153
4.4 MUDANÇA CONCEITUAL ENTRE SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL	160
4.5 A UNIVERSALIDADE SUBJETIVA: INCLUSÃO DE NOVOS TITULARES	167
4.6 CASOS ESPECIAIS E A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA EM FACE DO DIREITO DE PROTEÇÃO UNIVERSAL	181
4.6.1 Análise dos dados encontrados	183
4.6.2 Considerações sobre a análise dos dados	188
CAPÍTULO V - CONCLUSÕES	197
REFERÊNCIAS	205

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO

Tratar de direitos humanos e direitos fundamentais é uma empreitada extremamente prazerosa, entretanto, dada a amplitude da matéria, seria impossível tratar de todos os reveses e embates que englobam o assunto. O objetivo deste trabalho é inserir o leitor no tema sobre a fundamentalidade dos direitos humanos, com suas características básicas e específicas, assim como a possibilidade de haver restrições e/ou limitações a estes direitos fundamentais.

Como se pode observar, desde o surgimento dos direitos humanos e até os dias de hoje, estes formam uma categoria peculiar de direitos, que evoluiu em compasso com a história da humanidade, caracterizando-se conforme a necessidade e os problemas dos indivíduos, em determinada época, sendo incorporados nos ordenamentos jurídicos dos Estados, tornando-se assim, direitos fundamentais garantidos por suas Cartas Constitucionais.

No Brasil, o constituinte de 1988 reconheceu a importância e a fundamentalidade destes direitos humanos, tendo dedicado um capítulo específico aos direitos fundamentais, consolidando-os como um dos alicerces do atual Estado Democrático e Social de Direito.

Os direitos fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988 ou advindos de outros diplomas Nacionais ou Internacionais formam um amplo e heterogêneo conjunto de direitos, com o objetivo de garantir ao indivíduo todas as formas e meios para que possam ver sua dignidade garantida e respeitada, indo além de qualquer exigência ou imposição estatal.

É inegável o valor destes direitos e a necessidade de garanti-los de forma ampla e eficaz aos indivíduos. Na medida em que se fixam as características básicas e específicas destes direitos, se acena acerca da importância dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, para a garantia material do cumprimento destes por parte do Estado e de toda a sociedade.

A pesquisa que ora desenvolvemos é importante no contexto, em razão da crise do reconhecimento da cobertura universal do Direito

Fundamental de Seguridade Social no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, diante deste enfrentamento podemos perguntar: São eficazes as ferramentas internacionais que consagram a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais?

Para responder esta pergunta precisamos analisar a forma como o Direito Fundamental é visto pela doutrina que se dedica à estudá-la, da mesma forma que o conteúdo dos documentos internacionais (tratados e convenções) que a referem, e como elaborada a sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro.

A ideia de Seguridade Social faz pensar num modelo em que todos os indivíduos possam ter acesso àqueles direitos e benefícios que possam prevenir, diminuir ou resguardar situações de vulnerabilidade e riscos sociais. Desta forma, a Seguridade Social no Brasil surge como um sistema que possa cobrir as diferentes necessidades advindas da sociedade num determinado momento de fragilidade do trabalhador (idade avançada, doença, maternidade) ou por perda do emprego, com um tipo de cobertura que não necessita que o custeio individual seja direto, enquanto “proteção social” não contributiva.

A partir desta fórmula poder-se-á entender a “universalidade na cobertura e no atendimento previdenciário”, que deve compreender e interpretar a proteção social como um propósito de atingir todos os eventos cuja reparação deva ser urgente, com o objetivo de resguardar a subsistência daqueles que dela necessitarem. Este objetivo deve ser iminente e rápido a fim de preservar a integridade do indivíduo em todos os momentos em que ele estiver frágil nas situações já relatadas, considerando os fundamentos do Estado Democrático e “social” de Direito, onde o Brasil está inserido, que deve assegurar a todos uma existência digna.

Perceber que esta universalidade é objetiva e considerando que seu escopo é garantir as necessidades do indivíduo naqueles momentos

em que encontrar-se em situações de fragilidade, quando surgem em sua vida e seu cotidiano, eventos de risco, constatar-se-á quais são os indivíduos que possuem direito a estes benefícios e prestações positivas por parte do Estado e estaremos diante de um critério subjetivo da universalidade, quer seja, quem são os sujeitos de direito que precisam ser protegidos pelo direito e pelo Estado. E, neste sentido, pode-se afirmar que todo o indivíduo que esteja em um momento de fragilidade/necessidade tem garantido, por parte do Estado, um tratamento por um dos eixos da seguridade social, seja pela saúde, assistência social ilimitada, ou a previdência social para aqueles que a contribuírem, visto o sistema ser contributivo, com a entrega de ações, prestações e serviços de seguridade social para aqueles que necessitarem.

Quando tratamos de saúde, visualizamos que a universalidade da cobertura e do atendimento está perfeitamente estabelecida, no artigo 196 da CF quando trata: *“A saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e acesso universal igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.”*

No tocante à assistência social, a visualização da universalidade da cobertura e do atendimento está perfectibilizada no artigo 203 da Constituição Federal, ao dispor que as prestações poderão ser alcançadas através da assistência social: *“A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos [...]”*

Ao nos reportarmos à previdência social, a universalidade da cobertura e do atendimento tem revelado uma inclinação (em razão da assinatura e ratificação dos instrumentos internacionais de direitos sociais que tratam da matéria específica da previdência social) em abarcar um número cada vez maior de indivíduos e de fragilidades, aproximando-se da assistência social, garantindo, entretanto, uma cobertura mínima a um

maior número de indivíduos, todavia, com a consequência imediata da redução no valor destes mesmos benefícios.

Entretanto, o direito à Seguridade Social também é assegurado em documentos internacionais que dispõe a respeito dos direitos humanos, tratando dos direitos à saúde, assistência social e previdência social como direitos humanos. Tanto a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 quanto o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, trouxeram em seu bojo preceitos que referem, de forma expressa, o direito à segurança social para todos os indivíduos. O PIDESC já surgiu como uma forma de garantir maior efetividade aos Tratados Internacionais, com eficácia jurídica imposta por lei e força vinculante, a fim de assegurar eficazmente o exercício dos direitos e liberdades garantidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).

Desta forma, os Estados-parte tem o dever de reconhecer o direito de toda a pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social (art. 9º do PIDESC), sendo que a segurança social à previdência social, ainda que no mínimo possível, é direito fundamental social para todos os indivíduos que estejam dentro do território Nacional e deve o Estado implementá-los, ainda que de forma progressiva (art. 2.1. do PIDESC), com a cooperação da sociedade (art. 195 da CF),¹ sob pena de poderem ser exigíveis por qualquer um que tenha o direito violado. Tanto o PIDESC quanto o Comité DESC tem insistido na obrigação do Estado em proteger àqueles cidadãos considerados em situação de vulnerabilidade num determinado momento fático e histórico.

O Brasil também é signatário da Convenção n. 102 da OIT, o mais importante documentos sobre as normas mínimas sobre seguridade social já emitido e que aborda situações específicas sobre Previdência Social. O

¹ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios [...]

texto desta Convenção ampliou a proteção social, ao não mais considerar somente os trabalhadores “urbanos e rurais” em todas as suas categorias, considerando a proteção social “a toda a sociedade”, transformando-se em instrumento de inclusão social, onde devem ser incluídos novos sujeitos de direito, novas categorias de trabalhadores ao sistema de seguridade social.

Não podemos deixar de mencionar também, neste momento, a Recomendação n. 202 da OIT, que traz em seu bojo que os Estados membros devem estabelecer e manter, ainda que progressivamente, sistemas de seguridade social completos e adequados, coerentes com os objetivos políticos nacionais, procurando coordenar as políticas de segurança social com outras políticas públicas (Item 13. 2).

Os titulares destas prestações são todas as pessoas sujeitos de direito. Ainda que hajam diferenciações linguísticas utilizadas pelo texto constitucional e pela legislação infraconstitucional, se pode determinar quem são os titulares dos direitos e instituir novos titulares que hoje se encontrem desabrigados da legislação constitucional e infraconstitucional, como é o caso do trabalhador rural boia-fria e do trabalhador extrativista. Que é a crítica que veremos até o final deste trabalho.

CAPÍTULO II
NOTAS INTRODUTÓRIAS
SOBRE A CRIAÇÃO DOS
DIREITOS HUMANOS

Inaugura-se o presente capítulo com o escopo de enfrentar a diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais, com a análise das diversas dimensões em que as categorias de direitos podem ser exploradas, a classificação dos direitos fundamentais, onde encontraremos e analisaremos o direito às prestações positivas e a possibilidade dos direitos fundamentais sofrerem ou não restrições e/ou limitações, sob a importante ótica do sopesamento, utilizando a técnica da proporcionalidade.

Sabemos que o tema dos Direitos Humanos, na atualidade, é um dos mais assíduos, não sendo necessário que se faça nenhuma demonstração, ante os temas que temos visto, lido e escutado. Tampouco diria que é um exagero dizer que vivemos mergulhados na sua problemática.

Não é raro que os meios de comunicação² nos façam menção diária sobre um caso que esteja relacionado a direitos humanos. Esta multiplicação acaba por trazer ao tema um carácter de trivialidade, fazendo com que seu conteúdo se esvazie numa mera expressão verbal ou escrita, onde tudo são direitos humanos e tudo se pode albergado em sua denominação.

A noção de direitos humanos é, por dizer, tão antiga quanto à própria história das culturas, manifestando-se em épocas diferentes, nas diferentes civilizações, em busca de afirmar a dignidade da pessoa humana e na luta contra todos os meios de exclusão e opressão (TRINDADE, 2003, p. 33). E a proteção destes direitos precisa levar em conta as condições políticas, econômicas, sociais e jurídicas do mundo de hoje, as quais tem grande influência sobre a forma de proteção dos direitos do homem e destes direitos em si mesmos (CASSIN, 1974, p. 399). A concepção de direitos humanos traz consigo a mesma origem do homem, dos povos e de suas culturas, num determinando lugar e numa determinada época, sem que possamos nos afastar do momento político, econômico e cultural em

² Rádio, jornal, televisão, internet, redes sociais.

que vivemos, pois, dependendo deste momento os povos e as civilizações terão maior ou menor proteção aos seus direitos concretamente falando.

Entendemos que desde a literatura grega o termo “direitos do homem” há sido mencionado, com muita energia e beleza. E o verdadeiro espírito de “direito humano”, lembramos uma passagem em *Antígona*, de Sófocles, momento em que Creonte a proíbe de enterrar a seu irmão, “[...] *Hay leyes eternas, replica Antígona, que no son de hoy ni de ayer, sino que viven em todos los tempos y nadie sabe cuando aparecieron [...]*” (SÓFOCLES, 1999), que entendemos emblemático e valoroso, e dificilmente, ainda que nos dias de hoje, poderíamos encontrar uma definição tão simples, precisa e bela da definição dos Direitos Humanos.

Para as notas introdutórias ao presente trabalho de investigação, trataremos sobre o surgimento dos direitos humanos segundo a abordagem elaborada por Antônio Augusto Cançado Trindade, Linn Hunt e Renné Cassin.

Os direitos do homem existem desde que existem homens. A luta pelos direitos do homem existe juntamente com a existência deste, pois sempre houve pessoas pensando em seus direitos. A luta pelo reconhecimento dos direitos do homem acompanha a sua evolução, acompanha o seu crescimento e o crescimento da sociedade como um todo.

Tratando-se da época moderna, segundo Cassin (1974, p. 387), os documentos importantes começaram a surgir após o Renascimento e a Reforma, com a Magna Carta do Rei João sem Terra e pela Declaração de Direitos de 1689, pela Declaração da Independência Americana e pela célebre Declaração de Direitos do Homem de 1789, proclamada pela França, com a Revolução Francesa, com o tema “*Liberdad, Igualdad, Fraternidad*” a tratar formalmente dos direitos do homem.

A expressão “direito humano” foi utilizada por Voltaire, pela primeira vez, em 1763, com significado semelhante a “direito natural” em seu *Tratado sobre a tolerância*, por ocasião da morte de Jean Calas,

que fora torturado e condenado à morte, em 1762. O termo “direitos do homem” começou a propalar-se, em francês, depois de sua aparição em *O contrato social*, de Rousseau (HUNT, 2009, p. 20-24).

A partir da aparição em *O contrato social*, de Rousseau foi que o tema que tratava sobre *tortura* tornou-se usual nas obras contemporâneas, considerando que a tortura judicialmente supervisionada para obter confissões estava sendo utilizada novamente em grande parte dos países europeus. Até mesmo as sentenças proferidas pelos tribunais franceses no fim do século XVIII continham algum tipo de castigo corporal público. Entretanto, foi a partir de 1760, com diversos tipos de campanhas abolicionistas que estas foram extintas pelo Estado e a aplicação de castigos foi moderada. Foi o italiano Beccaria e o inglês Blackstone que ajudaram a estabelecer a visão de que a lei criminal deveria se conformar aos ditados da verdade e da justiça, aos sentimentos humanitários e aos direitos indelévels da humanidade. Para que os direitos humanos se transformassem em direitos “autoevidentes” a população começou a compreendê-los de forma diferenciada, com emoções diversas das antes existentes (HUNT, 2009, p. 26-33).

No século XVIII os direitos humanos passaram a ser difundidos, com a capacidade das pessoas em sentir *empatia* (HUNT, 2009, p. 38), levando em consideração as diferenças sociais, e passando a enxergar os demais como seus semelhantes na frutificação de uma sociedade mais moral, proporcionando o esteio da soberania social e política, que, muito embora já existisse e fosse um critério biológico e universal, foi estimulada por romances epistolares como *Pamela* e *Clarissa* (1740 e 1747-8), de Samuel Richardson e *Julia* (1761), de Rousseau (HUNT, 2009, p. 52-58).

As novas atitudes sobre a tortura e sobre uma punição mais humanizada se cristalizaram primeiro na década de 1760, não apenas na França, mas em outros países europeus e nas colônias americanas. Em 1789, o governo revolucionário francês renunciou a todas as formas de

tortura judicial, introduzindo a guilhotina em 1792, que tinha a intenção de tornar a execução da pena de morte uniforme e tão indolor quanto possível. No final do século XVIII, a opinião pública parecia exigir o fim da tortura judicial e de muitas indignidades infligidas aos corpos dos condenados (HUNT, 2009, p. 104-12).

O Jusnaturalismo teve grande importância para o nascimento dos direitos humanos. Teóricos como Grotius, Pufendorf, Burlamaqui, Thomas Hobbes e John Locke tiveram grande influência na elaboração e criação da Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), eventos de importância na história dos direitos humanos (HUNT, 2009, p. 116-8). Em tais documentos os declarantes alegaram estarem confirmando direitos já existentes e inquestionáveis, todavia, ao fazê-lo, consumaram uma revolução na soberania e elaboraram um fundamento novo para o Estado, embasado pela proteção dos direitos universais. Não obstante as religiões, as classes sociais e os sexos não tivessem sido mencionados nas declarações, a positivação dos direitos teve efeitos para além dos Estados Unidos e da França, modificando a maneira de expressão dos pensamentos sobre o assunto, pelo mundo a fora.

Na França, dois anos depois das Declarações, se observou um nível de desenvolvimento bem demarcado, onde os protestantes, e depois deles, os judeus (minorias religiosas), alcançaram direitos políticos, adquirindo direitos iguais (HUNT, 2009, p. 150-9). A nação Francesa também foi à primeira, dentre as nações que possuíam escravos, a conferir aos negros livres, direitos políticos iguais (1792) e a emancipá-los (1794). Já o Parlamento britânico viria a votar pelo término da participação no tráfico de escravos em 1807 e a abolir a escravatura nas colônias britânicas em 1833. Os Estados Unidos só aboliram, oficialmente, a escravatura em 1865 (HUNT, 2009, p. 160-7).

No decorrer dos séculos XIX e XX, verificou-se a nacionalização dos direitos humanos, que se estabeleciam na ideia de nacionalidade. Com um novo conceito de proteção, o nacionalismo assumia uma índole xenófoba e racista, intimamente engendrada com a etnia, com enfoque nas causas biológicas para nutrir as diferenças. Indo contra tudo o que já fora pesquisado anteriormente, os cientistas apregoavam a superioridade da raça branca em relação à raça negra e os perigos da miscigenação. Este novo antissemitismo também apregoava a expulsão dos judeus. Foi criado o socialismo e o comunismo, formando uma reação explícita às limitações visíveis de direitos individuais constitucionalmente estruturados (HUNT, 2009, p. 178-208).

Quando Hitler e Mussolini começaram a lutar contra os direitos do homem, notadamente contra os preceitos de liberdade e os princípios outorgados pela Revolução Francesa é que se observou a clara violação aos direitos do homem, com a eclosão da Segunda Guerra mundial e todos os seus massacres e desrespeitos aos direitos do homem e da humanidade, com inúmeras violações de direitos humanos nos campos de concentração nazistas, surgindo aí os chamados direitos de solidariedade.³ Estes direitos passaram por diversas modificações e reconhecimentos, vindo a ser detalhados por escrito pela declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, e logo depois pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, pela ONU, em 1966.

Nesta época o mundo testemunhou o crescimento assustador de diversas formas de sexismo, antissemitismo e racismo. O desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos dimanaram em atos de barbárie. As atrocidades cometidas durante as duas grandes guerras, com milhares

³ A solidariedade pode ser vista como um valor ético ou como um princípio que está positivado nas Cartas Constitucionais dos Estados. “É principalmente uma obrigação moral ou um dever jurídico”. A solidariedade é um dos nortes para a obtenção do mínimo existencial (TORRES, 2003, p. 10).

de mortos, evidenciaram tais acontecimentos, incitando os indivíduos a exercer pressão sobre as autoridades, com o objetivo de recuperar o cumprimento dos direitos humanos e das liberdades fundamentais universais.

As hostilidades praticadas contra a humanidade acontecidas pelo mundo afora, acabaram por auxiliar na proclamação de que os direitos do homem devem ser um dos objetivos fundamentais das Nações Unidas (CASSIN, 1974, p. 393).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) foi aprovada como uma resposta à humanidade que exigia mudanças, representando o início de um processo extremamente tenso e conflituoso que persiste até os dias de hoje. Para Hunt (2009, p. 206):

A Declaração Universal não reafirmava simplesmente as noções de direitos individuais do século XVIII, tais como a igualdade perante a lei, a liberdade de expressão, a liberdade de religião, o direito de participar do governo, a proteção da propriedade privada e a rejeição da tortura e da punição cruel. Ela também proibia expressamente a escravidão e providenciava o sufrágio universal e igual por votação secreta. Além disso, requeria a liberdade de ir e vir, o direito a uma nacionalidade, o direito de casar e, com mais controvérsia, o direito à segurança social; o direito de trabalhar, com pagamento igual para trabalho igual, tendo por base um salário de subsistência; o direito ao descanso e ao lazer; e o direito à educação, que devia ser grátis nos níveis elementares.

Embora o modo moderno de comunicação tenha ampliado a forma de sentir *empatia* pelos demais, esta não tem sido suficiente para garantir que os indivíduos ajam de acordo com um sentimento de solidariedade, visto que se verifica um persistente desrespeito aos direitos humanos, aos direitos das mulheres, das crianças, o desabrochar de um

novo tipo de escravidão, de tortura e genocídios. A história dos direitos humanos demonstra que direitos são mais protegidos pelos sentimentos, crenças, e ações das massas de indivíduos, que clama por respostas que correspondam ao seu pensamento (HUNT, 2009, p. 215-16).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, adotada sem qualquer questionamento, reserva ou voto contrário, por parte dos Estados, aos seus princípios e disposições, veio definir com precisão o elenco desses direitos humanos e liberdades fundamentais, concretizando a obrigação relativa à promoção deles constante da Carta das Nações Unidas.

René Cassin define a Declaração Universal dos Direitos Humanos por sua extensão e universalidade, uma vez que engloba direitos e faculdades importantes ao desenvolvimento físico, mental e intelectual da pessoa humana, de todas as pessoas humanas, independente de sua raça, cor, nacionalidade, sexo, religião ou do regime político adotado pela comunidade onde incida. Neste diapasão, houve o reconhecimento pela comunidade internacional de que o cidadão é parte direta da sociedade humana, na condição de “sujeito direto do Direito das Gentes”, pois, se é cidadão do País onde reside, também é cidadão do mundo, e assim a proteção internacional também deve lhe ser assegurada (CASSIN, 1974, p. 397).

Desta forma, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ao sagrar valores fundamentais basilares e asseverar que basta a condição de pessoa para ser titular de direitos, teve como objetivo esboçar uma ordem pública mundial, baseada no respeito à dignidade humana.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e logo depois o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), todos com caráter vinculante, abriram caminho para o surgimento de muitos outros documentos internacionais de direitos humanos, por organismos internacionais como a ONU e a OIT⁴ e de

⁴ Ex. Convenção contra a prevenção e castigo de genocídio (1948); Convenção sobre o status do imigrante da OIT (1949); Convenção sobre toda forma de discriminação contra a mulher (18/12/1979);

outros Estados,⁵ que constituem a evolução dos direitos humanos por vias mais eficazes, formadas por documentos escritos vinculantes, onde seus objetivos apontam os pontos mais sensíveis e preocupantes dos problemas enraizados na sociedade, bem como os direitos que precisam de proteção.

Destarte, a proteção dos direitos do homem e do cidadão a nível nacional é essencialmente de responsabilidade do Estado e das instituições sociais criadas por ele, seja de forma voluntária, seja por pressão dos organismos sociais e o conteúdo dos direitos humanos a serem garantidos é determinado por cada Estado, em razão de sua tradição histórica e cultural, refletindo as necessidades sociais de um povo ou tão somente a vontade do Estado, definindo o conteúdo dos direitos que desejam tutelar (CASSIN, 1974, p. 400-404). A ninguém pode ser negado o direito ao exercício de um direito garantido nacional ou internacionalmente, podendo o indivíduo, utilizar-se, todavia, da judicialização destes direitos.

Não obstante a DUDH e o PIDESC estejam em vigência há mais de meio século, verifica-se casos de inobservância destes documentos internacionais e dos direitos vigentes no ordenamento jurídico interno. A Declaração Universal segue sendo o ideal, distinta da prática real, assim como o foi quando de sua aprovação, sendo incumbências dos operadores do direito a concretização e eficácia dos direitos humanos assentados nestes documentos internacionais.

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIMENSÕES OU GERAÇÕES?

Na pesquisa sobre os direitos humanos e os direitos fundamentais, verificou-se que a doutrina trata de forma diferenciada os direitos que

Convenção sobre os Direitos das Crianças (20/11/1989); Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência (13/12/2006);

⁵ Carta Africana dos Direitos Humanos (26/06/1969); Carta Árabe dos Direitos Humanos (15/09/1994); Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos (1984)

foram surgindo ao longo dos tempos. Hodiernamente, existe uma gama de direitos reconhecidos, que perpassam pelo direito à vida, liberdades e igualdades, direitos do trabalhador e direitos sociais, direitos coletivos, difusos, globalizados, e que atingem direitos que antigamente seriam inimagináveis, quiçá que iriam atingir um grau de fundamentalidade, como é o direito à titularidade difusa e coletiva, ao meio ambiente e tecnologia, à democracia plena e à globalização.

Alguns autores importantes como Sarlet (2007, p. 54) entendem que os direitos fundamentais começaram a ser reconhecidos pelas Constituições, e passaram por inúmeras mudanças no tocante ao seu conteúdo, titularidade, eficácia e efetivação. Pode-se dizer que o seu reconhecimento gradual, inclusive quanto a novos direitos fundamentais, foi de complementação e não de alternância, de maneira que a utilização da expressão “gerações” poderia dar a falsa impressão de substituição de uma dimensão por outra, quando na verdade o que ocorre é a criação de um novo direito.

Entretanto, na chamada “Era de Vargas” (1937-1945) conhecida por ser um governo onde a ordem democrática foi violada, e houve a instauração de uma ditadura através de um golpe de Estado, onde o poder estava concentrado nas mãos de um ditador chamado Getúlio Vargas. Nessa época muitos direitos antes concedidos foram suprimidos, como nos direitos trabalhistas o direito de greve.

A utilização do termo “gerações” sugere a substituição de direitos, o que, de fato, não ocorre sempre. O que ocorreu, em geral, foi uma sucessiva complementação desses direitos fundamentais, com o decorrer do tempo, mutável no tempo e no espaço, conforme o momento histórico e o lugar em que ocorre.

Em se tratando de “direito internacional de direitos humanos” a “teoria dimensional dos direitos fundamentais” indica a indivisibilidade e a unidade no contexto do direito constitucional interno, e não apenas

o caráter cumulativo do processo evolutivo e a natureza complementar de todos os direitos fundamentais. Tratar os direitos fundamentais como gerações ou dimensões não consegue explicar de maneira adequada toda a complexidade do processo de elaboração histórica e social dos direitos, uma vez que estas gerações ou dimensões dos direitos fundamentais nos mostram que este processo de reconhecimento possui características estritamente dialética e dinâmica, calcada em progressos, retrocessos e contrassensos, que foram se desligando de forma gradual, quase que em sua totalidade, de sua versão originária guiada pelo jusnaturalismo (SARLET, 2007, p. 57, 62).

Além disso, constata-se a pertinência da lição de Norberto Bobbio (2004, p. 24), ao sustentar que o mais importante quanto aos Direitos do Homem não é somente que estejam fundamentados, mas sim a sua proteção, sob o ponto de vista da adoção de medidas eficazes, meios e condições para que possam ser reconhecidos e efetivados.

A existência das várias gerações ou dimensões de direitos assinala a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais e evidencia que os direitos fundamentais formam uma “categoria materialmente aberta e mutável” (SARLET, 2007, p. 63), lembrando a tríade de direitos consagrados pela Revolução Francesa “liberdade, igualdade e fraternidade”.

Todavia, embora essa classificação dos direitos fundamentais em dimensões seja suficiente para fins de estudos e análise, também recebe críticas, como a de Antônio Augusto Trindade (2003, p. 43), para quem a tese das “gerações” de direitos não possui nenhum fundamento jurídico, e que se verificam distorções nos diversos direitos em diferentes partes do mundo, e que a proteção internacional dos direitos humanos requer “[...] *uma visão da indivisibilidade e interrelação entre todos os direitos humanos.*” Afirma o doutrinador que esta classificação é inconveniente,

historicamente indemonstrável e juridicamente infundada, tratando-se de uma teoria fragmentada, incompatível com o direito, que é complexo.

2.1.1 Direitos e dimensões

Com o desenvolvimento e as mudanças ocorridas nos Direitos Humanos, com a incorporação destes direitos nas Cartas Constitucionais dos Estados, começaram a surgir critérios na tentativa de classificá-los, em face das suas dimensões. Neste trabalho investigativo, por entendimento pessoal, chamaremos tão somente de dimensões.

Quando se trata de dimensões de direitos, vários autores, no afã de classificá-los da melhor maneira possível utilizam o termo gerações, dimensões, ou categorias de direitos, ainda que sem um desenvolvimento mais aprofundado e fundamentado sobre a utilização do termo.

Na primeira dimensão dos Direitos Fundamentais encontramos os direitos referidos nas Revoluções Americana e Francesa, que foram os primeiros a serem positivados e por isso denominados de direitos de primeira categoria (MENDES, 2009, p. 267). Os direitos de primeira dimensão ou os direitos de liberdade dizem respeito aos direitos do indivíduo perante os órgãos estatais (Estado), mais precisamente, os direitos de defesa, que representam o âmbito de autonomia individual dos indivíduos em face do Estado e delimitam a zona de não intervenção do Estado em face dos indivíduos, que valorizam primeiramente o “homem-singular”, o “homem das liberdades abstratas” (BONAVIDES, 2004, p. 564). Estes direitos exigem uma conduta de abstenção por parte do Estado, sendo, desta forma, chamados de direitos de cunho negativo, no sentido de serem “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado” (BONAVIDES, 2004, p. 563-564) e considerados indispensáveis a todos os indivíduos (MENDES, 2009, p. 267). Temos como os principais: o direito à vida, liberdade, propriedade, segurança e igualdade.

Na segunda categoria ou dimensão de Direitos Fundamentais, com a consagração dos direitos de liberdade e igualdade, no final do século XIX, conferiu-se ao Estado um comportamento ativo, no afã da realização da Justiça social. A característica desses direitos de segunda dimensão é, à primeira vista, a exigência de uma conduta positiva do Estado em proporcionar ao indivíduo os meios básicos para proteger seu bem-estar. Esta segunda dimensão de direitos Sarlet (2007, p. 57) denomina de “liberdades sociais”, a exemplo dos direitos dos trabalhadores.⁶ Esta segunda dimensão de direitos tem, a princípio, um cunho prestacional e exige uma conduta positiva do Estado. Nesta dimensão de direitos estão abrangidos, também, os direitos Sociais do art. 6^o da Carta Constitucional de 1988, os direitos econômicos (direito do consumidor), cujos direitos em geral, reclama uma política pública e os direitos políticos com a participação dos indivíduos no poder do Estado, enquanto direito de manifestação.

Conforme Bonavides (2004, p. 569) já revisou em ampla literatura, existiria ainda, uma terceira dimensão de direitos fundamentais, são os considerados direitos de solidariedade e de fraternidade, com alto teor de fraternidade, que foge da noção particular de indivíduo como titular do direito, e abarca a noção de coletividade como o novo titular do direito, como direitos de titularidade coletiva ou difusa, como o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, ecologia, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

Há quem diga ainda que existe uma quarta categoria de direitos, que ainda está na expectativa de ser reconhecido pela ordem jurídica internacional e dos ordenamentos jurídicos internos, no sentido de serem positivados nos textos constitucionais, dentre os quais poderia

⁶ Ex. férias, décimo terceiro salário, repouso semanal remunerado, direitos da mulher gestante, salário mínimo, igualdade entre trabalhadores rurais e urbanos, limitação da jornada de trabalho, dentre outros;

⁷ Art. 6^o São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

citar o direito à globalização (BONAVIDES, 2004, p. 571), e existem ainda os direitos de manipulação genética (biotecnologia, bioengenharia, biossegurança), os direitos realidade virtual, que universalizam os direitos fundamentais no campo institucional, e correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado Democrático e Social de Direito.

2.1.2 Direitos sociais: direitos fundamentais de segunda dimensão

No século XIX, os problemas sociais e econômicos e a industrialização, o surgimento das doutrinas socialistas e o fato da liberdade e da igualdade terem se consagrado formalmente, e ao fato de que mesmo com esta formalização estes direitos não geravam a garantia de sua efetividade, terminaram por eclodir movimentos de protesto que queriam ter reconhecidos esses direitos, conferindo ao Estado um comportamento ativo na busca da realização da Justiça social (SARLET, 2007, p. 56).

A exigência, agora, da sociedade, é para que o Estado passe a agir positivamente, de forma a garantir que o indivíduo tenha acesso a prestações de caráter social, tais como saúde, educação, moradia, transporte, seguridade social, entre outros. Direitos estes que surgiram, principalmente, após a segunda guerra mundial, quando passaram a serem positivados nas Constituições dos Estados.

Cabe, entretanto, salientar, que documentos de reconhecimento de direitos de caráter social existem desde a criação da OIT (Organização Internacional do Trabalho) em 1919, como parte do Tratado de Versalhes, que findou com a primeira guerra mundial. O principal objetivo esteve fulcrados em que a paz universal e permanente se funda na Justiça social, para a formulação e aplicação de normas internacionais do trabalho,

através de convenções e recomendações ser seguidas pelos Estados-parte, dos quais o Brasil faz parte.

A primeira Convenção formulada pela OIT dizia respeito à limitação de horas da jornada de trabalho, tendo as próximas Convenções formuladas pela OIT versado sobre proteção à maternidade, luta contra o desemprego, definição de idade mínima para labor no setor industrial, e à proteção de trabalho noturno por mulheres e menores de dezoito anos. Estas Convenções e Recomendações desempenharam, ao longo da história, um papel importante ao reconhecimento e concretização dos direitos sociais nos países que adotaram suas diretrizes, assinando e ratificando seu ingresso em cada documento.

No Brasil, a Constituição outorgada de 1824 foi a de maior duração, e já dava sinais do surgimento dos direitos sociais com a igualdade de todos perante a lei (art. 179, XIII), a liberdade para o trabalho (art. 179, XXIV), direito ao socorro público como a primeira amostra de um direito à saúde (art. 179, XXXI) e algum direito à educação com instrução primária gratuita (art. 179, XXXII). Em 1891, dois anos após a Proclamação da República (1889), a primeira Constituição dos Estados Unidos do Brasil trouxe em seu bojo, direitos incondizentes com o Brasil da época e por isso com pouca eficácia prática, mas pela primeira vez mencionou o direito a aposentadoria, ainda que somente para funcionários públicos em caso de invalidez à serviço da Nação (art. 75), bem como alguns direitos do trabalho e direito a educação.⁸

A Constituição de 1934 trouxe já em seu preâmbulo o tratamento social aos indivíduos,⁹ sendo promulgada com algumas concepções sobre direitos sociais, tendo sido instituído normas inimagináveis até então,

⁸ Art. 34, § 30 - Legislar sobre polícia; art. 35, § 3º - criar instituições de ensino superior; art. 72, § 6º - será leigo o ensino em estabelecimentos públicos; § 24 - livre exercício de qualquer profissão, moral, intelectual e industrial; art. 75 - que trata das aposentadorias aos funcionários públicos a serviço da União.

⁹ Preâmbulo da Constituição Federal de 1934: “[...] organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico [...]”

onde além do direito à igualdade e trabalho, tratou sobre o direito aos necessitados pela primeira vez (assistência social), maternidade, saúde e educação.¹⁰

A Constituição de 1937, conhecida historicamente como a “Polaca”, teve a duração somente de três anos e foi outorgada em plena época de ditadura militar. Neste período, não havia direitos, quiçá direitos humanos, sendo que todos os artigos que tratavam sobre direitos eram apenas letra fria na Lei. Esta Constituição nunca chegou a existir juridicamente, pois seria necessário um plebiscito nacional para sua existência, o que nunca ocorreu. Mesmo assim todas as ações governamentais moviam-se somente pelos atos discricionários do então presidente Getúlio Vargas, trouxe em seu conteúdo o direito à cultura (art. 128), direitos à aposentadoria (art. 156, “d”, “e”, “f”), direito à férias e licença gestante (art. 156, “h”).

Destarte, foi somente com a Constituição de 1988, com o processo de democratização do País, ocorrido a partir de 1985 (PIOVESAN 1999, p. 126), que o reconhecimento aos direitos sociais tomou corpo e começou a se firmar. Como uma dívida do legislador Constituinte para com o povo, devido a todo o período de ditadura militar, onde houve um massacre dos direitos como um todo (RANGEL et al., 2008, p. 45) e um limite da ruptura jurídica com o regime militar autoritário que aconteceu no Brasil de 1964 a 1985 (PIOVESAN, 1998, p. 206).

Verifica-se que as garantias fundamentais passam a fazer parte do artigo 5º, demonstrando a ânsia do legislador originário em defender o ser humano. Desta forma, depois de um longo período em que o povo foi dominado por um governo autoritário, há um forte reconhecimento constitucional do dever de proteção da dignidade da pessoa humana.

Os direitos de segunda dimensão não abarcam apenas os direitos de cunho positivo. O “social” utilizado pela doutrina encontra justificativa,

¹⁰ Art. 113-A, itens 1 (igualdade), 34, art. 121 (trabalho), 138 a (assistência social), b (educação), c (maternidade e infância), f e g (saúde), art. 149 (educação);

principalmente, devido ao fato de que os direitos podem ser vistos como uma forma de densificar o princípio da justiça social, e também de satisfazer os pleitos das classes menos favorecidas, como forma de compensar as desigualdades existentes entre nas relações (empregador x empregado), em razão do maior ou menor grau de poder econômico. E estes direitos são tão justiciáveis quanto os direitos fundamentais de primeira dimensão (civis e políticos), cuja eficácia não pode ser facilmente descumprida ou recusada sob o argumento da programaticidade. A existência de um direito social como direito pleno não é simplesmente a conduta cumprida pelo Estado, mas também a possibilidade de reclamação pelo indivíduo, através do judicialização do direito, diante do seu não cumprimento, sendo possível afirmar que não existem diferenças substanciais entre as obrigações dos direitos civis e políticos e direitos sociais (SARLET, 2007, p. 57-58; BONAVIDES, 2004, p. 565; COURTIS, 2003, p. 144-145).

O dever de proteção do indivíduo se insurge contra as construções teóricas malélicas que conjurando pretensa natureza jurídica de determinadas categorias de direitos, tentavam negar-lhe meios de garantir sua efetividade e assim, separar o social do econômico e do político, de forma que “o ser humano, titular de todos os direitos humanos, pudesse ‘dividir-se’” nos diversos ramos de atuação (TRINDADE, 2003, p. 42).

A indivisibilidade das diversas categorias de direitos, leva-nos a concluir que o indivíduo não é o único destinatário das obrigações prestacionais seja o Estado, também devendo ser considerados a família e a sociedade¹¹ (ALEXY, 2000, p. 34-35).

Por fim, o que se denota é que somente com o advento da Constituição de 1988, é que os Direitos Humanos foram amparados constitucionalmente de maneira ampla, considerando que esta protege não só liberdades individuais negativas como também os direitos a prestações positivas e novas dimensões de direitos difusos e coletivos,

¹¹ Ex. a conexão material com os art. 205, art. 226, art. 229, art. 230 da Constituição Federal de 1988.

sendo, de importância semelhante, à criação dos procedimentos adequados que garantam a efetivação desses direitos.

Os Direitos Fundamentais são direitos contra o arbítrio (público ou privado), em contrapartida os Direitos Humanos são direitos a uma vida digna (dignidade da pessoa humana).

2.1.3 O universalismo dos direitos humanos

Fixar as características dos Direitos Fundamentais não é tarefa fácil, podendo-se encontrar algumas dificuldades, no que, a fim de auxiliar o deslinde da questão, fixam-se algumas características que sejam válidas em qualquer lugar do mundo. A forma com que são tratados os direitos fundamentais na esfera interna dos Estados democráticos varia, da mesma forma que varia a concretude desses mesmos direitos, pois a significação dos direitos fundamentais para cada Estado depende de diversos fatores extrajurídicos, principalmente das peculiaridades de cada Estado, assim como da cultura e das diferenças de cada povo (MENDES, 2009, p. 273), sendo possível adequar padrões universais de direitos humanos em meio a um universo de diversidade cultural (TRINDADE, 2003, p. 36).

Pode-se afirmar que os direitos humanos dizem respeito ao ser humano pelo simples fato de ser humano, ou quanto ao seu conteúdo, onde os direitos do homem são aqueles que se referem ao homem, de alguma forma se referem ao homem, a todos os homens, dos quais nenhum homem possa ser espoliado – no sentido de lhe ser retirado –, e cujo reconhecimento é condição essencial ao melhoramento da pessoa humana ou para o crescimento da civilização (BOBBIO, 2004, p. 17). E então, os direitos humanos dizem respeito à toda a humanidade. E quando positivados nas Constituições dos Estados, passam a ser direitos fundamentais, de todos os indivíduos que estejam dentro daquele Estado.

Como se sabe, as teorias positivistas manifestam que um direito somente poderá ser considerado válido, e, portanto, exigível, se estiver reconhecido pelo ordenamento jurídico. Se os Direitos Humanos fossem válidos e aceitos apenas quando positivos, seu alcance seria do tamanho da legislação nacional e sua função seria limitada ao papel de proteção de sujeitos nacionais específicos. E dessa forma, a universalidade dos direitos humanos não teria sentido algum.

Desde que se iniciou o projeto das Nações Unidas para a proteção dos Direitos Humanos, a questão que sempre existiu foi a de resolver o problema de como seria possível conceituar universalidade num mundo multicultural. Desta forma, fortaleceu-se o embate entre a perspectiva universalista e multiculturalista dos direitos humanos. A partir de meados do século XX a importância da cultura e da diversidade cultural como dimensão dos direitos humanos vem sendo reconhecida, passando a multiculturalidade de cada povo, cada nação a ter que ser respeitada. A cultura no processo de desenvolvimento das civilizações, assim como suas diferenças étnicas e culturais são importantes para demonstrar, objetivamente, a influência histórica na evolução dos povos. Gradualmente vem se incorporando as dimensões de direitos fundamentais na perspectiva dos direitos humanos, respeitando os direitos culturais de cada povo.

A concepção universal e indivisível dos Direitos Humanos ficou fortalecida com a Declaração de Viena de 1993 na Conferência Mundial de Direitos de Viena. Notória na análise do Art. 5º da Declaração:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de maneira justa e equânime, com os mesmos parâmetros e com a ênfase. As particularidades nacionais e regionais e bases históricas, culturais e religiosas devem ser consideradas, mas é obrigação dos Estados, independentemente de seu sistema

político, econômico e cultural, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

E também do Art. 1º da mesma Declaração: “A natureza universal desses direitos e liberdade é inquestionável.”

