

# A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E A TUTELA JURISDICIONAL

**Maria Madalena Salsa Aguiar**

*SUMÁRIO: 1. Intróito; 2. Os Direitos Sociais: simples expressões proclamadas?; 3. A tutela jurisdicional; 4. O desafio da efetividade dos direitos sociais.*

## 1. INTRÓITO

No alvorecer deste novo milênio, avulta uma viva preocupação com o futuro da humanidade. As profundas transformações observadas no mundo, especialmente aquelas ocorridas a partir da segunda metade do século XX, têm colocado o homem frente a desafios nunca antes imaginados. O aumento incontrollado da população, a degradação perversa do meio ambiente, a insensata corrida armamentista, os efeitos excludentes da globalização são problemas de âmbito mundial que exigem urgentemente enfrentamento.

Nas últimas décadas, tem sido intensa a preocupação com os direitos humanos. Hoje as iniciativas nesse campo se acham mais voltadas para o *problema da efetividade* e não se restringem a simples declarações de boa intenção.

No passado, o que atraía a atenção de filósofos e juristas era a possibilidade de identificar esses direitos, ou seja, analisar a sua existência, natureza e fundamentação.

Na atualidade, como ressalta Noberto Bobbio<sup>1</sup>, o grande desafio a ser enfrentado é encontrar os meios adequados para sua efetiva proteção e imple-

---

<sup>1</sup> BOBBIO, Noberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

mentar mecanismos capazes de impedir que os direitos fundamentais sejam continuamente violados, apesar das solenes declarações em sem tido contrário.

Nesse contexto, a busca da efetividade dos direitos fundamentais dá relevo à questão dos direitos sociais. Fruto do amadurecimento de novas exigências, de novos valores, como, por exemplo, os do bem-estar econômico e social, a observância dos direitos sociais do homem pelo Estado torna-se um imperativo, não só destinado a garantir a cidadania, mas também a construir e consolidar um processo de efetiva democracia.

O Brasil contemporâneo, estruturado com base na Constituição de 1988, é um Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Além disso, apresenta, entre outros objetivos fundamentais, os seguintes propósitos: construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza, a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos, sem preconceitos de qualquer natureza.

Ao reconhecer esses aspectos fundamentais, a promulgação da Constituição de 1988 significou uma resposta normativa à realidade brasileira. O Estado, para nós, sobretudo a partir dos anos 80 e até nossos dias, em certo sentido, representa a máquina, o espaço e o instrumento voltado à realização de princípios, à execução de objetivos e à defesa intransigente dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais do homem.

Os direitos sociais, como sabemos, originam-se da Constituição Mexicana de 1917 e, logo a seguir, da Constituição de Weimar de 1919. Essa consagração marcou a superação de uma perspectiva estreitamente liberal, quando, por exemplo, o homem passou a ser considerado para além de sua condição individual, surgindo para o Estado certos deveres, prestações positivas com o objetivo de melhorar a vida dos indivíduos e de promover a igualdade material. Assim, para a efetivação desses direitos sociais – agora consagrados em várias constituições – tornou-se imperioso *um fazer* estatal, uma atuação capaz de criar as condições materiais necessárias ao bem-estar da sociedade.<sup>2</sup>

Face a essa característica ontológica dos direitos sociais – traduzida pela exigência de um efetivo *fazer* por parte do Estado – constata-se que, embora sejam proclamados, muitos deles não são observados satisfatoriamente. As profundas contradições sociais, agravadas nas últimas décadas pelo processo de globalização, revelam que a função administrativa, muitas vezes presa às rédeas

---

<sup>2</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

do oportunismo e à conveniência política, concorre para *não tornar efetiva* a satisfação dos direitos sociais.

A necessidade de efetividade dos direitos sociais, portanto, apesar das legislações pertinentes e dos esforços de alguns agentes em desenvolverem políticas públicas para atenuar essa omissão social, ainda persiste.

É justamente nesse cenário que o desafio a ser enfrentado ganha relevo: verificada a inércia estatal, o Poder Judiciário tem ou não um importante papel a cumprir na efetividade dos direitos sociais?

## **2. OS DIREITOS SOCIAIS: SIMPLES EXPRESSÕES PROCLAMADAS?**

É secular o reconhecimento de que ao indivíduo deve ser assegurado pré-condições econômicas e sociais bem definidas para poder gozar seus direitos individuais, viver com liberdade e segurança. Ou seja, para a realização efetiva de direitos individuais e políticos (senão de *todos*, pelos menos, de grande parte deles) é preciso satisfazer suas necessidades básicas como membro da sociedade, tais como moradia, saúde, educação, trabalho, assistência, lazer etc. É preciso oferecer condições mínimas para que os indivíduos sintam-se como cidadãos. São, justamente, os direitos sociais que lhes proporcionam a satisfação desses bens jurídicos. Em outras palavras, eles constituem verdadeiros pressupostos para o exercício dos demais direitos e liberdades.