Ora, ainda que o art. 5º pudesse ainda ser tido como insuficiente para declarar a Universalidade dos direitos humanos, o art. 1º é incontestável, não havendo como refutá-la por esse argumento. Embora, naquela ocasião, tenha havido certo embaraço por parte dos participantes para a aprovação consensual do documento final da Declaração de Viena de 1993, considerando o multiculturalismo presente no mundo globalizado.

Adverta-se que “universal” não significa absoluto, mas sim que um direito pode alcançar todas as culturas, respeitadas as suas particularidades e observadas as suas diversidades culturais.

Entre os presentes na Conferência mundial de direitos de Viena (1993) existiam duas posições conflitantes, sendo uma Universalista e outra Relativista: os *Universalistas* consideravam a universalidade dos direitos humanos e a sua predominância sobre o princípio da soberania nacional. Nestes encontramos os países desenvolvidos como Estados Unidos, União Europeia e Japão; Já os *Relativistas* alegavam que os direitos humanos deveriam ter uma abrangência parcial ou relativa conforme os diferentes níveis de desenvolvimento econômico, assim como deveriam ser observadas as tradições culturais de cada sociedade. Aqui encontramos como exemplo de relativistas os países em desenvolvimento como China, países africanos, árabes, asiáticos e alguns latino americanos (MAZZUOLI, 2009). As críticas feitas por alguns autores orientais e ocidentais sobre a concepção do Universalismo dos direitos humanos é de que seria uma tentativa opressora das potências mundiais ocidentais passar por cima das demais culturas e civilizações, utilizando-se dos direitos humanos para, de forma dissimulada, exercer o seu poder econômico sobre os países mais

fracos, ditos subdesenvolvidos. Isso muitas vezes aconteceu, porque por incontáveis vezes as diferenças entre os povos e culturas foram ignoradas pelo Ocidente, porque o Ocidente, com uma visão consumista do mundo muito tentou obrigar a todos os povos a fazer o mesmo, muitas vezes se escondendo sob o manto dos direitos humanos (KROHLING 2008, p. 158).

A universalidade dos direitos fundamentais faz com que estes se posicionem, desde o início, “num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia”. Sendo que esta universalidade não elimina os direitos de liberdade, mas sim os fortifica, com o objetivo e fundamento de melhor efetivá-los, ante a concretude dos direitos de igualdade e de fraternidade (BONAVIDES, 2004, p. 573).

2.2 CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O debate sobre o tema de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais corre pelo mundo a fora há muitos séculos, ainda que a humanidade tenha plena consciência de que os indivíduos são sujeitos de direitos ditos como “fundamentais”, cujo respeito essencial para a conservação do indivíduo em condições de dignidade que se adaptem à natureza humana.

Esses direitos tidos como fundamentais protegem a todos, inclusive, o nascituro ou gerações que ainda nem nasceram, dos quais nenhum homem pode ser espoliado – no sentido de lhe ser retirado -, e cujo reconhecimento é condição essencial ao melhoramento da pessoa humana ou para o crescimento da civilização (BOBBIO, 2004, p. 17). E protegem o homem, em razão da sua capacidade discursiva, que o difere dos outros seres (ALEXY, 2012).

E por esta razão não podem ser vistos como uma condescendência estatal. Basta que se analise o teor do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas de 1948,

onde consta a “proclamação” dos direitos tidos como *fundamentais*, demonstrando claramente que estes direitos *fundamentais* existem antes mesmo de qualquer instituição social ou política, não podendo ser suprimido ou limitado, deixando evidenciado que o Estado tem a obrigação de defender e proteger estes direitos contra qualquer forma de afronta, antes que ocorra a lesão ao direito que deve ser protegido.

Desta forma, o respeito à sua dignidade e a garantia de que suas necessidades elementares sejam supridas é uma condição que se impõe. Podendo, inclusive, exigir do Estado (direitos prestacionais) e da própria sociedade. Não se podendo considerar que o Estado seja o único destinatário das obrigações prestacionais seja o Estado, também devem ser considerados a família e a sociedade (ALEXY, 2000, p. 34-35).

Deve-se considerar que a aceitação da dificuldade de conciliar as diversas concepções sobre os direitos humanos (filosóficas, jusnaturalistas e positivistas) faz com que se recuse a utilidade de estudar a fundamentação filosófica dos direitos fundamentais, sob o entendimento de que o problema mais urgente fica na necessidade de buscar uma forma de protegê-los. Contudo, não bastam os motivos filosóficos para que um direito humano seja positivado, é imprescindível que sejam somadas a estas, condições sociais e históricas favoráveis (MENDES, 2009, p. 269).

A Constituição de 1988 foi um marco de extrema importância para consagrar os direitos humanos no Brasil. Foi à transição entre a ditadura militar existente na época e o regime democrático. Sagrada como a “Constituição cidadã” pelas palavras de Ulisses Guimarães, trouxe consigo a ampliação dos direitos e garantias fundamentais, com a criação de uma nova ordem constitucional.

As expressões terminológicas: direitos do homem, direitos humanos, direitos fundamentais, direitos humanos fundamentais, direitos e garantias fundamentais, direitos individuais, são utilizados pelo direito positivado e pela própria doutrina, e muitas vezes, com o mesmo sentido,

como bem identificamos na nossa própria Carta Constitucional de 1988, a título exemplificativo, expressões como direitos humanos (art. 4º, inciso II), direitos e garantias fundamentais (Título II e art. 5º, § 1º), direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inciso LXXI), direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, inciso IV) (SARLET, 2007, p. 34).

É difícil a delimitação conceitual dos direitos humanos e dos direitos fundamentais em razão de possuírem elevada carga de possíveis. A “a ampliação e a transformação” dos direitos fundamentais através do tempo, dificulta a possibilidade de definir um conceito sintético e preciso, fato este que é acentuado pela diversidade de expressões utilizadas para designá-los (SILVA, 2011, p. 175).

Entretanto, ainda que possam ser consideradas expressões sinônimas, utilizadas pela doutrina moderna em igual sentido semântico, muitas vezes, é necessário estabelecer, uma delimitação dos termos e conceitos, ao menos ao que se refere a *direitos humanos* e *direitos fundamentais*, a fim de encontrar uma padronização de sentido no que se refere a estas expressões, usadas pela doutrina e contidas no texto constitucional brasileiro.

Os direitos humanos podem ser demandados (exigidos), mas também há que se ter um direito fundamental frente a todos quanto à formação de uma instância comum onde se possa exigir o cumprimento daquele direito, pois de outra maneira não seria um reconhecimento sério. E mesmo que se trate de direitos humanos, somente o critério da validade moral não garante um determinado comportamento por parte dos indivíduos e esta é a principal razão para a transformação de direitos humanos em direitos positivos (ALEXY, 2000, p. 32).

Para Canotilho (1993, p. 517), as expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinônimas, pela sua origem e significado. Conceitua os *direitos do homem* como “direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão

jusnaturalista-universalista)”) e *direitos fundamentais* como sendo “os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados especio-temporalmente”, sendo que os direitos do homem emanam da própria natureza humana e os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente válidos na ordem jurídica concreta.

Para o autor os direitos fundamentais deverão ser vistos sempre como direitos “*direitos jurídico-positivamente constitucionalizados*”, uma vez que esta positivação jurídico-constitucional, os direitos do homem serão somente “esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política”, entretanto, nunca direitos tutelados sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (CANOTILHO, 1993, p. 497).

Sarlet (2007, p. 35-36) entende que é importante que se diferencie direitos fundamentais e direitos humanos, embora muitas vezes sejam utilizados como sinônimos, o que de fato não são. Onde direitos fundamentais são utilizados para aqueles direitos do indivíduo (humano) devidamente identificados e positivados pelo direito constitucional de um Estado, enquanto que direitos humanos traz relação com aqueles direitos referidos em documentos de direito internacional, ainda que não tenham sido reconhecidos e positivados pelo direito constitucional positivo de um Estado, possui certa “validade universal”.

Conforme o entendimento de vários autores, direitos humanos é uma expressão utilizada em documentos de direito internacional, referindo-se ao ser humano como tal, aos direitos do homem e tem relação com uma concepção jusnaturalistas, enquanto a expressão direitos fundamentais, adotada pelo Constituinte originário foi inspirada na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976, refere-se a uma perspectiva positivista, ou seja, nascem, se desenvolvem e terminam nas Constituições em que foram assegurados e positivados. Uma Carta Constitucional que não traga em seu bojo que direitos humanos

são direitos fundamentais não é uma constituição legítima, logo, direitos fundamentais são direitos humanos (SILVA 2005, p. 176; BONAVIDES, 2004, p. 560; SARLET, 2007, p. 34; ALEXY, 2000, p. 37).

Quando se trata de direitos fundamentais também existe um sem número de significados utilizados para se referir a estes direitos. Perez Luño (1995, p. 33) assegura que o processo de evolução e reconhecimento dos direitos humanos que ensejou na sua positivação, foi gradualmente recepcionando os chamados direitos e liberdades individuais tidos como anteriores aos direitos fundamentais. Silva (2011, p. 178) utiliza a expressão, direitos fundamentais do homem, como a mais adequada a ser utilizada, na medida em que diz respeito à regulação do conceito do mundo e da ideologia política de cada ordenamento jurídico, como um fundamento do Estado.

Ante ao exame de análise ora apresentado, pode-se dizer que as expressões *direitos humanos* e *direitos fundamentais*, não são termos que se suprimam, que possam ser considerados excludentes. Na verdade, verifica-se que os direitos fundamentais reportam-se aos direitos humanos na medida em que àqueles dizem respeito àqueles direitos que são inerentes a todos os homens em razão da sua natureza humana.

2.2.1 As características dos direitos humanos na visão de Robert Alexy

Para Alexy os direitos humanos possuem características próprias que os distinguem dos outros direitos por cinco características: *Universalidade*: quanto ao seu titular, que significa dizer que os direitos humanos são direitos que dizem respeito a todos os seres humanos e que somente os humanos, pessoas, podem ser titular de direitos humanos; quanto aos seus destinatários, significa dizer que os direitos humanos são destinados a todos, não precisam ser adquiridos, não estão limitados a

um título aquisitivo, *erga omnes* (ALEXY, 2000, p. 24-25); *Validade moral*: Os direitos humanos são direitos morais, e um direito moral só existe quando existe uma norma que vale moralmente, e uma norma só existe moralmente quando pode ser confirmada perante todos aqueles que são parte de uma fundamentação lógica e racional (ALEXY, 2000, p. 26). E um direito é um direito positivo, quando a norma que o autoriza possui validade social ou jurídica. Entretanto, para os direitos humanos só interessa a validade jurídica. E um direito baseado em norma que possui validade jurídica, é chamado de direito jurídico positivo, porém, sem perder sua validade moral e sem perder o seu caráter moral (ALEXY, 2000, p. 27). *Fundamentalidade*: A fundamentalidade é a característica mais importante dos direitos humanos, ou seja, que direitos valem moralmente como direitos humanos (ALEXY, 2000, p. 27). Nos direitos humanos um interesse ou uma necessidade é fundamental, quando a sua transgressão ou não atendimento agredir diretamente o núcleo essencial da autonomia. Quanto mais facilmente se puder justificar um direito frente a todos, mais fundamental ele será (ALEXY, 2000, p. 28). A restrição dos objetos dos direitos humanos ao que é fundamental para a existência do ser humano, significa dizer que a área dos direitos humanos não coincide com a da justiça, pois aquilo que viola os direitos humanos será fatalmente injusto, porém, nem tudo que é injusto viola direitos humanos (ALEXY, 2000, p. 28-29). *Prioridade*: Todo o direito deve assegurar um mínimo de subsistência e assegurar somente um mínimo de subsistência é extremamente injusto. Entretanto, os direitos humanos exprimem somente uma mínima concepção de justiça, sendo que a sua fundamentalidade é tratada em graus (ALEXY, 2000, p. 29). Sendo que toda violação a direitos humanos (extrema violação e não violação fraca), priva o direito positivo, ou seja, aquele direito que nasce do ordenamento jurídico e socialmente eficaz (ALEXY, 2000, p. 30). *Abstração*: Os direitos humanos são direitos abstratos em diferentes dimensões e graus de abstração. Por exemplo, direito à

liberdade: a primeira dimensão diz respeito aos destinatários; a segunda dimensão diz respeito ao modo do objeto do direito; a terceira dimensão se refere à restrição do direito. Nenhum direito à liberdade é ilimitado, podendo haver restrições. Estas dimensões de abstração dizem respeito ao alto grau de generalidade do *objeto* do direito (ALEXY, 2000, p. 30).

Desta forma, verifica-se que para Alexy, um direito para ser considerado direito humano precisa ser universal, em que todos os indivíduos podem ser titulares, tendo o direito de acesso a todos os direitos, com uma validade moral que faz com que o direito seja válido antes mesmo de ser positivado, em razão da sua essência, do seu alto caráter moral, podendo ser justificado perante todos. Quanto maior for o seu fundamento, maior será a sua fundamentalidade e consequente validade moral e maior prioridade terá frente a outros direitos, considerando o seu grau de abstração quanto ao destinatário, a seu objeto e a possibilidade de sofrer alguma restrição (do direito frente a outro direito). Todos os direitos humanos tem um caráter de ciência política, moral e jurídica ao mesmo tempo e precisam ser visto num conjunto, sob a análise de um determinado ponto de vista, com um determinado grau de fundamentalidade.

2.2.2 A fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais

Além das diferenciações que se faz entre direitos humanos e direitos fundamentais, conforme apresentado acima, a doutrina que trata de matéria constitucional também admite a existência de direitos fundamentais fora do catálogo constitucional, reconhecidos como direitos materiais, e não se limitando somente àqueles direitos ditados pelo legislador constituinte.

A Carta Constitucional brasileira de 1988 traz essa possibilidade como norma descrita no art. 5º, §2º, reconhecendo a existência de um catálogo aberto de direitos materialmente fundamentais. Destarte, sob este prisma, entende-se que existem direitos que são fundamentais em razão de sua essência, ainda que não estejam positivados em um texto constitucional, sendo o que se chama de direitos fundamentais materiais.

Na categoria dos direitos fundamentais, quanto a sua fundamentalidade, podemos distingui-los, segundo Canotilho (1993), em direitos fundamentais formalmente constitucionais e direitos fundamentais materialmente fundamentais. Os direitos fundamentais formalmente constitucionais seriam todos aqueles direitos reconhecidos e consagrados no ordenamento jurídico positivo Constitucional, pois estão expostos na norma jurídica positivada sob a forma constitucional. Existem também os direitos fundamentais os quais são reconhecidos por normas de direito internacional, e são, portanto, materialmente fundamentais, configurando normas de cláusula aberta – “*defattispecie aberta*”, onde o autor explica que serão considerados fundamentais: “[...] direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais.” (CANOTILHO, 1993, p. 528).

Esta fundamentalidade traz aos direitos uma proteção em sentido formal e material. A fundamentalidade formal diz respeito à posição hierárquica que as normas de direitos fundamentais estão colocadas no ordenamento jurídico, como direitos que vinculam de forma direta o legislador, o Poder Executivo e o Poder Judiciário (ALEXY, 2011, p. 520), enquanto que a fundamentalidade material diz respeito à abertura do § 2º, art. 5º da constituição Federal de 1988, quanto a direitos fundamentais que não estão positivados no texto constitucional, que não são formalmente fundamentais, mas são fundamentais, ditos direitos materialmente fundamentais.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, seguindo a crítica de JJ. Gomes Canotilho, ainda que se tenha que fazer um esforço para reconhecer direitos fundamentais fora do catálogo dos direitos fundamentais, é necessário que se faça esse esforço, a fim de se descobrir direitos implícitos, ainda que fora do catálogo, para não correr o risco de deixá-los desabrigados (MENDES 2009, p. 270).

No sistema constitucional pátrio é impossível a sustentação de que os direitos fundamentais formem um sistema separado e fechado, por vários motivos: em razão do conceito materialmente aberto do art. 5º, § 2º,¹² indicando existirem outros direitos fundamentais tanto noutros capítulos e títulos da carta constitucional, incluindo-se todos aqueles direitos advindos dos tratados internacionais dos quais o Brasil faça parte¹³. Em razão da pluralidade de conteúdos no rol dos direitos fundamentais, sejam eles de liberdade, igualdade, direitos sociais, políticos, entre outros, que obstam, a priori, que se estabeleçam métodos abstratos e genéricos. Em razão de que não são todos os direitos fundamentais catalogados que possuem sua base firmada no princípio da dignidade da pessoa humana, existindo diferenças quanto ao grau de vinculação a esta. Em razão de que os princípios fundamentais poderão concluir pela existência de direitos fundamentais não escritos ou a questão organizacional, da ordem econômica e social, cujos mandamentos estão todos fora do Catálogo dos direitos fundamentais¹⁴ (SARLET, 2007, p. 85). Logo, o sistema dos direitos fundamentais não são propriamente um sistema lógico-dedutivo (autônomo e auto-suficiente), mas sim um sistema aberto e flexível,

¹² Art. 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.

¹³ Art. 5º - § 3º 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.

¹⁴ Título VII da Ordem Econômica e Financeira art. 170 ss ; Título VIII da Ordem Social art. 183ss;

suscetível a receber novos conteúdos significativos, agregados ao “todo” do sistema constitucional (SARLET, 2007, p. 85-86).

A fundamentalidade formal está fundida ao direito constitucional positivo e decorre das características, a seguir, adequadas ao direito constitucional pátrio: a) os direitos fundamentais fazem parte da Constituição escrita e estão como base superior de todo o ordenamento jurídico, podendo-se tratá-los como direitos de natureza *supralegal*; b) como espécie de normas constitucionais, estão sujeitos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF), tratando-se, num certo sentido, de *direitos pétreos*; c) trata-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata às entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da CF) (SARLET, 2007, p. 88-89).

A fundamentalidade material decorre do fato dos direitos fundamentais serem elemento constitutivo da Constituição material, abarcando questões decisivas fundamentais quanto à estrutura básica do Estado e da sociedade. Inobstante não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, permitindo, a abertura da Constituição para outros direitos também tidos como fundamentais (art. 5º, § 2º, da CF), localizados fora do capítulo ou até mesmo fora da Constituição formal, sendo, dessa forma, tão somente materialmente fundamentais (SARLET, 2007, p. 89).

Para Sarlet (2007, p. 89), apenas o exame do conteúdo do direito autoriza a constatação de sua fundamentalidade material, ou seja, a condição de possuir ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, sob a análise singular, da posição ocupada pela pessoa humana. Devendo-se atentar para o fato de que quanto mais facilmente se puder justificar um direito frente a todos, mais fundamental ele será (ALEXY, 2000, p. 28).

O princípio da dignidade da pessoa humana está diretamente vinculado com o fundamento Estado Federativo brasileiro e, por conseguinte, com a alusão da Constituição Federal pátria, nos leva a crer que a regra do art. 5º, § 1º aduz que todos os direitos e garantias fundamentais são normas jurídicas auto-aplicáveis.

Destarte, não cabe mais perseverar na preferência das normas de direito internacional ou de direito interno, porque hodiernamente, o que se verifica é que o primado da norma deverá ser aquela que melhor venha a proteger os direitos humanos; à norma mais favorável ao direito da vítima (TRINDADE, 2003, p. 40). Os Estados tem o dever de garantir o cumprimento das normas jurídico-positivas, sejam elas de direito constitucional, sejam advindas de tratados internacionais dos quais seja signatário, outorgando efetividade ao conteúdo jurídico da norma. Ademais, os tratados de direitos humanos trazem em seu bojo o objetivo precípua de proteger um indivíduo em situação de vulnerabilidade, de lesão ao seu direito, ou de prevenção contra possível ataque à direito no caso concreto, devendo proteger de forma efetiva, avançado nos níveis de proteção, fortalecendo os direitos consagrados nos documentos internacionais e nacionais do Estado.

2.3 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como se pode depreender de tudo que foi explicitado até este momento, os direitos fundamentais não estão positivados de forma homogênea na Constituição Federal vigente. Estes podem ser classificados em duas categorias distintas que são os direitos fundamentais com o mister de defesa e os direitos fundamentais com o mister prestacional. É importante que se faça esta classificação, de modo a conseguir demonstrar a eficácia dos direitos fundamentais sociais, em razão de que, ao que vem

sendo verificado, existe uma dificuldade muito grande em dar concretude e efetividade aos direitos prestacionais, em razão destes necessitarem, de forma constante, da atuação positiva por parte do Estado.

Neste mister Trindade (2003, p. 40) aduz que tanto o direito internacional de direitos humanos quanto o direito interno de um Estado, precisam estar em uma interação contínua, a fim de garantirem a melhor proteção ao indivíduo, que esta proteção seja eficaz e possa proteger de violação ou eminente violação ao direito, no caso concreto.

2.3.1 Direitos de defesa

O Constituinte originário de 1988 reputou todos os direitos fundamentais como normas de aplicabilidade imediata, tendo protegido expressamente diversos direitos fundamentais sociais, que, por sua estrutura normativa e função, integram os chamados direitos de defesa, sendo autoaplicáveis e plenamente eficazes, em razão do disposto no art. 5º, § 1º da CF/88. Entretanto, alguns direitos fundamentais sociais em razão da sua atividade prestacional e da forma de positivação no texto constitucional, se amoldam na categoria daquelas normas que dependem de concretude legislativa, ou também chamadas normas de baixa densidade normativa (SARLET, 2007, p. 281).

Os direitos de defesa, também conhecidos como direitos a ações negativas do Estado e dos particulares, tem seu embasamento fulcrados em que o Estado não impeça ou dificulte determinadas ações do titular do direito, não afete determinadas características ou situações do titular e, ainda, que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito (ALEXY, 2011, p. 196-201).¹⁵

¹⁵ Neste sentido importante rever a teoria dos quatro status de Jellinek, desenvolvida no século passado, na qual se analisa a posição do indivíduo em face do Estado e as situações dela decorrentes quanto aos direitos e deveres, onde ele identifica o status passivo quando o indivíduo está em situação de subordinação aos poderes públicos, consistente na detenção de deveres para com o Estado. O status

A eficácia dos direitos de defesa (direitos de liberdade, igualdade, direitos-garantia, garantias institucionais, direitos políticos, direitos que exijam abstenção dos poderes estatais e dos particulares) não é habitualmente contestada, o que não ocorre com os direitos sociais, principalmente quando vistos sob sua dimensão prestacional. Isso porque os direitos de defesa, normalmente, exigem conduta omissiva, de abstenção e ingerência na liberdade do particular, já os direitos fundamentais sociais exigem alguma prestação positiva por conta do Estado, mas mesmo assim, são normas auto executáveis, em face da força do art. 5º, § 1º da CF/88 (SARLET, 2007, p. 289-290).

Para Sarlet quando se trata de direitos de defesa não é necessário que exista lei regulando o direito fundamental para o exercício deste direito, por força do art. 5º, § 1º da CF/88, uma vez que não se aplicam os mesmos argumentos quanto a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, onde se argumenta sobre a ausência de recursos, com a utilização da teoria da reserva do possível e a falta de legitimidade do Poder Judiciário para definir o conteúdo e o alcance dos direitos prestacionais (SARLET, 2007, p. 293- 296). Quando se trata de direitos fundamentais de defesa, deve haver a presunção em favor da aplicabilidade imediata e a máxima da maior eficácia possível. Não se abre ao Estado a possibilidade da alegação de impossibilidade de recursos, quando se tratar de direitos prestacionais positivos, em razão do pressuposto constitucional de aplicabilidade imediata e do princípio da máxima concretude possível em relação a estes direitos.

negativo decorre da necessidade de se salvaguardar algum âmbito de liberdade para o homem em face do império do Estado. Quando o indivíduo tem o direito de exigir uma prestação do Estado em seu favor, estamos diante do status positivo. E, em se tratando de direitos políticos, em que a pessoa goza de competência para influir sobre a formação da vontade do Estado, encontramos o status ativo.

2.3.2 Direitos a prestações positivas

Existe a possibilidade de que da norma constitucional ainda que sem edição de lei específica se possa reconhecer um direito subjetivo à prestação, que é o objeto principal do direito fundamental pela Constituição. Além disso, questão do reconhecimento de direitos subjetivos a prestações não se restringe às normas que definem direitos fundamentais que em razão da forma como são positivados (SARLET, 2007, p. 318).

Os direitos a prestações que exigem uma ação positiva por parte do Estado são assim chamados quando já houver sido criado um programa ou direito, com fundamento no princípio da isonomia (direito de igualdade), segundo o Estado tem que tratar de igual forma a todos os indivíduos, de modo que não pode conceder determinado direito à prestação a um grupo e excluir outros (SARLET, 2007, p. 319-321).

O que é debatido é que a natureza aberta e a formulação vaga das normas que tratam dos direitos sociais são insuficientes para justificar a imediata aplicação e plena eficácia sozinhas, uma vez que é função dos tribunais determinar o conteúdo dos preceitos normativos, quando da sua aplicação. Outro argumento é o de que ainda que se trate de cláusulas imprecisas ou inconsistentes, em sendo possível reconhecer um significado central e incontroverso, sempre se poderá aplicar a norma constitucional, mesmo sem intermediação legislativa, já que, do contrário, se estaria outorgando maior força à lei do que à própria Constituição. Noutra viés, há doutrinadores que aceitam existir um direito subjetivo individual à prestação, quando a norma que define um direito fundamental determine minimamente o conteúdo da prestação, e que a forma para sua efetivação expressa ou, pelo menos, implícita na Constituição (SARLET, 2007, p. 326). Existem alguns doutrinadores que admitem que os direitos sociais, e aí também incluímos os direitos prestacionais, por força do disposto no

art. 5º, § 1º, da CF, tem caráter de verdadeiros direitos subjetivos, já que o citado artigo, combinado com o art. 5º, inc. XXXV, pois, no caso concreto, o Judiciário pode efetivar o objeto a deixa que os tribunais garantam, no caso concreto, a concretização do objeto da prestação.

As normas referentes aos direitos sociais, art. 6º da CF, imanescentes do direito a uma garantia digna, possuem como principal função explicar o conteúdo dos direitos sociais, sendo que os direitos à saúde, previdência e assistência social, emanam corretamente deste (SARLET, 2007, p. 332). Desta forma se verifica que o indivíduo pode (e deve), em uma situação de fragilidade iminente exigir as prestações garantidas por lei (inconstitucionalidade por omissão parcial), assim como ao legislador é obrigatório a edição de atos normativos para concretização da norma prevista na constituição (inconstitucionalidade por omissão), já que foi a Constituição, e não a lei, que outorgou o direito fundamental e utilizando o axioma deste de que “quem pode mais pode menos” (SARLET, 2007, p. 332-335).

Enquanto os direitos a ações negativas freiam ações que travam a busca de seus objetivos, os direitos às ações positivas impõem ao Estado justamente a busca de certos objetivos. O problema é justamente saber se deve haver, e em que medida, a vinculação da persecução dos objetivos estatais aos direitos fundamentais a ações positivas, vez que os direitos que a Constituição garante são submetidos a um rígido controle de constitucionalidade pelo judiciário.

Os direitos a prestações são relações entre o sujeito titular do direito, o Estado e a prestação estatal ou ação estatal. O titular tem um direito em face do Estado, que tem um dever em face do sujeito de direito, o qual poderá exigir este direito judicialmente. Estes direitos tem “natureza de princípios”, possuem “caráter *prima facie*” e são, portanto, naturalmente restringíveis.

Discute-se muito acerca de quais seriam estes direitos garantidos expressamente na Constituição, com grande celeuma a respeito da

necessidade de atribuição de normas para garantir direitos fundamentais sociais, “sob a rubrica ‘direitos fundamentais sociais’”. Essas normas podem ser de três tipos: as primeiras garantem direitos subjetivos, obrigam o Estado de modo objetivo; as segundas podem ser as “vinculantes ou não-vinculantes”, sendo neste caso último, programáticas e a violação das normas vinculantes, passível de análise pelo Tribunal Constitucional Federal; as terceiras podem fundamentar direitos definitivos ou *prima facie*, ou seja, regras ou princípios”. Essas normas podem se combinar e resultar em menor ou maior proteção. A maior proteção é “[...] conferida pelas normas vinculantes que outorgam direitos subjetivos definitivos a prestações” A mais frágil é a decorrente de normas não vinculantes que albergam “[...] um dever estatal objetivo *prima facie* à realização de prestações.” Um direito submetido à reserva do possível deve ser “[...] um direito subjetivo *prima facie* vinculante. [Já um] direito subjetivo definitivo vinculante é o direito ao mínimo existencial.” (ALEXY, 2011, p. 501-502).

Os direitos fundamentais devem ser compreendidos como normas objetivas supremas que impõe ao legislador o dever de agir da forma mais eficiente possível a fim de cumprir os mandamentos dos direitos fundamentais. Não se resumem ao tudo ou nada, funcionando como princípios. O conteúdo dos direitos fundamentais pode ser maximalista ou minimalista. Maximalista é quando pretende a realização total desses direitos. O conteúdo minimalista garante as condições mínimas dos direitos sociais (ALEXY, 2011, p. 501-503).

Os direitos fundamentais devem garantir a proteção jurídica daquilo que é importante para a pessoa, cuja liberdade jurídica desenvolve a personalidade e a dignidade da pessoa, o que depende da liberdade real (ALEXY, 2011, p. 505-507). Por aí se pode fundamentar a necessidade dos direitos fundamentais sociais baseados em que liberdade real do indivíduo é indiscutivelmente um fim almejado pela Constituição, assim como a importância que a liberdade fática tem para o indivíduo, a qual

não aceita a vida abaixo do mínimo existencial, nem o desemprego por muito tempo e nem a exclusão cultural contemporânea. Além de que os direitos fundamentais protegem o indivíduo e as liberdades jurídicas de nada servem para estes em situações de penúria, cujo maior interesse é o da eliminação das necessidades.

Os direitos sociais, diferente dos direitos de liberdade, adotam uma forma que impõe ao Estado e a sociedade prestar determinados serviços que se destinam a melhorar, e assim “[...] modificar o *status quo* dos sujeitos por eles protegidos.” (STRAPAZZON, 2012, p. 57). Por estes motivos é que em se tratando de direitos sociais não há que se falar em falta de recursos ou impossibilidade do cumprimento e de efetivação do direito posto, pois os direitos prestacionais estabelecem ao Estado o dever de melhorar as condições de vida dos sujeitos de direito por ela protegidos.

2.3.3 Direitos Fundamentais sociais advindos de Tratados Internacionais

Há que se fazer uma interpretação quanto ao termo “tratados internacionais”, utilizado pelo Constituinte originário de 1988, perquirindo, quais os preceitos de direito internacional que se encaixam nesta categoria. Afirmando sobre a falta de exatidão terminológica sobre o termo e da ampla gama de expressões encontradas no direito constitucional positivo, onde não há um método ordenado de diferenciação entre as inúmeras espécies de normas internacionais existentes (SARLET, 2007, p. 140).

Os tratados e convenções internacionais celebrados pelo Brasil na comunidade internacional deverão limitar as normas jurídicas emergentes de outros ou novos textos constitucionais ou infraconstitucionais. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil não estarão subordinados

ao texto constitucional. A legislação interna deverá se adequar ao tratado assumido pelo Brasil junto à comunidade internacional, em face ao disposto no art. 5º, § 2º e art. 5º, § 3º da Constituição Federal vigente.

2.3.4 Direitos fundamentais podem ser restringidos ou limitados?

Ao se conceber que os direitos fundamentais sociais fazem parte de um sistema normativo de regras e princípios, conforme a teoria de Alexy é verossímil concordar que eles possam não ser absolutos, sujeitos a restrições ou limitações. Verifica-se que os direitos fundamentais sociais dependem da ingerência dos poderes públicos, seja do poder Legislativo ao editar normas de eficácia, seja do poder Executivo que pode, através de seus gestores, emitir atos administrativos que venham limitar o uso e gozo destes direitos.

Desta forma, faz-se necessário verificar o que se entende por restrição: o termo restrição possui origem no latim *restrictionis*, cujo significado pode ser traduzido como moderação, restrição, limitação e cuja etimologia surgiu do termo *restringere* com significado de estreitar, apertar, diminuir, encurtar, modificar, limitar. E buscando uma significação literal na Língua Portuguesa, o Dicionário Aurélio traz Restringir como sendo: ato de reduzir a limites mais estritos; limitar, diminuir, estreitar: restringir o exercício de um direito.

Nesta linha de pensamento, restrição a direito fundamental pode ser entendida como uma limitação na esfera de proteção ou ainda o estreitamento do exercício de um direito em razão de um motivo devidamente justificado. Ora, muitas vezes, há que se restringir o direito de um, em favor do direito de outro, por exemplo, há que se restringir o direito a liberdade do particular em favor da segurança da sociedade.

A Carta Constitucional brasileira traz em seu bojo a possibilidade de restrição aos direitos fundamentais, numa análise hermenêutica

do conteúdo dos direitos fundamentais pode-se depreender essa possibilidade, onde a gama de direitos colocados no texto constitucional, aliados à ideia de sistema, que indica que devam estar alinhados entre si, sob pena de perderem a capacidade de concretização nos levam a considerar tal hipótese.

Na medida em que os direitos humanos são direitos do homem, são direitos de todos os homens, sem distinção, e em pé de igualdade,¹⁶ é uma questão de lógica que possam ser restringidos, de modo a poder viabilizar a sua fruição por parte dos indivíduos. Os direitos fundamentais foram constitucionalizados conjuntamente, inseridos no ordenamento jurídico pluralizado e complexo, exigindo a compatibilização entre os diversos direitos e bens protegidos pela Carta constitucional. Logo, existe a possibilidade de que direitos fundamentais possam ser restringidos, entretanto, somente por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas (ALEXY, 2001, p. 286).

Neste contexto é que a possibilidade de conflitos é enorme, não havendo como conceder de forma simultânea e permanente a todos, todos os direitos, exigindo a obediência ao sistema, não se podendo aceitar a tese de que haja direitos absolutos. Entretanto, embora essa tese seja amplamente aceita pela doutrina, o que não está sedificada é a forma de tratar a aplicação de um método à intervenção desses direitos e a linguagem de tratamento, ao utilizar-se restrição, limitação, conformação.

Entender que Direitos Fundamentais são restringíveis é coerente, haja vista não existirem direitos absolutos. Partindo desta concepção, Alexy menciona que “[...] o conceito de restrição a um direito parece familiar e não problemático. Que direitos tenham restrições e que possam ser restringidos parece uma ideia natural, quase trivial” (ALEXY,

¹⁶ A máxima Aristotélica inigualável de que a verdadeira igualdade se baseia em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, e que Ruy Barbosa se utilizou para, numa corrida hermenêutica completá-la com “[...] quinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem.”

2011, p. 276), levando a considerar que os direitos fundamentais podem ser restringidos, basta que se análise de que forma e em que situações, pois como ensina Alexy (2011, p. 276), “[...] o problema parece não estar no conceito de restrição a um direito fundamental, mas exclusivamente na definição dos possíveis conteúdo e extensão dessas restrições [...]” Por esta concepção, os direitos fundamentais sociais seriam um modelo de princípios, que podem apresentar posições jurídicas *prima facie* restringíveis e que admitem a ponderação.

Para estudar os direitos fundamentais e as suas limitações, faz-se necessário uma análise de sua estrutura dogmática, com a determinação do seu âmbito de proteção (pressuposto primário objeto de proteção), que abarca diferentes pressupostos fáticos e jurídicos concebidos na norma jurídica, tendo como consequência imediata a proteção fundamental¹⁷ (MENDES, 2009, p. 328).

Muitos doutrinadores lidam de forma indistinta com âmbito de proteção e suporte fático, enquanto para outros, o âmbito de proteção seria tão somente parte do suporte fático da norma de direito fundamental. Para Alexy (2011, p. 302), estes conceitos precisam ser definidos de maneira diferente, conforme a espécie de norma de direito fundamental de que se esteja tratando. De certa forma, há que se ponderar que quanto maior o âmbito de proteção que for conferido a um direito fundamental, maior será a possibilidade de se verificar ações que possam ser tidas como restrições. Somente se poderá falar em restrição de um direito fundamental após delimitar o seu âmbito de proteção e as restrições de direitos são normas limitadoras de posições jurídicas que, *prima facie*, estão assegurados pelo suporte fático do direito fundamental (ALEXY, 2011, p. 286). Na medida em que se parte de um método de suporte fático amplo, a diferenciação entre

¹⁷ Por exemplo: inviolabilidade de correspondência, domicílio, propriedade, liberdade de imprensa, igualdade, liberdade de profissão (no limite que a lei estabelecer), liberdade de reunião (pacífica, sem armas).

restrição e regulação é atenuada, e toda a regulação também precisa deve ser vista como uma restrição, em razão de que, ao regular o exercício de um direito fatalmente deixará de fora aqueles que a regulação deixar de fora. Além do que, toda a restrição precisa ser vista, também, como uma regulamentação, uma vez que sua função não é restringir direito fundamental sem que haja uma fundamentação, mas com a finalidade de conciliar todos eles (SILVA, 2006, p. 26). A questão é partir de um método de suporte fático amplo ou restrito, para se fazer uma ampla análise de qual é o bem jurídico que albergado pela norma de direito fundamental.

Para Silva (2006, p. 48-49), um arquétipo de direitos fundamentais precisa ter alguns atributos especiais como: diferenciar os direitos fundamentais das suas restrições (diferente do que entende a teoria interna), refutando, desta forma, a definição de “direitos com seus limites imanentes”; a proibição de se excluir da proteção dos direitos fundamentais, previamente, qualquer ação, estado ou posicionamento jurídico que apresente algum elemento, por menor que seja, que justifique a proteção de um direito fundamental. Partindo da premissa de ampla proteção *prima facie*, logicamente haverá colisões entre um ou mais direitos fundamentais, e aí que se faz necessária a restrição a direitos fundamentais, para a solução do conflito.

Ao analisarmos a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais sociais sob o prisma da possibilidade de restrição, lançamos o olhar para a Carta Constitucional brasileira, donde verificamos que o legislador constituinte originário em muitas situações mencionou a abertura desta possibilidade, ao fazer referência à legislação ordinária¹⁸, podendo-se, nestes casos, verificar a possibilidade de restrições ao conteúdo, quando albergados de modo genérico e abstrato na norma constitucional.

Não restam dúvidas de que a concepção de restrição leva, a priori, a identificar duas situações distintas: o direito e a restrição

¹⁸ Art. 201, §1º, §9º, §11; art. 202, §2º, §4º, §6º.

(MENDES, 2009, p. 334). Acerca do embate existente sobre restrições a direitos fundamentais, contrapõem-se algumas teorias, dentre estas, as consideradas mais importantes são: a teoria interna e a teoria externa.

2.3.4.1 Teorias dos Direitos Fundamentais – Interna e Externa

Para a teoria interna os Direitos Fundamentais não podem ser restringidos por outros direitos, sustentando que o direito e seus limites são algo indivisível. O que quer dizer que “os limites são imanentes ao próprio direito”, excluindo demais fatores externos, que se fundem, por exemplo, na concepção de sopesamento entre os princípios, impondo outra restrição suplementar (SILVA, 2006, p. 36).

Para Silva (2006, p. 37), poder-se-ia resumir o raciocínio central da teoria interna, recorrendo a uma expressão do direito francês, advinda de Planiol e Ripert, que diz “[...] o direito cessa onde o abuso começa”, o que significa dizer que “[...] o processo de definição dos limites de cada direito é algo interno a ele.” E nesta ótica poder-se-ia falar em limites imanentes, onde, em razão de ser um processo interno, a demarcação dos limites, não pode ser controlada por aspectos externos, quiçá por colisões com outros direitos. O que significa dizer que todas as alternativas de restrições aos direitos fundamentais estariam fixadas na própria Constituição Federal, devidamente expressas no texto constitucional, que demonstraria os limites imanentes destes direitos. Entendendo limites imanentes como restrições/limitações decorrentes dos direitos, presentes no texto constitucional.

Desta forma, se a declaração do conteúdo e da extensão de um determinado direito não se sujeita a fatores externos, tampouco tolera poder ser influenciado por uma possível colisão com outros direitos, temos que, em nível de estrutura normativa, para a teoria interna, os direitos fundamentais teriam a estrutura de regras, na aplicação do “tudo-

ou-nada” (DWORKIN, 2010, p. 39), também não podendo ser alvo de sopesamento, ponderação, tampouco com a concepção de direitos *prima facie*. O que significaria dizer que somente poderiam ser aplicadas em sua totalidade e que caso de hipotético conflito de regras, uma delas precisaria ser declarada inválida para que outra fosse aplicada na sua totalidade.

Neste caso, para fazer uma análise sobre uma eventual colisão entre direitos fundamentais, e qual direito deverá ser aplicado, o fundamento tem que ser encontrado no texto constitucional, naquilo que ela protege ou naquilo que ela deixa de fora do seu âmbito de proteção, com sua delimitação já determinada pela Constituição e não pela colisão entre dois ou mais direitos fundamentais. Podemos citar como exemplo: o caso de que a pensão por morte aos dependentes do segurado pelo evento “morte”, cubra apenas a morte declarada como tal, e não os casos de “desaparecimento”; ou dizer que o salário-família será concedido somente àqueles que tiverem família legalmente estruturada, ou a famílias heteroafetivas. Ao que se chama, normalmente, de interpretação restritiva da norma.

Analizados em abstrato, os direitos questionados estão albergados pelo texto constitucional como direitos fundamentais, podendo-se entender que há um conflito aparente de normas. Entretanto, há que serem verificadas as circunstâncias do caso concreto, e sopesando os interesses conflitantes, determinar qual o princípio que deve prevalecer, na situação específica, sempre no afã de que se faça justiça no caso concreto, a fim de dar efetividade aos direitos sociais.

Para a teoria externa os Direitos Fundamentais, diferentemente do que afirma a teoria interna que prega a existência de somente um objeto – o direito e seus limites (imanentes) -, divide a norma de direito em duas partes: primeiramente o dispositivo que estabelece o direito, e separado deste, o dispositivo que estabelece restrições. E é a partir desta subdivisão que se pode concluir pela utilização do sopesamento e até mesmo da regra

da proporcionalidade, como modo de solucionar as possíveis colisões entre direitos fundamentais. Assim é que seja qual for a natureza das restrições, estas não predominam sobre o conteúdo do direito, podendo, tão somente, dependendo do caso, restringir seu alcance prático, onde um princípio tem que recuar em favor de outro princípio, mantendo intacta a sua validade e seu amplo alcance *prima facie* (SILVA, 2006, p. 38). Ou seja, se houver colisão entre princípios, no caso concreto, um terá primazia sobre o outro ou outros, em razão das condições específicas de cada caso. Devendo ser consideradas “todas” as circunstâncias fáticas e jurídicas que englobam o caso concreto e que determinará qual dos princípios dentre os aplicáveis apresenta maior peso através de sopesamento (ALEXY, 2011, p. 95). Sempre deverá haver uma ponderação, no caso concreto, a fim de justificar a interferência de um princípio, ou de um direito em colisão com outro.

Ora, se aceitamos neste trabalho que os direitos sociais na Carta constitucional brasileira fazem parte de um sistema normativo de regras e princípios, verificamos que através da teoria externa é possível admitir que os direitos fundamentais sociais possam ser restringidos, em razão de aceitar que os direitos fundamentais sociais são direitos *prima facie*, sujeitos à ponderação, logo, passíveis de restrições.

2.3.4.2 O sopesamento, a técnica da ponderação e o teste da proporcionalidade

De acordo com a perspectiva de Alexy, então, para se edificar uma correta relação entre o direito fundamental e as suas restrições, há que analisar as restrições a direitos fundamentais, primordialmente, sob o prisma: da teoria externa e do teste da proporcionalidade. Após a análise das teorias interna e externa, chega-se a conclusão de que um direito

fundamental não pode ser absoluto ou pleno e que pode ser restringido por outras normas de direito ou de interesse público, e é aí que se utiliza a distinção feita pela teoria externa, pressuposto desta, que só pode ser verificado e concluído no caso concreto, através de sopesamento, ou da utilização do teste da proporcionalidade, para, aí então, definir, qual dos princípios devem prevalecer.

O próximo passo para decidir sobre a utilização de um direito fundamental, diz respeito à ponderação. Depois de identificado os direitos *prima facie*, passa-se a uma próxima fase, que é a ponderação dos interesses através dos princípios. Pode-se dizer que os direitos fundamentais, concebidos como princípios, são instrumentos que impulsionam o equilíbrio do ordenamento jurídico, e o seu peso não é firmado por si e em si, de modo absoluto, de modo que somente se pode falar que existem “pesos relativos”. Assim, a utilização do sopesamento é importante, na medida em que afirma que um comprometimento intenso só pode ser fundamentado por um alto grau de importância e de satisfação de um princípio que for colidente com àquele.

No próprio conceito de princípios se faz a constatação de que o sopesamento não é uma discussão de tudo ou nada, mas um emprego de otimização, que reclama a aplicação de uma solução proporcional (ALEXY, 2001, p. 173). A primeira lei de sopesamento pode ser enunciada da seguinte forma: “Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.” (ALEXY, 2011, p. 167). Já a segunda lei, é assim anunciada: “Quanto mais pesada for a interferência em um direito fundamental, tanto maior terá de ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia.” (ALEXY, 2011, p. 617). A compreensão do processo de estabilidade normativa só será alcançada através do sopesamento entre as diversas cargas normativas e valorativas advindas, principalmente, entre a colisão entre princípios, partindo-se das construções - já vista neste trabalho. Para Alexy a solução

entre os conflitos resolve-se pela “*máxima da proporcionalidade*”, seguindo os critérios da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento propriamente dito) que decorre, obviamente, da natureza dos princípios (ALEXY, 2011, p. 116-117).

A essência da ponderação de valores é a proporcionalidade e um teste de proporcionalidade deve ser realizado em três etapas: a da análise da adequação do meio utilizado para a persecução dos fins constitucionais, a da necessidade da restrição estabelecida, e por fim, se constatada relação desequilibrada dos bens em colisão, deve ser refeita a ponderação de bens, de modo a assegurar uma proporcional proteção dos direitos colidentes. É aqui, em especial, que devem ser aplicadas as duas leis da ponderação antes explicitadas.

Na Carta Constitucional brasileira, não obstante os direitos fundamentais encontrem-se devidamente positivados, fazendo parte do ordenamento jurídico positivo, a aplicação no caso concreto requer ponderação. Há que se considerar que muitas normas constitucionais tem índole principiológica, estabelecendo um nível a ser atingido. O que não significa que seja o seu nível máximo. É uma meta a ser alcançada, sem que esteja disposta a forma como esse intento vai ser realizado.¹⁹ Quando tal se verifica, a teoria de Robert Alexy é perfeita para auxiliar o aplicador do direito a resolver o litígio, através da ponderação, apresentando os direitos sociais como normas de hierarquia superior, apresentando uma valoração e conceituabilidade conforme a sua relevância (material).

Na verdade, o que se busca com a proporcionalidade é chegar o mais próximo possível da ideia de justiça, de equidade, de igualdade, de cuidado, de razoabilidade e sensatez, demonstrando que o Estado de Direito é o Estado justo e imparcial (SARLET, 2012, p. 212). O teste da proporcionalidade

¹⁹ Sobre este assunto trataremos mais adiante, quando falarmos do Pacto de Direitos, Econômicos, Sociais e Culturais.

funciona como critério de avaliação da constitucionalidade das interferências nos direitos fundamentais como uma “proibição de intervenção”, podendo se avaliar que esta intervenção não será indispensável se não proteger o direito fundamental de modo “ótimo”; não será indispensável em casos que existam outras formas alternativas que beneficiem ainda mais o cumprimento de um direito fundamental; e infringirá o “subprincípio” da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de cumprimento da finalidade Legislativa for menor que o grau em que não se realizou o direito fundamental que está sendo protegido (MINAS GERAIS, 2012).

Para o Ministro Gilmar Mendes, balizado na doutrina alemã, o agir do Legislador, deverá estar sempre restrito ou delimitado pelo “*princípio da proporcionalidade*”, como uma proibição de excesso (limite máximo) e uma proibição de proteção deficiente (limite mínimo). No caso, ao resolver o caso concreto, pela técnica da ponderação, estará, sempre, atribuindo a maior proteção possível e/ou com a menor restrição necessária. Aduz que o “princípio da proporcionalidade”²⁰ deve estar lastreado na máxima “[...] *quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção.*” (MINAS GERAIS, 2012).

Assim, o teste da proporcionalidade deve ser utilizado, pelo Legislador e pelo julgador, como método prático para proteger, tanto liberdades individuais quanto direitos a prestações positivas.

²⁰ No acórdão referido o Ministro trata de matéria penal, mas que a dogmática utilizada serve para qualquer direito fundamental.

CAPÍTULO III
DIREITOS HUMANOS E
DIREITOS SOCIAIS

No capítulo anterior, foi esmiuçada toda a fundamentação teórica sobre as diferenciações entre direitos humanos e direitos fundamentais, as mais variadas teses e posicionamentos jurídico-teóricos a respeito, a classificação dos direitos sociais como direitos fundamentais de segunda dimensão, a possibilidade de restrições a estes direitos e a importante utilização do sopesamento, com a técnica da ponderação e o teste da proporcionalidade para dirimir possíveis conflitos, dispondo, assim, base e fundamento jurídico para situar os direitos sociais como direitos fundamentais e, indo além, situarmos os direitos de previdência social como direitos humanos fundamentais sociais.

No presente capítulo faremos uma análise dos direitos fundamentais sociais sob o ponto de vista da dignidade da pessoa humana, o estudo do significado do mínimo existencial que o Estado tem o dever de prestar, e a forma com que doutrinadores importantes como Robert Alexy, Antônio Augusto Cançado Trindade, Christian Courtis e Ingo Sartet interpretam os direitos sociais, e em final a colocação dos direitos sociais como universais, indivisíveis, inter-relacionados e interdependentes.

3.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O SISTEMA DE DIREITOS HUMANOS SOCIAIS

Os Direitos Fundamentais são reconhecidos em razão de sua importância política e social, em razão de seu status constitucional e, em grande medida, por sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana. A esta posição se filia a doutrina brasileira, preconizando que o princípio da dignidade da pessoa humana, expresso como fundamento constitucional, além de representar o valor que unifica e representa todos os direitos fundamentais, significa a concretude deste, abarcando também o reconhecimento dos direitos fundamentais implícitos, decorrentes ou previstos em tratados internacionais, apresentando uma profunda relação

com o art. 5º, § 2º, da CF de 1988 (SARLET, 2007, p. 111). Quando escolheu pela abertura constitucional dos direitos fundamentais, o legislador constituinte colocou como orbe desse sistema, o princípio da dignidade da pessoa humana, devendo o operador do direito, preconizar um patamar mínimo de direitos. Desde já deixa-se claro não poder misturar ou confundir a ideia entre dignidade da pessoa humana – que é próprio da pessoa, de uma pessoa – e dignidade humana – que é próprio de todas as pessoas, da humanidade. É possível afirmar que sem que haja direitos do homem devidamente reconhecidos e protegidos, não pode haver democracia e sem democracia não existirão as mínimas condições para que os conflitos sejam dirimidos de forma pacífica (BOBBIO, 2004, p. 30).

Desde a primeira Carta Constitucional, a história do constitucionalismo brasileiro reconheceu formalmente algum dos direitos básicos de cidadania.²¹ Contudo, foi a Constituição Federal de 1988, que trouxe, em sua parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais, os princípios fundamentais que regeriam o Estado Democrático de Direito. Assim, não podem pairar dúvidas sobre a intenção do constituinte originário em atribuir aos princípios fundamentais a qualidade de normas apoiadoras e informativas da ordem constitucional, incluindo-se os direitos fundamentais, podendo-se concluir que estas integram o núcleo essencial da Constituição material (SARLET, 2007, p. 113).

O reconhecimento expresso do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, leva a conclusão do reconhecimento expresso também de que é o Estado que

²¹ CF/1824 – Das garantias e dos Direitos Cívicos e Políticos dos cidadãos brasileiros, art. 179, IV, V, XIII, XIX, XXI, XXIV, XXVI, XXVII, XXXI (socorros públicos), XXXII (educação primária);

CF/ 1891 – Da declaração de direitos, art. 72, 2, 6 (educação), 7, 8, 11, 12, art. 75 (aposentadoria);

CF/1934 – Preâmbulo da Constituição de 1934: “... organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico...”

²⁰ Os direitos e garantias individuais, Art. 113-A, itens 1 (igualdade), 34, art. 121 (trabalho), 138 a (assistência social), b (educação), c (maternidade e infância), f e g (saúde), art. 149 (educação);

CF/1937 – Dos direitos e garantias individuais, art. 122, 1 (igualdade), 125 e 130 (educação), 128 (cultura), 136 (trabalho), 156, d, e, f (aposentadoria), h (férias, licença gestante);

existe em razão da pessoa humana e não o contrário, que o homem é a finalidade principal do Estado e não um meio da atividade deste (SARLET, 2007, p. 114-115).

A dignidade é uma qualidade intrínseca da pessoa humana, e esta dignidade, enquanto direito, que deve ser respeitada enquanto pessoa é algo amplamente reconhecido pelo sistema internacional de direitos humanos, desde a DUDH,²² o PIDCP²³ e pelo PIDESC,²⁴ sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser afastado, não podendo cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão e não lhe ser conferido um mínimo de dignidade.

A dignidade é, segundo o sistema internacional de direitos humanos, uma característica imanente (intrínseca) de todo e qualquer ser humano, compondo um valor próprio distingue o ser humano como ser humano, não restando quaisquer divergências de que a dignidade é algo real, experimentado concretamente por todo o ser humano, verificada quando ela é esmagada e insultada (SARLET, 2009, p. 18).

Todavia, ainda segundo a leitura de Ingo Sarlet, a dignidade da pessoa humana possui uma dupla dimensão, que se manifesta como expressão da autonomia da pessoa humana, assim como da necessidade de sua proteção por parte da sociedade e do Estado, sobretudo quando se encontrar em situação de necessidade por fragilização, ou incapacidade de autodeterminação (SARLET, 2009, p. 30).

²² “[...] o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]”;

²³ “[...] reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana [...]”;

²⁴ “[...] o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana [...]”;

A dignidade da pessoa humana é dotada de uma dimensão dupla, onde uma delas contém a autonomia da pessoa humana,²⁵ e a outra a o dever de proteção desta dignidade da pessoa humana,²⁶ por parte do Estado e também da sociedade,²⁷ em defender e proteger a pessoa num momento em que se encontre numa situação em que se encontre vulnerável ou incapaz de se autodeterminar.

Para Ridola (2014, p. 39), esta dignidade da pessoa humana representa a sua essência, expressando o que cabe a cada ser humano, em razão de sua essência, momento no qual a dignidade passa a fazer parte da essência do ser humano. Que está diretamente relacionada com a sua substância, com a estrutura que cada um ter direito, e em razão desta, a dignidade passa a fazer parte do seu íntimo.

Donde temos que a dignidade da pessoa humana está diretamente relacionada à condição de ser humano e também à defesa de uma herança inatacável da humanidade,²⁸ que vai muito mais longe do ser humano como indivíduo só (RIDOLA, 2014, p. 48). O Estado e a sociedade têm um dever para com o seu cidadão, em defender a cada indivíduo, muito além da sua individualidade.

Destarte, não se pode defender o indivíduo em sua individualidade, e além desta individualidade há que se respeitar a própria concepção cultural, advinda do entendimento de um povo, por suas bases e sua história, que possam pensar, agir e entender de forma diversa (RIDOLA, 2014, p. 52). É o direito que cada civilização possui de agir religiosa, filosófica, histórica e culturalmente segundo as tradições do seu povo, definida pelo modo de um povo vivido em comunidade, em razão do tempo e da história.

²⁵ Na perspectiva de autodeterminação no que diz respeito às decisões sobre a sua própria existência.

²⁶ Assistência.

²⁷ Aqui englobando também o dever familiar.

²⁸ Consideradas as atrocidades da segunda guerra mundial, dizimação de milhares de vítimas, o sofrimento do de cada pessoa sozinha, em família e em comunidade;

Ainda seguindo a linha de pensamento de Ridola (2014, p. 60-62) extrai-se que a dignidade da pessoa humana integra não só o fundamento da doutrina de direitos constitucionais fundamentais, como também da integralidade dos valores que fundamentam o sistema fundamental de um País, onde esta proteção absoluta à dignidade da pessoa humana está diretamente ligada não somente ao ser concreto e singular, mas ao indivíduo na sua dimensão criadora humana. Nesta análise, verifica-se que o reconhecimento da dignidade da pessoa humana vai além a individualidade concreta do indivíduo, demonstrando uma subjetividade de direito, indo muito além da divisa entre o nascimento e a morte.

Podemos asseverar que a dignidade da pessoa humana, uma vez que integre o sistema de direitos constitucionais fundamentais, como é o caso do Brasil, a proteção tem que ser integral e absoluta, muito além do ser humano concreto e individual, em razão da sua subjetividade, devendo ser analisada individualizadamente, no caso concreto, inclusive.

Esta dignidade, que cada pessoa humana possui, é resultado da “conquista” de cada ser humano individual, que resulta do desempenho subjetivo e de um caminho na formação da identidade de cada um (RIDOLA, 2014, p. 67). A dignidade da pessoa humana diz respeito a cada ser humano individualizado, como princípio basilar da sua formação individual e subjetiva, como êxito de uma trajetória de buscas, na construção subjetiva da sua individualidade.

E quando esta dignidade é lançada no campo econômico, o objetivo será assegurar o mínimo existencial, partindo de parâmetros advindos das cláusulas do Estado social, onde o este tem o dever de garantir a inviolabilidade da dignidade humana (RIDOLA, 2014, p. 72), com condições materiais de uma existência digna.

A dignidade individual do ser determinado não pode ser degradada em face da comunidade, uma vez que a dignidade é inerente a cada um, não podendo ser retirada dele sem que isso represente uma desumanização.

Entretanto, o fato do princípio da dignidade da pessoa humana poder ser considerado intangível, não significa que ele não possa sofrer restrições, desde que estas não ultrapassem o “*reducto intangível de cada indivíduo*” (SARLET, 2007, p. 121, 127).

A dignidade da pessoa humana não admite renúncia, abnegação por parte do sujeito de direitos, embora admita limites e restrições aos direitos invocados, em favor de um bem maior, de vários sujeitos ou de uma comunidade, ou da sociedade. Consta-se que a dignidade da pessoa humana é ao mesmo tempo limite e tarefa dos poderes estatais, da comunidade em geral, de todos e de cada um,

Condição dúplíce esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade. Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria de terceiros, mas também o fato de a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas (prestações) o devido respeito e promoção. (SARLET, 2009, p. 32).

A caracterização da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático brasileiro na nossa Carta constitucional, traz consigo não só uma afirmação de conteúdo ético e moral, mas também que representa uma norma jurídico-positiva com status constitucional, munida de eficácia, e que é transformada, então, em valor jurídico fundamental da sociedade. Visto no sentido de que a dignidade da pessoa humana é um “*valor-guia*” não somente dos direitos

fundamentais, mas de toda a ordem jurídica constitucional brasileira (SARLET, 2007, p. 124).

O fato da Constituição da República do Brasil trazer a dignidade humana como fundamento da República, demonstra o grau de valorização do ser humano, que o legislador constituinte teve o interesse em proteger e resguardar. O conteúdo ético-moral somado à ordem jurídica positiva, guarnecida de efetividade, consagrada pelo texto constitucional agora em valor jurídico-positivo fundamental da sociedade, que deve ser tutelado e preservado pelo operador do direito e pela sociedade.

A posição ocupada pela pessoa humana na Carta Magna brasileira e o princípio da dignidade da pessoa humana, constituem a natureza, a substância da própria identidade da Carta Constitucional brasileira, havendo a possibilidade de se sustentar que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui limite material tácito autônomo ao poder de reforma da Constituição²⁹ (SARLET, 2007, p 126). Verificando-se que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser considerado como fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, ou seja, dos direitos humanos positivados.

Desta forma, os direitos humanos a partir do momento que passam a ser positivados na Cartas constitucionais dos Estados, são como direitos fundamentais, passando a fazer parte dos fundamentos da ordem jurídica, como limites e como indutores de ação do estado e da sociedade, o qual se justifica a medida em que estiver em condições de proteger e realizar a dignidade da pessoa humana.

²⁹ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:IV - os direitos e garantias individuais;

3.1.1 Mínimo Vital

O direito ao mínimo vital ou mínimo de sobrevivência física (mínimo fisiológico) como querem alguns, tem ligação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois é expressão da garantia da vida humana, com as mínimas condições materiais de existência, (SARLET, 2013, p. 34-35). É o simples existir, é poder e conseguir estar vivo, suprindo as necessidades de cunho existencial básicas ao indivíduo, devendo ser reconhecido e efetivado de forma igualitária para todos, em razão de ser urgente.

O mínimo vital da pessoa humana está diretamente ligado à compreensão constitucional do direito à vida e da dignidade da pessoa humana enquanto princípio fundamental do Estado democrático de Direito, devendo ser assegurada para todos (SARLET, 2013, p. 37). Entendendo que assegurar o mínimo para todos significa fazer valer o princípio da igualdade material, utilizando-se a máxima Aristoteliana de *tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente*.

O mínimo vital (sobrevivência) é tido como o grupo das prestações materiais indispensáveis que possam garantir a cada indivíduo uma vida saudável (SARLET, 2013, p. 38). Este mínimo vital significa “estar vivo”, ou seja, garantir o mínimo necessário para sobreviver, por exemplo, a um enfermo na UTI é garantido o direito à vida, a “estar vivo” ainda que conectado por aparelhos; É o direito de um encarcerado, que está com seus direitos políticos suspensos, que não possui direitos culturais, direito à educação, direito ao lazer, mas que ainda assim, mantém incólume e assegurado o direito à vida e à integridade física.

Não se pode misturar ou confundir o mínimo vital e o mínimo existencial, eis que este (mínimo vital) não pode ser ponderado, pois o que está sendo questionado é a vida e não se pode fazer ponderação com a vida, enquanto que no mínimo existencial o que está em voga é a dignidade desta vida em todo o seu contexto, podendo ser ponderada, conforme veremos logo a seguir.

3.1.2 Mínimo Existencial

A discussão sobre o que venha a ser o mínimo existencial, invariavelmente está intimamente ligada à noção da essência da dignidade da pessoa humana e remonta ao conceito de “caridade social”, combate à pobreza, assistencialismo, defesa dos “pobres”, dentre outras. Passando a ser positivado nas Cartas Constitucionais dos Estados como o direito a ter prestações positivas mínimas asseguradas pelo poder público, fixando sua circunscrição como além da pobreza extrema. Como assevera Sarlet (2013, p. 33), mesmo que não haja um consenso sobre qual seja exatamente o conteúdo do mínimo existencial, podemos dizer que o direito ao mínimo existencial vai além do que chamamos de proteção de sobrevivência física, consiste em assegurar uma existência digna (vida com dignidade), com qualidade, não se podendo admitir apenas existir.

O objeto e o conteúdo do mínimo existencial interpretado como um direito garantido pela Constituição Federal está diretamente ligado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana enquanto princípio constitucional fundamental. Seguindo o entendimento de que esta dignidade da pessoa humana somente estará preservada, enquanto obrigação do Estado e da sociedade, quando a todos for garantido “nem mais nem menos do que uma vida saudável” (SARLET, 2013, p. 36). O direito ao mínimo existencial surge como direito a uma prestação mínima sem as quais o ser humano não pode sobreviver (TORRES, 2003, p. 9). O direito ao mínimo existencial está baseado num bloco de direitos, sejam eles reconhecidos ou não, de forma expressa, por parte do Estado, e ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, sendo este dever de respeito, proteção e promoção é obrigação do Estado, observado o sujeito, a cultura, o tempo, o local, podendo ser objeto de ponderação ao caso concreto.

Na realidade, o conteúdo do mínimo existencial não pode ser determinado de forma abstrata. Seus requisitos podem ser alterados conforme as condições econômicas, sociais e culturais de um povo ou de um indivíduo, sendo que algumas das prestações materiais para a avaliação de uma vida digna são de antemão facilmente reconhecidas (direito a saúde, educação, moradia, direitos políticos, cultura, lazer). Tendo sempre em mente que viver vai muito além de tão somente sobreviver, diz respeito à inserção social do sujeito de direitos ao meio em que vive.

Quando o princípio da dignidade humana é delineado sob o âmbito econômico, com o objetivo de assegurar o mínimo existencial, se faz necessário observá-lo a partir de modelos advindos das cláusulas de um Estado social (RIDOLA 2014, p. 72), isso porque as características dos Estados sociais jamais deixarão à deriva ou sob extrema necessidade uma pessoa humana, como é o caso do Brasil, que garante, por cláusula constitucional, a efetividade das condições materiais de existência de uma vida digna.

Não obstante, essa essência da dignidade humana e consequentemente dos direitos fundamentais seja sempre relativa, em razão dos fatores sociais e culturais de um povo ou de um indivíduo, a sua efetivação sempre deve ser feita por ponderação dos direitos e da necessidade sob tutela, por meio de um debate sobre os bens que estiverem em jogo, onde se fará toda uma argumentação fundamentada, a fim de se ter condições de explicar as razões e os motivos para conceder ou não um direito, principalmente aqueles que estiverem sob risco iminente de ser violados ou que estejam sendo objeto de violação.

Para Alexy (1999, p. 61), a fundamentalidade material dos direitos sociais diz respeito ao mínimo existencial, tem profunda ligação com este, na medida em que um interesse ou a escassez de um direito é fundamental quando violado ou não satisfeito trazer ao sujeito de direitos um

sofrimento grave ou a morte, atinge o núcleo essencial do direito, que é inviolável.

Em termos jurídicos, a dignidade humana deve ser vista como a forma de realização da eficácia daqueles direitos mínimos que indivíduo faz jus, como forma de afirmar ser sujeito de direitos. E a forma de análise desta dignidade pode melhor encontrada através da análise detalhada da proporcionalidade em relação ao direito posto. E é por estas razões que a dignidade é interpretada como um princípio, como *mandados de otimização*, ou seja, precisa ser satisfeita (efetivada) da melhor forma possível, conforma as circunstâncias (de fato e de direito) apresentadas (ALEXY, 2011, p. 90).

Entretanto, quando o Poder Executivo se omite em criar políticas de bem estar social e o Legislativo em criar as leis necessárias a fim de garantir a efetividade do mínimo existencial, há um consenso de que existe espaço para que o Poder Judiciário possa fazer um controle judicial quanto à concessão ou não do mínimo existencial por parte do Estado. Este controle judicial tem o objetivo de impedir as normas existentes sejam desrespeitadas e assegurar a efetividade garantida pela norma.

Por outro viés, Torres (2003, p. 1-2) quando trata do tema referente à dignidade da pessoa humana confere especial consideração e destaque à dignidade, como critério e método para conceituar e definir os direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos, sob a perspectiva de que não existe a jusfundamentalidade dos direitos prestacionais (sociais) quando desconectada da ideia de mínimo existencial, na medida em que aquela reduz os direitos sociais ao mínimo existencial. Os direitos sociais serão alcançados na mesma medida em que existir verba orçamentária, se confundindo com o conceito de direitos sociais *strictu sensu*. Mesmo admitindo que exista o direito às condições mínimas de uma existência digna, onde o Estado é obrigado à uma prestação positiva, este conteúdo do mínimo existencial não é determinado, e alberga qualquer direito,

inclusive algum que estivesse reconhecido pela Carta Constitucional como direito fundamental, em razão de fazer parte da dimensão intransmissível do direito de alguém (TORRES, 1995, p. 292).

Referir-se a direitos fundamentais sociais sob o ângulo da existência de verba orçamentária (reserva do possível), quando se elenca fundados motivos de falta de recursos até pode ser razoável, uma vez que o direito prestacional existe na esfera do mundo real e não somente numa dogmática de análise empírica. Todavia, o que não se admite é tratar os direitos prestacionais sob uma ótica de escassez de recursos, quando as normas de direito fundamental são necessárias, plenamente edificáveis e absolutamente viáveis, do ponto de vista fático, negando, inclusive, o mínimo existencial do direito prestacional.

Contudo, os direitos fundamentais sociais não podem estar limitados à vontade discricionária da administração pública, que em sua atuação político-administrativa não se subsumem livremente à conveniência e oportunidade, devendo atender o comando dos preceitos constitucionais. E em não o fazendo através de políticas públicas garantistas, deve o Judiciário intervir e atuar como órgão de controle da atividade administrativa, na análise do caso concreto, com a finalidade de garantir o mínimo existencial, ante a iminência de lesão à direito, que possa ferir a dignidade, sob pena de exaurir a força normativa do texto constitucional. A efetividade dos direitos sociais, com a garantia do mínimo existencial, traduz-se numa verdadeira liberdade positiva, determinada por força Constitucional, de forma a assegurar a dignidade da pessoa humana. Para a efetiva implementação dos direitos fundamentais sociais, em muitos casos, é necessário que o titular, exija a efetividade de um direito através da tutela jurisdicional, com a intervenção do Poder Judiciário, sem que tal mister invada a divisão e a independência dos poderes que constituem o Estado democrático de Direito.

Assim que, no Brasil, o reconhecimento do direito ao mínimo existencial pelos tribunais superiores, outorgando efetividade aos direitos fundamentais sociais, principalmente quando se refere ao direito à saúde,³⁰ tem sido questão pacífica ao empregar condutas afirmativas, a fim de garantir a sobrevivência digna da pessoa humana, de forma a assegurar o gozo do direito fundamental social invocado, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO OPOSSIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. NÃO HÁ OFENSA À SÚMULA 126/STJ. 1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes. 2. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. 3. In casu, não há impedimento jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o Município, tendo em vista a consolidada jurisprudência do STJ: “o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do

³⁰ Fornecimento de medicamentos, tratamentos de curta, média e longa duração, procedimento cirúrgico, remoção de paciente, etc.

acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros” (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005). 4. Apesar de o acórdão ter fundamento constitucional, o recorrido interpôs corretamente o Recurso Extraordinário para impugnar tal matéria. Portanto, não há falar em incidência da Súmula 126/STF. 5. Agravo Regimental não provido. (BRASIL, 2013b, grifo nosso).

Ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais – dever estatal de assistência materno-infantil resultante de norma constitucional – obrigação jurídico-constitucional que se impõe ao poder público, inclusive aos estados-membros – configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao estado-membro – desrespeito à constituição provocado por inércia estatal (RTJ 183/818-819) – comportamento que transgredir a autoridade da lei fundamental da república (RTJ 185/794-796) – a questão da reserva do possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o *mínimo existencial* (RTJ 200/191-197) – o papel do poder judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela constituição e não efetivadas pelo poder público – a fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao estado – a teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”) – caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (CF, arts. 196, 197 e 227) – a questão das “escolhas trágicas” – a colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito – controle jurisdicional de legitimidade da omissão do estado: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de

certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso) – doutrina – precedentes do supremo tribunal federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na constituição da república (rtj 174/687 – rtj 175/1212-1213 – rtj 199/1219-1220) – possibilidade jurídico-processual de utilização das “astreintes” (CPC, art. 461, § 5º) como meio coercitivo indireto – existência, no caso em exame, de relevante interesse social – ação civil pública: instrumento processual adequado à proteção jurisdicional de direitos revestidos de metaindividualidade – legitimação ativa do ministério público (CF, art. 129, III) – a função institucional do ministério público como “defensor do povo” (CF, art. 129, II) – doutrina – precedentes – recurso de agravo improvido (BRASIL, 2013c, grifo nosso).

ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO SUBJETIVO. PRIORIDADE. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESCASSEZ DE RECURSOS. DECISÃO POLÍTICA. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. A vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social. 2. O direito à saúde, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação especial, é garantia subjetiva do cidadão, exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público. O legislador ordinário, ao disciplinar a matéria, impôs obrigações positivas ao Estado, de maneira que está compelido a cumprir o dever legal. 3. A falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo - UTIs no único hospital local viola o direito à saúde e afeta o mínimo existencial de toda a população local, tratando-se, pois, de direito difuso a ser protegido. 4. Em regra geral, descabe ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Entretanto, como tudo no Estado de Direito, as políticas públicas se submetem a controle de constitucionalidade e legalidade, mormente quando o que se tem não é exatamente o exercício de uma política pública qualquer, mas a sua completa ausência ou

cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente. 5. A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da “limitação de recursos orçamentários” frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes. 6. “A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador” (REsp. 1.185.474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.4.2010). 7. Recurso Especial provido. (BRASIL, 2012).

O Estado não pode recorrer aos argumentos de impossibilidade de arcar com os custos da prestação, de recursos limitados, como forma de inadimplemento de um dever que é estatal, por obrigação constitucional imposta. Neste diapasão, discorreremos trecho do acórdão de lavra do Ministro Herman Benjamin, da segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça:

[...] observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos

que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador.

Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à *realização do mínimo existencial*.

O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na “vida” social. (BRASIL, 2012, grifo nosso).

Em razão da necessidade de assegurar a efetividade da dignidade da pessoa humana na ordem social e no ordenamento jurídico brasileiro, sendo este dever do Estado e da família, garantido pelos preceitos constitucionais,³¹ além das normas jurídicas internacionais albergadas pelo sistema constitucional brasileiro, sem que haja total efetividade normativa, o Poder Judiciário tem dado guarida no sentido de assegurar a garantia da dignidade, baseando-se na proibição do retrocesso dos direitos sociais até então reconhecidos, bem como com base na garantia do mínimo existencial constitucional.

A jurisprudência dos Tribunais pátrios superiores (STF e STJ) entende que o Estado brasileiro ainda não está garantindo ao indivíduo as condições mínimas para uma vida digna, num Estado onde a dignidade da pessoa humana é um dos seus principais objetivos, desta forma resta ao Judiciário, em casos de proteção insuficiente, garantir a sua efetividade no caso concreto.

Infere-se da análise dos julgados a intenção do julgador em dar efetividade à garantia constitucional do mínimo existencial, eis que este representa, no ordenamento jurídico brasileiro, a irradiação do

³¹ Inclusive por cláusulas pétreas, art. 60, § 4º, IV;

postulado basilar da dignidade da pessoa humana, determinados no texto Constitucional.³²

3.2 DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS HUMANOS NECESSÁRIOS: A TEORIA DE ROBERT ALEXY

Antes de explicitar a teoria dos direitos sociais por Alexy, cabe dizer que este confere aos princípios a regra geral de aplicação, para quem as normas constitucionais são executáveis por si próprias, na medida em que possam ser passíveis de serem executadas.

Infere-se da leitura dos textos escritos por Robert Alexy o seu entendimento de que o direito tem uma dupla natureza, compreendendo uma dimensão real ou fática e uma dimensão ideal ou crítica, que se refletem nos aspectos legais e na eficácia social, assim como de uma revisão moral³³ que deve ser feita, a fim de garantir uma melhor interpretação da efetividade dos direitos sociais.

O debate sobre direitos fundamentais e deveres estatais tem ligação direta com a existência de direitos a prestações positivas, uma vez que os direitos fundamentais sempre tiveram o propósito de garantir o indivíduo em relação às opressões estatais (ALEXY, 2011, p. 442-444).

Os direitos fundamentais sociais, em sua maioria, são direitos prestacionais no estrito sentido da palavra³⁴, dizem respeito a prestações fáticas e prestações normativas. Todo aquele direito a ações positivas desencadeiam a controvérsia de indagar-se de que forma a busca pelos objetivos do Estado está atrelada a direitos constitucionais subjetivos dos indivíduos. A mensuração daquilo que é mais importante para os direitos fundamentais, terá que ser encontrada por argumentação de direito

³² CF 1, III e art. 3, III.

³³ Conceito não positivista.

³⁴ Não são todos os direitos prestacionais que são prestacionais, alguns deles como as liberdades sindicais e trabalhistas não são prestacionais.

fundamental, baseados nos princípios da dignidade da pessoa humana e da justiça social, ambos devidamente estabelecidos no corpo da Carta constitucional.

Para Alexy os direitos a prestações podem ser divididos em três grupos: (1) direitos a proteção; (2) direitos a organização e procedimento; e (3) direitos a prestações em sentido estrito (direitos sociais). Cujas importâncias destas prestações positivas, poderá surgir a possibilidade de vincular ou não o direito a prestações aos direitos fundamentais (*ideia-guia*) (ALEXY, 2011, p. 444-447).

Os direitos a prestação em sentido estrito são aqueles direitos que podem ser exigidos do Estado, direito a algo, ou ainda, mas que o indivíduo também poderia exigir de particulares, caso houvesse uma oferta de mercado. Direitos à prestação em sentido estrito são direitos materializáveis, como por exemplo, direito à saúde, ao trabalho, à assistência, à moradia, à educação (ALEXY, 2011, p. 499).

Os direitos fundamentais devem ser compreendidos como normas objetivas supremas que impõe ao legislador o dever de agir da forma mais eficiente possível “*para realizar os direitos fundamentais, mesmo que não haja para tanto um direito subjetivo do cidadão*”. Não se resumem ao tudo ou nada, então funcionam como princípios. Os direitos fundamentais possuem conteúdo minimalista que garante as condições mínimas dos direitos sociais (ALEXY, 2011, p 501-503).

Os direitos fundamentais sociais que o indivíduo pode exigir por parte do Estado é decidido por sopesamento entre os princípios de liberdade fática de um lado, e os princípios da competência decisória do legislador, da separação dos poderes e os ligados às liberdades e outros direitos sociais de terceiros e de interesse coletivo, de outro lado. Não há uma única resposta, apenas uma resposta geral, que indica a possibilidade desses direitos e seu conteúdo. A satisfação dessas condições é possível quanto aos direitos sociais mínimos, e que o sopesamento pode resultar

em direitos diversos e, em tempos de crise a proteção constitucional é indispensável, principalmente em momentos de crise e que não há muito para ser distribuído (ALEXY, 2011, p 512-513).

Em todo modelo em que direitos fundamentais se baseiam no sopesamento, aquilo que é devido *prima facie*, estes sempre terão maior amplitude se comparados com o que é devido em caráter definitivo, deixando clara a concepção que mesmo as cláusulas de restrição não poderão esvaziar o direito. As cláusulas de restrição significam a necessidade de sopesamento. Aos direitos *prima facie* do indivíduo titular de direito fundamental correspondem os deveres *prima facie* do Estado, de zelar para que as liberdades daquele sejam liberdades reais. Os deveres *prima facie* são facilmente diferenciados dos deveres jurídicos não vinculantes, visto que àqueles se aplica o sopesamento. Além disso, é necessário haver razões fortes para não satisfazer os deveres jurídicos *prima facie*, o que não é necessário no caso dos não vinculantes. A inexistência destas razões leva o dever *prima facie* a um caráter de dever definitivo, o que jamais ocorre com um dever não vinculante (ALEXY, 2008, p. 514, 515-519).

Os direitos sociais como direitos humanos positivos tem uma estreita relação com os direitos fundamentais, na medida em que podem ser analisados pela perspectiva da possibilidade do sopesamento, ou seja, da utilização da ponderação com outros bens e direitos constitucionalmente garantidos e devidamente protegidos. Necessitando que deixemos de lado uma visão absolutista dos direitos, passando a analisar os direitos sociais e a dignidade sob um aspecto do caso concreto, a partir de uma linha gradual de proteção de cada direito antes garantido.

Numa definição abrangente tem-se que normas de direitos fundamentais são aquelas para as quais há a possibilidade de uma ajustada fundamentação no que diz respeito a direitos fundamentais, desconsiderando se foram atribuídas ou diretamente estabelecidas. E dentro da teoria de direitos fundamentais o que mais importa é a distinção

entre regras e princípios, para a análise da estrutura da norma de direito fundamental. Sem essa distinção não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições e as colisões entre esses direitos, nem uma teoria satisfatória sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Por isso, afirma que essa distinção é uma das “colunas-mestras” da construção da teoria dos direitos fundamentais (ALEXY 2011, p. 75-76, 85).

Quando se fala em colisão e sopesamento de princípios como colisão e sopesamento de valores, conclui-se que os princípios e valores estão intimamente conectados (ALEXY, 2011, p. 144). Isso porque o princípio da proporcionalidade consiste na própria concepção dos direitos fundamentais, onde a partir de um sopesamento valorativo de um direito, pode-se chegar a um resultado sobre a necessidade e a forma de proteger de forma eficaz um direito constitucionalmente garantido.

Não se pode olvidar que o elemento centralizador da teoria dos direitos fundamentais como direitos positivos de Robert Alexy é a teoria dos princípios, sem o sistema do constitucionalismo democrático não estaria completo. E o fundamento da teoria dos princípios se funda na diferenciação, dentro da teoria da norma, entre regras e princípios. Onde regras são normas que estabelecem, proíbem ou autorizam algo de modo definitivo. Sua forma de aplicação é a inclusão. Os princípios ao contrário, são *mandados de otimização*. Exigem que seja realizado algo na maior medida possível, referente às possibilidades fáticas e jurídicas, e a sua forma de aplicação é a ponderação.

Se analisarmos a teoria pelo ponto de vista da teoria da argumentação, a teoria dos princípios é necessária para a construção de uma teoria de ponderação como modo racional de argumentação. O ponto central de medida é o peso que terá cada princípio para a resolução do conflito.

Segundo a análise da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, a teoria dos princípios é essencial para demonstrar a conexão interna entre os direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade (ALEXY, 2011, p. 116-120).

Seguindo esta linha de pensamento, os princípios jurídicos são mandados de otimização que podem ser cumpridos em inúmeros graus, em razão das situações fáticas e das possibilidades jurídicas que se apresentem. Há que ser analisado o caso concreto a fim de aplicar em maior ou menor grau um determinado princípio, ou mais de um deles.