Com a Constituição de 1988 os direitos sociais ganharam um capítulo próprio, ou seja, saíram do capítulo da Ordem Social (sempre ‘misturada’ com a Ordem Econômica) e foram incorporados à órbita dos direitos fundamentais. O constituinte os tratou como verdadeiros direitos do homem e não simples expressões de uma determinada Ordem.

Ora, essa simples mudança, aparentemente elementar, trouxe importantes consequências. Alçados à categoria de direitos e garantias fundamentais, os direitos sociais, agora, passaram a gozar ou, pelo menos, deveriam gozar *in concreto* de máxima e imediata aplicabilidade, como acontece com os direitos individuais.

Nesse sentido, esclarece a professora Flávia Piovesan que “no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 institui o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas, nos termos do artigo 5º, parágrafo primeiro”.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limond, 1996, p. 63.

Ademais, até pouco tempo atrás, havia uma teoria que considerava os direitos sociais, ainda que afirmados na Constituição, como meras disposições programáticas<sup>4</sup>, despidas, portanto, de eficácia propriamente jurídica, os quais apenas vinculariam o Poder Legislativo, expressando apenas uma promessa, cujo descumprimento não desafiaria qualquer sorte de controle mais decisivo.<sup>5</sup>

Hoje tem prevalecido entendimento diferente, como o expresso por Luís Roberto Barroso, em várias passagens, ao discorrer sobre o tema da concretização dos direitos sociais. Esclarece o professor que, “só por falta de seriedade em relação à Constituição, se poderia dar a tais preceitos a inteligência de que não investem o indivíduo em qualquer exigibilidade de conduta em face do Estado. Afirmado o princípio, vejamos como é possível fazê-lo atuar”.<sup>6</sup>

Na verdade, as normas e as regras que tutelam os direitos sociais investem os jurisdicionados em posições jurídicas distintas. Esse aspecto merece registro porque se relaciona diretamente com a concretização dos direitos sociais do homem. Como bem explica Luís Roberto Barroso, as normas que disciplinam tais direitos geram, por vezes, situações prontamente desfrutáveis, dependentes, apenas, de uma abstenção. Quando isso ocorre – o que lamentavelmente não se dá com frequência – a relação jurídica estabelecida assemelha-se à resultante dos direitos individuais (o direito de greve é um exemplo dessa espécie de norma).

Outras vezes, porém, as normas dos direitos sociais ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado, um *facere* estatal. Nesse caso, o dever jurídico da relação a ser cumprida consiste em uma atuação efetiva, na entrega de um bem ou na satisfação de um interesse. Costuma-se dizer que as normas dessa natureza são dotadas de pouca ou quase nenhuma objetividade e sua concretização torna-se complexa, encontrando, portanto, limites políticos e/ou econômicos – é o que muitos chamam de normas programáticas.

Segundo ainda afirma o professor Luís Roberto Barroso, as normas constitucionais atributivas de direitos sociais, muitas vezes, contemplam interesses

<sup>4</sup> Entende-se por normas programáticas as normas constitucionais, através das quais o constituinte, em vez de regular direta e imediatamente determinados interesses, limita-se a traçar os princípios a serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando a realizar os fins sociais do Estado.

<sup>5</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. *O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais*. Documento publicado no site: [www.mundojuridico.com](http://www.mundojuridico.com).

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto. *ob.cit.*, p.149

cuja realização depende da edição de normas infraconstitucionais integradoras. Eis uma situação bastante delicada, porque, como é forçoso admitir, a ausência dessa regra integradora paralisa a operatividade do comando normativo maior.

Cumpre lembrar, entretanto, que a Carta Magna *não* delega ao legislador a competência para conceder ou não os direitos sociais. Ela própria os concede ao povo brasileiro. Ao poder constituinte derivado cabe, tão somente, instrumentalizar a sua realização.

Essas duas últimas ‘espécies’ de normas definidoras dos direitos sociais – as que exigem a atuação estatal ou a integração normativa ulterior – são as mais difíceis de serem efetivadas. Concretizá-las, constitui, indiscutivelmente, uma tarefa mais complexa que a dispensada à concretização das outras categorias de direitos humanos fundamentais.

Os direitos sociais, portanto, não são simples expressões constitucionais proclamadas, mas normas que envolvem interesses e precisam ser urgentemente observadas. A busca por essa efetividade é, na atualidade, um *desafio* que não basta ser constatado, mas deve ser também enfrentado, sob pena de pôr em risco princípios do Estado Democrático de Direito e, sobretudo, a igualdade e a liberdade dos cidadãos.