Deste modo, a diferença das regras, que somente podem ser cumpridas ou incumpridas por serem normas que exigem cumprimento pleno, sendo obrigatório cumprir o comando ordenado, nem mais, nem menos. Enquanto que os princípios estabelecem uma obrigação que pode cumprir-se em diferentes graduações, dependendo das possibilidades jurídicas que estabelecem outros princípios e regras em sentido contrário e o contexto fático em que se aplicarem (ALEXY, 2011, p. 92-111). Onde como resultado se vai chegar ao núcleo rígido e inviolável da dignidade da pessoa humana, com possibilidade de uma análise proporcional e balanceada de um direito, analisado caso a caso, *in concreto*. Igualmente, resulta desta análise da teoria de Alexy, que as condições de prioridade estabelecidas por um determinado sistema jurídico, bem como as regras a ele correspondentes, servem para harmonizar e adequar o peso relativo dos princípios, estabelecendo, qual o princípio que prevalecerá para a solução de um caso concreto, ou, ainda, quais permitirão serem utilizados na resolução de casos idênticos futuros. Como o próprio Alexy nos dá conta o peso dos princípios não é determinável em si mesmo, e sempre se poderá tratar tão somente de peso relativo conforme o caso.

Verifica-se que direitos à prestação em sentido estrito podem ser considerados aqueles que o indivíduo possua em face do Estado, o direito a exigir a efetividade de um direito garantido no ordenamento jurídico interno. Deste modo, quando se trata de direitos fundamentais sociais,³⁵ direito subjetivo a prestações materiais, está tratando de direitos a uma prestação em sentido estrito, que precisam ser materializáveis através da

³⁵ Incluem-se nos direitos fundamentais sociais os direitos de seguridade social e nos direitos de seguridade social está intimamente ligado ao direito à previdência social.

ação positiva do próprio Estado³⁶ ao desempenhar seus deveres enquanto Estado Social, garantindo padrões mínimos de direitos³⁷ e de justiça social.³⁸

3.3 DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS HUMANOS EXIGÍVEIS: A TEORIA DE CHRISTIAN COURTIS

Ao analisar-se uma norma, deve-se verificar qual o nível de efetividade que existe sobre ela, avaliando se o nível de efetividade que oferece o ordenamento jurídico permite que esse comando jurídico é possível de justiciabilidade. Quando a verificação for de que esta norma é reconhecida no direito nacional e a nível internacional,³⁹ diz-se que esta norma é passível de justiciabilidade, quer seja, a possibilidade de utilização dos meios judiciais a fim de garantir a efetividade de um determinado direito.

A partir do momento que em que reconhece justiciabilidade de um direito, aqui tratamos dos direitos sociais, estes não podem mais ser considerados como meros direitos programáticos, devido ao seu *status* constitucional e aos remédios jurídicos existentes dentro da própria Constituição, para proteção e efetividade destes direitos sociais.

A adesão às normas constitucionais ou aos tratados internacionais que reconheçam os direitos econômicos, sociais e culturais geram obrigações concretas para o Estado, podem ser exigíveis judicialmente, e o Estado não pode justificar a falta de comprometimento ou de efetivação destas normas sob o argumento de não teve o objetivo de assumir uma obrigação legal, mas simplesmente a finalidade de realizar uma declaração de boa intenção (COURTIS, 2001). O que se supõe uma obrigação imediata dos Estados em respeitar e assegurar os direitos aderidos através das normas dos tratados internacionais aderidos.

³⁶ Por políticas públicas, por exemplo.

³⁷ Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC.

³⁸ Art. 170 CF/88.

³⁹ Aceita e reconhecida pelo direito positivo interno.

O objetivo principal apresentado pela teoria de Christian Courtis é impedir que sejam criadas diferenciações de categoria, entre direitos civis e políticos e direitos sociais e que se rejeite a efetivação dos direitos sociais através de políticas públicas que possuam o fito de proteger e promover direitos sociais de direitos humanos. Existe uma imprescindibilidade de que os direitos sociais sejam encarados firmemente, de forma que se consiga compreender a necessidade, e então a possibilidade da utilização da via judicial para que possam ser tutelados, defendidos e protegidos esses direitos, através dos documentos internacionais firmados, devendo haver técnicas de defesa para a proteção destes direitos sociais, entre elas o dever de não discriminação e a demonstração da lesão do direito (COURTIS 2011, p. 100), através da via judicial, ou quando esta não houver a possibilidade de sua propositura, o indivíduo ou grupo de indivíduos pode enviar sua proposição ao Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

No que se refere à controvérsia conceitual para distinguir: num aspecto, direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais de outro, constrói um argumento quanto à necessidade de um tratamento teórico e prático comum para ambos os grupos de direitos e de que a concepção teórica, que trata de inúmeros direitos que por tradição, são tidos como autônomos, ou direitos que entabulam obrigações negativas para o Estado tem variado de tal forma, que muitos dos direitos tidos como civis e políticos “*adquiriram um inequívoco carisma social*” (COURTIS, 2011, p. 34). O que significa dizer que tanto os direitos civis e políticos possuem um caráter social positivo, quanto os direitos sociais, econômicos e culturais possuem um viés individual, de *status* negativo de não intervenção do Estado.

Uma das principais características (ditas mais do que substanciais) que diferenciam os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, são as diferenças de grau, onde o ângulo mais aparente dos direitos econômicos, sociais e culturais são as obrigações de fazer, e por

este motivo chamados de direitos prestacionais, que geram obrigações de serem respeitados, protegidos e promovidos pelo Estado (COURTIS, 2011, p. 33-40).

O que se verifica é que nos direitos sociais características prestacionais positivas são mais evidentes, exigindo uma atuação positiva por parte do Estado, em agir positivamente, com a obrigação de fazer, em outorgar ao indivíduo aquele direito de que necessita para garantir um mínimo social.⁴⁰

Não há que se falar em diferenciações entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, quanto a obrigações positivas e negativas, eis que todo o direito tem um custo e prescrevem obrigações tanto positivas e negativas (COURTIS, 2003, p. 137).

Desta forma, a diferenciação que se pode ser feita entre direitos negativos e direitos positivos, onde direitos negativos são aqueles tidos como gratuitos e direitos positivos aqueles que tem algum custo, não leva em consideração os indivíduos que usufruam dos direitos fornecidos por parte do Estado, ou quando o Estado esteja decidido a reparer uma ofensa a direito social.

A estrutura dos direitos civis e políticos e também a estrutura dos direitos sociais podem caracterizar-se como um conjunto de obrigações negativas e positivas por parte do Estado: ou seja, obrigação de abster-se de ação em determinados âmbitos e de realizar ações, com o fim de garantir a autonomia individual. Por outro lado, os direitos econômicos, sociais e culturais são revestidos de uma importância superior para serem identificados, ainda que todos eles possam ser exigidos judicialmente, enquanto direitos subjetivos.

A existência de um direito social como direito pleno não é simplesmente a conduta cumprida pelo Estado, mas também a possibilidade de reclamação diante do seu não cumprimento, sendo possível afirmar

⁴⁰ Viver com dignidade.

que não existem diferenças substanciais entre as obrigações dos direitos civis e políticos e direitos sociais (COURTIS, 2003, p. 144-145).

No momento em que se diz que não existem diferenças entre direitos civis e políticos e direitos sociais, para que possamos outorgar a esse direito social uma qualidade de plenitude e conseqüentemente de exigibilidade, há que se ter a possibilidade de exigi-lo, seja diretamente ao Estado, administrativamente, seja no Judiciário.

O que caracteriza a realidade de um direito social como um direito pleno, não é somente a vontade do Estado em agir positivamente, mas o fato de que um titular de direito possa exigir do poder judicial que atue positivamente, em caso de descumprimento de uma obrigação devida por parte do Estado (COURTIS, 2011, p. 48). Não há direitos sociais, econômicos e culturais que não possuam, pelo menos algum atributo, que, caso sejam violados, autorize a sua exigibilidade judicial (COURTIS, 2011, p. 58). Assim, a garantia dos direitos sociais somente é assegurada quando for garantida a sua adequada justiciabilidade, ou seja, a alternativa de exigir judicialmente o cumprimento de um direito prestacional social.

O que se verifica é que direitos sociais são direitos em constante evolução, não existe um “modelo” de direitos sociais, não é um arquétipo completo, perfeito ou maduro, necessita de muitas adequações (COURTIS, 2011, p. 76), está sempre em mutação. Esses avanços de evolução do “modelo” de direitos sociais verificamos em todas as áreas da seguridade social, na saúde, com a implantação da cobertura universal, gradativamente, na assistência, com a cobertura de benefícios “*a quem dela necessitar*” com a implantação do benefício de prestação continuada, e da previdência social com o reconhecimento, por parte do Judiciário de categorias de segurados, antes desprezadas do âmbito da segurança, como é o caso do trabalhador rural boia-fria.

É fundamental a utilização dos documentos internacionais como fonte de interpretação dos direitos sociais, econômicos e culturais, em

razão de demonstrarem, efetivamente, que o objetivo da admissão dos pactos em âmbito internacional, é o de instituir obrigações de alcance diverso, nas diversas categorias de direito. O PIDCP que consagra de forma incondicional a obrigação do Estado em empregar medidas e esforços que possam ar efetividade aos direitos nele consagrados e o PIDESC, cuja principal obrigação é a implantação gradativa dos direitos sociais, com base na disponibilidades dos recursos existentes, e da CIDH, que a partir da sua criação (1985) comecaram a ser criados grande número de documentos que auxiliam no esclarecimento do sentido de alguns direitos, assim como no aumento da responsabilidade dos Estados em cumpri-los (COURTIS, 2011, p. 83-86).

Existe uma falta de hábito e costume em exigir direitos sociais, especialmente os prestacionais, que pode ser traduzida como “*de índole cultural*”, que nos dá conta de que embora hajam normas de hierarquia constitucional estabelecendo os direitos sociais, existem posicionamentos tradicionais quanto à figura do Judiciário e da separação de poderes, que fazem com que haja pouca exigibilidade judicial e desconsideração às normas em que se fundam (COURTIS, 2002, p. 164).

Até mesmo em razão de toda uma cultura de opressão e massacre aos direitos civis e políticos e também dos direitos sociais, ainda que não positivados internamente, mas reconhecidos pela agenda internacional, é comum se verificar o quão pouco os direitos sociais são reclamados e exigidos, e o quão pouco o Judiciário outorga esses direitos quando exigidos, sob o pretexto da separação dos poderes, e que implantação de direitos sociais se faz por políticas públicas, reserva do possível, etc.

Os direitos sociais sempre serão exigíveis através do Judiciário, com a obrigação de proteção progressiva e gradual dos meios necessários à implantação desses direitos, pois “[...] *não existem razões para pensar que as coisas não possam mudar.*” (COURTIS, 2011, p. 164). Ora, se os direitos sociais estão positivados na Carta constitucional, são perfeitamente

exigíveis, ainda que através do Poder Judiciário, pois é dever do Estado realizar a implantação desses direitos (saúde, educação, moradia, previdência social) ainda que de forma progressiva, com a maior proteção possível, dentro das condições financeiras daquele momento e lugar.

Neste diapasão, é que, Courtis (2006, p. 4) rechaça a possibilidade de regredir a aplicação dos direitos, analisados sob a ótica do PIDESC, da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Protocolo Adicional à Convenção Americana, também conhecido como Protocolo de San Salvador, aqui tratando-se de regressividade no sentido de possibilidades de campos de aplicação, ou como diz o autor “[...] *de los resultados de una política pública (regresividad de resultados) [...]*”, ou seja, regredir uma política pública desenvolvida pelo Estado, quando este estiver em uma situação difícil, o que significa dizer que não se pode aceitar que direitos sociais antes concedidos sejam retirados, rechaçados ou diminuídos, o que significaria um retrocesso jurídico e social.

É importante para o entendimento efetivo do que quer dizer Courtis, que tenhamos em mente o que aduz o artigo 2.1.⁴¹ do PIDESC, para então assinalarmos que esta percepção de progressividade, traz consigo dois sentidos complementares, quais sejam: a noção de que a satisfação plena dos direitos estabelecidos no PIDESC supõe uma certa gradualidade; e a noção de um progresso, que consiste na obrigação do Estado em melhorar as condições do exercício e gozo dos direitos constantes no Pacto (COURTIS, 2006, p. 8). Isso porque a obrigação de não regressividade conduz o Estado à proibição de retrocesso, o que significa dizer que as condições dos direitos sociais não podem retroceder nos níveis de concessão, exercício e gozo de um direito, depois da adoção do Estado ao PIDESC.

⁴¹ Artigo 2.1. - *Cada uno de los Estados parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que se disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos;*

Esta proibição de retrocesso significa dizer que o Estado assume uma obrigação mínima de implementar progressivamente determinados direitos sociais, assim como a obrigação de “não regressividade”, que significa dizer, a proibição de adotar políticas que possam prejudicar ou limitar ou retirar os direitos econômicos, sociais ou culturais antes concedidos, ou concedidos no momento da adoção e ratificação do tratado internacional respectivo. Estado pode somente melhorar o que já foi concedido, ou como diz o PIDESC, “melhora progressiva” dos direitos, ainda que na prática, tal situação não se verifique. Daí porque como muito bem dito por Christian Courtis, a utilização do Judiciário é o meio para exigir a efetivação e garantia dos direitos sociais concedidos, sob a alegação de que não se pode restringir os direitos e os níveis de direitos já alcançados.

O Estado tem a obrigação de assegurar os níveis essenciais dos direitos sociais e também tem a obrigação de implementá-los gradativamente estes direitos. Sendo inadmissíveis quaisquer retrocessos em matéria de direitos sociais, que não estejam plena e imperiosamente justificados. Entretanto, visto ao caráter subjetivo de um mínimo essencial, o que se tem verificado, no Brasil, é que este mínimo precisa estar dentro do que chamamos mínimo existencial (já tratado neste trabalho).

No contexto do que dispõe Courtis (2011, p. 90-91), o Comitê DESC iniciou admitindo a possibilidade de descumprimento de algumas obrigações à falta de recursos disponíveis se houvesse a perfeita demonstração de que todo o esforço possível havia sido feito para a sua realização, iniciando uma segunda etapa que seria a análise da justificativa, que deveria ser imperiosa, pois em caso de conteúdo mínimo essencial não se admite retrocesso. Caso haja algum descumprimento, a justificativa precisa ser imperiosamente comprovada, de que fora utilizado todo o esforço para utilizar a totalidade dos recursos a disposição do Estado. E, em caso de conteúdo mínimo essencial, não é admitido retrocesso em nenhuma circunstância.

Cabe dizer que o PIDESC aduz a obrigação dos Estados em respeitar, proteger e dar efetividade aos direitos, seja a nível de direitos civis e políticos, seja em direitos económicos, sociais e culturais. Prevendo uma gama de contraposições e incumprimentos é que o PIDESC traz em suas Observações Gerais e Finais a interpretação das normas contidas no Pacto. Portanto, sua aplicação e interpretação seja pelo Estado membro, seja pelos Organismos Internacionais, deve seguir e considerar, necessariamente, a hermenêutica imbuída pelo Pacto.

O que se verifica é que é um verdadeiro desafio o reconhecimento do carácter fundamental dos direitos económicos, sociais e culturais, sem que que esbarre na dificuldade económica do Estado (gastos públicos) e o arbítrio do poder Executivo, sendo que estes paradigmas podem ser resolvidos pela progressividade dos DESC e a proteção do seu conteúdo essencial (mínimo existencial). Que podem ser interpretados como princípios a realizar-se na maior ou menor medida possível, conforme as situações fáticas e normativas concretas,⁴² com critérios graduais e progressivos dos direitos sociais em geral.

Ademais, podemos considerar que a obrigatoriedade de progressividades na concessão dos direitos e proibição de retrocesso é um limite para que o Estado enquanto intuição pública, bem como os as empresas privadas, tenham o dever de agir dentro dos parâmetros das normas edificadas pelo PIDESC, na satisfação dos direitos sociais.

A matéria de justiciabilidade dos direitos económicos, sociais e culturais traz em seu bojo o conteúdo de desenvolvimento da jurisprudência pátria, na medida em que se verificam centenas de decisões judiciais em que os direitos sociais são garantidos através do Judiciário, à míngua de legislação material sobre o assunto, ou pior, à míngua da utilização desta

⁴² Como dito neste trabalho investigativo, segundo Alexy, os direitos são concebidos como princípios ou mandados de otimização, nunca se comportando como regras, mas como princípios que devem ser otimizados, com flexibilização, sob a análise do caso concreto.

legislação para conceder direitos sociais, seja através de políticas públicas, seja por legislação infraconstitucional garantista.

3.4 DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS HUMANOS POSITIVOS: A VISÃO DE ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

De acordo com Trindade (2003, p. 33), a noção de direitos humanos é, por dizer, tão antiga quanto a própria história das culturas, manifestando-se em épocas diferentes, nas diferentes civilizações, em busca de afirmar a dignidade da pessoa humana e na luta contra todas os meios de exclusão e opressão.

Os direitos humanos antecedem à criação das organizações políticas dos Estados, ocupando um espaço de importância e notoriedade no ordenamento jurídico de qualquer Estado.

Para Trindade (2003, p. 36-40) é possível utilizar padrões universais nos diferentes tipos de cultura e ainda assim exigir efetividade dos direitos obrigacionais erigidos ao plano internacional pela Declaração Universal de Direitos Humanos e incorporados quase em sua totalidade nas Constituições Nacionais. Pode-se utilizar modelos de direitos pessoais *universais* reconhecidos pelo Direitos Internacional de Direitos Humanos, notadamente pelo Declaração Universal de Direitos Humanos e adotados pelas Cartas constitucionais dos Estados, que possam ser utilizados nas mais diversas culturas, e ainda assim estabelecer a sua eficácia. O direito internacional é um direito de proteção dos povos e não dos Estados, com características próprias, voltado a defender e resguardar o direito dos indivíduos, sujeito de direito interno e internacional, visando à *consciência jurídica universal*, em âmbito global e regionais, nacional ou internacional, em qualquer situação onde possa haver lesão ou risco de lesão a direitos.

O Direito Internacional de Direitos Humanos protege a pessoa humana, existe para dar proteção ao menos favorecido, massacrado, uma possível vítima de violação de direito, e não para proteger o Estado ou o direito deste.

Os direitos sociais surgiram e foram reconhecidos a nível internacional antes mesmo do direito interno (constitucional), visto que muitas das inúmeras convenções da OIT, a partir de 1919, antecederam a adoção de convenções internacionais de direitos civis e políticos, e portanto, anterior a Declaração Universal dos Direitos Humanos (TRINDADE, 1991, p. 41).

Neste contexto é importante que se amplie e diversifique os instrumentos de proteção internacional, a fim de que se possa aumentar o âmbito de proteção às vítimas de violação a direitos humanos, e que a proteção dos direitos básicos do indivíduo não termine na atividade estatal, na “competência nacional exclusiva”, e que reste, ainda, aos organismos internacionais, o dever de proteger os direitos humanos através de seus documentos protetivos (TRINDADE, 1991, p. 1-5). A fim de proteger de forma efetiva o indivíduo de lesão ou iminente perigo a lesão dos seus direitos, o direito internacional está em constante diálogo com o direito interno, cuja primazia da norma está sempre voltada àquela que melhor proteja os direitos humanos e à possível vítima (TRINDADE, 2003, p. 40-41).

O Estado tem o dever de assegurar a efetividade dos direitos sociais, utilizando a norma de melhor proteção ao indivíduo no caso concreto. A norma positivada no direito interno é exigível, considerada à situação de modo e momento histórico.

Do mesmo modo como afirma Christian Courtis, Trindade (2033, p. 42) também sustenta que o Direito Internacional dos Direitos Humanos considera como justificáveis os direitos econômicos, sociais e culturais, da mesma forma que os direitos civis e políticos, superando preceitos antigos,

que fazia distinção entre as categorias de direitos, negando eficácia aos primeiros, como se fosse possível “*dividir*” o ser humano, sujeito de direitos, onde se verifica, entretanto, que os direitos, econômicos, sociais e culturais formam um todo “*harmônico e indivisível*” juntamente com os direitos civis e políticos (TRINDADE, 2003; p. 42, 445-446).

Não existe mais espaço para a negação, recusa ou descumprimento dos direitos econômicos, sociais e culturais que atingem os indivíduos em todo o entorno de sua vida, demonstrando claramente a indivisibilidade dos direitos, onde “[...] *já não há lugar para compartimentalizações, impõe-se uma visão integrada de todos os direitos humanos*”. As normas internacionais devem ser interpretadas no sentido de encontrar as vias possíveis que assegurem e facilitem aos direitos sociais, econômicos e culturais a mesma proteção que hodiernamente possuem os direitos civis e políticos, adaptados e harmônicos à proposição da interrelação e da indivisibilidade dos direitos humanos, para no campo normativo criar um “[...] *núcleo comum universal de direitos fundamentais inderrogáveis*.” (TRINDADE, 2003, p. 475, 487-492).

Com todas as normas de direito interno, assim como as normas de direito Internacional adotadas pelos Estados, não existe a possibilidade de divisão ou separação dos direitos humanos, sendo que a norma jurídica, por sua hermenêutica precisa encontrar os meios existentes e factíveis de garantir e facilitar a efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais tal qual é garantida aos direitos civis e políticos, em razão da indivisibilidade dos direitos humanos, que devem ser visto sob a ótica de direitos fundamentais indiscutíveis e que não contemplam objeções, existentes para serem respeitadas, cumpridas e preservadas.

Trindade (2003, p. 43) aduz que na medida em que são criados novos direitos (geração de direitos), os direitos anteriores não desaparecem, o que acontece é um processo de cumulação, de expansão e de fortalecimento dos direitos já existentes, fato que demonstra natureza

complementar dos direitos humanos, de forma que há uma inter-relação entre os diversos direitos.

Verifica-se que esses conceitos tratam sobre dimensões de direitos de sujeitos que se sucedem no tempo, e desaparecendo uma dimensão de direitos, surge outra dimensão de direito e assim sucessivamente. Entretanto, quando surge um novo direito, os direitos anteriores não desaparecem. O que ocorre é que as dimensões de direitos acumulam-se, expandem-se e os direitos são ampliados, uns complementando os outros, fortalecendo-se mutuamente.

Para Trindade (2003, p. 44), o Direito Internacional dos Direitos Humanos se opõe contra a seletividade discricionária, no tocante à aplicação das normas em todos os países, assim como na escolha de direitos a serem protegidos ou excluídos da proteção, ressaltando que os direitos humanos devem a proteção integral a todos os indivíduos, principalmente os que mais precisarem de proteção (vítimas), a fim de causar equilíbrio entre as relações.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos rechaça a escolha de direitos a serem protegidos ou à exclusão de algum ou alguns deles, principalmente no tocante aos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, devendo assegurar a proteção integral do ser humano, na medida em que não existem explicações plausíveis para a defesa de um direito em detrimento do outro.

Os direitos humanos precisam ser vistos como norma de direito positivo que, obrigatoriamente, devem ser cumpridas pelos Estados, visto à característica da indivisibilidade destes direitos, não cabendo ao Estado eleger a efetividade de um direito em detrimento de outro, mormente daqueles que necessitem da intervenção do Estado, assegurando a efetivação do princípio da igualdade.

3.5 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO DIREITOS CONSTITUCIONAIS IRREVOGÁVEIS: A VISÃO DE INGO WOLFGANG SARLET

Ao analisar os direitos sociais, Sarlet (2008, p. 5-6) explicita os acordos expressa ou implicitamente fixados pelo Constituinte originário e contidos na Constituição da República de 1988, tanto no que tange ao conceito de Justiça, tendo em mente a Justiça Social,⁴³ tanto no que tange aos valores também expressos na Constituição através dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais. Pela análise do texto constitucional do Brasil se verifica que os direitos sociais são reconhecidos constitucionalmente, englobando um conjunto de inúmeros direitos (moradia, saúde, assistência, previdência social, cultura, educação, lazer), todos eles tidos como fundamentais (art. 6º CF), e que abrangem também o direito a ações positivas por parte do Estado e direito de defesa negativo, em abster-se de ingressar na esfera de individualidade do cidadão.

A fundamentalidade material dos direitos sociais é garantida em razão do seu enquadramento constitucional como direitos fundamentais, admitindo-se a existência de outros direitos fora do catálogo dos direitos fundamentais, em razão da abertura do art. 5º, 2º da CF, que admite a internacionalização, como norma jurídica interna, dos tratados e outros documentos internacionais ratificados pelo Brasil, possuindo estes hierarquia constitucional, ainda que anterior à introdução do parágrafo 3º, ao artigo 5º da CF (SARLET, 2008, p. 9). Podendo-se então, concluir, que os direitos sociais, em razão de estarem fixados no Título II da Constituição Federal, capítulo dos direitos e garantias fundamentais,

⁴³ Art. 170 – Caput - 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:

são formal e materialmente fundamentais, possuindo o regime da dupla fundamentalidade. Que vão muito além dos limites de norma programática, discricionariedade do legislador, reserva do possível e políticas públicas, em se tratando de efetividade dos direitos sociais, tendo em conta, em geral, o reconhecimento de um conteúdo mínimo intransponível para todos os direitos sociais.

Os direitos sociais são dotados desta fundamentalidade material, donde se pode abstrair que são dotados de um núcleo de autonomia protegido pela Carta constitucional. Dilucida Sarlet (2007, p. 402-404) a necessidade de assegurar a proteção deste núcleo essencial de autonomia dos direitos fundamentais, com relação ao conteúdo destes direitos, pois, sendo-lhe retirado, o direito perde a eficácia, ainda que mínima, não podendo, desta forma, ser reconhecido como direito fundamental.

Os direitos fundamentais a prestações são verdadeiros direitos fundamentais, enquadrando-se como direitos imediatamente aplicáveis, em razão do que dispõe o art. 5º, § 1º da CF/88, ainda que a sua densidade normativa seja mínima, estão sempre prontos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, já que a regra geral é de que não existe norma constitucional desprovida de nenhuma eficácia e aplicabilidade (SARLET, 2007, p. 297). Todas as normas constitucionais são dotadas de um mínimo de eficácia e aplicabilidade, na medida das condições socioeconômicas do Estado. Ainda na seara do seu entendimento, o mesmo artigo supramencionado comporta em seu bojo uma norma de caráter principiológico, o que significa dizer que diz respeito a um princípio do qual sua aplicação imediata pressupõe a existência de um mandado de otimização, pressupondo a aplicabilidade imediata da norma, salvo justificações expressas para o seu afastamento (SARLET 2007, p. 4-52).

Os direitos sociais a uma prestação devem ser reconhecidos por parte do Estado ainda que não exista uma lei infraconstitucional específica reconhecendo ou regulamentando, pois a norma constitucional já o

positivou. E o fez no Título dos Direitos Fundamentais, dando-lhe força e caráter de Direito Fundamental (SARLET, 2007, p. 318), não necessitando de Lei para serem concretizados. Ainda que dependam da situação socioeconômica do Estado, num determinado momento histórico.

Para Sarlet (2008, 15-16), notadamente inspirado na teoria de Aléxy e J.J. Gomes Canotilho, de que a Constituição da República teve o objetivo de proteger os direitos e garantias individuais e coletivos fundamentais, sobre os quais aponta-se os seguintes aspectos: a) não ter definido diferenças genérica ou expressa entre os direitos de liberdade (defesa) e os direitos sociais, e preferência dos direitos de liberdade sobre os direitos sociais; b) quanto ao papel principal e estrutura jurídica, os direitos sociais podem ser comparados aos direitos de defesa; c) excluir os direitos fundamentais da proteção das cláusulas pétreas é autorizar excluir também os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, que também não foram *expressamente* previstos no artigo 60, § 4º, inc. IV, da CF. A Carta Constitucional não faz diferenciação entre direitos de liberdade e direitos sociais, sendo estes equiparados àqueles quanto ao seu mister, e que as próprias Cláusulas Pétreas constitucionais abarcam e asseguram a sua existência e efetividade.

Esta divisão classificatória de Sarlet (SARLET, 2007, p. 183-184), principalmente no tocante aos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos prestacionais, vem alicerçada no objetivo primordial da norma fundamental, quer seja, ser esta de direito de defesa ou de direito prestacional. E aqui então existe a possibilidade de uma análise dos direitos fundamentais direcionada ao caso concreto, sempre e quando possa ser imputado a um direito de defesa o caráter prestacional. Todo o direito prestacional diz respeito a que o Estado proporcione ao particular, condições materiais para que o direito possa ser exercido, ainda que seja um direito prestacional no sentido de que estas normas abrangem um feixe complexo e não necessariamente uniforme de posições jurídicas,

que podem variar quanto ao seu objeto, seu destinatário e mesmo quanto à sua estrutura jurídico-positiva, com reflexos na sua eficácia e efetivação (SARLET, 2007, p. 207).

De forma absolutamente expressa a Constituição da República de 1988 teve o objetivo de resguardar os direitos sociais como fundamentais e conseqüentemente constitucionais, tornando-os irrevogáveis, que no seu Preâmbulo já se pode encontrar a manifestação expressa da vontade do legislador constituinte ordinário, de que a proteção dos direitos individuais e sociais, dos direitos de igualdade e de justiça, integra o escopo imutável do Estado Democrático e Social de Direito, e facilmente verificado nos princípios fundamentais, mais precisamente no artigo 1º, incisos I (soberania), II (cidadania) a III (dignidade da pessoa humana), e no artigo 3º, incisos I (construir uma sociedade livre, justa e solidária), II (garantir o desenvolvimento Nacional) III (dignidade da pessoa humana) e IV (promover o bem de todos...) (SARLET, 2008, p. 16). A intenção do legislador constituinte originário está claramente demonstrada no Preâmbulo constitucional, ao garantir aos direitos sociais a fundamentalidade, como fundamento do Estado democrático de direito, que pode ser facilmente verificado pela análise dos princípios constitucionais dispostos na CF/88.

Para Sarlet (2008, p. 11-12, 19), os direitos fundamentais só serão tidos como verdadeiramente fundamentais “[...] *quando e na medida em que lhe é reconhecido (e assegurado) um regime jurídico privilegiado*” no âmbito da arcabouço constitucional, com sua normatividade plenamente assegurada. E isso ocorreu, para que não padeça de ser extinto ou eliminado por parte do Estado, tendo sido, inclusive, introduzido, expressa e implicitamente, no rol das denominadas cláusulas pétreas, limitando materialmente os limites de reforma constitucional (art. 60,

§ 4º, IV da CF⁴⁴), além de serem diretamente aplicáveis (art. 5º, § 1º).⁴⁵ O principal papel das cláusulas pétreas é o de obstar que sejam destruídos os componentes basilares da Constituição Federal, formados pela vontade manifestada pelo constituinte originário. Fato que acarretaria um ataque em maior ou menor medida, ao princípio da dignidade da pessoa humana, garantido constitucionalmente como um dos fundamentos da República do Brasil (art. 1º, inciso III).

As cláusulas pétreas positivadas na Carta Constitucional do Brasil garantem o direito fundamental à segurança jurídica, que está associado ao princípio da vedação de retrocesso e imprescindibilidade da proteção da confiança, tutelas intimamente relacionadas ao princípio da dignidade da pessoa humana, que possibilita a exigibilidade dos direitos prestacionais positivos à uma existência digna. Onde a proibição do retrocesso estaria implicitamente relacionado às disposições constitucionais, em face destes princípios e certames constitucionais, como o princípio do Estado Democrático de Direito, que garante um mínimo de segurança jurídica e o princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2009).

Assim sendo, a positivação dos direitos sociais traz uma garantia de sua efetividade, pois o reconhecimento jurídico de um direito é o que autoriza a sua eficácia. A positivação dos direitos sociais pelo legislador, demonstra a sua vontade em assegurar a sua eficácia, cabendo ao Estado Democrático de Direito fazer com que estes direitos sejam concretizados, não podendo uma nova lei ou ao voluntarismo político do poder público, deixar de conceder-lhe efetividade, que seria considerado um retrocesso social. Não assegurar um mínimo de eficácia imediata aos direitos sociais positivados na Carta constitucional como direitos fundamentais, implica em não reconhecer o seu cunho de direito constitucional fundamental.

⁴⁴ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direitos e garantias individuais.

⁴⁵ Art. 5 § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

É importante que se promova a introdução dos direitos sociais, ou do pouco que existe deles, ainda que de forma progressiva, a fim de ampliar a “*cidadania inclusiva*” dos direitos aos indivíduos (SARLET, 2009). Cabe aos Estados implantar, ainda que de forma progressiva, a efetivação dos direitos sociais, na medida e nas condições do Estado, num mínimo possível, que garantam uma vida digna aos indivíduos.

3.6 TIPOLOGIA DOS DIREITOS SOCIAIS

3.6.1 Direitos sociais, econômicos e culturais: sentido e alcance

Considerando a visão dos doutrinadores que tratam dos direitos sociais analisados no item anterior, neste tópico veremos os direitos econômicos, sociais e culturais, bem como sua interpretação com base no seu caráter universal, baseados nos critérios de indivisibilidade, interrelacionariedade, e interdependência entre os direitos.

NoséculoXIX,osproblemassociais eeconômicoe aindustrialização, o surgimento das doutrinas socialistas e o fato da liberdade e da igualdade terem se consagrado formalmente, e ao fato de que mesmo com esta formalização estes direitos não geravam a garantia de sua efetividade, terminaram por eclodir movimentos de protesto para serem reconhecidos estes direitos, conferindo ao Estado um comportamento ativo na busca da realização da Justiça social (SARLET, 2007, p. 56).

Após a libertação do indivíduo perante o Estado, e a garantia formal dos direitos de liberdade e igualdade perante a lei em forma de positivação, o surgimento de uma segunda dimensão de direitos começa a apresentar uma nova visão dos direitos fundamentais, que nascem “abraçados” ao princípio da igualdade e deste não podem se separar (BONAVIDES, 2004, p. 564). A sociedade exige uma atuação positiva do Estado, capaz de

garantir ao cidadão condições mínimas de dignidade, não bastando tão somente a garantia dos direitos de liberdade e dos direitos de igualdade.

Essa exigência da sociedade faz com que o Estado passe a agir positivamente, de forma a garantir que o indivíduo tenha acesso a prestações de caráter social, tais como saúde, educação, moradia, transporte, seguridade social, entre outros.

Estes direitos surgiram, principalmente após a Segunda guerra mundial, quando passaram a serem positivados nas Constituições dos Estados. No Brasil, a Constituição de 1891 já dava sinais do surgimento dos direitos sociais.⁴⁶ A Constituição de 1934 trouxe já em seu preâmbulo o tratamento social aos indivíduos.⁴⁷ Entretanto, foi somente quando houve a passagem da ditadura militar para a democracia que emergiram as causas sociais e econômicas. Com a Carta Constitucional de 1988 e o processo de democratização do país que passa a ocorrer em 1985 (PIOVESAN, 1999, p. 126), o reconhecimento aos direitos sociais imanentes da cidadania foi uma consequência. Como uma dívida que o Constituinte possuía junto ao povo, devido a todo o período de ditadura militar, onde houve o massacre dos direitos como um todo (RANGEL et al., 2008, p. 45) e um limite da ruptura jurídica com o regime militar autoritário que se converteu no Brasil de 1964 a 1985 (PIOVESAN, 1998, p. 206).

Verifica-se que as garantias fundamentais passam a fazer parte do artigo 5º, demonstrando a ânsia do legislador originário em defender o ser humano. Desta forma, depois de um longo período em que o povo foi dominado por um governo autoritário, há a retomada da proteção da dignidade da pessoa humana.

⁴⁶ Art. 34, § 30, art. Legislar sobre polícia; art. 35, § 3º criar instituições de ensino superior; art. 72, § 6º será leigo o ensino em estabelecimentos públicos; § 24 livre exercício de qualquer profissão, moral, intelectual e industrial; art. 75 que trata das aposentadorias aos funcionários públicos a serviço da União.

⁴⁷ Preâmbulo da Constituição Federal de 1934: “[...] organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico [...]”

O que se verifica é que somente com seu advento em 1988 que os direitos humanos foram amparados constitucionalmente de maneira ampla, onde não só os direitos individuais fundamentais como também os direitos sociais e a nova categoria de direitos difusos e coletivos, sendo, igualmente, de importância semelhante à criação dos remédios constitucionais que garantam a efetivação desses direitos.

Os direitos fundamentais são direitos contra o Estado, em contrapartida os direitos humanos são direitos frente a outros seres humanos, e isto é importante, na medida dos efeitos dos direitos humanos perante terceiros. O debate é importante para definir se e em que medida os direitos fundamentais, na forma de direitos do indivíduo perante o Estado, se refletem nas relações do indivíduo frente a outro indivíduo (um terceiro). Mesmo levando em consideração que os efeitos dos direitos humanos em sua relação indivíduo x indivíduo não são perdidas, com sua transformação em direitos fundamentais por parte do Estado (ALEXY, 2000, p. 37).

3.6.2 A interpretação dos direitos sociais em sintonia com os critérios da indivisibilidade, inter-relacionamento e interdependência e o caráter universal dos direitos humanos sociais

A edificação dos direitos humanos proporcionada pela entrada dos documentos internacionais, origina um direito humano com particularidades novas que dirigem a sua interpretação no sentido de que fazem parte de um todo e não podem ser divididos como se fossem nichos diferentes, onde um direito complementa e completa o outro, de forma a permanecerem fundamentalmente interrelacionados,⁴⁸ possibilitando uma maior eficácia.

⁴⁸ Ex. a liberdade não pode existir sem a igualdade e sem a igualdade não se pode ter efetiva liberdade (DHDH); Ex. não pode haver dignidade sem a proteção positiva do Estado em momento de fragilidade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) outorgou um caráter universal aos direitos nela contidos, em cujo Preâmbulo já manifesta que o fundamento da Declaração reside na “*dignidade inerente a todos os membros da família humana*” valores estes que dizem respeito a todas as pessoas; “*ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações*” em ideal que deve ser o objetivo de todos, em busca da efetivação dos direitos humanos, com valores básicos universais.

Para que essa efetividade aconteça, os direitos humanos precisam ser vistos como universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. O que de *per si*, geram o aumento e o fortalecimento dos direitos, na medida em que se verifica que a existência de um direito não substitui a existência de outro, mas faz com que completem-se entre si, em perfeita harmonia, como forma de complementação uns dos outros. Ou seja, não há efetividade dos direitos civis e políticos, se não houver o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, na mesma medida em que estes não terão significado, se não houver o reconhecimento e a garantia dos direitos civis e políticos, pois não existe liberdade sem igualdade, e não existe liberdade e igualdade sem que haja Justiça Social.

A forma com que são tratados os direitos na esfera interna dos Estados democráticos varia, da mesma forma que varia a concretude desses mesmos direitos, pois a significação dos direitos fundamentais para cada Estado depende de diversos fatores extrajurídicos, principalmente das peculiaridades de cada Estado, assim como da cultura e das diferenças de cada povo (MENDES, 2009, p. 273), sendo possível adequar padrões universais de direitos humanos em meio à diversidade cultural (TRINDADE, 2003, p. 36). Pois, cada cultura tem seu próprio modo de criar a sua concepção dos direitos humanos, sendo esta fonte de desenvolvimento mútuo, sendo necessária a afirmação universal dos direitos humanos,

a fim de evitar as “desigualdades manifestas”, sendo característica dos direitos humanos (TRINDADE, 2003, p. 236).

Pode-se afirmar que os direitos humanos dizem respeito ao ser humano pelo simples fato de ser humano, ou quanto ao seu conteúdo, onde os direitos do homem são aqueles que se referem ao homem, de alguma forma se referem ao homem, a todos os homens, dos quais nenhum homem possa ser espoliado – no sentido de lhe ser retirado - e cujo reconhecimento é condição essencial ao melhoramento da pessoa humana ou para o crescimento da civilização (BOBBIO, 2004, p. 17). E então, os direitos humanos dizem respeito à toda a humanidade. E quando positivados nas Constituições dos Estados, passam a ser direitos fundamentais, de todos os indivíduos que estejam dentro daquele Estado.

Desde que se iniciou o projeto das Nações Unidas para a proteção dos Direitos Humanos, a questão que sempre existiu foi a de resolver o problema de como seria possível conceituar universalidade num mundo multicultural. Desta forma, fortaleceu-se o embate entre a perspectiva universalista e multiculturalista dos direitos humanos. A partir de meados do século XX a importância da cultura e da diversidade cultural como dimensão dos direitos humanos vem sendo reconhecida, passando a multiculturalidade de cada povo, cada nação a ter que ser respeitada. A cultura no processo de desenvolvimento das civilizações, assim como suas diferenças étnicas e culturais são importantes para demonstrar, objetivamente, a influência histórica na evolução dos povos. Gradualmente vem se incorporando as gerações de direitos fundamentais na perspectiva dos direitos humanos, respeitando dos direitos culturais de cada povo.

A concepção universal e indivisível dos Direitos Humanos ficou fortalecida com a Declaração de Viena na Conferência Mundial de 1993. Notória na análise do Art. 5º da Declaração:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de maneira justa e equânime, com os mesmos parâmetros e com a ênfase. As particularidades nacionais e regionais e bases históricas, culturais e religiosas devem ser consideradas, mas é obrigação dos Estados, independentemente de seu sistema político, econômico e cultural, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

E também do Art. 1º da mesma Declaração: “A natureza universal desses direitos e liberdade é inquestionável.”

Ora, ainda que o art. 5º pudesse ainda ser tido como insuficiente para declarar a Universalidade dos direitos humanos, o art. 1º é incontestável, não havendo como refutá-la por esse argumento.

A *universalidade* envolve o reconhecimento dos direitos igualmente para todos. Assim como todos os indivíduos possuem a mesma dignidade pelo simples fato de serem seres humanos, enquanto sujeitos de direitos. A *indivisibilidade* dos direitos diz respeito à percepção de que a dignidade da pessoa humana não pode ser encontrada somente nos direitos civis e políticos, mas também nos direitos sociais, econômicos e culturais, é o somatório de todos os direitos, de viver com dignidade. De que os vários tipos de direitos estabelecem um aparato único de direitos, eis que não podem ser vistos e nem analisados de forma a excluir algum deles, de forma separada. Restando claro que não só a liberdade é um valor indispensável ao ser humano, tanto quanto a igualdade.

A *interdependência* indica o liame que entre os diversos direitos humanos existentes, o vínculo entre eles. Os diversos tipos de direitos não podem ser vistos e analisados como elementos isoladamente, eles fazem parte de um todo, de um conjunto. Muito embora muitos deles possuam previsão constitucional própria, devem ser analisados no conjunto do

diversos tipos de direitos, a fim de que possam alcançar a principal finalidade da lei, ou seja, alcançar a dignidade da pessoa humana.

Já a *inter-relacionariedade* implica em reconhecer o direito à proteção Nacional e Internacional dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, na medida em que existem instrumentos internos e internacionais de garantia e defesa destes direitos.

O conceito atual de direitos humanos foi confirmado com a realização da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, ocorrida em Viena, em 1993. Naquela ocasião, foram elaborados a Declaração e o Programa de Ação de Viena. Em seu parágrafo quinto, a Declaração estabelece que: *“Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase”*.

Relata Trindade (2003, p. 237) que em seu discurso na Conferência, o então Secretário Geral das Nações Unidas Boutros-Ghali assim ponderou:

Por sua natureza, os direitos humanos abolem a distinção tradicional entre a ordem interna e a ordem internacional [...] os direitos humanos implicam a colaboração e a coordenação dos Estados e das organizações internacionais, [...] o processo de democratização é indissociável da proteção dos direitos humanos [...] a democracia pode e deve “ser assimilada por todas as culturas”, é “um bem que deve ser compartilhado por todos”, é “a expressão política de nosso patrimônio comum”, e se reveste de uma “dimensão universal”.

Embora, naquela ocasião, tenha havido certo embaraço por parte dos participantes para a aprovação consensual do documento final da Declaração de Viena de 1993, considerando o multiculturalismo presente no mundo globalizado. Entre os presentes existiam duas posições conflitantes, sendo uma Universalista e outra Relativista; os *Universalistas*

consideravam a universalidade dos direitos humanos e a sua predominância sobre o princípio da soberania nacional. Nestes encontramos os países desenvolvidos como Estados Unidos, União Europeia e Japão. Já os *Relativistas* alegavam que os direitos humanos deveriam ter uma abrangência parcial ou relativa conforme os diferentes níveis de desenvolvimento econômico, assim como deveriam ser observadas as tradições culturais de cada sociedade. Sendo encontrados como exemplo de relativistas, os países em desenvolvimento como China, países africanos, árabes, asiáticos e alguns latino-americanos (MAZZUOLI, 2009). As críticas feitas por alguns autores orientais e ocidentais sobre o Universalismo é de que seria uma tentativa opressora das potências mundiais ocidentais passar por cima das demais culturas e civilizações, utilizando-se em nome dos direitos humanos para de forma dissimulada exercer o poder econômico sobre os países mais fracos, ditos subdesenvolvidos. Isso muitas vezes aconteceu, porque por incontáveis vezes as diferenças entre os povos e culturas foram ignoradas pelo Ocidente, porque este, com uma visão consumista do mundo quer obrigar a todos os povos a fazer o mesmo, muitas vezes se escondendo sob o manto dos direitos humanos (KROHLING, 2008, p. 158).

O que se verifica é que a sociedade contemporânea é marcada por encontros entre relativismos culturais e o florescimento de uma cultura global (universalismo). Existem problemas e desafios que somente poderão receber atenção eficiente se forem tratados de forma global. Esses direitos exigem que sejam tratados com reciprocidades universais, justificando obrigações e responsabilidades mútuas por todos os Estados, pode-se citar como exemplo de tais circunstâncias a fome, água, guerras, epidemias e meio ambiente.

A universalidade dos direitos fundamentais faz com que estes se posicionem, desde o início, “[...] num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia.” Sendo que esta universalidade não elimina os direitos de liberdade, mas sim os fortifica, com o objetivo e fundamento de melhor efetivá-los, ante a concretude dos direitos de igualdade e de fraternidade (BONAVIDES, 2004, p. 573).

A incorporação dos direitos sociais no arcabouço dos direitos humanos implica reconhecê-los sob a ótica da sua universalidade (BARRETO, 2003, p. 113). E assegurar a sua universalidade só fará com que os direitos humanos preponderem, não só no âmbito conceitual, mas também no operacional, a ponto de não serem vistos e considerados de forma seletiva (TRINDADE, 2003, p. 50). Essa incorporação pode e deve ser verificada e efetivada tanto em âmbito nacional interno dos Estados quanto no âmbito internacional.

Direitos Sociais surgiram e foram reconhecidos antes mesmo de terem sido reconhecidos no direito interno (constitucional), a partir de 1919, com as inúmeras Convenções da OIT, que, muitas delas, antecederam a adoção de convenções internacionais de direitos civis e políticos, sendo, portanto, anteriores à Declaração Universal dos Direitos Humanos (TRINDADE, 1991, p. 41). Tal fato serve para verificar que os Direitos Sociais existem no contexto internacional antes mesmo de terem sido positivados a nível nacional (constitucional), considerando as Convenções emitidas pela OIT desde 1919, e que algumas delas foram anteriores, inclusive, à Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

A agenda internacional dos direitos humanos vem protegendo os direitos econômicos, sociais e culturais de forma tão arraigada e efetiva nos últimos tempos, em virtude de tê-los abandonado ao longo da história, demonstrando que estes direitos, econômicos, sociais e culturais formam um todo “*harmônico e indivisível*” juntamente com os direitos civis e políticos (TRINDADE, 2003, p. 445-446).

Este exame de forma diferenciada das duas “*categorias*” de direitos, de um lado os direitos civis e políticos e de outro lado os direitos econômicos, sociais e culturais, voltam à fase de implementação legislativa dos documentos de proteção internacional dos direitos humanos, onde a as Nações Unidas, em 1951, através de sua Assembleia, resolveu compor dois Pactos internacionais de Direitos Humanos (1966) ao invés de implementar

um somente com todas as categorias de direitos, em razão das forças dos blocos ocidental de um lado que salientava os direitos econômicos, sociais e culturais e de outro lado o bloco socialista, que realçava os direitos econômicos, sociais e culturais, como fica claro na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e também na Declaração Americana de Direitos e Deveres de alguns meses antes (TRINDADE, 2003, p. 446-447).

Foi a partir da I Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Teerã, onde houve a proclamação da indivisibilidade dos Direitos Humanos, com a afirmação de que o gozo pleno dos direitos civis e políticos seria impossível sem que houvesse a realização plena dos direitos econômicos, sociais e culturais, e onde houve a concordância plena de que os direitos econômicos, sociais e culturais deveriam ser inseridos como fenômeno histórico, com o reconhecimento dos problemas existentes no campo global dos Direitos Humanos desde que fora firmada a Declaração Universal em 1948 e o propósito de estimular o desenvolvimento econômico-cultural no âmbito internacional (TRINDADE, 2003, p. 452-453).

Entretanto, foi com o Protocolo de San Salvador em 1988 que os direitos econômicos, sociais e culturais atingiram seu ápice de evolução e proteção no contexto das Nações Unidas e no sistema europeu, ao estipular que os Estados parte deveriam adotar medidas de ordem interna e, através da cooperação internacional *“até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento”*, ter a finalidade de implementar, progressivamente, com a máxima efetividade, os direitos nele explicitados. E depois disso, o surgimento do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1987-1992) insistindo em *“obrigações mínimas”*, relatórios investigativos e a instalação de um Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (TRINDADE, 2003, p. 462, 467-475).

Todas estas propostas e recomendações tiveram como objetivo a necessidade de *“implementação, exigibilidade e justiciabilidade”* dos direitos

econômicos, sociais e culturais. A negação, recusa ou descumprimento dos direitos econômicos, sociais e culturais atinge os indivíduos em todo o entorno de sua vida, fato este que demonstra a indivisibilidade dos direitos, onde “[...] *já não há lugar para compartimentalizações, impõe-se uma visão integrada de todos os direitos humanos.*” (TRINDADE, 2003, p. 475).

Direitos humanos são únicos, não há que se falar em divisão dos direitos em direitos civis e políticos e direitos sociais, econômicos e culturais, um não pode ser eficiente sem o outro, ao mesmo tempo que são indivisíveis, interrelacionáveis e interdependentes.

As normas internacionais devem ser interpretadas no sentido de encontrar as vias possíveis que assegurem e facilitem aos direitos sociais, econômicos e culturais com a mesma proteção de que possuem os direitos civis e políticos, adaptados e harmônicos à proposição da interrelação e da indivisibilidade dos direitos humanos, para no campo normativo criar um “[...] *núcleo comum universal de direitos fundamentais inderrogáveis.*” (TRINDADE, 2003, p. 487-492).

O Brasil é signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Declaração dos Direitos Humanos de Viena, tendo incorporado no texto Constitucional de 1988 a universalidade e a indivisibilidade dos Direitos Humanos, que com base no princípio da dignidade humana, estendeu o entendimento e a percepção do conceito de cidadania para o exercício dos direitos fundamentais, sejam civis e políticos, sejam econômicos, sociais e culturais, levando a concluir que os atores sociais precisam analisar os direitos fundamentais sociais como um todo universal, indivisível, interrelacionado e interdependente entre si, ultrapassando as distinções realizadas no decorrer do processo evolutivo, fazendo com que a democracia e a Justiça social dela decorrente sejam cumpridas, como é a direção admitida pelos documentos internacionais e ordenamento jurídico positivo interno.

CAPÍTULO IV
A COBERTURA UNIVERSAL
DA SEGURIDADE SOCIAL
COMO DIREITO HUMANO
FUNDAMENTAL

Nos capítulos anteriores, investigou-se a diferença entre os direitos humanos e fundamentais, a fundamentalidade dos direitos sociais nos documentos internacionais, do direito social à Previdência social no ordenamento jurídico interno, o dever do Estado à prestação positiva, ainda que mínima. Este entendimento segue a linha de pensamento de doutrinadores como Robert Alexy, Antônio Augusto Cançado Trindade, Christian Courtis e Ingo Sartet, apresentando os direitos sociais como universais, indivisíveis, inter-relacionados e interdependentes.

O objeto deste quarto capítulo é analisar detalhadamente a formalização constitucional da cobertura universal dos direitos de previdência social como um direito fundamental, bem como retratar alguns sujeitos de direito como possíveis beneficiários excluídos do sistema previdenciário nacional vigente, e a ausência ou a utilização dos documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, como fundamento de decidir, pelo poder Judiciário.

Para tanto, iniciamos com a análise da cobertura universal como direito humano fundamental, regulado ou não pelo ordenamento jurídico pátrio, onde com a promulgação da Constituição Federal de 1988 foram fixadas novas bases para o Sistema de proteção social no Brasil e redefinida a Seguridade Social e o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais.⁴⁹

O conceito de Seguridade Social que advém da Constituição Cidadã de 1988 expõe a seguridade social como um sistema de cobertura para as diferentes e diversas fragilidades sociais que podem surgir no seio da sociedade durante a vida de cada um, em seu percurso enquanto trabalhador e em situações em que sua renda demonstre ser insuficiente, e que o indivíduo demonstre estar passando por um momento de fragilidade temporária ou definitiva.

⁴⁹ Art. 6. CF/88.

O art. 194 da CF conceitua a Seguridade Social como “[...] *um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, previdência e assistência social.*”

A cobertura social apresentada pelo texto constitucional não depende de custeio individual direto. Pois continuando na análise do texto expresso do mesmo artigo Constitucional verificamos que possui como objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento; VII - caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados; VIII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Das inovações constitucionais com relação ao sistema de proteção a ser implantado, cabe destacar que o Estado centralizou a responsabilidade pela normatização, regulação e efetivação das políticas sociais de proteção social, assim como a propositura da descentralização e participação da sociedade no comando das políticas sociais de proteção social.

4.1 O DEVER DE COBERTURA UNIVERSAL DA SEGURIDADE SOCIAL NO SISTEMA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

As alterações que aconteceram com o passar dos anos no cenário internacional, causam influências nos episódios que se acontecem nos países, como é o caso do Brasil, gerando uma série de indagações quanto

à aplicação, do direito internacional na defesa e proteção dos direitos humanos e na seguridade social, da forma mais adequada a fim de atingir estes objetivos. São inúmeras as dificuldades encontradas. Entretanto, há que se ter em mente que a intenção dos tratados e convenções internacionais não deixam margem à dúvidas e devem ser respeitados, com o escopo de proteger e propiciar a dignidade de cada indivíduo, seja de modo individual, seja de modo coletivo.

A falta de especificação concreta destes direitos cria obstáculos, pois quando uma Constituição ou um Tratado Internacional expõe sobre direito à saúde, à educação, ao trabalho, torna-se difícil saber qual é a medida exata das prestações ou abstenções a serem realizadas (COURTIS, 2003, p. 153).

A proteção social, até meados do último quarto do século XIX se caracterizava por sistemas informais ou voluntários de segurança social. Contudo, a partir do final dos anos quarenta, o Brasil tem vivido uma sequência de acontecimentos também chamados de “[...] *globalização, neoliberalismo, mundialização dos mercados, planetarização do capital, transnacionalização da sociedade civil, construção de uma cidadania mundial.*” Estes acontecimentos têm sido conduzidos por uma ampliação jurídica também chamada pelos juristas de “*internacionalização do direito ou juridicalização planetária*” que tentam dar uma versão jurídica da *aldeia global*, e com isso aperfeiçoando os desafios da interpretação sobre o significado do mínimo social (SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2013, p. 17-18).

As intensas modificações ocorridas no cenário internacional, principalmente depois da crise financeira de 2008, influenciaram no âmbito da globalização, deixando marcas nos países em desenvolvimento, causando inúmeros questionamentos quanto à utilização estratégica do direito internacional em proteger e promover os direitos humanos e a seguridade social. As dificuldades e os desafios encontrados têm se

apresentado difíceis de superar, entretanto os objetivos são visíveis, ainda que distantes, a fim de construir um catálogo onde o objetivo seja a segurança social, que prime acima de tudo pela dignidade (SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2013, p. 18).

De forma global, a finalidade da seguridade social diz respeito à diminuição da insegurança de rendimentos e na melhoria do acesso aos serviços de saúde e assistência, com o fim de erradicar a pobreza e a promover o trabalho digno, diminuindo desta forma, as desigualdades e violações em geral, de forma eficaz, sem discriminações e como direito difuso e inalienável (SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2013, p. 18).

Para melhor compreensão do tema, é importante que se tenha em mente, devidamente individualizado, os conceitos de: *Proteção Social*: O termo proteção social é utilizado de forma habitual para reportar-se à proteção propiciada por sistemas de segurança social em casos de riscos e necessidades sociais. A proteção social também é exposta como sendo de carácter mais abrangente que a segurança social (englobando a proteção entre membros familiares ou membros de uma comunidade). Mas este conceito também é utilizado, em alguns cenários, com um significado mais restrito do que o termo segurança social (quando se trata de ações direcionadas aos indivíduos mais pobres, mais vulneráveis ou excluídos do mundo social) (SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2013, p. 19). A proteção social também é vista como uma ferramenta necessária de políticas públicas, utilizada no enfrentamento da exclusão social, da pobreza e da desigualdade social, compreendendo tanto o seguro social (substitutivo de renda), quanto a assistência social (substitutivo de renda ou serviços sociais), que diz respeito mais ao aspecto não contributivo da Seguridade Social, como já dito, direcionados aos mais pobres, vulneráveis ou excluídos do contexto

social. Como política pública de grande dimensão, a proteção social traz consigo uma marca que a distingue das demais políticas públicas, uma vez que seu campo de atuação diz respeito a resolver os problemas daquele indivíduo que possui necessidades de dependência ou uma fragilidade momentânea ou permanente, próprias da esfera do ser humano. A proteção social é utilizada mais no aspecto não contributivo, com o surgimento das políticas públicas que surgiu após a Constituição Federal de 1988, com as profundas mudanças trazidas por esta, com a finalidade de desenvolver obras e ações voltadas às necessidades sociais que atingissem aquela camada da sociedade cujos direitos sociais estavam oprimidos e omissos;

Segurança Social - O conceito de segurança social engloba todas as ações que propiciam prestações positivas por parte do Estado (situações de fragilidade do trabalhador por doença, acidente do trabalho, morte de um membro da família, invalidez, maternidade, desemprego, velhice; ausência ou insuficiência de recursos financeiros para cobrir tratamento de saúde; pobreza e exclusão social; renda insuficiente: em especial para crianças, adolescentes ou adultos dependentes (SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2013, p. 20). A segurança social é um sistema que possui o objetivo de garantir direitos básicos dos indivíduos, assim como as oportunidades para cada um, visando a promoção do bem-estar social para todas as pessoas que se encontrem no território nacional. Faz parte do sistema amplo de cobertura, englobando o sistema contributivo e o sistema não contributivo.

A segurança social no Brasil é tratada na Constituição Federal do Brasil na ordem social. Disposta no artigo 194 da CF como sendo “[...] o conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, previdência e assistência social.” A Ordem Social possui como objetivo, ditado pela

Constituição Federal (art. 193),⁵⁰ estabelecer o bem-estar e a justiça social, baseados na solidariedade, como referencial frente a um direito social.

A seguridade social existente no Brasil atualmente é fruto de um longo processo de lutas e conquistas nas três grandes áreas: Saúde, Assistência e Previdência Social, a fim de proteger o indivíduo, tendo como objetivo a proteção da cidadania. A saúde é garantida pelo Sistema Único de Saúde (SUS), e independe de contribuição. Assistência Social é administrada pelo Conselho Nacional de Assistência Social e também não depende de contribuição. Enquanto que a Previdência Social opera como um seguro social, de caráter contributivo, quer seja, tem o objetivo assegurar uma renda mínima ao segurado contribuinte no momento de fragilidade ou de perda do emprego (desemprego, doença, invalidez, idade avançada, morte, maternidade e reclusão).

A Constituição Federal de 1988 acresceu a cobertura do sistema previdenciário brasileiro e tornou menos rígida a admissão de benefícios aos trabalhadores rurais, reconheceu a Assistência Social como política pública não contributiva que maneja tanto serviços quanto benefícios financeiros, e estabeleceu a universalização do atendimento da saúde através da implantação do Sistema Único de Saúde (SUS). Deste modo, a Seguridade Social vinculando as políticas de seguro social, saúde, assistência social e seguro-desemprego se funda num conjunto de políticas de interesse universal (RANGEL et al., 2008, p. 17).

Verifica-se que o direito fundamental à Seguridade Social, expresso na Constituição Federal (art. 6º),⁵¹ salvaguarda os direitos a Saúde, Assistência Social e Previdência Social, que em conjunto formam o sistema de seguridade no País. E, devido ao fato de ser um direito fundamental

⁵⁰ Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social.

⁵¹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

garantido constitucionalmente, no bloco das garantias fundamentais, precisa ser garantido pelo Estado e por toda a sociedade, e caso não venha a ser garantido, pode ser reclamado pelo povo, seja de forma individual, seja de forma coletiva.

O direito à Seguridade Social também é assegurado em documentos internacionais que dispõem a respeito dos direitos humanos, tratando dos direitos à saúde, assistência social e previdência social como direitos humanos. Tanto a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 quanto o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 trouxeram em seu bojo preceitos que referem, de forma expressa, o direito à segurança social para todos os indivíduos.

Desta forma, sendo o eixo que compõe a Seguridade Social (saúde, assistência e previdência social) direito fundamental social para todos os indivíduos que estejam dentro do território Nacional, deve o Estado implementá-los, ainda que de forma progressiva (art. 2.1. do PIDESC), com a cooperação da sociedade (art. 195 da CF),⁵² sob pena de poderem ser exigíveis por qualquer um que tenha o direito violado.

4.2 OS PACTOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE SEGURIDADE SOCIAL: O DEVER DE COBERTURA UNIVERSAL

Analisar a forma em que o Brasil foi, ao longo do tempo, ratificando, formalmente, os documentos internacionais sobre Seguridade Social, auxilia na compreensão dos direitos fundamentais hoje garantidos constitucionalmente. A hermenêutica dos direitos fundamentais, precisa ser feita aliada a estes documentos internacionais adotados pelo Brasil,

⁵² Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios [...]

em razão à previsão do art. 5º, § 2º da Carta Magna constitucional⁵³. Neste trabalho serão analisados somente alguns dos documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, tem conexão com a matéria pesquisada, e que podem servir como perspectiva de como o direito social à previdência social deve e precisa ser implementado no Brasil.

4.2.1 O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966

O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) foi adotado pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1966,⁵⁴ e é um divisor importante no alicerce de diversos direitos associados à Seguridade Social. Surgiu como uma forma de garantir maior efetividade aos Tratados Internacionais, com eficácia jurídica imposta por lei e força vinculante, a fim de assegurar eficazmente o exercício dos direitos e liberdades garantidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).

Em seu Preâmbulo o PIDESC também reafirma o compromisso com a *universalidade indivisibilidade* dos direitos, assim como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos (PDCP).

Estabelece o PIDESC:

Artigo 2.º - 1. 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 económico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a

⁵³ Art. 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.

⁵⁴ O Brasil assinou e ratificou o Pacto (PIDESC), através do Decreto n. 591 de 06/06/1992.

assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas.

Artigo 9º. Os Estados membros no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social.

O Pacto dispõe sobre normas que tratam da implementação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais, ou seja, direitos que determinam obrigações prestacionais de resultado por parte do Estado, muito embora sejam direitos de exigibilidade imediata. Onde as obrigações que determinam resultados trazem ao Estado a obrigatoriedade de tomar as medidas possíveis, sempre observando o mínimo necessário e a disponibilidade de recursos, para a implantação e efetivação dos direitos sociais em prazo razoável, mediato e imediato.

Ao estabelecer que os Estados “[...] *se comprometem a adotar medidas até o máximo dos recursos disponíveis*” a fim de implementar, progressivamente, os direitos reconhecidos no Pacto, afirma o Comitê de Direitos econômicos, sociais e culturais, que ainda que o sucesso da total efetividade dos direitos possa ser implementado de forma progressiva, algumas das suas obrigações possuem “efeito imediato”, como *a obrigação de garantir a não discriminação (art. 2.2) e a obrigação de adotar medidas 2.1. parágrafo 1 (COURTIS, 2011, p. 100)*. Tal assertiva nos leva a crer que as normas de obrigatoriedade estabelecidas pelo PIDESC aos Estados membros, não deixam de observar as diferenças existentes nos mais variados sistemas sociais dos Estados, às suas tradições culturais, aos níveis de desenvolvimento econômico, aos sistemas sociais implantados, implantando, entretanto, critérios mínimos de proteção e de bem-estar do grupo, a fim de vincular os Estados partes, a implementarem estes direitos, ainda que de forma progressiva.

O PIDESC, teve como principal obrigação é a implantação gradativa dos direitos, com base na disponibilidades dos recursos existentes e da CIDH, que a partir da sua criação (1985) passou-se a ser criados um grande número de documentos que auxiliam no esclarecimento do sentido de alguns direitos, assim como a responsabilidade dos Estados em cumpri-los (COURTIS, 2011, p. 83-86). Devendo-se perscrutar qual o tipo de direito subjetivo que as normas do Pacto trazem consigo e a melhor forma de dar-lhes eficácia e validade.

O Pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais, ao contrário do Pacto de Direitos civis e políticos, art. 28, não previu a criação de um Comitê responsável pela fiscalização do cumprimento por parte dos Estados membros. O PIDESC trouxe em seu bojo a criação de um sistema de relatórios a serem feitos periodicamente pelos Estados-membros e encaminhados para o Conselho Econômico e Social ou para a ONU (art. 16 a 25 do PIDESC).

Entretanto, para melhor controle e fiscalização do cumprimento do Pacto por parte dos Estados membros, o Conselho de Direitos Econômicos e Sociais da ONU criou, através da Resolução DESC 1985/17 o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e também com o encargo de verificar os relatórios periódicos emitidos pelos Estados-partes ou cobrar a sua emissão, exprimir “comentários” com explicação legítima quanto à máxima efetividade que deve ser dada às disposições constantes no Pacto internacional, a fim de que os Estados partes cumpram com as normas dispostas e devidamente aceitas e ratificadas por estes.

A fiscalização do PIDESC é realizada na forma de relatórios e informativos feitos pelos Estados membros e encaminhados ao Secretário das Nações Unidas, que encaminha ao Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também chamado de Comitê DESC. Sendo que o primeiro relatório deve ser encaminhado no prazo de 02 anos após a sua ratificação e os demais a cada 05(cinco) anos, para análise do Comitê.

O Comitê elabora uma síntese interpretativa de todos os entendimentos no sistema e elabora sistematizações e consensos entre os países que assinaram o Pacto, descrevendo os consensos de Seguridade Social entre os países que fazem parte do Pacto, considerado um documento descritivo e normativo, regidos pelo princípio da progressividade (implementação progressiva). Os avanços são vinculantes, só pode avançar em matéria de seguridade social. Não obstante, em períodos de crise possam, desde que de forma justificada, retroceder (períodos de crise). O Comitê DESC possui também um sistema de indicadores para demonstrar aos Estados membros a capacidade do Estado em fomentar e garantir os direitos humanos, sendo de sua responsabilidade utilizar estes indicadores para verificação do conteúdo dos direitos, por exemplo, o direito a saúde. Existe não apenas um direito essencial mínimo que deve ser observado, pois, uma determinada camada da população, ainda, em tempos de crise, precisa do amparo do Estado para ter acesso aos seus direitos econômicos e sociais

O Comitê analisa os relatórios ou informativos e depois profere um parecer conclusivo que, embora não possua força de lei, faz parte de uma importante ferramenta como forma de exercer pressão na garantia e proteção dos direitos humanos sociais.

Numa tentativa de buscar critérios para a efetiva implantação e observância do PIDESC por parte do Estado, identificando as normas de direitos sociais que são passíveis de execução e implementação imediata, os Estados-parte podem contar com as normas dispostas no chamado “*Princípios de Limburgo*” que trata sobre a execução e efetivação efetiva do PIDESC. Estes princípios advieram da reunião de um grupo de experts reunidos em Maastricht, em 02 a 06 de junho de 1986, e que foram adotados pela ONU. Estes princípios, muito embora não integrem uma fonte jurídica obrigatória para os Estados, constituem uma forma de referência para o entendimento das obrigações do Estado, firmados com a ratificação do

PIDESC. Também existem os denominados “*Princípios de Maastricht*”, cujo conteúdo trata sobre as violações aos direitos econômicos, sociais e culturais e que também não foram admitidos formalmente por nenhum dos órgãos da ONU, entretanto, tem sido utilizado para análise dos relatórios dos Estados, para o desenvolvimento das observações gerais do Pacto. Ambos os documentos possuem cunho vinculante no que diz respeito aos Estados, que ficam proibidos de sua desobservação, em razão da ratificação da Convenção de Viena, e do que este dispõe a Convenção de Viena com relação ao direito dos tratados, ao interpretá-los segundo o critério da boa fé de suas normas (COURTIS, 2011, p.87-88).

O PIDESC trouxe em seu bojo um amplo sistema de proteção social, assegurando o direito à segurança social aos indivíduos, com garantias como: direito a previdência social (artigo 9); proteção às mães (licença remunerada) (artigo 10.2); proteção e assistência a crianças e adolescentes (artigo 10.3); melhoria contínua das condições de vida (art. 11); proteção à saúde física e mental de todas as pessoas (artigo 12.1); prevenção e tratamento de doenças epidêmicas, endêmicas e profissionais, assim como a assistência médica e serviços para tratamento em caso de enfermidade (artigo 12.2.c e d).

O Pacto dispõe que cada Estado terá o dever de assegurar a máxima eficácia possível dos direitos ali garantidos, na medida dos seus recursos disponíveis, devendo implementar progressivamente outros direitos e na melhor forma do direito. O Brasil é signatário do PIDESC, logo, tem o dever legal de assegurar ao seu povo, ao menos, uma proteção mínima em cada direito ali garantido. Todavia, muitas vezes tal mister não se perfectibiliza, em razão do Pacto conter somente uma obrigatoriedade do sistema de relatórios periódicos por parte dos Estados-membros ao Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com os relatos das providências tomadas pelo Estado na busca da implementação destes direitos. Falta uma fiscalização mais ostensiva por parte dos organismos internacionais.

Ao fazer uma análise dos direitos e das violações aos direitos, o que se verifica, é que a afronta e o desprezo aos direitos econômicos, sociais e culturais parece ser possível de ser tolerado pelas pessoas e pela sociedade, enquanto que o mesmo não ocorre com os direitos civis e políticos. Utilizamos como exemplo que a tolerância à morte de uma pessoa por falta de um medicamento que não faz parte da lista do sistema Único de Saúde (SUS) é mais tolerável do que a morte de uma pessoa presa arbitrariamente e torturada dentro do complexo prisional.

Destarte, o que se verifica é que o PIDESC serve para demonstrar que a legislação internacional está legitimamente interessada em proteger e promover os direitos humanos universalmente, para que estes vejam a ser reconhecidos, sejam direitos civis e políticos ou sociais, econômicos e culturais, de forma a exigir dos Estados-parte a proteção a estes direitos, e em caso de violações, que hajam punições.

4.2.2 Convenções e Recomendações sobre a Seguridade Social

Existem algumas ou muitas brechas no mecanismo de cobertura, carências e controle de cumprimento, que são incompatíveis com o compromisso da OIT junto à comunidade internacional, sobre os direitos de seguridade social. Para que se possa coibir a inobservância e o não cumprimento destes direitos é que são produzidas as Convenções e as Recomendações das Nações Unidas para cumprimento, dirigidas aos Estados-parte.

É em razão do começo da organização dos sistemas de Seguridade Social nos países que estão em flanco desenvolvimento que os documentos internacionais que tratam sobre direitos humanos, que se começa a instituir a seguridade social como um direito econômico, social e cultural.

Após a inserção da seguridade social da Declaração da Filadélfia em 1944 e a sua força internacional, a OIT também passou a desenvolver

técnicas de estímulo à inserção dos direitos de seguridade social nos ordenamentos dos Estados membros. Ainda no ano de 1944 editou a Recomendação n. 67 com normas de caráter de proteção social, garantindo a renda em situações de fragilidade do trabalhador empregado e autônomo, assim como a seus dependentes e a Recomendação 69 que tratou sobre assistência médica de saúde.

O Brasil ratificou também a Convenção n. 102 (1952) da OIT que trata da fixação de normas mínimas de Seguridade Social, tida como a mais importante ferramenta internacional a conferir e reconhecer direitos de seguridade social. Esta Recomendação é um marco na história da Seguridade Social, pois foi a primeira que tratou de forma autônoma sobre Seguridade Social, sobre os pisos de proteção social. Aderiu também à Recomendação n. 202/2012,⁵⁵ que trata dos pisos mínimos para a Seguridade Social, e que veio complementar a Convenção n. 102.

As Recomendações são decisões advindas das Conferências Geral da OIT, todavia, possuem divergências a fim de que sejam aceitas pela comunidade internacional e pelos Estados. As Recomendações agem então, como forma de proposta aos Estados, de caráter não vinculante, com objetivos de programas a serem alcançados.

Pode-se considerar que o Brasil não se encontra num patamar ideal de reconhecimento e ratificações de Convenções sobre Seguridade Social, todavia, tem empreendido esforços para aumentar a participação social e o diálogo na busca de melhores condições de vida e trabalho para toda a sociedade.

⁵⁵ Que foi por assim dizer uma quase unanimidade, pois houve adoção por 183 países (com apenas uma abstenção).

4.2.3 **Convenção n. 102 sobre as Normas Mínimas de Seguridade Social (OIT, 1952)**

O Brasil ratificou a Convenção n. 102 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata da fixação de normas mínimas de Seguridade Social, através do Decreto Legislativo 269/2008, publicado no Diário Oficial da União de 19/09/2008, tornando-se o 44º País a adotar esta Convenção,⁵⁶ que é tida como a mais importante ferramenta internacional a conferir e reconhecer direitos de seguridade social.

Ressalte-se que esta proposta de ratificação já havia sido enviada ao Congresso Nacional, no ano de 1964, tendo sido rejeitada, sob o argumento de que, à época, a Previdência Social não incluía 50% dos assalariados, não incorporava os trabalhadores rurais nem domésticos e não tratava sobre acidentes de trabalho.

Posteriormente, com a Constituição Federal de 1988 no Brasil e todas as mudanças no sistema de Seguridade Social, este projeto de ratificação voltou à baila no Congresso Nacional em 2004, sob o argumento de que o número de trabalhadores havia aumentando em número expressivo, os direitos previdenciários haviam sido ampliados, trazendo, inclusive, com as novas Leis (principalmente a Lei 8.212/91 e a Lei 8.213/91) direitos contidos na Convenção n. 102. O projeto de ratificação voltou a ser encaminhado ao Congresso Nacional em 2004, sob a justificativa de que os direitos previdenciários já haviam sido ampliados no Brasil, com o surgimento de novas categorias de segurados (ex. trabalhador rural e doméstico) e a criação de diversos benefícios contidos no texto da Convenção, tendo então, sido ratificado.

Antes mesmo de o Brasil ratificar a Convenção n. 102 sobre Seguridade Social, tardiamente (2008), na América Latina, cinco países

⁵⁶ A Convenção n. 102 foi aprovada pela OIT, em Genebra, em 04/06/1952, durante a 35ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, entrando em vigor a nível internacional em 27/04/1955.

já o haviam feito: México (1961), Peru (1961), Costa Rica (1972), Equador, (1974), Venezuela (1982).

O texto da Convenção n. 102, inovou sobre a Seguridade Social, trazendo disposições que tratam de saúde (doenças mórvidas de qualquer natureza, gravidez, parto, aborda questões específicas sobre Previdência Social (concessão de auxílio-doença, benefício de velhice, afastamento por acidente de trabalho, benefício familiar (salário-família), auxílio-maternidade, benefício por invalidez e benefício de pensão por morte para os dependentes, em caso de óbito do segurado). Podendo-se observar que se trata de um amplo rol de direitos de saúde e de previdência social (benefícios previdenciários).

A Convenção n. 102 estabelece um acervo de obrigações dos Estados membros e possui grande valor explicativo, visto que oportuniza descobrir com clareza os direitos que fazem parte da categoria dos direitos fundamentais de seguridade social. Além disso, a Convenção n. 102 também tem uma preocupação em assegurar que esses direitos de seguridade social sejam exigíveis judicialmente, devendo os Estados membros garantir os meios administrativos e jurídicos para que os indivíduos possam recorrer, naqueles casos onde estiverem sendo inobservado os seus direitos a prestações positivas exigíveis do Estado.

A ratificação da Convenção n. 102 demonstrou um comprometimento do Brasil com a implantação dos padrões mínimos de prestação de serviços previdenciários reconhecidos como imprescindíveis pela comunidade internacional (PIDESC).

Quanto à forma de financiamento desses direitos e programas sociais, a diretriz programática da Convenção é que devem ser financiados solidariamente, por toda a sociedade, por meio de impostos, de modo a evitar que pessoas de poucos recursos tenham que suportar encargos por demais pesados.

O texto da Convenção n. 102 da OIT pode parecer bastante vago, num primeiro momento. Entretanto, esta abstratividade deixa margem a permitir certa flexibilidade em adaptar as normas ali dispostas, ao ordenamento jurídico dos Estados e à realidade social de cada Estado membro da OIT.

Anorma expressa na Convenção n. 102 teve como objetivo assegurar aos trabalhadores e seus dependentes benefícios previdenciários mínimos (norma mínima), devendo cada Estado membro, com base na sua realidade social, acrescentar direitos que considerar justos, necessários e possíveis, com a proteção ao desemprego, riscos da velhice, da invalidez, da morte, dos acidentes do trabalho e doenças advindas do trabalho (ocupacionais), das prestações de assistência médica, prestações familiares e cuidados com a maternidade.

O texto da Convenção n. 102 generalizou a proteção social, deixando de considerar somente os trabalhadores “urbanos e rurais” em todas as suas categorias, mas também considerou a proteção social a toda a sociedade, enfim, todos os que estiverem em território nacional, transformando-se em instrumento de inclusão social, com a implantação de políticas de incentivo à novas filiações de trabalhadores ao sistema de seguridade social.

4.2.4 A Recomendação n. 67 sobre a Segurança dos Meios de Vida (OIT, 1944)

Levando-se em consideração que a proteção dos meios de vida constitui elemento essencial da Seguridade Social, a OIT através da Recomendação n. 67, em 1944, que orientou a todos os seus membros a destinação dos esforços, recursos e ações para alcançar a universalização dos direitos sociais, eis que a OIT não olvidou esforços a fim de promover o seu desenvolvimento, e que alguns Estados membros não tem tomado

as medidas necessárias a fim de promover o desenvolvimento do seu povo na criação de melhores normas de trabalho e desenvolvimento econômico e seguridade social.

Recomendou aos Estados membros, que, de forma ágil, apliquem *progressivamente* os princípios de caráter geral, na medida em que suas condições o permitirem, deixando claro que um mínimo de proteção aos seus cidadãos todos os Estados tem que ter, para que possam atenuar o estado de necessidade, impedir a miséria, restabelecendo a renda em casos de incapacidade temporária ou definitiva para o trabalho, idade avançada, morte, maternidade, desemprego, gastos extraordinários⁵⁷, ainda que na forma de seguro social contributivo e na forma fixada pela lei de cada Estado. Os Estados devem incluir, ainda, um seguro para aqueles que viessem a possuir ou adquirir incapacidade permanente para regressar ao mercado de trabalho, ou de diminuição da capacidade laborativa por danos causados pelo exercício do trabalho, quando não provocados intencionalmente por falta grave ou intencional do trabalhador e que causem incapacidade temporária, permanente ou morte.⁵⁸ Além de que todos os benefícios acima explicitados devem ser estendidos aos trabalhadores individuais, nas mesmas condições dos trabalhadores assalariados.

Admitiu e estabeleceu que o custo para o pagamento destes benefícios, incluindo a sua gestão, deve ser distribuído entre os segurados, empregadores e contribuintes, de forma que seja justa para os segurados, mas que evite encargos demasiados sobre as pessoas com poucos recursos, evitando a diminuição ou a interrupção dos meios produtivos.

E aqueles que não puderem ser enquadrados pela cobertura da área do seguro social, devem estar resguardados pela cobertura

⁵⁷ Por gastos extraordinários pode compreender-se situações de enfermidade, maternidade, velhice ou morte: a exemplo a hospitalização do filho sob os cuidados da mãe, desde que esta seja segurada ou o pai, e não recebe salário durante este período; despesas funerárias do segurado com filho.

⁵⁸ Acidente de percurso, intoxicação, morte, devendo a viúva os seus dependentes também receber uma indenização em caso de acidades de trabalho.

da área Assistência Social, principalmente crianças, inválidos, idosos e necessitados, ou seja, *aqueles de dela necessitarem* e que se enquadrem no “estado de necessidade”, recomendando, ainda, que a sociedade, através de subsídios do Estado, deve colaborar no crescimento sadio dos menores filhos de pais necessitados, a fim de que se possa garantir o seu bem-estar.

4.2.5 A Recomendação n. 69 sobre Assistência Médica (OIT, 1944)

Ainda no ano de 1944 a OIT também editou a Recomendação n. 69, que tratou sobre os cuidados médicos e atividades afins (enfermagem, hospital, atendimento médico), provisionando o acesso a estes cuidados a toda a sociedade, independente de estarem ou não exercendo atividade remunerada, estejam ou não pagando por um seguro social.

As sugestões da Recomendação n. 69 sobre assistência médica e atividades afins, teve a intenção de diminuir a saúde precária, a morte prematura de crianças, a pobreza e as injustiças sociais, para que todos tenham um tratamento de saúde digno, independente de contribuição ou de possuir um seguro social.

Esta assistência médica para tratamento de saúde englobaria: consultas médicas com especialistas e serviços de enfermagem (inclusive atendimento a domicílio⁵⁹), tratamento odontológico, atendimento em hospitais ou outras instituições médicas, serviços de maternidade, manutenção em hospitais, asilos, clínicas e outras instituições médicas; e, sempre que possível, manter equipamentos de atendimento odontológico, farmacêutico, médico ou cirúrgico (incluindo membros artificiais); e

⁵⁹ Saliente-se que a Recomendação 69 em 1944 já sugeria a realização do programa como o PSF (programa de saúde familiar) atual, instituído em 1991, com a instituição do Programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS) em 1994, onde a equipe é constituída por um médico, um enfermeiro, um auxiliar de enfermagem e seis agentes comunitários de saúde, que atuam numa determinada área pré-determinada, visando o atendimento educativo e assistencial familiar.

assistência prestada por qualquer outra pessoa pertencente a uma profissão que tenha sido legalmente reconhecida como profissão de saúde aliada.