### **3. A TUTELA JURISDICIONAL**

Nos primeiros tempos da civilização, quando não existia um Estado suficientemente forte e organizado capaz de conter os ímpetus individualistas dos homens e impor o direito acima das vontades dos particulares, aquele que estivesse envolvido em qualquer tipo de conflito intersubjetivo poderia resolvê-lo por si só, fazendo uso da força. A própria repreensão dos atos criminosos se fazia por meio da vingança privada. Até mesmo quando o Estado chamava para si o ‘*jus punitiois*’, ele o exerceu inicialmente mediante o emprego de seus próprios critérios, sem a interferência de órgãos ou de pessoas independentes e desinteressadas. A esse regime chama-se de autotutela ou autodefesa.<sup>7</sup>

Em um período subsequente, vedada a autotutela, a solução dos conflitos se dava mediante o concurso de um terceiro desinteressado e imparcial, eleito

---

<sup>7</sup> Atualmente no direito positivo brasileiro, como é sabido, salvo pouquíssimas exceções previstas em lei, o exercício da autotutela é tipificado penalmente, seja quando praticado pelo particular (exercício arbitrário das próprias razões, artigo 345, CP), seja pelo próprio Estado (exercício arbitrário ou abuso de poder, artigo 350, CP), haja vista seu caráter precário e aleatório, não garantidor da Justiça.

pelos contendores entre pessoas de sua mútua confiança. Tratava-se da arbitragem facultativa que, tempos depois, passou a ser obrigatória, de modo que os envolvidos no conflito deveriam submeter-se a uma solução criada por terceiro desprovido de interesse direto no objeto do conflito.

Com o desenvolvimento da noção de Estado, juntamente com as idéias a respeito daquilo que seria, mais tarde, o Estado de Direito, a tarefa de solucionar os conflitos de interesses foi admitida como função estatal, primeiramente atribuída ao soberano, de quem emanava todo o direito e, depois, numa fase mais desenvolvida, mediante o concurso dos organismos do Poder Judiciário.

É claro que essa evolução não se deu linearmente, com marcos divisórios nítidos e precisos. Em quase todos os momentos esses sistemas conviveram uns com os outros. A história das instituições se constrói através de marchas e contramarchas, entrecortadas por retrocessos e estagnações.<sup>8</sup>

Assim, hoje, a jurisdição, ao lado das funções administrativa e legislativa, é uma função soberana do Estado que visa, primordialmente, resolver os conflitos deduzidos em juízo, por meio de solução harmônica com o sistema jurídico.

A moderna processualística, ao analisar o exercício jurisdicional, põe em relevo o enfoque instrumentalista e teleológico do processo, sem desmerecer, contudo, critérios substancialmente jurídicos, a exemplo dos elaborados por Canelutti e Chiovenda.

Nos dias atuais, o processo é considerado um sistema aberto, legitimado pela aptidão de prestar serviços à comunidade. O processualista atual vem adotando também critérios sociais e políticos para compreender a jurisdição. A perspectiva é substancialmente outra, na medida em que o direito moderno, em constante produção científica, busca legitimar seu sistema na utilidade e na eficácia que o exercício jurisdicional possa oferecer à nação e às instituições.<sup>9</sup>

Dessa maneira, os operadores do direito, em especial os magistrados, ‘criadores’ da decisão judicial, devem ater-se à indispensável visão orgânica do

<sup>8</sup> A abordagem histórica representa, apenas, uma análise perfunctória do caminho percorrido pelas civilizações até se chegar ao Estado como ente capaz de solucionar conflitos e pacificar pessoas. Cumpre lembrar, entretanto, que, apesar da evidente predominância da atuação estatal, ainda se verifica a concomitância de vários sistemas, seja em conflitos internacionais (entre blocos econômicos ou organismos internacionais), seja no âmbito interno. Note-se que, além da tutela judicial, existem outras modalidades de soluções não-jurisdicionais, denominadas de meios alternativos de pacificação social. Vai ganhando corpo, portanto, a noção de que o importante é pacificar, tornando-se irrelevante saber se a paz vem por obra do Estado ou por outros meios.

<sup>9</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo, Malheiros Editores, 8ªed., 2000.

processo, como um fenômeno que traz em seu bojo a interação entre o jurídico, o social e o político. Ademais, tais agentes precisam estar sempre informados sobre os conceitos e as sugestões que revelam o processo como instrumento, um meio com potencialidades que conduzam a resultados satisfatórios, mas também sejam capazes de sanarem deficiências, atitudes que concorrem, sem dúvida, para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Face ao exposto, considerando a importância dos direitos sociais proclamados constitucionalmente, mas não efetivados, e, considerando, também, a jurisdição como expressão do poder político, inserida no convívio social, torna-se inegável que o Poder Judiciário têm um papel a cumprir na busca da efetividade dos direitos sociais.