4.2.6 A Conferência de Viena (1993) e seu “Programa de Ação”

A Conferência Mundial para os Direitos Humanos de Viena, convocada pela ONU e realizada de 14 a 25 de junho de 1993, foi a segunda Conferência reunida pela ONU e aconteceu 25 anos após a primeira Conferência mundial de Teerã.⁶⁰

Com a robustez que começou a demonstrar os direitos humanos no início dos anos 90, em razão, principalmente, do término das ditaduras comunistas na Europa, o fim da guerra fria, agregado à concepção de que o capitalismo e a democracia teriam que se curvar aos direitos humanos é que estes passaram a ser incluídos com mais força no contexto internacional, inclusive, com maior comprometimento por parte da ONU em defesa da democracia, visando incentivar o desenvolvimento e a proteção dos direitos humanos (TRINDADE, 2003, p. 166).

A Conferência Mundial de Viena contou com participação de 171 delegações de Estados membros (PINHEIRO, 2010, p. 7) – não se podendo deixar de referir o Fórum Mundial das Organizações Não Governamentais (ONGs), que antecedeu a Conferência, com a participação de mais de 2.000 ONGs (TRINDADE, 2003, p. 220), e representou um marco em se tratando de direitos humanos, tendo erigido e fortalecido o tema dos direitos humanos ao debate internacional. A partir da Conferência de Viena passou-se a discutir abertamente, nas mais diferentes culturas, classes

⁶⁰ A primeira Conferência Mundial de Direitos Humanos aconteceu de 22/04 a 13/05 de 1968 em Teerã, com o objetivo de avaliar os progressos alcançados após 20 anos da aprovação da Declaração Universal de Direitos Humanos e organizar um programa para o futuro. A Conferência do Teerã teve grande importância quando se trata de direitos humanos em razão de ter inserido uma nova visão, global e integrada, de todos os direitos humanos no contexto internacional (TRINDADE, 2003, p. 239-240).

sociais, econômicas e políticas, e com o envolvimento de representantes de grande número de Estados, organizações da sociedade civil, ONGs, sobre os temas importantes relativos aos direitos humanos.

A realização da Conferência de Viena acontecia ao mesmo tempo em que havia “uma impressionante aceleração da História”, onde a comunidade internacional ponderava sobre a relevância dos seus bens fundamentais, discutindo sobre o “irredutível humano”, ou seja, a “quintessência dos valores”, o qual forma o ser humano por completo (TRINDADE, 2003, p. 235).

Neste diapasão, a Conferência gerou um marcante resultado: a “Declaração de Viena e seu Programa de Ação” dividida em três partes distintas. A primeira parte que é o Preâmbulo, cuja característica principal é a de afirmar os princípios que regem o documento e que regeram a Conferência. A segunda parte é o “corpo” da Declaração, onde constam os termos para serem redigidas as intenções e certificação dos princípios básicos dos direitos humanos. E a terceira parte que trata do Programa de Ação, que trata das orientações para que se consiga concretizar os direitos humanos, fornecendo um modo de agir a fim de implementar os princípios consagrados na Declaração.

O *Programa* engloba o aspecto material de política pública, onde estão descritos os objetivos a serem atingidos e as formas adequadas. *Programas* bem estruturados tem o dever de evidenciar os resultados a serem alcançados, e o prazo para tal intento, assim como formas de avaliação dos resultados após a sua execução. É por isso que se pode dizer que, na perspectiva da Declaração de Viena, as políticas públicas enquanto programas de ação, situam-se nas esferas da validade e da eficácia jurídica, possuindo um aspecto de eficácia social, ou seja, de efetividade dos direitos humanos já existentes.

Sobre estes planos de ação de direitos humanos, na declaração e no programa de ação da Conferência de Viena, constou a seguinte recomendação aos Estados-parte:

69. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos recomenda firmemente o estabelecimento de um programa abrangente, no âmbito das Nações Unidas, para ajudar os Estados na tarefa de criar ou fortalecer estruturas nacionais adequadas que tenham um impacto direto na observância geral dos direitos humanos e a manutenção do Estado de Direito. Esse programa, que será coordenado pelo Centro de Direitos Humanos, deverá oferecer, mediante solicitação dos Governos interessados, assistência técnica e financeira a projetos nacionais de reforma de estabelecimentos penais e correcionais, de educação e treinamento de advogados, juizes e forças de segurança, em direitos humanos, e a projetos em qualquer outra esfera de atividade relacionada ao bom funcionamento da justiça. O programa deve oferecer assistência aos Estados na implementação de planos de ação e na promoção dos direitos humanos.

Desta forma, ao mesmo tempo em que recomendou Planos de Ação aos Estados, a ONU se dispôs a auxiliá-los nos preparativos desses planos de ação. Foi a partir da Conferência de Viena, da qual o Brasil participou, inclusive, com a relatoria na pessoa do seu embaixador Gilberto Saboia, que surgiu a necessidade da criação, a nível interno, de um programa de direitos humanos que conferisse concretude às recomendações lá indicadas. Foi a partir da Conferência de Viena também que os Estados passaram a assumir os direitos humanos como política oficial de seus governos, consolidando-se na democracia, como verdadeiras políticas de Estado (PINHEIRO, 2010, p. 9).

No Brasil, com a Carta Constitucional de 1988 e o processo de democratização do País, o reconhecimento aos direitos sociais da cidadania, foi uma consequência previsível. Era uma dívida histórica do

Brasil para com seu povo, sobretudo porque durante os 20 anos de ditadura militar, não só faltou ação positiva de efetivação, mas ao contrário, houve violência direta, e grave, contra todos os tipos de direitos fundamentais (RANGEL et al., 2008, p. 45).

As garantias fundamentais passaram a fazer parte do artigo 5º da CF, demonstrando a ânsia do legislador constitucional em defender posições básicas do ser humano, como o direito de ir e vir, direito de não sofrer abuso de autoridade, de conhecer e corrigir informações privadas controladas pela administração pública, de ver seus direitos constitucionais devidamente regulamentados por normas adequadas de complementação, em especial, normas de procedimentos. Desta forma, depois de um longo período em que o povo foi dominado por um governo autoritário, sem legitimidade democrática, houve pela primeira vez, uma especializada atenção jurídica ao tema da proteção da dignidade da pessoa humana.

Na Conferência Mundial dos Direitos Humanos de Viena, em 1993, surgiu a ideia de apresentar aos Estados participantes para que elaborassem programas governamentais cujo objetivo fosse agregar a proteção e o estímulo dos direitos humanos aos seus programas de Estado e de governo, com o objetivo de que a comunidade internacional deve eliminar obstáculos, por ventura existente, na busca da realização plena e universal de todos os direitos humanos.

A Conferência de Viena firmou acordo sobre a importância de que os Direitos Humanos passassem a ser conteúdo programático da ação dos Estados nacionais. Por isso, recomendou que os países formassem e implementassem Programas e Planos Nacionais de Direitos Humanos. (BRASIL, 2009, p. 15).

A Declaração de Viena demonstra que é um instrumento público da insatisfação das Nações Unidas diante da miséria humana e, ao mesmo

tempo, a edição dos PNDH representam a grande preocupação do governo brasileiro com a proteção da dignidade da pessoa humana, indicando obrigações (de fazer e de oferecer) e que estas não têm natureza restrita de valores morais (ALEXY, 2010, 2012).

É nesse contexto que em 13 de março de 1996 é criado o Programa Nacional de Direitos Humanos, que de ora em diante chamaremos, por uma questão prática, de PNDH, como um programa de Estado do governo federal, baseado na Constituição de 1988, considerada pelo Constituinte originário, como a “Constituição Cidadã”, contendo toda essa bagagem da situação dos direitos humanos no Brasil e as medidas a serem efetivadas para sua defesa e fomento. Sendo o Brasil o primeiro País da América Latina a ter um documento oficial de incentivo e proteção aos direitos humanos.

Desde a época foram editadas 3 versões do PNDH. A primeira versão criada em março/1996, contendo direitos civis e políticos; a segunda versão, publicada em maio/2002, chamado de PNDH-II, em razão da IV Conferência Nacional dos Direitos Humanos, ocorrida em 1999, onde foram atualizados os itens constantes do documento, quando foram incluídos os direitos sociais e econômicos; e a terceira versão publicada em 21 de dezembro de 2009 como PNDH -3, em razão da necessidade de revisão, ampliação e aperfeiçoamento das diretrizes para os direitos humanos.

A proposta de ação apresentadas nos PNDH's não tem força de lei, mas tem força vinculante para a administração pública (Decreto 7.037, 21 dezembro 2009). São medidas concretas de ação, diretrizes, objetivos estratégicos e ações programáticas, todos com metas, prazos e recursos para a implementação definidos e aprovados em Planos de Ação de Direitos Humanos bianuais (Art. 30, Decr. 7.037/2009) a serem seguidos e metas a serem alcançadas pela Administração Pública, sob a supervisão e acompanhamento de Comitê de Monitoramento formado por 17 representantes de Ministérios e outros 04 representantes de Secretarias especiais do Governo Federal, todos, portanto, membros

diretamente subordinados à autoridade da Presidência da República. Não é por outra razão que a Coordenação geral das ações ficou na responsabilidade de uma nova secretaria especial, chamada de Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República (Art. 40. § 10. Decr. 7.037/2009). Ainda que os seus objetivos tenham sido alvo de inúmeras críticas por parte dos mais variados segmentos, situação que será objeto de análise em item posterior, seus pontos mais controvertidos estão absolutamente de acordo com os critérios internacionais dispostos nos instrumentos internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é parte, demonstrando sua tendência na afirmação dos direitos humanos assumidos pelo Brasil através dos tratados e convenções internacionais de que faz parte.

O objetivo dos PNDH's, seguindo as orientações da Declaração de Viena, foi o de identificar os principais entraves à promoção e a proteção dos direitos humanos no Brasil, selecionar as prioridades a serem discutidas e as propostas de efetivação social, cultural, administrativa, legislativa, a fim de resolver para dar efetividade aos direitos humanos, resolvendo os problemas que dificultam ou inviabilizam a sua plena realização.

Os Programas de Ação nada mais são do que medidas de efetivação de direitos humanos vinculantes, já existentes no Brasil, justamente por força dos direitos constantes dos Tratados de Direitos Humanos assumidos pelo Brasil, que possuem força normativa, e até ter força normativa constitucional, como no caso dos direitos humanos fundamentais, como é o caso da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Emenda 45/2008). Não são novos direitos, portanto, nem precisam de leis para ser reconhecidos e os programas de ação tem a função de implementar com êxito os direitos já assumidos nos documentos internacionais.

Os PNDH's não cumprem a função de assegurar *existência* a direitos vinculantes, não enfrentam o problema de dizer *o que são* e *quais são* os direitos humanos, mas tem a função de explicitar *como* os direitos

humanos já existentes, e vinculantes, serão realizados no contexto das políticas públicas de um governo democrático, como é o caso do Brasil.

Os Programas Nacionais de Direitos são, antes de medidas governamentais, políticas de Estado. Resultam de uma história recente de consolidação das instituições democráticas na sociedade brasileira. Têm por referência a Constituição de 1988, conhecida como “Constituição cidadã”. O PNDH-3 não é, sob essa perspectiva, uma iniciativa absolutamente nova, tampouco um tresloucado gesto de militantes políticos da velha esquerda ou de guerrilheiros do passado, hoje convertidos às regras da sociedade política democrática. Ao sancionar o Decreto 7.037, de 21 de dezembro de 2010, o presidente Lula agiu como chefe de Estado, tal como seu predecessor o fizera, representando todos os poderes constitucionais. Era o que se esperaria de seu papel constitucional. (ADORNO, 2010, p. 10).

As ações dos PNDH's são as medidas consideradas possíveis por um governo democrático. Não são medidas impostas por organismos internacionais, nem pela sociedade. Mas tal fato, que, aparentemente, parece ser uma desvantagem, não é de todo. Esses programas são compromissos políticos de cada governo com a sociedade, é o resultado de diálogos diretos entre órgãos de governo e a sociedade civil. E estes diálogos são muitos. Entre o ano de 2003 até o ano de 2011 foram realizadas 82 conferências no País com esse tipo de finalidade.

Quando criadas em 1941, as conferências de educação e de saúde, primeiras conferências instituídas no Brasil, reuniam apenas representantes governamentais para o planejamento e direcionamento de ações descentralizadas. No entanto, entre o Estado Novo e o processo de reabertura política e redemocratização na década de 1980, houve uma mudança progressiva de um modelo que servia aos propósitos da administração centralizada para, posteriormente, um

modelo que se insere em uma lógica de descentralização e ampliação da participação social. Neste contexto, a 8ª Conferência de Saúde, realizada em 1986, com ampla mobilização e participação social, tornou-se um marco da participação social no Brasil, alterando a configuração e o propósito das conferências nacionais impulsionando outras áreas de políticas públicas a instituírem este tipo de processo participativo na gestão pública. (SOUZA et al., 2013, p. 8).

Esse é o contexto político da 11ª Conferência Nacional dos Direitos Humanos, realizada entre 15 e 18 de dezembro de 2008.

A Etapa Nacional conclui um processo de participação democrática, que se iniciou com os 137 encontros prévios às etapas estadual e distrital, denominados Conferências Livres, Regionais, Territoriais, Municipais ou Pré-conferências. Estes encontros envolveram aproximadamente 14 mil participantes, representando, além dos tradicionais movimentos sociais e entidades comprometidas com a causa dos direitos humanos – tais como pessoas com deficiência, quilombolas, grupos LGBT, pessoas idosas e indígenas –, novos segmentos, como as comunidades de terreiro, ciganos, populações ribeirinhas, entre outros. O relatório final da 11ª CNDH contém, na íntegra e sem alterações, as deliberações aprovadas na Conferência, resultado de votações dos delegados presentes, representando segmentos da sociedade civil (60%) e segmento do poder público (40%), gerando 36 Diretrizes, 678 Resoluções, divididas nos sete eixos orientadores, assim como, 101 Moções aprovadas nos Grupos de Trabalho e na Plenária. (SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2008, p. 1).

Esses Programas de Ação, portanto, adaptam e ajustam as políticas públicas de cada Secretaria ou Ministério de modo a transformar os direitos humanos em conteúdo programático de políticas públicas já existentes. É uma posição de governo, mas é um avanço na direção, sempre processual,

de consolidação do sentido e alcance dos direitos humanos segundo os limites, consensos e interesses plurais de uma sociedade democrática.

Ainda quando as ações estejam no âmbito do Poder Executivo, sua implementação também fica dependente de inúmeros fatores, como a definição de previsão orçamentária, poder político, e a conexão entre os vários níveis e órgãos governamentais responsáveis.

Ao fazer um rápido comparativo entre os PNDH's fica corroborada a concepção de que estes possuem um liame de continuidade. Todas as suas 3 edições possuem características comuns e estão associados a uma nova visão sobre direitos humanos, reconhecendo-se, especialmente a partir do PNDH-3, a indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, que é, de fato, de extrema importância para o reconhecimento e efetivação dos direitos humanos no Brasil. E de que estes não são somente direitos civis e políticos, são também direitos sociais, econômicos e culturais. Todos foram elaborados de formas diferentes, nos diferentes programas: na forma de seminários para buscar sugestões e propostas como no PNDH-1 ou em forma de Conferências como nos PNDH-2 e 3, com o objetivo de buscar formas de promoção e proteção dos direitos humanos, na forma de proposições de ação que acabaram por se tornar programas de governo, de direitos já consagrados tanto na Carta Magna de 1988 quanto nos Tratados Internacionais⁶¹ dos quais o Brasil faz parte e dar concretude a esses direitos.

O primeiro PNDH, instituído em 13/05/1996, através do Decreto n. 904, trouxe uma proposta abstrata e aberta de promover o entendimento sobre direitos humanos, como um conjunto de direitos universais, indivisíveis e interdependentes, que englobam direitos civis, políticos, à promoção e defesa destes direitos.

⁶¹ Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 e Protocolo de São Salvador em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificados pelo Brasil em 1992 e 1996.

Com o mérito de ter sido formulado a partir de ampla discussão pública conduzida pela Coordenadoria do Programa Nacional de Direitos Humanos, dirigida por José Gregori, chefe de gabinete do ministro da Justiça, Nelson Jobim, responsável por sua preparação, o Programa não é resultado de decisões tomadas em gabinetes fechados. Na elaboração do Programa – entre outubro de 1995 e maio de 1996 – o governo federal recebeu contribuições de organizações não-governamentais (ONGs), de universidades e de centros de pesquisa, recolhidas pela Universidade de São Paulo por intermédio do Núcleo de Estudos da Violência. Realizou ainda seis seminários regionais para a discussão do pré-projeto do Programa – em São Paulo, Rio de Janeiro, Recife, Belém, Porto Alegre e Natal – com a participação de 210 entidades. A proposta do Programa recebeu entusiástica acolhida por parte das organizações da sociedade civil, consagrando uma perspectiva autenticamente suprapartidária à sua discussão. Ficou evidente, desde o primeiro instante, que não se tratava de um contrato de confiança entre Estado e ONGs, mas de um projeto de parceria no qual a autonomia da sociedade civil é condição necessária. O pré-projeto do Programa foi debatido também na Primeira Conferência Nacional de Direitos Humanos realizada em Brasília (3). Dentro do sentido, claramente definido pelos organizadores da Conferência, de que não se tratava de instância deliberativa, mas de espaço para críticas e sugestões, os grupos temáticos e a plenária deram notável colaboração ao conteúdo do Programa. (PINHEIRO; MESQUITA NETO, 1997, p. 117).

Assim como a propagação do que são direitos humanos como elemento indispensável e primordial para a elaboração, execução e avaliação das políticas públicas, a edição do primeiro PNDH continha um enfoque mais direcionado aos direitos civis, quer seja, aqueles direitos que dizem respeito à integridade física, liberdade e intimidade de cada indivíduo, o que parecia comprometer a noção de *indivisibilidade* dos direitos humanos. “O governo brasileiro, ao situar a responsabilidade pelo

Programa no Ministério da Justiça, sinaliza a necessidade de ressaltar a realização dos direitos civis.” (PINHEIRO; MESQUITA NETO, 1997, p. 124).

Entre as principais medidas legislativas que resultaram de proposições do PNDH figuram o reconhecimento das mortes de pessoas desaparecidas em razão de participação política (Lei nº 9.140/95), pela qual o Estado brasileiro reconheceu a responsabilidade por essas mortes e concedeu indenização aos familiares das vítimas; a transferência da justiça militar para a justiça comum dos crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares (Lei 9.299/96), que permitiu o indiciamento e julgamento de policiais militares em casos de múltiplas e graves violações como os do Carandiru, Corumbiara e Eldorado dos Carajás; a tipificação do crime de tortura (Lei 9.455/97), que constituiu marco referencial para o combate a essa prática criminosa no Brasil; e a construção da proposta de reforma do Poder Judiciário, na qual se inclui, entre outras medidas destinadas a agilizar o processamento dos responsáveis por violações, a chamada ‘federalização’ dos crimes de direitos humanos (www.direitoshumanos.usp.br).

O PNDH-2 agregou ações específicas no âmbito de proteção e garantias sociais como: os direitos à saúde, educação, trabalho, previdência e assistência social, cultura e lazer e a um meio ambiente saudável. Neste programa foram implantadas novas maneiras de acompanhar e inspecionar as ações previstas no programa nacional, fulcradas no método existente entre a execução do programa e a elaboração dos orçamentos por parte dos governos Federal, Estadual e Municipal. Diferente do que continha no PNDH-1, o PNDH-2 passa a definir as propostas e metas de curto, médio e longo prazo, a serem implementados por planos de ação anual⁶², que deverão definir as medidas que serão adotadas, os recursos orçamentários

⁶² Que definirá as medidas a serem adotadas, os recursos orçamentários para financiá-las e qual o órgão do governo que ficará responsável em executá-la.

a serem destinados a financiá-las e os órgãos governamentais responsáveis por sua execução.

O Programa possui um capítulo somente sobre a Inserção do Brasil no Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, onde traça ações para o cumprimento e implementação das leis internacionais, recomendações, metas e demais documentos consensuais que o Brasil aderiu. Inova lançando propostas para dar cumprimento ao art. 12 da Convenção Internacional da Mulher e aos acordos internacionais sobre a mulher, quando trata do aborto, mas traz a proteção ao *adoecimento feminino*. O PNDH traz a importância da universalização do acesso à saúde, através do fortalecimento do Sistema Único de Saúde (SUS) e reconhece o documento a grave violação de direitos humanos que constitui a falta de acesso aos benefícios sociais relativos à proteção à maternidade por alguns segmentos, destacando-se o de mulheres que trabalham no setor informal ou se encontram em situação de exclusão social, comprometendo-se a implementar programas de remuneração para mães não amparadas pela previdência social (item 361). Reafirma o Programa os direitos conquistados pelas pessoas com HIV/Aids, comprometendo-se a apoiar a melhoria da qualidade do tratamento e assistência, inclusive a acessibilidade aos medicamentos.

O PNDH-3 alterou a redação de parte do plano de ação do plano anterior em temas tidos como “polêmicos”, como a defesa da descriminalização do aborto, a criação de uma instância não judicial para mediar a desocupação de terras, a proibição da ostentação de símbolos religiosos em estabelecimentos públicos da União.

Com base nas reflexões que demonstramos, não parece haver dúvida de que os PNDH são manifestações do compromisso do Governo Federal com pleitos históricos do povo, ainda que seja muito limitada a possibilidade de garantir direitos ao povo, somente por meio de iniciativas por parte do Poder Executivo. Afinal, políticas públicas tem por objetivo

de elaborar e decidir as ações e programas que possam produzir maior concretude aos direitos já provisionados pelas normas, especialmente no que diz respeito às questões previdenciárias.

E no que diz respeito à efetivação do que é comprometido por programas e planos de ação de políticas públicas, ainda que não possuam força normativa, por serem *diretrizes, metas* a serem cumpridas. As políticas públicas, fazendo parte do eixo dos direitos sociais, são tidas por alguns como um modelo fraco e vazio de efetividade, principalmente, se retirada sua característica de direitos fundamentais (BARRETO, 2010, p. 196-197). O que possuem, é um efeito de alta relevância, que é o poder de exigir do Estado uma conduta obrigacional positiva e negativa para sua efetividade (COURTIS, 2003, p. 139). Se positiva, encaixando-se no *status positivus socialis*, atrelados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos e da criação de bens imprescindíveis inexistentes a todos os que dele necessitem. Se negativa, em razão do que dispõe o art. 5º, § 1º da CF/88, ainda que a sua densidade normativa seja mínima, sempre estarão prontos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, já que a regra geral é de que não existe norma constitucional desprovida de eficácia e aplicabilidade (SARLET, 2007, p. 297-301).

O Estado tem o dever de produzir a legislação necessária à implementação dos direitos, sendo seu dever agir positivamente, ao qual corresponde um direito à prestação (ação) positiva, em cujo titular é a coletividade (ALEXY, 2011, p. 445). Logo, agindo positivamente e criando políticas públicas para ver efetivados direitos antes esquecidos, não reconhecidos, o Estado está cumprindo com dever de legislar positivamente, ainda que os programas nacionais de direitos humanos não tenham força legislativa, possuem poder vinculante frente à administração pública.

Quando se trata de direitos fundamentais sociais prestacionais o que se discute é a possibilidade de efetivação do seu objeto pelo indivíduo

(destinatário da norma), visto a análise que se tem que fazer da existência de meios para que o Estado cumpra a obrigação, ante a limitação dos recursos que constitui um limite para efetivação desses direitos (SARLET, 2007, p. 303), ainda que as normas que criem direitos sociais, de um modo geral, na América Latina, sejam apenas e tão somente normas programáticas, não conferindo direitos subjetivos no sentido tradicional do termo aos direitos sociais (COURTIS, 2003, p. 136).

Fica evidente que os PNDH's promoveram uma importante influência dos direitos humanos no âmbito das políticas públicas, sejam estaduais ou federais. Os PNDH's representam um avanço para a democracia na direção da justiça social e da representação popular. O PNDH-1, editado naquele contexto do massacre em Eldorado dos Carajás (1996), ocasião em que 19 trabalhadores rurais foram assassinados pela Polícia Militar, foi absolutamente pioneiro na América Latina e o terceiro Programa desse tipo no mundo, depois da Austrália, África do Sul e Filipinas. Foi um programa original, portanto, ainda que tenha preterido os direitos sociais para concentrar atenções a graves violações à integridade física e liberdades. No PNDH-1, o maior foco residiu no combate às injustiças, ao arbítrio e à impunidade, nomeadamente daqueles encarregados de aplicar leis. *“Os principais resultados foram alcançados no campo das políticas de segurança pública”* (ADORNO, 2010, p. 11).

O PNDH-2 compreendeu 518 medidas:

Em face das críticas que o anterior mereceu, este incorporou os direitos de livre orientação sexual e identidade de gênero, assim como proteção dos ciganos. Conferiu maior ênfase à violência intra-familiar, o combate ao trabalho infantil e ao trabalho forçado, bem como à luta para inclusão dos cidadãos que demandam cuidados especiais (“pessoas portadoras de deficiência”, conforme o texto do programa). Para além desses avanços, o PNDH2 é reconhecido por dois enfoques: a incorporação dos direitos econômicos, sociais e

culturais que, por razões políticas, haviam sido sombreados no PNDH1, e os direitos de afrodescendentes. (ADORNO, 2010, p. 12).

O PNDH-3 representa, em primeiro lugar, o avanço no equilíbrio da importância dos direitos sociais como direitos humanos: de uma visão mais restrita à respeito da prioridade dos direitos civis e políticos presente nos PNDH-1 e PNDH-2, esse PNDH-3 é mais atento a ações no âmbito da educação, seguridade social e das relações de trabalho. A sua realização aproximou a população dos direitos humanos, e suas metas e diretrizes serviram de base de apoio às políticas públicas e sua efetivação, exigindo esforços do Poder Público em incluí-los, gradualmente, na ordem jurídica interna do Estado e implementar as políticas públicas, buscando promover e proteger a concretização dos direitos sociais previdenciários na ordem material das relações entre os particulares e o Estado e dos particulares entre si.

A realização dos PNDH's representa um avanço lento, porém paulatino, para a conquista e a legitimação dos direitos humanos sociais, cuja efetivação depende de programas de ação convertidos em políticas públicas, que devem ser cobradas e exigidas pela sociedade, envolvendo o Estado e a sociedade, imbuídos de uma relação de complementariedade.

A negação dos PNDH's demonstraria negar o verdadeiro significado de cidadania, que é o fundamento do Estado democrático (e social) de Direito, na busca constante de uma sociedade, livre, justa e solidária.

4.2.7 A Recomendação n. 202 sobre Pisos Mínimos de Seguridade Social (OIT, 2012)

A partir da edição da Conferência Internacional do Trabalho de 2012, a OIT aderiu à Recomendação 202,⁶³ que trata dos pisos mínimos para

⁶³ Que foi por assim dizer uma quase unanimidade, pois houve adoção por 183 países (com apenas uma abstenção).

a Seguridade Social. Esta Recomendação veio complementar a Convenção n. 102, que trata das normas mínimas de Seguridade Social (1952).

Esta Recomendação é um marco na história da Seguridade Social, em razão de ser a primeira que trata de forma autônoma sobre Seguridade Social, tratando sobre pisos de proteção social, a primeira votada depois de 1944, ou seja, 68 anos depois em uma Conferência Internacional do Trabalho.

A Recomendação n. 202 da OIT reitera que a Seguridade Social é Direito Humano, fazendo parte das necessidades de uma sociedade (social e econômica), e informa de que forma os Estados podem instituir ou manter os pisos mínimos de proteção social como um item fundamental aos sistemas de Seguridade Social de um Estado, assim como suas técnicas para expandir esse sistema de Seguridade Social, visando implementar progressivamente os direitos ali assegurados, e enquadrar o maior número de pessoas possíveis aos quadros e sistemas de Seguridade Social.

Ressalte-se que a Recomendação n. 202 traduz uma mensagem de que esses níveis mínimos de proteção social devem acontecer, ainda que exista um momento de crise econômica. Levando em consideração que os períodos de crise econômica não podem ser um pretexto para a não implantação dos níveis mínimos de proteção social, e que a legislação infraconstitucional deve garantir o acesso à Seguridade Social à maior quantidade de pessoas possíveis, na medida das possibilidades e condições de cada Estado naquele determinado momento histórico. Cada Estado membro pode, ainda, pedir apoio e cooperação internacional com vistas à somar forças e financiar as medidas essenciais de proteção social que devem ser implementadas, até que esteja com capacidade financeira de sustentabilidade.

Assim, a Recomendação n. 202 aconselha e indica aos Estados: “Item 13. 2. Os Membros deveriam estabelecer progressivamente e manter sistemas de seguridade social completos e adequados, coerentes

com os objetivos políticos nacionais, e procurar coordenar as políticas de segurança social com outras políticas públicas.”⁶⁴

Nos termos da Recomendação n. 202, os pisos de proteção social devem integrar àquelas garantias básicas de Seguridade Social do Estado, de forma a poder obstar ou diminuir a pobreza, a exclusão social e as fragilidades temporárias ou permanentes dos indivíduos. Conforme a proposição expandida na conferência, seu propósito teve como objeto a promoção da proteção social adequada às pessoas, com a assistência médica básica essencial, um sistema (regime) de benefícios a todos⁶⁵ e segurança de renda, tendo como objetivo reduzir a saúde precária, com vistas à erradicação dos níveis de pobreza e da diminuição e extinção de mortes prematuras em crianças e adolescentes. Trata ainda sobre aquelas pessoas que se encontram com emprego no mercado informal de trabalho, aduzindo que estas também deveriam ser beneficiadas pela Seguridade Social, assim como aquelas que estão formalmente empregadas, apoiando explicitamente a redução da informalidade e o crescimento e avanço da empregabilidade formal. Aqui também aparecem os pisos de proteção social ao introduzir novos cidadãos no mercado formal de trabalho, incentivando as políticas sociais de emprego.

A Recomendação n. 202 traz em seu bojo o clamor para que os Estados membros implementem os pisos de proteção com agilidade e eficiência, na medida de suas possibilidades, trazendo consigo um processo de desenvolvimento e crescimento nacional.⁶⁶ O que significa dizer que os Estados precisam adaptar-se com um nível de implementação

⁶⁴ Tradução livre do espanhol para o português;

⁶⁵ Aqui envolvendo um mínimo de renda inclusive para crianças que dela necessitarem, idosos e portadores de deficiência (Benefício de Prestação Continuada), maternidade, invalidez.

⁶⁶ No Brasil o exemplo clássico da implantação da Recomendação n. 202 é o programa Bolsa-família que tem reduzido os índices de pobreza e aumentado a concentração de renda, assim como o Sistema Único de Saúde que tem aumentado a quantidade de pessoas que possuem acesso aos serviços médicos essenciais de saúde.

adequado às suas realidades locais, com o dever de apresentar algum modo de proteção social mínima aos seus membros.

4.3 A COBERTURA UNIVERSAL DA SEGURIDADE SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

4.3.1 Assembleia Nacional Constituinte e o objetivo da cobertura universal

Por um longo período de tempo, as políticas sociais no Brasil se caracterizavam como certo modelo de proteção social que só se modificou após o advento da Carta Constitucional de 1988.

Até o final dos anos 80, o modelo de proteção social brasileiro, aliava um tipo de seguro social na área previdenciária, sendo possível citar algumas das distinções apontadas entre o padrão de seguro social aplicado à Previdência Social e o padrão assistencial: a) no padrão assistencial as ações, de cunho emergencial, são voltadas à parcela mais pobre e fragilizada da população; b) no padrão de seguro social a proteção social daqueles que terão direito a um benefício é uma relação de direito contratual, onde a concessão dos benefícios estão condicionados à contribuições anteriores à filiação dos indivíduos a este seguro social. Também denominada de relação de *cidadania regulada* pela condição de trabalho. Não deixando de ser uma forma de excluir do modelo de proteção social a parcela da sociedade que trabalhava na informalidade, que terminavam por não estarem aptos a participar das classes de seguro social. Essa exclusão de parcela da população do seguro social, que durou décadas, passou a ser questão de honra para o resgate da democracia, resultando no entusiasmo dos Constituintes originários que iniciaram seus trabalhos rumo a uma nova Constituição, 1987 (FLEURY, 2005, p. 451-452).

A partir do momento que houve a passagem da ditadura militar para a democracia foi que começaram a emergir as causas sociais e econômicas, e foi com a Carta Constitucional de 1988 que aconteceu no Brasil, o reconhecimento aos direitos sociais imanentes da cidadania foi uma consequência. Como uma dívida que o Constituinte tinha com o povo, devido a todo o período de ditadura militar, onde houve um massacre dos direitos como um todo (RANGEL et al., 2008, p. 45). É fato notório que o Brasil passou por uma crise política, social e econômica demasiada, onde os direitos do povo foram rechaçados e a Constituição vigente literalmente “jogada no lixo”, conseqüentemente o advento da Constituição de 1988 e a confirmação dos direitos sociais foi um resultado esperado pelo povo e legitimado pelo Constituinte originário.

A promulgação da Carta Constitucional de 1988 foi que trouxe um novo conceito de Seguridade Social, onde o arcabouço de proteção social, abandona um modelo de cenário especificamente social-trabalhista e assistencialista, passando a adquirir um sentido de cidadania (RANGEL et al., 2008, p.45). O sistema de Seguridade Social adotado pelo Brasil, a partir da Constituição de 1988 trouxe um sistema de inclusão social, de direitos altamente ligados aos Direitos Humanos e em consequência aos Direitos Sociais. O sistema de Seguridade Social trazido pela Constituição Federal de 1988 aumentou o âmbito de atuação do Estado, com o objetivo precípua de promover o bem estar social e a justiça social para todos, em razão dos momentos de fragilidade encontrados, por meio de um sistema de Seguridade Social de proteção que passam a integrar as áreas da saúde, assistência e previdência social.

A Assembleia Nacional constituinte escolheu os direitos sociais à saúde, assistência social e previdência como os mais importantes a serem protegidos, a fim de resguardar a vida e a dignidade da pessoa humana, considerando que a dignidade da pessoa humana passou a ser um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Beveridge (1942, p. 6) incontinenti mencionava que a organização de um seguro social precisa ser discutida como parte integrante de uma política geral do Estado, a fim de promover o desenvolvimento social, e com este a afiliação de um maior número de pessoas e um melhor enfrentamento das misérias sociais, donde se pode verificar que somente com um sistema de seguridade social em flanco funcionamento é que será resolvido o problema da miséria e exclusão social.

Em democracias recentes do eixo latino-americano, como é o caso do Brasil, a organização da previdência social é inspirada nesses ideais de justiça política e também nos princípios clássicos do sistema de Seguridade Social de Beveridge (STRAPAZZON; COSTA, 2013),⁶⁷ ou seja, na (1) *proteção continuada* dos que perderam sua renda própria, (2) na *contribuição permanente* para garantir o financiamento estável do sistema, (3) na *unificação administrativa* da gestão dos benefícios e serviços de seguridade social, (4) em *valores adequados* para os benefícios, (5) na *abrangência universal* do sistema e (6) na adequada *classificação* dos contribuintes e beneficiários (BEVERIDGE 1942, p. 10). Muito embora essa seja sua matriz ideológica, o sistema previdenciário brasileiro é também o resultado de um complexo processo de disputas políticas, de um esforço histórico, e coletivo, para superar a imoralidade ou a injustiça de uma cena social marcada por um afastamento importante e discriminatório, por desigualdade social advinda de modelos excludentes de desenvolvimento econômico.

Todas essas últimas características se agravaram, a partir dos anos setenta e oitenta. Nesse período recente, tanto o Brasil quanto outras nações latino-americanas que realizaram reformas estruturais neoliberais, como o México, o Chile e a Argentina, começaram a reconhecer a emergência de um novo tipo de problema, associado às tradicionais

⁶⁷ Este texto faz parte da pesquisa em fase de construção, que resultou no presente trabalho, já publicado em Strapazzon e Costa (2013).

práticas de ajuda coletiva, de reciprocidade e solidariedade social: o novo fenômeno foi a fragmentação das comunidades locais semirrurais e a substituição da ética da solidariedade comunitária pelo crescimento da indiferença moral. Estes dois últimos fenômenos parecem ter sido especialmente acentuados por dois eventos: de uma perspectiva social, o crescimento populacional associado à expansão de grandes centros urbanos. Sociedades tipicamente rurais se convertem em sociedades metropolitanas massificadas e consumistas; e, de uma perspectiva estatal, a onda de reformas estruturais que retirou funções prestacionais do Estado central. Tudo isso aumentou muito a insegurança social para muitos setores das sociedades latino-americanas.

Esses são grandes traços bem conhecidos das nações subdesenvolvidas da América Latina e da crise de seus sistemas de políticas sociais. No caso mais específico da Previdência Social no Brasil é importante é relevar esse último ponto. É que a partir dos anos oitenta, sobretudo a partir da Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988) ganhou força um discurso de reformas sociais, neoliberal, ditado pela orientação ortodoxa na política econômica e que muito influenciou os debates e os rumos da organização do modelo brasileiro de seguridade social.

Para seus críticos a introdução da Seguridade Social como preceito constitucional inviabilizava financeiramente a Previdência Social, pois foram aumentados os valores dos benefícios e flexibilizadas as condições de acesso aos benefícios, não houve vinculação de benefícios com contribuições e não houve separação entre as contas da Previdência e Assistência [...] (FLEURY, 2005, p. 458).

No Brasil, por exemplo, esse discurso reformista da Seguridade Social predominou na ocasião em que foram elaboradas as Leis 8.212/91 e 8.213/91. Duas foram as principais consequências percebidas desse evento: a primeira foi o enfraquecimento da tese da *segurança social* integrada e

correlacionada e, assim, a desarticulação jurídica entre *saúde, assistência e previdência*; a segunda foi o fortalecimento da tese do *seguro social*.

Para alguns dos defensores do conceito de Seguridade Social, esta já não tem mais existência formal nem administrativa, desde que a legislação ordinária separou as três áreas componentes, nem financeira, já que houve uma progressiva especialização das fontes, que se acentuará no período seguinte [...] (FLEURY, 2005, p. 458).

Tanto no Brasil quanto nos demais (e poucos) locais em que há sistemas previdenciários relativamente funcionais, ou seja, instituições, orçamento e direitos formalmente estabelecidos, prevalece a visão da previdência social como um sistema a serviço das pessoas *que contribuíram* para formar um *seguro social*, ou seja, prevalece a abordagem da *previdência social como sistema de contrapartidas e equivalências* (STRAPAZZON; COSTA, 2013).⁶⁸

No Brasil, no entanto, as premissas do sistema constitucional da seguridade social não são os mesmos que foram adotados pelas leis orgânicas antes mencionadas. O desenho jurídico-constitucional da seguridade social precede a onda neoliberal. E é o regime jurídico-constitucional precedente que determina o sentido e o alcance dos direitos fundamentais a prestações do sistema de seguridade social, ou seja, dos subsistemas de direitos a prestações previdenciárias, assistenciais e sanitárias. O desenho constitucional específico do sistema de direitos constitucionais previdenciários foi esboçado, precipuamente, pela Assembleia Nacional Constituinte. E o texto da Constituição do Brasil estabelece, no Art. 201, em conexão material com o art. 60, do Título II, as *hipóteses fáticas básicas* do subsistema de direitos fundamentais

⁶⁸ Este texto faz parte da pesquisa em fase de construção, que resultou no presente trabalho, já publicado em Strapazzon e Costa (2013).

previdenciários, integrado aos fundamentos e objetivos do sistema constitucional de *seguridade social*. Vê-se, portanto, que “[...] a *Seguridade Social*, como princípio reitor da proteção social, consagrado na CF/88, não foi concluída organizacional, financeiramente ou em relação ao padrão de benefícios e à cobertura.” (FLEURY, 2005, p. 458).

A análise do texto constitucional revela a alta importância desse subsistema de direitos para o sistema brasileiro de direitos fundamentais. Basta registrar, por hora, que as hipóteses fáticas básicas que geram direitos a benefícios previdenciários, por sua importância e conexão material com direitos fundamentais, estão formalmente estabelecidas no texto original da Carta da República, razão pela qual devem receber proteção especial do Estado (leis, orçamento e políticas públicas) e da sociedade (contribuições sociais e respeito). Tais hipóteses fáticas foram estabelecidas no Art. 201 do texto constitucional e objetivam garantir um nível mínimo de renda para todas as pessoas que se encontram em situação de especial risco vital e existencial.