Mas, que papel é esse? Em que medida pode a tutela jurisdicional satisfazer os direitos sociais?

#### **4. O DESAFIO DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS**

O sistema processual brasileiro, sem esquecer os seus antigos modelos de índole essencialmente individualista, adquire uma ‘nova roupagem’. De fato, hoje surge um novo processo e abandonam-se velhos paradigmas, entre eles, o arraigado entendimento de ser o processo garantia de direitos individuais, passando a concebê-lo como instrumento de fundamental importância também para realização de interesses transindividuais. Além de tutelar interesses de cunho individual, o processo visa a solucionar conflitos que ultrapassam a esfera do indivíduo, fundamentados em direitos difusos, coletivos e sociais.

Observa-se, todavia, que quando se procura efetivar esses direitos mediante o emprego da tutela judicial, são os direitos sociais que apresentam maior dificuldade. Isso ocorre, entre outras razões, porque os direitos sociais, expressos na Constituição de 1988, possuem dimensões subjetivas distintas. Como já visto acima, há direitos sociais que podem ser exigidos prontamente pelo cidadão, tais como, o direito à licença maternidade, um direito social que nenhum juiz teria grandes problemas em analisar e, se for o caso, garantir, numa ação judicial. Há, no entanto, outros direitos sociais que, para serem concretizados, exigem uma prestação estatal, possuem, pois, uma dimensão subjetiva mais fraca. Esses direitos sociais, repita-se, por serem insuscetíveis de criar imediatamente situações jurídicas positivas de vantagem e, em virtude da inércia estatal, oferecem maior dificuldade para se efetivarem por meio da jurisdição.

Para superar essa dificuldade, muitos são os caminhos e sugestões. Sem embargo, considerando os lindes dessa reflexão, abordar-se-ão aqui somente alguns aspectos que, a nosso sentir, são mais importantes.

Assim sendo, feita a ressalva, para superar a dificuldade de se tutelar direitos sociais por meio do processo propõe-se uma mudança, abarcando novas reflexões e atitudes, chamada por muitos juristas de ‘ativismo judicial’.

Tal ‘movimento’ defende que os operadores do direito, em especial os magistrados, frente ao desafio da efetividade dos direitos sociais assumam uma postura mais ativa, consciente e responsável. Já que, em diversas situações, nas quais a Constituição e as leis utilizam conceitos vagos e imprecisos, compete exatamente ao juiz integrar, com sua valoração subjetiva, o comando normativo, uma ‘mudança de hábito’ se faz necessária.

Avulta, nesse contexto, a necessidade urgente de se adotar uma postura mais *ativa*. Se os mecanismos processuais de tutela não são adequados para apreciar direitos sociais, devem ser revistos e harmonizados às novas exigências, tornando-os, assim, mais acessíveis.

Por outro lado, se os mecanismos são adequados, mas o seu operador não sabe extrair deles um desempenho satisfatório, impõe-se rever não as medidas usadas, mas, sim, a atitude desse agente.

Dessa maneira, constata-se que, para efetivar os direitos sociais através da tutela judicial, faz-se necessária a adoção de mecanismos processuais adequados (ações, medidas judiciais, princípios), capazes de efetivar tais direitos, atingindo o resultado prático pretendido, seja adotando providências alternativas, seja recorrendo à indenização, caso resultem inviáveis recorrer a outras alternativas para o cumprimento em espécie da obrigação estatal.

Além disso, os operadores do direito devem assumir maior compromisso e responsabilidade social ao exercerem suas funções, especialmente os magistrados, em função do papel jurisdicional desempenhado hoje em nosso país.

Convém lembrar, por oportuno, que a participação ativa dos indivíduos na concretização da efetividade dos direitos sociais torna-se, também, de fundamental importância. Seja fiscalizando a atuação do administrador, seja cobrando o cumprimento de ações políticas prometidas, o cidadão exerce um papel primordial na efetividade dos direitos sociais, inclusive, quando for o caso, exercido num momento pré-jurídico por meio de associações ou organismos não-governamentais.

Dessa forma, à guisa de conclusão, constatamos ser possível *adaptar-se* medidas processuais existentes às novas exigências de nosso tempo e, também,

*adotar* outros aportes de criatividade à atuação judicial, dando-se, enfim, uma significativa contribuição na busca da efetividade de direitos constitucionais postergados.

Não há dúvidas de que, mesmo diante de contornos ainda incertos no tocante a alguns aspectos, caberá ao Judiciário o papel de ganhar, cada vez mais, espaços na luta pela efetivação dos direitos sociais do homem.