De um modo geral, o sistema brasileiro de direitos constitucionais previdenciários resistiu à onda das reformas estruturais dos anos 80 e 90, mas o sistema infraconstitucional, o INSS, a doutrina e a jurisprudência inclinam-se, *grosso modo*, por uma interpretação restritiva dos sujeitos protegidos. O entendimento dominante é que o sistema previdenciário protege os *contribuintes*; ou seja, que o princípio preferencial desse sistema de direitos é o princípio *contributivo* (CF Art. 195, § 50, Art. 201, *caput*) (STRAPAZZON; COSTA, 2013).⁶⁹

Em regimes jurídicos determinados pelo *princípio contributivo*, as pessoas que exercem atividade remunerada participam do financiamento dos custos sistêmicos e, por isso, são titulares de expectativas e direitos a prestações, em alguma proporção. Aí estão os empregados do setor

⁶⁹ Este texto faz parte da pesquisa em fase de construção, que resultou no presente trabalho, já publicado em Strapazzon e Costa (2013).

privado, os trabalhadores rurais, os funcionários públicos celetistas (aqueles que possuem contratos regidos de acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT) os contribuintes autônomos, isto é, aqueles que contribuem de forma espontânea para a Previdência Social, como, por exemplo, os profissionais liberais, os trabalhadores. (MINISTERIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO, 2012, p. 30). Isso, à primeira vista, seria o que distingue a Previdência Social daquele outro ramo da Seguridade Social que é a Assistência Social (CRFB, Art.6o.; Art. 203), já que está é caracterizada pela gratuidade do atendimento universal a pessoas desamparadas, ou seja, que se encontrem em situação de alto risco social, e que nunca hajam contribuído financeiramente para o custeio do sistema (STRAPAZZON; COSTA, 2013).⁷⁰

Muito embora essa dicotomia tenha bases constitucionais, diferente dos sistemas clássicos de seguro social, orientados pela relação contratual entre contribuição e benefícios, a Previdência Social no Brasil não é custeada exclusivamente pelas receitas de segurados, mas por contribuições de trabalhadores, empresas e Estado, em proporções variáveis. O regime jurídico da Previdência Social, ao menos o que está constitucionalmente estabelecido é mais do que um mero sistema de seguro social. É uma organização administrativa de políticas públicas de natureza distributiva e protetiva da dignidade das pessoas. É, por isso, um complexo subsistema de direitos constitucionais fundamentais prestacionais regido pelos princípios constitucionais da seguridade social. E como tal, existe para ser eficaz, ou seja, para proteger os titulares que puderem ser atribuídos, de modo constitucionalmente adequado, às hipóteses fáticas básicas do subsistema (STRAPAZZON; COSTA, 2013).⁷¹

⁷⁰ Este texto faz parte da pesquisa em fase de construção, que resultou no presente trabalho, já publicado em Strapazzon e Costa (2013).

⁷¹ Este texto faz parte da pesquisa em fase de construção, que resultou no presente trabalho, já publicado em Strapazzon e Costa (2013).

4.4 MUDANÇA CONCEITUAL ENTRE SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

A Previdência Social faz parte do eixo denominado Seguridade Social, que tem por objetivo resguardar a renda do trabalhador em caso de incapacidade para o trabalho (RANGEL et al., 2008, p. 42), entretanto com ela não se confunde, eis que esta tem como fundamento a universalidade de cobertura e do atendimento, concedendo um mínimo de proteção social a todos os indivíduos que estiverem dentro do território brasileiro, indistintamente, primando pelo fundamento do Estado democrático e social de Direito e amoldando-se no conceito da dignidade da pessoa humana com o disposto no artigo 3º da Constituição da República, uma política de bem estar e justiça social, com a erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem comum.

Conforme Strapazzon (2013), a Previdência Social, como parte deste eixo da Seguridade Social, é um direito formalmente estabelecido em praticamente todas as nações democráticas, a Previdência Social é um dos mais significativos emblemas de um entendimento avançado de direitos fundamentais e da cidadania. Junto com o direito do trabalho, é um símbolo da terceira dimensão de direitos fundamentais: os direitos fundamentais a prestações positivas do Estado. Seu propósito é, a uma só vez, clássico e contemporâneo: clássico porque é um refinamento do direito fundamental à segurança jurídica, entendida como proteção jurídica em face do retrocesso de status jurídico adquirido (SARLET, 2007, p. 4). Por isso o direito previdenciário é parte, em todo o mundo, dos sistemas de direitos de seguridade social (*seguridad social*, *social security*, *securité sociale*). E possui um propósito contemporâneo porque é um gênero de direitos cuja eficácia depende de uma complexa organização de políticas públicas, de direitos legais e da assimilação de princípios de

justiça pós-liberal, isto é, a favor da igual liberdade de todos, da universal consideração de interesses e da distribuição equitativa de bens coletivos fundamentais (DWORKIN, 1997, p. 343-344; RAWLS, 1997).

A Carta Constitucional brasileira de 1988 trouxe muitos avanços muito em matéria de direito previdenciário, no sentido de universalização, de minorar as desigualdades socioeconômicas, e de participação da sociedade na administração. Desempenhou também uma profunda mudança no modelo de proteção social no Brasil, na forma de seguridade social, positivando formas de efetivação há muito requeridas, com a universalização da cidadania. E procurou acabar com os conceitos de cobertura limitada aos setores incluídos no mercado formal e suavizar os vínculos entre contribuições e benefícios, criando instrumentos mais solidários e redistributivos. Com a transposição e avanço nos valores de solidariedade e redistribuição, descerra-se uma nova fase, autorizando a concessão de benefícios pelo critério da necessidade, com fulcro nos princípios da justiça social, determinando que seja ampliada universalmente a cobertura e passe a compor os arcabouços governamentais (FLEURY, 2005, p. 453). Desta forma, verifica-se uma ampliação do campo de atuação do Estado em matéria de seguridade social, aumentando o nível de segurança social, o âmbito de proteção, com um maior número de sujeitos de direito garantidos e um maior número de situações antes excluídas passam a ser albergadas.

O padrão constitucional da seguridade social no Brasil associou os três métodos já existentes, da seguinte forma: a saúde em razão da necessidade, a previdência social em razão da condição de trabalho e a assistência social pela incapacidade. A compreensão de que a previdência é um sistema contributivo⁷² e que necessita uma base de cálculo atuarial para

⁷² Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei.

assegurar sua conservação, ainda que não se desligasse do padrão solidário e distributivo da seguridade social, pois a Carta Magna de 1988 já trouxe uma consciência de que a contribuição não precisa vir, obrigatoriamente, do salário do trabalhador (FLEURY, 2005, p. 454). Isso significa dizer que a contribuição pode vir de outras fontes também, não, necessariamente, somente do salário do trabalhador. O que é o caso da previdência social no Brasil, onde há a diversidade da base de financiamento, que advém de várias fontes, sobre as quais haverá a incidência de contribuição para a seguridade social, de forma a impedir que qualquer situação adversa possa atravancar o sistema de proteção do segurado.⁷³

A novidade da seguridade social no Brasil está posta no elemento consistente de reforma do Estado, ao redefinir as ligações existentes entre os entes federativos e criar maneiras eficazes de integração e controle sociais. Peculiar às políticas sociais de saúde e de assistência, de modo descentralizado, participativo, solidário e redistributivo. Sendo que para isso, foi disseminada a base de financiamento para a sociedade como um todo, direta ou indiretamente (FLEURY, 2005, p. 455-456). Com a intenção de extinguir o conceito de seguro social, possuidor de uma relação austera entre contribuição e benefício, foi que a seguridade social no Brasil terminou por ser padronizada com a elaboração do “Orçamento da seguridade social” pela Constituição. Não tendo, contudo, determinado a forma de operação desta estrutura, autorizando, prontamente, que tivesse havido uma especificidade das bases de financiamento, em relação ao receptor, sendo que sua estrutura legal deve ser complementada com a edição de leis orgânicas para cada área (FLEURY, 2005, p. 456).

A seguridade social, considerada como princípio dirigente da proteção social pela Carta Constitucional de 1988, não foi terminada

⁷³ Folha de salários (empregados e empregadores), faturamento sobre o lucro, concursos de prognósticos (loterias), jogos de futebol, importação de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar (Lei 10.865/04).

“organizacional e financeiramente” ou relacionada ao modelo de benefícios e à cobertura (FLEURY, 2005, p. 258). O que significa dizer que este modelo contributivo também o é protetivo, devendo assegurar um mínimo necessário a todo o indivíduo, em razão da base de financiamento ser solidária e não necessitar que os valores para o pagamento da prestação advenha do salário ou da contribuição única do trabalhador que dela necessitar.

Pela Constituição Federal de 1988 é obrigatória para todos os trabalhadores, quer do setor público, quer do setor privado, a participação no regime da previdência social. Aos servidores públicos surgiu a alternativa de elaborarem seu próprio regime de previdência social, desde que observados, para a concessão do benefício, a garantia trazida pela Constituição, de integralidade da última remuneração. Já aos trabalhadores do setor privado, desde 1991, quando foi promulgada a Lei que reteria Regime Geral da Previdência Social (Lei 8.213/91) e que trouxe em seu bojo todos os detalhamentos sobre todos os tipos de segurados, carência, mudanças constitucionais, respeitando os preceitos constitucionais a respeito sobre direitos previdenciários, norteadores da Seguridade Social. Concomitantemente à Lei do RGPS foi aprovada a Lei 8.212/91, que tratou do Plano de Custeio da Seguridade Social e também o Conselho Nacional da Previdência Social (RANGEL et al., 2008, p. 46-49). Porém, toda esta legislação Carta Constitucional continha muitas incongruências, falhas e lacunas.

Com algumas lutas e muitas resistências, foi aprovada a Emenda Constitucional n. 20 (1998), que trouxe algumas inovações, criou regras de transição instituindo idade mínima e o famoso “pedágio”, corrigiu algumas falhas e imperfeições da Lei n. 8.213/91, tais como mudança do critério tempo de serviço pelo de tempo de contribuição; extinção da aposentadoria por tempo de serviço proporcional para os regimes geral e próprio, e estabelecimento de limite de idade para

aposentadoria por tempo de serviço integral para os servidores públicos; supressão da aposentadoria especial dos professores universitários; desconstitucionalização da fórmula de cálculo dos benefícios; unificação das regras previdenciárias para União, Estados e municípios; e previsão de criação de regimes complementares para os servidores públicos voltados para a reposição dos proventos superiores ao teto de benefícios vigente para o Regime Geral.

Entretanto, muito embora a EC n. 20 tenha vindo para solucionar problemas, muitas das desigualdades do sistema continuaram e as despesas previdenciárias seguiram crescendo. Destarte, cinco anos depois (2003), foi aprovada a Emenda Constitucional n. 41, cuja finalidade consistia na premência da construção de um modelo previdenciário mais equilibrado, que tivesse como princípios de base a isonomia entre os regimes geral e o regime próprio. A EC n. 41, trouxe algumas alterações marcantes nos métodos de escolha e nas fórmulas de cálculo dos valores dos benefícios dos trabalhadores do regime próprio. Entretanto, não enfrentou as questões sobre isonomia e supressão dos privilégios e diferenças entre os dois regimes. Quanto ao regime geral, a Emenda n. 41 trouxe o aumento do teto de contribuição, perfilando-o novamente ao nível de dez salários mínimos e a possibilidade de criação de um Sistema Especial de Inclusão Previdenciária, para atenção para os trabalhadores de baixa renda, assegurando-lhes possibilidade de obtenção a benefícios no valor de um salário mínimo, salvo aposentadoria por tempo de contribuição (RANGEL et al., 2008, p. 53).

Mais dois anos se passaram e em 2005 foi aprovada a Emenda Constitucional 47, que trouxe um abrandamento aos mandamentos ditados pela EC n. 41, no que diz respeito aos funcionários públicos, ao repor a igualdade nos reajustes e oportunizar a diminuição dos limites de idade para aposentadoria; a irredutibilidade do valor do benefício, no seu valor nominal; a diversidade da base de financiamento; a índole

democrática de gerenciamento; e a unificação dos métodos para urbanos e rurais.

Em termos de Previdência Social na Carta Constitucional de 1988, num primeiro momento, poder-se-ia dizer, que universalidade da cobertura e atendimento poderia expressar a inclusão de toda a população anteriormente excluída como participante da previdência. Porém, não é essa a conclusão a que se chega, quando se analisa o contexto do art. 201 da CF, que dispõe que terão direito aos benefícios da Previdência Social somente aqueles que contribuírem (RANGEL et al., 2008, p. 54).

A unificação do trabalhador urbano e do trabalhador rural quanto à natureza do seguro *versus* seguridade, fomenta uma discussão sobre a dupla função da previdência social no Brasil. Isso porque o segurado especial necessita somente comprovar sua atividade rural para possuir direito à previdência social, enquanto o trabalhador urbano precisa comprovar contribuição e carência para ter o mesmo direito. Tal fato, em favor do trabalhador rural, se deve ao fato do trabalho ser árduo e cansativo, e não estar voltado, necessariamente ao lucro, não se podendo esquecer também a garantia de segurança alimentar de todos, lembrando que os principais sistemas previdenciários do mundo todo subsidiam seus trabalhadores rurais, não sendo o Brasil uma exceção (RANGEL et al., 2008, p. 55).

A informalidade reduziu, como efeito imediato do aumento das coberturas previstas aos trabalhadores urbanos - tributação, art. 179 CF⁷⁴ - e rurais, a partir do cumprimento das providências previstas da Carta Constitucional de 1988 (RANGEL et al., 2008, p. 59-60).

A Constituição Federal de 1988 eliminou as diferenças até então existentes entre trabalhadores urbanos e rurais. A união de ambos os

⁷⁴ Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

regimes resultou na possibilidade do trabalhador rural poder contar o tempo de trabalho na atividade rural para fins de aposentadoria por idade, sendo considerada uma grande conquista, em razão de que nas décadas anteriores, mais de metade da população urbana, é advinda da atividade campesina, tendo a possibilidade, inclusive, de possibilitar e oportunizar a cobertura previdenciária a mais de um beneficiário dentro do mesmo grupo familiar, e não somente ao chefe de família, como o era até o advento da Constituição Federal de 1988.

A índole do Sistema Previdenciário é securitária, além de considerar que o forte entre os não-contribuintes é a informalidade, não o desemprego. Além de que não se pode olvidar que mesmo com peculiaridades de seguro, este sistema garante uma renda em momento de fragilidade do trabalhador, ainda que a base destes benefícios seja de apenas um salário mínimo (RANGEL et al., 2008, p. 68). Cabe exprimir que a informalidade dos trabalhadores rurais reduziu expressivamente a partir do cumprimento das providências previstas da Carta Constitucional de 1988, como efeito imediato do aumento das coberturas previstas aos trabalhadores e rurais. Assim, da forma em que se encontra o mercado de trabalho hodiernamente, políticas que abranjam os trabalhadores informais e excluídos de proteção e da seguridade social são imperativas por parte do Estado.

Igualmente, não podemos olvidar que a Carta Constitucional trouxe em seu texto constitucional ações de inclusão previdenciária ao conceder aos segurados especiais, o direito aos benefícios de auxílio doença, auxílio acidente, auxílio reclusão, pensão por morte e salário maternidade, além da aposentadoria existente até então. Assim como a redução da idade para fins de concessão de aposentadoria, de 65 anos para 60 e 55 anos.

Toda esta inclusão previdenciária promovida pela legislação antes mencionada tem um custo para a sociedade, da qual ninguém pode eximir-

se, haja vista que a responsabilidade social também é de todos e não só do Estado.

4.5 A UNIVERSALIDADE SUBJETIVA: INCLUSÃO DE NOVOS TITULARES

A Seguridade Social, cuja missão precípua é o acolhimento e a consequente prestação às necessidades substanciais do indivíduo, assegurando o bem-estar social e buscando o fundamento do Estado Democrático de Direito que é a dignidade da pessoa humana, bem como a Justiça Social, mandamento da Carta Constitucional brasileira, é crucial ao bom e fiel desenvolvimento da sociedade.

Sua razão de existir está plenamente justificada com o artigo 194, parágrafo único, inciso I, da Carta Constitucional quando explicita como fundamento basilar constitucional a “*Universalidade da Cobertura e do Atendimento*”.

Este conceito de universalidade de cobertura e atendimento envolve também um conceito de segurança social devido pelo Estado aos seus cidadãos, e que engloba toda uma gama de ações estatais que possibilitam o acesso destes indivíduos aos direitos sociais de prestações positivas do Estado nas situações de fragilidade do trabalhador por doença, acidente do trabalho, morte de um membro da família, invalidez, maternidade, desemprego, velhice, ou quando da ausência ou insuficiência de recursos financeiros para tratamento de saúde, ou em situações de pobreza e exclusão social ou ainda em situações de renda insuficiente, principalmente quando estivermos tratando de crianças, adolescentes e adultos dependentes.⁷⁵

⁷⁵ Pensão por morte ou inválidos.

A universalidade de cobertura diz respeito à segurança social (direitos básicos) que tem os indivíduos, bem como às oportunidades para cada um, com vistas à promoção do bem-estar social para todos, seja no sistema contributivo ou do sistema não contributivo.

Se o direito à previdência social é um direito fundamental garantido constitucionalmente, no bloco das garantias fundamentais, precisa e deve ser garantido pelo Estado e por toda a sociedade. E se assim não for, pode ser reclamado pelo povo, seja de forma individual, seja de forma coletiva, através do Judiciário, conhecido como judicialização do direito.

O direito à Seguridade Social também é assegurado em documentos internacionais que dispõem a respeito dos direitos humanos, tratando dos direitos à saúde, assistência social e previdência social como direitos humanos. Tanto a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 quanto o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, trouxeram em seu bojo preceitos que referem, de forma expressa, o direito à segurança social para todos os indivíduos. O PIDESC já surgiu como uma forma de garantir maior efetividade aos Tratados Internacionais, com eficácia jurídica imposta por lei e força vinculante, a fim de assegurar eficazmente o exercício dos direitos e liberdades garantidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).

Desta forma, os Estados-parte tem o dever de reconhecer o direito de toda a pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social (art. 9º do PIDESC), sendo que a segurança social à previdência social, ainda que no mínimo possível, é direito fundamental social para todos os indivíduos que estejam dentro do território Nacional e deve o Estado implementá-los, ainda que de forma progressiva (art. 2.1. do PIDESC), com a cooperação da sociedade (art. 195 da CF⁷⁶), sob pena de poderem ser exigíveis por qualquer um que tenha o direito violado.

⁷⁶ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito

O Brasil também é signatário da Convenção n. 102 da OIT, o mais importante documentos sobre as normas mínimas sobre seguridade social já emitido e que aborda situações específicas sobre Previdência Social. O texto desta Convenção ampliou a proteção social, ao não mais considerar somente os trabalhadores “urbanos e rurais” em todas as suas categorias, considerando a proteção social “a toda a sociedade”, transformando-se em instrumento de inclusão social, onde devem ser incluídos novos sujeitos de direito, novas categorias de trabalhadores ao sistema de seguridade social.

Não podemos deixar de mencionar também, neste momento, a Recomendação n. 202 da OIT, que traz em seu bojo que os Estados membros devem estabelecer e manter, ainda que progressivamente, sistemas de seguridade social completos e adequados, coerentes com os objetivos políticos nacionais, procurando coordenar as políticas de segurança social com outras políticas públicas (Item 13. 2).

Esta universalidade de que tratamos pode ser vista de forma subjetiva, na medida em que sempre podem ser incluídos novos beneficiários na implementação desta tão buscada Justiça Social e bem-estar da sociedade nas situações de fragilidade dos indivíduos para a redução da pobreza e dos riscos sociais enfrentados num determinado momento pelo indivíduo.

Os titulares destas prestações são pessoas, todas as pessoas. Ainda que hajam diferenciações linguísticas utilizadas pelo texto constitucional e pela legislação infraconstitucional, se pode determinar quem são os titulares dos direitos e instituir novos titulares. Entretanto, o que fica evidente é que o titular do direito, aquele que é sujeito de direitos, em razão das qualidades que lhe são inerentes, por ser humano, pode ser um ou outro, ou uma determinada categoria em especial, destacando-se que a titularidade de qualquer que seja um direito subjetivo se adquire

Federal e dos Municípios [...]

desde que surge a personalidade do indivíduo, ressaltando a situação dos direitos do nascituro e os direitos que possuem os estrangeiros dentro do País (PEREZ; SERRAMALERA, 2012, p. 614-615).

Do mesmo modo como já são segurados, família em sentido amplo, como pais, filhos,⁷⁷ cônjuges, companheiros de união estável, todo e qualquer tipo de dependentes legais,⁷⁸ pode haver, a qualquer momento, a implantação de novos titulares no âmbito de proteção da Previdência Social, no sentido de incluir novos titulares, aumentando o público alvo, para o alcance do maior número possível de pessoas e, conseqüentemente, um maior acesso universal à Seguridade Social, dirimindo a vulnerabilidade do ator social fragilizado.

A Constituição Federal de 1988 acresceu a cobertura do sistema previdenciário brasileiro e tornou menos rígida a admissão de benefícios aos trabalhadores rurais, reconheceu a Assistência Social como política pública não contributiva que maneja tanto serviços quanto benefícios financeiros, e estabeleceu a universalização do atendimento da saúde através da implantação do Sistema Único de Saúde (SUS). Assim, a Seguridade Social vinculando as políticas de seguro social, saúde, assistência social e seguro-desemprego se funda num conjunto de políticas de interesse universal (RANGEL et al., 2008, p. 17), no que se verifica que, principiologicamente, sempre que surgir ou se verificar um sujeito de direito sem proteção, o sistema constitucional vigente tem o dever de protegê-lo.

Mantê-los fora da zona de proteção constitucional e da segurança social constitui clara afronta ao princípio da não discriminação, do respeito à igualdade e da aplicação da Convenção sobre Discriminação de 1958, levando-se em consideração que a segurança social deve existir para todas as categorias, primando em conceder um tratamento diferenciado

⁷⁷ Sempre lembrando o conceito constitucional de que filho é somente filho, sem discriminação entre os diversos tipos, por exemplo, adotivos, sócio afetivos.

⁷⁸ Menor sob guarda, tutelados.

para grupos com particularidades, cada qual com suas qualificações e fragilidades no contexto social (OIT, 2011). A proteção tem que ser concedida a todos, e somente com um tratamento específico e diferenciado a algumas categorias é que a proteção efetiva será é proporcionada.

À vista disso, além de todos os titulares já admitidos constitucionalmente, também devem ser observados todos aqueles já detectados e definidos nos documentos internacionais. Como os muitos trabalhadores que tradicionalmente estiveram fora da cobertura da segurança social, tais como: setor agrícola (boia-fria, extrativistas, trabalhadores temporários), donas de casa, migrantes, trabalhadores da economia informal, etc.. Explícita-se que o rol de trabalhadores incluídos na legislação nacional não é exaustivo, sempre tendo a opção de serem incluídas novas categorias de beneficiários, conforme seja verificada uma determinada categoria que esteja vulnerável ou em situação de fragilidade temporária por desemprego ou doença.

Conforme se verifica uma maior estabilização da economia nacional, se observa que há um grande avanço de inserção de novos titulares, com uma notável abrangência de categorias antes desabrigadas pela Previdência Social, e que hoje, estão albergadas pelo âmbito de proteção da Previdência Social, como os trabalhadores temporários, trabalhadores de tempo parcial, trabalhadores domésticos, as donas de casa, imigrantes, trabalhadores marítimos, trabalhadores da pesca, o que possibilita a reinserção destes no mercado de trabalho e/ou nos programas governamentais de garantia de emprego, gerando mais renda e desenvolvimento do País.

É importante que o Estado busque de todas as formas, através de políticas públicas, de curto, médio e longo prazo, a inclusão de novos grupos desatendidos, para a inclusão de novos tipos de segurados, sempre em busca da *“universalização da cobertura e do atendimento”*, eis que é direito humano garantido constitucional e internacionalmente como tal.

O Brasil, sendo signatário (tendo assinado e ratificado) de Tratados e Convenções Internacionais⁷⁹ que garantem a “segurança social” do indivíduo, tem o dever de implantar, ainda que progressivamente, de acordo com o cenário sócio econômico atual e os recursos disponíveis, um sistema cada vez mais aprimorado de Previdência Social, visando à inclusão dos novos titulares vulneráveis ou fragilizados descobertos pelo sistema previdenciário brasileiro.

Ante todas estas situações já postas, verifica-se que os direitos sociais prestacionais, neste caso, especificamente tratando da Previdência Social, possuem um caráter subjetivo. Assim entendem juristas como Robert Alexy, Ingo Sarlet, devido ao caráter *prima facie* da norma interpretada como um princípio, cujo conflito pode ser resolvido por sopesamento, pelo princípio da proporcionalidade. Entender deste modo é a única maneira de se realizar a Justiça Social e alcançar uma sociedade, livre, justa e solidária, construindo um verdadeiro Estado Democrático e Social de Direito.

4.5.1 Sujeitos de direito

4.5.1.1 Trabalhador Rural

O trabalhador rural foi reconhecido pela Constituição Federal de 1988, trazendo uma transformação gigante nos padrões de proteção social existente no Brasil aos trabalhadores, igualando os trabalhadores rurais aos trabalhadores urbanos.

Com o reconhecimento da igualdade dos trabalhadores rurais e urbanos pela Carta constitucional a um novo sistema de Seguridade Social, com mudanças em sua estrutura e organização, o que a legislação fez foi cumprir o mandamento do princípio da Universalidade da Cobertura e do Atendimento. Tal como previsto no PIDESC (art. 9) na Recomendação n.

⁷⁹ PIDCP, PIDESC ratificados em 1992, Convenção de Viena em 1993.

202 da OIT (item 13.2). A partir de então se inicia o arcabouço legislativo a regulamentar a concessão dos benefícios a estes sujeitos de direito, os segurados trabalhadores rurais. Entretanto, o enquadramento destes trabalhadores rurais foi realizado a partir de regras fortemente subjetivas.

Foi a partir da Lei 8.213/91 de 24/07/1991 que via de regra, iniciou a implementação dos benefícios e sua consequente concessão aos segurados trabalhadores rurais, assim como a prova do exercício da atividade rural, requisito exigido como substitutivo à contribuição aos trabalhadores urbanos e demais segurados.

O artigo 11, inciso VII, da Lei nº. 8.213/91 foi alterado pela Lei nº. 11.718/08, e tratou dos pormenores do enquadramento do segurado especial, disciplinando algumas situações para a configuração desta categoria, trazendo, infelizmente algumas situações restritivas, porém, sempre preservando o intuito maior do legislador constitucional. A rigor, o texto original e sua recente alteração refletem a preocupação do legislador em conservar na categoria de segurados especiais somente àquelas pessoas que, efetivamente trabalhando na terra, dela extraem sua subsistência, mediante trabalho individual ou em grupo familiar, sem cunho empresarial ou meramente acessório. Essa é a razão pela qual o legislador afasta a condição de segurado especial daqueles que sobrevivem de outra fonte de renda, bem como exige a participação efetiva dos membros do grupo familiar no trabalho rural, não bastando possuir residência ou modo de vida rural. É claro que o legislador ficou atento às situações em que o segurado especial, por questões transitórias, necessita de contratação de mão-de-obra, ou utiliza sua porção de terra para outros fins. Estas situações não descaracterizam a condição de segurado especial, desde que presente o caráter temporário, pontual, evidenciando que o rurícola não intencional se afastar da lide campesina.

Ainda que a Previdência Social tenha um caráter contributivo, visto que essa é uma condição inexorável de seu custeio, tem também um

caráter prestacional e protetivo articulado com a proteção contra a pobreza absoluta, a dignidade humana. Para segurados especiais, trabalhadores rurais, não há previsão de forma diferenciada de contribuição. Se antes da promulgação da Constituição da República e da publicação da Lei 8.213/91, o trabalhador rural não pertencia ao regime geral de previdência dos trabalhadores, atualmente, a forma de proteção é rica de contornos constitucionais. O legislador ordinário, pautando-se nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana devem criar soluções normativas específicas para estes trabalhadores se beneficiarem das prestações sociais devidas (STRAPAZZON; COSTA, 2013).⁸⁰

Considerando que se trata de comando constitucional expresso, sendo estas normas de cunho assistencialista dentro de um regime contributivo previdenciário, devem ser aplicadas, precipuamente porque o entendimento anterior não se coaduna com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, o dever da proteção dos direitos humanos, principalmente os fundamentais, levando-se em consideração o elenco das normas previdenciárias aplicadas ao trabalhador rural e a diversidade de situações que encontramos na prática do labor rural, o que nos faz buscar uma formula que procure adequar a norma à realidade fática do mundo rural, como forma de garantir a eficácia do direito e da dignidade do trabalhador diarista rural.

O que se verifica é que os Tratados e Convenções Internacionais, neste ponto, foram indireta e implicitamente reconhecidos pela legislação que estipulou as normas a respeito deste tema, protegendo esta categoria de sujeito de direitos.

⁸⁰ Este texto faz parte da pesquisa em fase de construção, que resultou no presente trabalho, já publicado em Strapazzon e Costa (2013).

4.5.1.2 Trabalhador Rural Diarista (boia-fria)

O trabalhador rural diarista (o *boia-fria*) é tido como um contribuinte individual da Previdência Social, mas tutelado na jurisprudência com igualdade aos segurados especiais.

Um sujeito de direitos que exerça suas atividades profissionais nas circunstâncias já especificadas, é titular especial de direitos a benefícios previdenciários, que deve ser reconhecido como trabalhador *segurado especial*, visto que só esse entendimento é compatível com a correta visão do direito previdenciário como parte do sistema de direitos fundamentais, ou seja, como subsistema orientado pelos princípios do sistema constitucional de seguridade social.

Considerando a precedência relativa dos bens jurídicos fundamentais mais rigidamente protegidos pelo texto constitucional, notadamente os estabelecidos nos art. 1º da Constituição da República, sobretudo o disposto no inciso III (dignidade da pessoa humana), somados aos preceitos fundamentais do art. 34, VII, b (direitos da pessoa humana); do art. 60, § 4, IV (direitos e garantias individuais) e do art. 170, caput (existência digna conforme os ditames da justiça social), qual seria o modo correto de interpretar os dispositivos constitucionais da universalidade, uniformidade, seletividade, equidade na forma de participação do custeio (art.194), e da equidade na forma de inclusão (art. 201), todos regentes dos direitos fundamentais da seguridade social brasileira? Será possível admitir, nesse contexto normativo, que a interpretação correta seja a que imponha restrições iguais a titulares de um mesmo direito a prestações, mas que estejam em situação essencialmente diferente? Uma interpretação que possa dispensar os efeitos da regra da equidade em circunstâncias fáticas que reclamam tratamento diferenciado para assegurar uma solução justa?

O regime constitucional de prestação previdenciária, já analisado, está inteiramente regido pelo propósito de promoção da igualdade,

com equidade, para atender populações urbanas e rurais, segundo suas particularidades. A Constituição da República, como amplamente demonstrado neste trabalho, estendeu aos trabalhadores rurais a mesma proteção previdenciária básica que protege trabalhadores urbanos, porém, com várias exigências mais favoráveis aos trabalhadores rurais, justamente pelas suas particulares características de renda, de instrução e de costumes. O que dizer que o regime constitucional da igualdade reconhece diferenças relevantes entre os segurados e, desde logo, protege-as de modo diferenciado, a fim de assegurar proteção proporcional às situações específicas dos seus titulares. Sem sombra de dúvidas esta é a forma correta de concretizar os direitos constitucionais previdenciários: garantir a proteção eficaz, ainda que diferente, quando as circunstâncias fáticas assim o exigirem.

*Muito embora esse seja o regime jurídico formalmente estabelecido no direito constitucional brasileiro, o regime infraconstitucional de direito previdenciário não condiz com ele, impondo condições excessivas a alguns trabalhadores para que seja albergado pelos deveres prestacionais positivos do Estado. A injustiça desse modelo é que o regime infraconstitucional reconhece as circunstâncias diferenciadas da pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado (urbano ou rural) próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros a título de mútua colaboração, na condição de produtor, explore atividade agropecuária, inclusive de seringueiro e pescador artesanal. Tanto é assim que essa descrição corresponde ao que a Lei 8.212, Art. 12, VII, estabelece como *segurado especial* da previdência. Mas para este *segurado especial*, a Lei fixou o dever de pagamento de contribuição previdenciária apenas se ele comercializar o resultado de sua produção rural, uma vez que o fato gerador da contribuição obrigatória é a comercialização da produção⁸¹. Ou seja, se esse produtor rural não vender a*

⁸¹ CF art. 195, § 8º e Lei 8.212/91, art. 25, inciso I.

sua produção agrícola, mas antes disso, utilizá-la para subsistência, estará isento do pagamento da contribuição obrigatória.

O que se argumenta é que as circunstâncias fáticas descritas na Lei 8.212/91, Art. 12, VII, para descrever as circunstâncias fáticas do produtor rural são essencialmente semelhantes às circunstâncias reais do trabalhador rural boia-fria. *Também este retira o seu sustento, e o de sua família, da atividade laboral rural de pequeno porte. E mais, a atividade de trabalhador rural eventual (boia-fria/ diarista/ volante/ safrista) é assemelhada à dos produtores, parceiros, meeiros e arrendatários rurais, conforme previsão do art. 11, VII, da Lei n. 8.213/91, na redação anterior à Lei n. 11.718/08. Contudo, o boia-fria não é titular da isenção conferida ao segurado especial que não comercializa sua produção. E esse é um grave erro do modelo brasileiro de proteção social equitativa. Primeiro por que não garante um tratamento igual a duas situações que são essencialmente semelhantes; segundo porque não garante um tratamento diferenciado, porém positivo, para os boias-frias, apesar de sua condição de trabalho rural de baixa renda.*

A nova Lei do trabalho rural avançou nas hipóteses em que é possível o reconhecimento do tempo de atividade como segurado especial. Essa norma permitiu uma ampliação da cobertura previdenciária muito mais ampla da praticada até então pelo INSS. Desta forma, não tem sentido ético-jurídico estabelecer idênticas restrições ao hipossuficiente e frágil trabalhador rural boia-fria, ao negar-lhe o direito a percepção de um benefício previdenciário, qualquer que seja ele, seja uma aposentadoria por idade, benefícios por incapacidade, salário maternidade, pensão por morte, auxílio reclusão, independente de contribuição, de modo a assegurar a satisfação do seu direito fundamental à previdência, previsto constitucionalmente (STRAPAZZON; COSTA, 2013).⁸²

⁸² Este texto faz parte da pesquisa em fase de construção, que resultou no presente trabalho, já publicado em Strapazzon e Costa (2013).

De acordo com o Art. 195 da Constituição Federal a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Os segurados especiais e assemelhados, dentre eles o trabalhador rural diarista, somente contribui com uma alíquota sobre o resultado da comercialização dos produtos cultivados. Os conceitos utilizados para definir aqueles que laboram no meio rural e dele tiram seu sustento podem ser utilizados por qualquer trabalhador da atividade rurícola, seja ele um segurado especial, arrendatário, meeiro ou um diarista rural. Todavia, é necessário que todos os tipos rurais sejam exercidos por ele próprio e somente naquela atividade, de preferência, em conjunto com seu núcleo familiar, ainda que, não seja absolutamente obrigatório, como vem sendo o entendimento da doutrina e jurisprudência dominantes.

Trabalhadores rurais diaristas tem o direito a serem protegidos como segurados especiais, isto é, com igualdade segundo suas circunstâncias particulares. Os direitos sociais constitucionais tornaram-se direitos subjetivos e, nessa medida, podem ser exigidos judicialmente segundo a correta interpretação da Constituição Federal. Essa forma de proteção decorre da importância que o constituinte originário atribuiu à proteção *equitativa* do trabalhador rural e, assim, cabe ao Poder Judiciário o dever de garantir a efetividade desse direito.

4.5.1.3 Trabalhador Rural Extrativista

O trabalhador de reserva extrativista é aquele que faz parte de populações tradicionais de espaços territoriais cujo objetivo é a exploração autossustentável e conservação dos recursos naturais renováveis. Nestas áreas existe a possibilidade de concretizar o desenvolvimento sustentável, com o equilíbrio dos interesses ecológicos e da conservação ambiental,

com vistas à melhoria da qualidade de vida das populações que ali vivem. Podendo destacar dois modelos de Reservas Extrativistas, quais sejam, o da Amazônia e o das Marinhas.

O trabalhador extrativista tradicional da Amazônia é aquele que reside na floresta, sobrevivendo do extrativismo da borracha (látex) e ao extrativismo da castanha, que são praticamente nas mesmas áreas, diferindo pela época de extração, com a borracha em épocas menos chuvosas (maio a novembro) e a castanha em época mais chuvosa (dezembro a março). E que fazem a complementação desta renda com caça, pesca e coleta de produtos tais como açaí, bacaba e patoá (IBAMA, 2014).

A criação das reservas extrativistas, para os trabalhadores rurais seringueiros, que lutaram para o reconhecimento de sua categoria, simbolizou a materialização da redistribuição de um espaço territorial representado pela floresta, representado pelas necessidades de toda uma coletividade (BAUMANN, 2003). Desde que iniciou o ciclo de extração de látex e/ou borracha os trabalhadores foram explorados em regime de escravidão para muitos empregadores, culminando na proteção do Estado a estes trabalhadores, com a criação das reservas extrativistas.

As primeiras iniciativas e organização dos trabalhadores rurais (floresta) moradores de reservas extrativistas, ocorreram no ano de 1985, exigindo: Uma política de desenvolvimento para a Amazônia que atendesse aos interesses dos Seringueiros e que respeitasse os seus direitos; a desapropriação dos seringais nativos, devendo os mesmos serem preservados e não destruídos; postos de saúde e escolas em todos seringais; uma aposentadoria para os “soldados de borracha” e seringueiros e uma reforma agrária (PRIMEIRAS..., 2014), com a importante participação do conhecido “Chico Mendes”. Para os trabalhadores das florestas de extração do látex, a vantagem em constituir uma reserva extrativista é que na forma de uma organização de trabalhadores rurais,

podem utilizar as terras doadas pelo governo federal e trabalhar nela a fim de garantir o seu sustento e de sua família.

A Edição do Decreto n. 98.897/90, trouxe a criação das reservas extrativistas, para os “[...] *espaços territoriais considerados de interesse ecológico e social para as áreas que possuam características naturais ou exemplares da biota que possibilitem a sua exploração autossustentável, sem prejuízo da conservação ambiental*”, com a finalidade de exploração autossustentável e a conservação dos recursos naturais existentes na área abrangida.

A primeira Reserva Extrativista a ser criada no Brasil, em 1989, foi a Reserva Alto Juruá (Acre), através do Decreto n. 98.863/90, e até já foram criadas Reservas extrativistas, no espírito da reforma agrária, a fim de que a propriedade e a terra possam enfim, cumprir a sua função social. E hoje existem mais de 60 reservas extrativistas pelo Brasil afora, envolvendo borracha, castanha, óleo de copaíba, minérios (ferro, manganês, tungstênio, bauxita), marinha, entre outros.

Estes trabalhadores rurais extratores não estão categorizados pelo sistema previdenciário no Brasil, assim como de mais das vezes estão excluídos de sua proteção. Em nenhum momento das buscas nos tribunais superiores encontramos categorizados estes trabalhadores, que pelas atividades que exercem, deveriam, em razão do princípio da igualdade e equidade, serem equiparados aos segurados especiais. Este sujeito de direitos, extrativista rural, exerce suas atividades profissionais nas circunstâncias acima especificadas, assemelhando-se aos segurados especiais, sendo titulares especiais de direitos a benefícios previdenciários. Entendimento que se coaduna com uma visão de direito previdenciário como parte do sistema de direitos fundamentais e como subsistema orientado pelos princípios do sistema constitucional de seguridade social.

Baseado nos mesmos artigos que regem o trabalhador diarista rural (boia-fria), notadamente os estabelecidos nos arts. 1º. da CF, sobretudo o disposto no inciso III (dignidade da pessoa humana), aliados aos preceitos

fundamentais do art. 34, VII, b (direitos da pessoa humana); do art. 60, § 4, IV (direitos e garantias individuais) e do art. 170, caput (existência digna conforme os ditames da justiça social), da mesma forma a forma correta de interpretar os dispositivos constitucionais da *universalidade*, *uniformidade*, *seletividade*, *equidade na forma de participação do custeio* (Art. 194), e *da equidade na forma de inclusão* (Art. 201), que fazem parte dos direitos fundamentais da seguridade social brasileira, faz-se imprescindível reconhecer esse titular como sujeito de direitos e integrante dos sujeitos protegidos por lei. Não se podendo admitir, no contexto normativo constitucional e internacional, que sejam impostas restrições a titulares de um mesmo direito a prestações, em situações fáticas diferentes, que exigem um tratamento diferenciado da regra da equidade a fim de garantir uma prestação justa ao direito.

4.6 CASOS ESPECIAIS E A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA EM FACE DO DIREITO DE PROTEÇÃO UNIVERSAL

A metodologia utilizada para a pesquisa desenvolvida empreendeu várias etapas, a primeira focada na busca de jurisprudências nos Tribunais superiores (STJ, STF e TST), realizada entre 30/06/2014 a 20/03/2015 e na Turma de Uniformização Nacional (TNU) de jurisprudência de 14/08/2014 a 30/11/2014, no intuito de identificar julgados que tratassem de matéria sobre Previdência Social, no recorte específico objeto do estudo deste trabalho, principalmente no tocante aos seguintes sujeitos: “boia-fria”, “trabalhador de reserva extrativista”, que utilizassem como razões de decidir, tratados e convenções internacionais assinados e ratificados pelo Brasil.

O objetivo da presente pesquisa empírica é verificar em que termos, ou melhor, em que medida, a jurisprudência brasileira é sensível ao texto e às classificações reconhecidas nos tratados e convenções internacionais de direitos humanos assinados e ratificados pelo Brasil. A realização dessa

pesquisa é importante para demonstrar como os direitos humanos de seguridade social são protegidos pelos tribunais pátrios e se os tribunais superiores tem utilizado, no corpo de sua fundamentação, argumentos e artigos mencionados nestes documentos internacionais.

A busca destas decisões foi feita com base na jurisprudência dos Tribunais supramencionados, com os seguintes termos: “Convenção”; “Convenção Internacional”; “Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”; “Direitos Humanos”; “Organização Internacional do Trabalho”; “OIT”; “Declaração Universal dos Direitos Humanos”, “Boia-fria”; “Reservas extrativistas”; “Trabalhador rural”; “Trabalhador de reserva extrativista”; “informal”.

Não realizamos busca nos sites dos Tribunais inferiores em razão de que ampliaria demais o leque de possibilidades, bem como não demonstraria o entendimento nacional dos tribunais superiores, e que a grande quantidade de dados intermediários certamente influenciariam e arriscariam confundir o resultado final.

Optamos, ainda, por restringir a presente pesquisa empírica em torno de dois titulares de direitos humanos fundamentais de seguridade social: trabalhador rural boia-fria e trabalhador rural extrativista (ambos informais). Os motivos desta escolha baseiam-se em pesquisas da OIT sobre certas categorias de sujeitos que, com mais frequência, tem escassa ou nenhuma proteção da legislação ou dos tribunais internos, demonstrando de forma categórica que, o rol apresentado naquele relatório não é, de forma alguma, categórico e exaustivo. Sendo tão somente um exemplificativo das categorias que devem ser protegidas, dentro das quais, não estão enquadrados, os trabalhadores informais boias-frias e os extrativistas como categorias próprias. Além do que, a prática e a avaliação sistemática em matéria de seguridade social, numa etapa anterior, analisada à luz das normas do Convênio n. 102 (OIT), iria melhorar a capacidade do Estado em gerenciar determinada categoria

verificada como desprotegida, funcionando com uma “norma de um bom governo”, pois “prevenir é menos oneroso que curar” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DEL TRABALO, 2011, p. 149, 154-156, 264).

4.6.1 Análise dos dados encontrados

Após toda a apreciação realizada até este momento quanto à questão teórica do tema proposto, do enfrentamento dos direitos sociais previdenciários como direitos humanos fundamentais e exigíveis, examinamos exaustivamente as decisões judiciais (acórdãos) encontrados nos tribunais superiores: Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ), Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência Federal (TNU) e Tribunal Superior do Trabalho (TST), cujos resultados encontrados estão sintetizados nas tabelas apresentadas abaixo. Esclarecemos que após a apresentação de cada tabela, será apresentado um comentário explicativo do significado da pesquisa. E, ao final do capítulo, um comentário interpretativo dos resultados encontrados.

Tabela 1 – Decisões que mencionam a expressão Direitos Humanos

	STF	STJ	TST	TNU
Acórdãos pesquisados	369	379	12.838	1
Acórdãos pertinentes Seguridade	2	4	0	0
Acórdãos específicos do titular	0	0	0	0

Fonte: o autor.

Análise: Nas decisões encontradas no STF constatou-se predomínio dos temas sobre a área da Assistência Social (BPC) e Saúde, todas baseadas em legislação constitucional e infraconstitucional, com menção à Lei 8.080/90 (SUS) e Lei 8.742/93 (LOAS). As decisões encontradas no STJ versam sobre Benefícios Previdenciários, cujas fundamentações estão baseadas na Lei 8.213/91. A única decisão encontrada na TNU diz respeito

a Benefício Assistencial a menor de 16 anos. No TST todas as decisões encontradas dizem respeito à relações de trabalho e em nenhum momento aduzem os sujeitos pesquisados como categoria de direitos.

Tabela 2 – Decisões que mencionam a expressão OIT: Organização Internacional do Trabalho

	STF	STJ	TST	TNU
Acórdãos pesquisados	25	22	5.096	0
Acórdãos pertinentes Seguridade	0	0	0	0
Acórdãos específicos do titular	0	0	0	0

Fonte: o autor.

Análise: Nas decisões encontradas constatou-se predomínio do tema direito do trabalho, contrato de trabalho, trabalho escravo, condições subumanas de trabalho, nenhum trata dos titulares pesquisados neste trabalho investigativo. Três dos acórdãos pesquisados tratam sobre a natureza jurídica do salário-maternidade, considerando-o como salário de contribuição, com fulcro no artigo 28 da lei 8.212/91.

Tabela 3 – Decisões que mencionam o termo boa-fria

	STF	STJ	TST	TNU
Acórdãos pesquisados	1	37	67	34
Acórdãos pertinentes Seguridade	1	37	0	34
Acórdãos específicos do titular	0	0	0	34

Fonte: o autor.

Análise: Nas decisões encontradas no STF constatou-se predomínio dos temas sobre saúde. Nas decisões encontradas na TNU tratam sobre o sujeito em matéria de reconhecimento e valoração da prova no processo. Nenhum dos acórdãos pesquisados diz respeito à concessão de direito humanos de seguridade social, quiçá com base em documento internacional reconhecido pelo Brasil. No STJ e TST não foram encontradas decisões que tratem dos sujeitos de direito como uma categoria, quiçá a utilização de documentos internacionais como forma de decidir.

Tabela 4 – Decisões que mencionam o termo *Convenção Internacional*

	STF	STJ	TST	TNU
Acórdãos pesquisados	258	402	6.115	1
Acórdãos pertinentes Seguridade	0	0	0	1
Acórdãos específicos do titular	0	0	0	0

Fonte: o autor.

Análise: A decisão encontrada na TNU não trata sobre os sujeitos pesquisados. O único acórdão encontrado diz respeito à concessão de Benefício Assistencial com base na Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, todavia, não fundamenta a concessão na Convenção, mas no Decreto Presidencial nº 3.956, de 08/10/2001 que incorporou dita Convenção ao ordenamento jurídico interno, posterior à Emenda n. 45/2004.

Tabela 5 – Decisões que mencionam o termo *Reservas extrativistas*

	STF	STJ	TST	TNU
Acórdãos pesquisados	2	13	4	0
Acórdãos pertinentes Seguridade	0	0	0	0
Acórdãos específicos do titular	0	0	0	0

Fonte: o autor.

Análise: não foram encontrados quaisquer documentos que tratem dos sujeitos de direito pesquisados.

Tabela 6 – Decisões que mencionam o termo *Tratados internacionais*

	STF	STJ	TST	TNU
Acórdãos pesquisados	63	121	1.610	0
Acórdãos pertinentes Seguridade	0	0	0	0
Acórdãos específicos do titular	0	0	0	0

Fonte: o autor.

Análise: Os acórdãos encontrados no STF dizem respeito, basicamente, aos direitos de portadores de deficiência, fulcrados no Tratado Internacional assinado e ratificado pelo Brasil, cuja entrada na Legislação se deu depois da Emenda Constitucional n. 45/2008, a pedidos de Extradicação, ações envolvendo imunidade de jurisdição entre Estados e cobrança de impostos e Ações Penais onde a Declaração Universal dos Direitos Humanos é utilizada como forma de sensibilizar o Judiciário seja para absolvição, seja para diminuição de pena ou mudança de regime de cumprimento de pena.

O único acórdão encontrado na TNU com o título em questão coincide com o acórdão encontrado com o termo “Convenção Internacional” e diz à concessão de Benefício Assistencial com base na Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, todavia, não fundamenta a concessão na Convenção, mas no Decreto Presidencial nº 3.956, de 08/10/2001 que incorporou dita Convenção ao ordenamento jurídico interno, posterior à Emenda n. 45/2004.

Na TNU e no TST não foram encontrados quaisquer documentos que tratem dos sujeitos de direito, objetos desta investigação.

Tabela 7 – Decisões que mencionam o termo *Declaração Universal dos Direitos Humanos*

	STF	STJ	TST	TNU
Acórdãos pesquisados	31	16	1045	0
Acórdãos pertinentes Seguridade	0	1	0	0
Acórdãos específicos do titular	0	0	0	0

Fonte: o autor.

Análise: O único acórdão encontrado no STJ com o termo pesquisado, trata sobre direitos trabalhistas.⁸³ Nos demais tribunais, STF,

⁸³ Férias não gozadas por magistrado, aposentadoria por invalidez, possibilidade de indenização, base Lei infraconstitucional;

TST e TNU não foram encontrados nenhum acórdão que tratasse dos sujeitos investigados.

Tabela 8 – Decisões que mencionam o termo *Trabalhador Rural*

	STF	STJ	TST	TNU
Acórdãos pesquisados	311	2714	21.429	580
Acórdãos pertinentes Seguridade	156	0	0	580
Acórdãos específicos do titular	156	0	0	580

Fonte: o autor.

Análise: A análise verificada nos julgamentos da TNU os acórdãos foram todos baseados em legislação infraconstitucional, seja para conceder, seja para negar a concessão de benefícios. Nos demais tribunais, STF, STJ e TST não foram encontrados nenhum acórdão que tratasse dos sujeitos investigados.

Tabela 9 – Decisões que mencionam o termo *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais/PIDESC*

	STF	STJ	TST	TNU
Acórdãos pesquisados	5	1	129	0
Acórdãos pertinentes Seguridade	0	0	0	0
Acórdãos específicos do titular	0	0	0	0

Fonte: o autor.

Análise: Os acórdãos encontrados no STF versavam sobre direitos civis.⁸⁴ O acórdão encontrado no STJ é pertinente ao Direito à Educação.⁸⁵ Nos demais tribunais, STJ, TST e TNU não foram encontrados nenhum acórdão que tratasse dos sujeitos investigados.

⁸⁴ Direito de greve (3), impenhorabilidade de direito de família (1), e prisão civil do depositário infiel (1);

⁸⁵ Menção ao Tratado internacional do Direito das crianças ao tratar sobre Direito à educação (1).

Tabela 10 – Decisões que mencionam o termo *Informal*

	STF	STJ	TST	TNU
Acórdãos pesquisados	25	104	3.009	13
Acórdãos pertinentes Seguridade	0	1	0	13
Acórdãos específicos do titular	0	1	0	13

Fonte: o autor.

Análise: O acórdão analisado pelo STJ traz matéria de seguridade social, com recorte na Previdência social, relacionado ao trabalho rural desenvolvido na informalidade, por trabalhador boia-fria, relativo à prova exclusivamente testemunhal.⁸⁶ Os acórdãos julgados pela TNU, todos estiveram baseados em legislação infraconstitucional, seja para conceder, seja para negar a concessão de benefícios. Nos demais tribunais, STF e TST não foram encontrados nenhum acórdão que tratasse dos sujeitos investigados.

4.6.2 Considerações sobre a análise dos dados

Depois de toda a análise dos dados coletados, da leitura exaustiva dos acórdãos objetos da matéria de pesquisa, verificou-se, sem sombra de dúvidas, que os julgados pesquisados não tratam diretamente da matéria pesquisada. As jurisprudências visitadas não mencionam documentos internacionais como Tratados e Convenções Internacionais ou qualquer outro documento internacional como razão de decisão, de forma a proteger os titulares que ora estão sendo investigados, que são os trabalhadores rurais boia-fria e os trabalhadores de reservas extrativistas, ambos enquanto trabalhadores informais. Tal conclusão nos leva a muitos questionamentos, dos quais extraímos algumas indagações:

⁸⁶ (AgRg no REsp 1468369/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, segunda turma, julgado em 23/10/2014, DJe 05/11/2014).

1. Os Tribunais superiores não reconhecem os documentos internacionais como legislação interna?

2. A matéria, objeto da pesquisa, quanto à utilização dos Tratados e Convenções internacionais como fundamento das decisões judiciais, foi ao longo do tempo incorporada à legislação pátria, havendo uma recepção indireta destes tratados e convenções pela própria legislação brasileira, não havendo necessidade de utilizá-los como fundamento de decidir.

Como antes analisado no decorrer deste trabalho, observa-se que o sistema previdenciário brasileiro até a promulgação da Carta Constitucional atual, foi formado com um complexo processo de disputas políticas, necessários a superar um cenário de injustiças e de discriminação, advinda de um modelo excludente e discriminatório.

No Brasil o modelo vigente de organização da Seguridade Social cuja orientação rege as decisões do Poder Judiciário são as Leis 8.212/91 e 8.213/91, quando deveriam estar baseados nas premissas do sistema constitucional da seguridade social que, pelo que se verifica, não são os mesmos que foram adotados pelas leis orgânicas antes mencionadas. Isto porque, é o regime jurídico-constitucional existente que deve determinar o sentido e o alcance dos direitos fundamentais a prestações do sistema de Seguridade Social, ou seja, dos subsistemas de direitos a prestações previdenciárias, assistenciais e sanitárias. O que também significa dizer, que esta teria sido a intenção do Constituinte originário.

E o texto constitucional brasileiro dispõe em seu art. 201, em conexão material com o art. 60, do Título II, as hipóteses fáticas básicas do subsistema de direitos fundamentais previdenciários, integrado aos fundamentos e objetivos do sistema constitucional de Seguridade Social. Desta forma, temos que “[...] a Seguridade Social, como princípio reitor da proteção social, consagrado na CF/88, não foi concluída organizacional, financeiramente ou em relação ao padrão de benefícios e à cobertura.” (FLEURY, 2005, p. 458). O sistema de Seguridade Social adotado pela Carta

Constitucional de 1988 buscou quebrar as amarras daqueles conceitos de cobertura restrita aos setores inseridos formalmente no mercado (mercado formal) e atenuando e relativizando o até então elo existente entre segurado, contribuição e benefício, partindo de uma estrutura mais solidária e redistributiva.

A análise do texto constitucional revela a alta importância desse subsistema de direitos para o sistema brasileiro de direitos fundamentais. Basta registrar, por hora, que as hipóteses fáticas básicas que geram direitos a benefícios previdenciários, por sua importância e conexão material com direitos fundamentais, estão formalmente estabelecidas no texto original da Carta da República, razão pela qual devem receber proteção especial do Estado (leis, orçamento e políticas públicas) e da sociedade (contribuições sociais e respeito), com uma das mais importantes políticas de inclusão social existentes no Brasil. Tais hipóteses fáticas foram estabelecidas no Art. 201 do texto constitucional e objetivam garantir um nível mínimo de renda para todas as pessoas que se encontram em situação de especial risco vital e existencial.

Os benefícios então deveriam ser concedidos considerando as necessidades do sujeito de direito, com base nos princípios de Justiça Social, observando-se claramente que o objetivo da norma foi o de estender universalmente a cobertura e o atendimento, uma vez que o sistema previdenciário no Brasil não é custeado somente pelas receitas advindas dos segurados, mas por contribuições de trabalhadores, empresas e Estado, em proporções variáveis, sendo mais do que um mero sistema de seguro social. O sistema previdenciário brasileiro deve ser visto como uma organização administrativa de políticas públicas de natureza distributiva e protetiva da dignidade das pessoas, que existe para ter efetividade, para proteger todos aqueles sujeitos de direito que puderem ser enquadrados na norma, de modo constitucionalmente adequado, com vistas a ampliar a proteção e nunca, jamais, restringir a proteção aos titulares de direitos.

Entretanto, verificamos que a jurisprudência brasileira possui uma tendência de interpretação restritiva dos sujeitos protegidos, ao proteger os contribuintes; em razão do princípio constitucional de que esse desse sistema seja contributivo (CF Art. 195, § 5º Art. 201, *caput*). Inexiste status previdenciário para o trabalhador rural diarista, conhecido como boia-fria ou para o trabalhador rural extrativista, enquadrados de forma incorreta pela legislação previdenciária.

Constatamos, ainda, que o regime constitucional de prestação previdenciária, já analisado no decorrer deste trabalho, está inteiramente regido pelo propósito de promoção da igualdade, com equidade, para atender populações urbanas e rurais, segundo suas particularidades. A Constituição da República, como amplamente demonstrado neste trabalho, estendeu aos trabalhadores rurais a mesma proteção previdenciária básica que protege trabalhadores urbanos, porém, com várias exigências mais favoráveis aos trabalhadores rurais, justamente pelas suas particulares características de renda, de instrução e de costumes. Quer dizer, o regime constitucional da igualdade reconhece diferenças relevantes entre os segurados e, desde logo, protege-as de modo diferenciado, a fim de assegurar proteção proporcional às situações específicas dos seus titulares. Essa é, realmente, a forma correta de concretizar os direitos constitucionais previdenciários: procurando garantir a proteção eficaz, ainda que diferente, quando as circunstâncias fáticas exigem.

Muito embora esse seja o regime jurídico formalmente estabelecido no direito constitucional brasileiro, o regime infraconstitucional de direitos previdenciários não condiz com a fórmula constitucional. O subsistema infraconstitucional impõe condições excessivas ao trabalhador rural *boia-fria para que seja alcançado pelos deveres prestacionais do Estado. A injustiça desse modelo é que o regime infraconstitucional reconhece as circunstâncias diferenciadas da pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado (urbano ou rural) próximo a ele que, individualmente ou em regime de*

economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros a título de mútua colaboração, na condição de produtor, explore atividade agropecuária, inclusive de seringueiro e pescador artesanal. Tanto é assim que essa descrição corresponde ao que a Lei 8.212, Art. 12, VII, estabelece como *segurado especial* da previdência. Mas para este *segurado especial*, a Lei fixou o dever de pagamento de contribuição previdenciária apenas se ele comercializar o resultado de sua produção rural, uma vez que o fato gerador da contribuição obrigatória é a comercialização da produção⁸⁷. Ou seja, se esse produtor rural não vender a sua produção agrícola, mas antes disso, utilizá-la para subsistência, estará isento do pagamento da contribuição obrigatória.

A nova Lei do trabalho rural avançou nas hipóteses em que é possível o reconhecimento do tempo de atividade como segurado especial. Essa norma permitiu uma ampliação da cobertura previdenciária muito mais ampla da praticada até então pelo INSS. Desta forma, não tem sentido ético-jurídico estabelecer idênticas restrições ao hipossuficiente e frágil trabalhador rural boia-fria, ao negar-lhe o direito a percepção de um benefício previdenciário, qualquer que seja ele, seja uma aposentadoria por idade, benefícios por incapacidade, salário maternidade, pensão por morte, auxílio reclusão, independente de contribuição, de modo a assegurar a satisfação do seu direito fundamental à previdência, previsto constitucionalmente.

De acordo com o Art. 195 da Constituição Federal a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Os segurados especiais e assemelhados, dentre eles o trabalhador rural diarista, somente contribui com uma alíquota sobre o resultado da comercialização dos produtos cultivados. Os conceitos utilizados para definir aqueles que laboram no meio rural e dele tiram seu sustento podem ser utilizados por

⁸⁷ CF art. 195, § 8º e Lei 8.212/91, art. 25, inciso I.

qualquer trabalhador da atividade rurícola, seja ele um segurado especial, arrendatário, meeiro ou um diarista rural. Todavia, é necessário que todos os tipos rurais sejam exercidos por ele próprio e somente naquela atividade, de preferência, em conjunto com seu núcleo familiar, ainda que, não seja absolutamente obrigatório, como vem sendo o entendimento da doutrina e jurisprudência dominantes.

Trabalhadores extrativistas tem o direito a serem protegidos como segurados especiais, isto é, com igualdade segundo suas circunstâncias particulares. Os direitos sociais constitucionais tornaram-se direitos subjetivos e, nessa medida, podem ser exigidos judicialmente segundo a correta interpretação da Constituição Federal. Essa forma de proteção decorre da importância que o constituinte originário atribuiu à proteção *equitativa* do trabalhador rural e, assim, cabe ao Poder Judiciário o dever de garantir a efetividade desse direito.

O extrativista não é reconhecido como uma categoria de trabalhador rural, é tido como um trabalhador rural empregado, que deveria estar com CTPS assinada, e não como aquele que tira seu sustento de forma individual ou em grupo familiar, diretamente da propriedade em que vive, com a extração que lhe garante a subsistência, a si e aos seus.

Os sujeitos aqui investigados fazem parte de um todo maior que podemos denominar como “sistema global de proteção aos direitos humanos”, e que devem ser protegidos conforme os ditames prescritos em todos os documentos internacionais assinados e ratificados pelo Brasil. Pois, diferente de uma categoria genérica ou de um destinatário genérico da norma, o boia-fria e o extrativista, são sujeitos concretos, específicos, possuem nome, idade, sexo, etnia, cor, classe social, logo, daí vem à tona o sujeito de direitos, concretamente tratado, com suas particularidades e especificidades.

Considerando que o sistema normativo internacional já reconhece e tutela os direitos das novas categorias de sujeito de direitos, deveria

independer de norma interna a proteção desses sujeitos, o que não ocorre. Estes sujeitos de direito deveriam possuir um aparato especial de proteção da norma jurídica interna, enquanto grupo de pessoas particular e especificamente vulneráveis, mercedores de proteção especial. O que não ocorre na prática. O que se verifica é que desde a criação das Nações Unidas (1945), lembrando que este clamor adveio da segunda guerra mundial, o seu principal objetivo tem sido promover e respeitar os direitos humanos para todos, sem restringir ou deixar de lado ou de fora qualquer classe de pessoas, grupos ou de trabalhadores, tanto é que assim ficou estipulado no Preâmbulo da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948):

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, [...] a Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações [...]

Se os direitos humanos estão assegurados legalmente (por princípios fundamentais de direito, tratados internacionais e outros documentos consuetudinários) de direitos humanos, de forma a proteger os indivíduos, grupos de indivíduos, categorias e trabalhadores contra ações e omissões que interfiram na sua liberdade e na dignidade da pessoa humana, esta legislação obriga os Estados a agirem de forma a proteger esta liberdade e dignidade do ser humano, com atividades específicas, ou através de legislação interna de proteção, ou observando a legislação internacional assumida e tratando-a como direito positivo interno.

O fato de não existir legislação interna de proteção a estas categorias específicas tratadas não obsta a sua proteção. Vai muito além, proíbe formalmente contra ações de grupos ou do abandono de governos autoritários ou omissos que não podem deixar de observar o disposto nos documentos internacionais e defender, resguardar e dar efetividade ao disposto nos tratados e convenções internacionais assumidos. Não pode o Estado, através do seu governo e principalmente através do Judiciário, deixar de reconhecer um direito, sob a alegação de inexistência legal de proteção àquele sujeito de direitos, ato social desprotegido. A ratificação formal é a expressão formal de que o Estado está comprometido com as normas definidas naquele tratado, não podendo tentar ou querer esquivar-se do cumprimento de seu conteúdo.

Conseguimos verificar, com grande esforço interpretativo, que estas categorias estão sendo minimamente respeitadas e protegidas, ainda que de forma equivocada, pelos tribunais superiores internos. O que causa espanto é que os documentos internacionais não são utilizados como forma de justificar a proteção estendida a estas categorias, e quando não há justificativa na legislação interna, o direito tem sido inobservado e desprotegido.

CAPÍTULO V

CONCLUSÕES

Ao concluir esta investigação, e como conclusão, no segundo capítulo tratou-se de definir direitos humanos e direitos fundamentais, que, ainda não sendo tarefa fácil, estabeleceu-se uma diferenciação lógica das suas características principais. Nesse contexto e perspectiva interpretamos os Direitos Humanos como sendo todos os direitos do homem antes de serem positivados nas Cartas Constitucionais de seus respectivos Estados e Direitos Fundamentais são os direitos humanos positivados no texto constitucional. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais são direitos que não se excluem, o que se verifica, na verdade, é que os direitos fundamentais se reportam aos direitos humanos na medida em que estes dizem respeito àqueles direitos que são inerentes a todos os homens em razão da sua natureza humana. Verificou-se que é importante que se identifique as características específicas de cada um destes direitos, humanos e fundamentais, para que se valorize e se dê crédito aos direitos fundamentais, sejam eles formais ou materiais, abrangendo toda a gama de dimensões de direitos existentes e admitidas, e que é importante reconhecer a fundamentalidade dos direitos fundamentais, a fim de que se possa garantir a sua efetividade dentro da cultura de cada povo. Nesta linha de pensamento, podemos afirmar que direitos fundamentais são passíveis de restrições, necessitando, para que se possa negar eficácia a um direito, que esteja albergado por um fundamento constitucional ainda maior, permitindo um juízo de ponderação (sopesamento), balizado no teste da proporcionalidade, justificando a esfera de proteção da norma, sempre levando em consideração a garantia da norma *prima facie* e o direito definitivo do indivíduo, com a finalidade precípua de Justiça e do bem comum, fortificando o Estado Democrático e Social de Direito, a dignidade da pessoa humana e a democracia.

No terceiro capítulo tratamos sobre a forma como a dignidade da pessoa humana é tratada pelo Direito Fundamental (aqui definida como um valor imanente (intrínseca) de todo e qualquer ser humano, fundamento

de todo o sistema dos direitos fundamentais) e como os direitos sociais, com foco na defesa desta dignidade é visto por alguns doutrinadores, apresentando a Teoria de Robert Alexy acerca dos direitos sociais serem Direitos Humanos necessários, com a maior ou a menor observância ao caráter *prima facie* da norma; a teoria de Christian Courtis quanto aos direitos sociais serem exigíveis por estarem positivados, e se positivados podem ser exigidos pelo sujeito de direito, inclusive com a demanda judicial deste direito; a Teoria de Antônio Augusto Cançado Trindade sobre os direitos sociais serem Direitos Positivos, em razão da existência de normas internacionais que assim o estabelecem, cujos tratados, convenções e recomendações o Estado brasileiro assinou e ratificou, sendo portanto signatário, logo, é norma jurídica interna que o Estado tem a obrigação cumprir, proteger e efetivar; a teoria de Ingo Sarlet sobre os direitos sociais serem Direitos Constitucionais Irrevogáveis, inseridos no texto constitucional, merecendo proteção, aplicabilidade imediata e a maior eficácia possível dentro de critérios possíveis, não necessitando sequer, qualquer tipo de Lei para terem efetividade, dado que estão dispostos no capítulo dos direitos tidos como fundamentais.

Neste ponto estabelecemos a análise interpretativa sobre a tipologia dos direitos sociais, definindo que a concretização e a efetividade dos direitos sociais, só ocorrerão na medida em que os direitos humanos forem vistos como universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados sob o prisma do caráter universal que possuem os Direitos Humanos. O que, de forma conjunta, trazem o aumento e o fortalecimento dos direitos, com a verificação de que a existência de um direito não substitui a existência de outro direito, mas faz com que integrem-se entre si, em perfeita harmonia, complementando-se uns dos outros.

O quarto capítulo avança para uma análise sobre o dever de cobertura universal da seguridade social no sistema internacional

de direitos humanos, importante no contexto, em razão da crise do reconhecimento da cobertura universal do Direito Fundamental de Seguridade Social no ordenamento jurídico brasileiro, interpretando esta universalidade constitucional como o propósito de atingir todos os eventos cuja reparação deva ser urgente, com o objetivo de resguardar a subsistência daqueles que dela necessitarem dentro do território Nacional, sem olvidar que esta inclusão de novos titulares (previdenciários) tem um custo para a sociedade, mas que estes custos não são motivos para negar o direito ao acesso mínimo e a inclusão de novos titulares, por força do art. 5º, § 1º da CF/88, quanto a aplicabilidade imediata dos direitos sociais e a maior eficácia possível.

Nesta linha de pensamento, foi realizada a análise de alguns dos documentos internacionais que tratam sobre a matéria e que entendemos importantes para embasar este estudo, como a Convenção de Viena e seu Programa de ação, os PNDH's, as Recomendações n. 67, n. 69 (1944) e a Recomendação n. 202 (2008), e da Convenção n. 102 (1952) todos da OIT e a sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro.

Diante deste enfrentamento e dos documentos analisados, sobreveio a seguinte questão: Os instrumentos internacionais existentes que consagram a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais são eficazes?

Para encontrar este resultado foi elaborada uma pesquisa empírica para verificar se os seguintes sujeitos de direito: “*trabalhador rural boia-fria*” e “*trabalhador de reserva extrativista*” estão sendo protegidos pela legislação previdenciária brasileira e verificar em que termos a jurisprudência brasileira é sensível ao texto e às classificações reconhecidas nos tratados e convenções internacionais de direitos humanos assinados e ratificados pelo Brasil. Justificamos a realização desta pesquisa empírica como importante na presente investigação para demonstrar como os direitos humanos de seguridade social estão sendo protegidos pelos

tribunais pátrios superiores e se estes tribunais têm utilizado, no corpo de sua fundamentação, argumentos apontados nestes documentos internacionais.

Concluimos com uma crítica à inexistência de legislação infraconstitucional que proteja e tutele os direitos do *trabalhador rural boia fria* e do *trabalhador de reserva extrativista*, em ter garantido o acesso aos benefícios da Previdência Social em caso de eventual fragilidade, frente à adoção constitucional do princípio da universalidade de cobertura e do atendimento, e à inobservância de regras pela autarquia previdenciária (INSS) e pelo Poder Judiciário para interpretar a legislação previdenciária aplicável a estes trabalhadores rurais: *boia-fria e extrativista*.

Concluimos, mais, que a legislação infraconstitucional não prevê de forma clara a inclusão do *trabalhador rural boia fria* e do *trabalhador rural extrativista* como segurado da Previdência Social, e que o Poder Judiciário ao enfrentar os casos que envolvem esse titular específico de direitos a prestações positivas oriundas da Previdência Social não se utilizam da legislação internacional para proteger estes titulares e seus direitos.

Neste diapasão, procurou-se esclarecer que o regime constitucional brasileiro de direitos de Seguridade Social é sensível à concepção da proteção igualitária e equânime das expectativas e dos direitos subjetivos de seus titulares. Mais do que isso, que essa concepção se justifica como uma correta interpretação da precedência relativa da dignidade da pessoa humana no contexto normativo dos direitos fundamentais da Seguridade Social do Estado brasileiro.

Toda a fundamentação da força normativa dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais que está em vigência no Brasil, gira em torno dessa ideia central. Essa leitura interpretativa do sistema brasileiro de direitos constitucionais requer um olhar adequado, portanto, para a proteção das liberdades específicas e para os direitos a prestações

protetivas e distributivas (fundadas no ideal de universalidade) desta democracia constitucional.

Os *trabalhadores rurais diaristas (boia-fria)*, assim como os *trabalhadores extrativistas* tem o direito a serem protegidos pela legislação, de forma equânime, segundo suas circunstâncias particulares. Os direitos sociais constitucionais tornaram-se direitos subjetivos e, nessa medida, podem ser exigidos judicialmente segundo a correta interpretação da Constituição Federal. Essa forma de proteção decorre da importância que o constituinte originário atribuiu à proteção equitativa do trabalhador rural e, assim, cabe ao Poder Judiciário o dever de garantir a efetividade desse direito, ainda que a Previdência Social possua um critério contributivo, por entender que há um caráter prestacional e protetivo articulado com a proteção contra a pobreza absoluta, a dignidade humana e pela solidariedade de toda a sociedade.

Concluimos, ainda, que se trata de um comando constitucional expresso, e de que estas normas de cunho assistencialista dentro de um regime contributivo previdenciário devem ser aplicadas, em razão de que o entendimento anterior à Constituição de 1988 não combina com os valores supremos garantidos constitucionalmente, o dever da proteção dos direitos humanos, principalmente aqueles ditos fundamentais, e levando-se em consideração o rol das normas previdenciárias aplicadas ao trabalhador rural e a diversidade de situações que encontramos na prática do labor rural, nos faz encontrar uma modelo que possa adequar a norma existente à realidade fática do mundo rural, como forma de assegurar a efetividade do direito e da dignidade do trabalhador diarista rural boia-fria e do trabalhador extrativista.

A Constituição da República exige o devido respeito moral às pessoas. E segundo suas circunstâncias. Toda a fundamentação da força normativa dos direitos humanos e dos direitos fundamentais vigentes no Brasil gira em torno dessa ideia central. Essa leitura (a correta) do

sistema brasileiro de direitos constitucionais reclama um olhar adequado, portanto, para a proteção das liberdades específicas e para os direitos a prestações protetivas e distributivas (fundadas no ideal de igualdade) desta democracia constitucional.

Concluimos, por derradeiro, que os art. 1, incisos I e III (cidadania e dignidade da pessoa humana) da Constituição pátria, o artigo 3º, inciso III aduzem expressamente a previsão da erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades sociais como objetivo do Estado, não podendo deixar de mencionar a disposição do art. 170, do mesmo diploma legal, ao identificar que a ordem econômica do Brasil, deve estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, sendo inafastável o reconhecimento destas novas categorias de sujeitos de direito, *trabalhador diarista rural (boia-fria)* e do *trabalhador extrativista*, à garantia da eficácia do direito social de previdência social e da sua dignidade.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002. cap. 1.

ADORNO, Sergio. História e desventura: o 30 Programa Nacional de Direitos Humanos. *Novos Estudos*, CEBRAP 86, p. 5-20, mar. 2010.

ALEXY, Robert. A Institucionalização dos Direitos Humanos en el Estado Constitucional Democrático. *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, p. 21-41, jan./jun. 2000.

ALEXY, Robert. Direitos a ações estatais positivas. In: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. cap. 9.

ALEXY, Robert. Law, Morality and the Existence of Human Rights. *Ratio Juris*, v. 25, n. 1, p. 2-14, mar. 2012.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Tradução V. A. Silva. São Paulo: Malheiros. 2011.

ALEXY, Robert. The dual nature of law. *Law of Ukraine*, v. 1, p. 39-50, 2011. Disponível em: <<http://pravoua.com.ua>>. Acesso em: 19 fev. 2014.

BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAUMAN, Z. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2003.

BEVERIDGE, William. *Social Insurance and Allied Services*. London: Majesty's Stationery Office, 1942.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 13. reimpr. Tradução C. N. Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. *Conferência de Direitos Humanos de Viena, 1993*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>. Acesso em: 12 dez. 2013.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1891. Brasília, DF: Senado Federal, 1891.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1934. Brasília, DF: Senado Federal, 1934.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-1*. Brasília, DF, 1996.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-2*. Brasília, DF, 2002.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Por uma cultura de Direitos Humanos*. Direito a Seguridade Social. Brasília, DF: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013a.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. *Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH -3)*. Brasília, DF, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Proc. n. 1.335.153/RJ. Decisão em 28 maio 2013b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=31006938&sReg=201100574280&sData=20130910&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 19 fev. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial REsp 1068731/RS. Relator: Ministro Herman Benjamin. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento em 17 fev. 2011. *Diário de Justiça eletrônico*, 08 mar. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&data=%40DTDE+%3E%3D+20110217+e+%40DTDE+%3C%3D+20120308&livre=%28%28%22HERMAN+BENJAMIN%22%29.min.%29+E+%28%22Segunda+Turma%22%29.org.&processo=1068731&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 11 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. AgRg no REsp 1468369/SC. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento em 23 out. 2014. *Diário de Justiça eletrônico*, 05 nov. 2014. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=informal&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC7>. Acesso em: 09 abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 581352 AgR/AM. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento em 29 out. 2013. *Diário de Justiça eletrônico*, 22 nov. 2013c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28581352%2ENUME%2E+OU+581352%2EACMS%2E%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29%28%40JULG+%3E%3D+20131029%29%28%40JULG+%3C%3D+20131122%29%28SEGUNDA%2ESESS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ovrtwu9>>. Acesso em: 11 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1107511/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento em 21 nov. 2013. *Diário de Justiça eletrônico*, 06 dez. 2013d. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&data=%40DTDE+%3E%3D+20131121+e+%40DTDE+%3C%3D+20131206&livre=%28%2822HERMAN+BENJAMIN%22%29.min.%29+E+%28%22Segunda+Turma%22%29.org.&processo=1107511&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 11 mar. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CASSIN, René. El problema de la realización de los derechos humanos en la sociedad universal. In: CASSIN, René. *Veinte años de evolución de los derechos humanos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1994.

CASSIN, René. *Veinte años de evolución de los derechos humanos*. México: Dirección general de publicaciones. 1974.

COURTIS, Christian; ABRAMOVICH, Vitor. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n. 4, nov. 2001.

COURTIS, Christian; ABRAMOVICH, Vitor. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

COURTIS, Christian; ABRAMOVICH, Vitor. *Direitos Sociais são exigíveis*. 1. ed. Tradução L. C. Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote. 2011.

COURTIS, Christian; ABRAMOVICH, Vitor. La prohibición de regresividad em matéria de derechos sociales. In: COURTIS, Christian (Comp.). *Ni um passo atrás*. Del Puerto: Buenos Aires. 2006.

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FLEURY, S. A seguridade social e os dilemas da inclusão social. *Revista de Administração Pública*, v. 3, n. 39, maio/jun. 2005.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

KROHLING, Aloísio. Os direitos humanos na perspectiva da antropologia cultural. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 3, jul./dez. 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Gênese e Principiologia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: O legado da declaração universal de 1948*. Presidente Prudente, 2001. Disponível em: <<http://www.ceif.galeon.com/REVISTA3/tratados.htm>>. Acesso em: 26 jul. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

MINAS GERAIS (Estado). Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 102.087*. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão Julgador: Segunda Turma. Decisão em 28 fev. /2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629960>>. Acesso em: 19 fev. 2014.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La seguridad social y la primacía del Derecho*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo. 2011.

PEREZ, Aparício; SERRAMALHEIRA, Merce, *Manual de Direito Constitucional*. Barcelona: Atelier, 2012.

PEREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995.

PINHEIRO, Paulo Sergio; MESQUITA NETO, Paulo. Programa Nacional de Direitos Humanos: avaliação do primeiro ano e perspectivas. *Estudos Avançados*, Cebrap, v. 11, n. 30, p. 117-134, 1997.

PINHEIRO, Paulo Sergio; MESQUITA NETO, Paulo. *Revista de Direitos Humanos*, especial PNDH-3, 2010.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAÚJO, Nadia de (Org.). *Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar. 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PRIMEIRAS Iniciativas e Organização dos moradores da floresta - Reservas Extrativistas. AcreAmazôniaLink. Disponível em: <<http://www.amazonlink.org/ACRE/amazonas/seringueiros/resex.htm>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

RANGEL, Leonardo Alves et al. Conquistas, Desafios e Perspectivas da Previdência Social no Brasil Vinte Anos Após a Promulgação da Constituição Federal de 1988. *Repositório do conhecimento do IPEA*, p. 41-97, 2008. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4348/1/bps_n17_vol01_previdencia_social.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2013.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução L. M. Almiro Pissetta. São Paulo: Martins Fontes. 1997.

RIDOLA, Paolo. *A dignidade humana e o “princípio liberdade” na cultura constitucional europeia*. Tradução Carlos Luiz Strapazzon. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direito fundamentais sociais e proibição do retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. *Revista da Ajuris*, 95, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos 20 anos de Constituição Federal de 1988*. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 15 out. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Rev. TST*, Brasília, v. 75, n. 3, jul./set. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. *Revista do CE-JUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, v. 1, n. 1, 2013.

SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. In: Conferência Nacional de Direitos Humanos, 11., *Anais...* IPEA, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, v. 4, p. 23-51, 2006.

SÓFOCLES. *Antígona*. Porto Alegre: LEPR Pockett, 1999.

SOUZA, Clóvis et al. *Ampliação da Participação na Gestão Pública um estudo sobre Conferências Nacionais realizadas entre 2003 e 2011*. Relatório de Pesquisa, IPEA, 2013.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. Âmbito de proteção de direitos fundamentais de seguridade social: expectativas imperativas de concretização. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. (Org.). *Constituição e Direitos Fundamentais: estudos em torno dos fundamentos constitucionais do direito público e do direito privado*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 49-73.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; BERTIN, Thuany Klososki Piccolo. Nova fase dos direitos de Seguridade Social: um In: STRAPAZZON, Carlos Luiz; SERRAMALERA, Mercè Barcelò i. *Direitos Fundamentais em Estados Compostos*. 1. ed. Chapecó: Ed. Unoesc, 2013. v. 1, p. 231-263.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; BERTIN, Thuany Klososki Piccolo. Suporte Fático: Elementos conceituais e as teorias restrita e ampla do suporte fático abstrato das normas de direitos fundamentais. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE DIREITO: DIMENSÕES MATERIAIS E EFICACIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, 3., Chapecó, 2012. *Anais...* Chapecó, 2012. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/simposiointernacionaldedireito>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; COSTA, Silvana Barros. Igualdade com Equidade na Interpretação dos Direitos Fundamentais Previdenciários: o caso dos Trabalhadores rurais boias-frias. *Unoesc International Legal Seminar*, v. 2, p. 461-477, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo: A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de direito Constitucional, Internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos*. Procuradoria Geral do Estado. Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>>. Acesso em: 29 maio 2014.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003. v. 1.

Sobre o autor:

Silvana Barros da Costa é mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Ciências Jurídicas Universidade do Oeste de Santa Catarina; silvanabarrosdacosta@hotmail.com

