

A POSITIVAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS

Beatris Francisca Chemin¹

RESUMO: Trata neste artigo do surgimento dos direitos sociais - criados pelo Estado para minimizar as inúmeras dificuldades, oriundas da industrialização, passadas pelos trabalhadores e pelas pessoas em geral - que influenciam social, econômica e politicamente muitos dos espaços da iniciativa individual. Posteriormente, identificar a positivação constitucional dos direitos sociais, mostrando, a partir de sua localização na CF de 1988, a quem eles se destinam, se são direitos individuais ou não, qual princípio é sua base fundante, a que geração de direitos pertencem, qual o seu papel na busca pela dignidade humana.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos sociais; positivação constitucional; princípio da igualdade; geração de direitos; dignidade humana.

THE CONSTITUTIONAL EVIDENCE OF THE SOCIAL RIGHTS

ABSTRACT: The article discusses on the emerging of the social rights – created by the state to minimize the difficulties, as a result of the industrialization, that workers and people in general went through – that influence social, economic and politically many spaces of the individual initiatives. Besides, identifying the constitutional evidence of the social rights, showing their place in the FC of 1988, to whom they are addressed, as individual rights or not, which principle they are based on, what generation of rights they are part of, and their role in seeking human dignity.

KEY WORDS: Social rights; constitutional evidence; principle of equality; generation of rights; human dignity.

1 OS DIREITOS SOCIAIS

Direito social é criação dos tempos modernos, pois é no século XVIII que começa a florescer a construção de um pensamento ligado, não mais ao indivíduo isolado, mas ao grupo social no qual ele se insere. A partir do processo de industrialização, em que se dá a alteração substancial no modo de vida das pessoas, há um conseqüente processo de urbanização, como reflexo da concentração do trabalho e da unificação da produção nas fábricas. Some-se a isso "o custo que o

¹ Professora e advogada. Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Univates, de Lajeado, Rio Grande do Sul. Mestre em Direito. Autora do livro **Lazer & Constituição: uma perspectiva do tempo livre na vida do (trabalhador) brasileiro**, publicado pela Juruá, em 2002. bchemin@univates.br

processo produtivo tem em relação à qualidade de vida das pessoas" (Morais, 1997, p. 32, grifo do autor), cuja relevância não pode ser negada, especialmente nas últimas décadas.

Salienta-se que, à época da Revolução Industrial inglesa, desenrolava-se a teoria liberal² centralizada nos valores do individualismo. Contudo, especialmente no final do século XIX e começo do XX, com as crises vividas por este modelo liberal - especialmente com a Primeira Grande Guerra e o esfacelamento de economias européias - e com a disseminação de doutrinas socialistas, começa a se sustentar a idéia de comunidade, de um direito social. "Um dos efeitos mais concretos desta realidade é a irrupção de movimentos revolucionários e constitucionais, acompanhados de uma declaração de direitos tratando da matéria afeta aos direitos humanos, ou a uma espécie deles, denominados de sociais" (Leal, 1997, p. 63).

Com o crescimento das cidades, segundo Leal (1997), crescem também novos sujeitos sociais que se caracterizam pela desconformidade em relação ao que lhes é imposto pelo ritmo de crescimento da sociedade industrial até então. Paralelamente aos interesses privados da classe burguesa em ascensão, esses sujeitos sociais reivindicam pelo menos garantias mínimas de sobrevivência para a massa de cidadãos-trabalhadores, postulando uma nova formatação de Estado, com funções positivas, que passa a ser regulador do mercado e promotor do bem-estar social, com o Welfare State³ tentando se concretizar especialmente após a Segunda Grande Guerra.

Esse novo modelo de Estado, chamado de Estado Social, não abandona as conquistas e valores impostos pelo liberalismo burguês; contudo, embora possa ser considerado uma válvula de escape da classe dominante, são inegáveis os avanços sociais do modelo. Ele pretende corrigir o individualismo liberal por meio de garantias coletivas, pela reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social, que tenha em vista o desenvolvimento da pessoa humana (Leal, 1997).

No Brasil, a industrialização iniciou no final do século XIX e começo do XX. O país respondeu com alguma legislação pertinente à questão social que aflorava em função da industrialização e das novas formas de relacionamento entre patrões e empregados, cujos vínculos passaram de paternalistas a formas mais impessoalizadas e racionalizadas. Por exemplo, o Decreto 1.313/1891, embora nunca aplicado, regulamentava o trabalho dos menores nas fábricas da Capital

² "A teoria liberal sob os seus vários aspectos maximiza a figura do homem-singular, o indivíduo, único capaz de julgar sobre suas paixões e interesses. O projeto jurídico que daí decorre assume efetivamente como figura central e intocável de sua estrutura este homem só, alheio e alienado de seu meio ambiente. Assim, o direito individual - como direito subjetivo - será a expressão jurídica do modelo liberal" (Morais, 1997, p. 32).

³ A expressão inglesa *Welfare State* (estado de bem-estar) é da década de 1940, embora já se falasse de *welfare policy* desde o início do século XX (Rosanvallon (1997, p. 122). Para Draibe (1989), a expressão *Welfare State* tem aparecido também como Estado-providência, Estado benfeitor, Estado de bem-estar-social, entre outras, e suas definições variam conforme os autores. Para Wilenski (*apud* Draibe, 1989, p. 18), "a essência do *Welfare State* é um padrão mínimo - garantido pelo Estado - de renda, alimentação, saúde, alojamento e instrução, assegurado a qualquer cidadão como um direito político, e não como beneficência".

Federal. O Decreto de 5/1/1907 criava os sindicatos profissionais e as sociedades cooperativas. A Lei 3.274, de 15/1/1919, tratou dos acidentes de trabalho. A Lei Eloy Chaves instituiu as Caixas de Aposentadorias e Pensões em 1923. A Lei 4.982, de 24/12/1925, legislou sobre férias, mandando conceder, anualmente, 15 dias de férias aos empregados e operários de estabelecimentos comerciais, industriais e bancários, sem prejuízo de ordenado, vencimentos ou diárias. O Decreto 17.934-A, de 12/10/1927, tratava do trabalho dos menores; a lei de sindicalização, foi decretada em 19/3/1931 (Requixa, 1977).

Durante o governo de Getúlio Vargas, de acordo com Camargo (1999), várias medidas em benefício dos trabalhadores foram instituídas: salário mínimo, regulamentação das férias, aposentadoria, semana de trabalho de 48 horas, descanso semanal remunerado, cujo conjunto destas medidas e outras fizeram parte da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, datada de 1º de maio de 1943, criada pelo Decreto-Lei nº 5.452, ainda em vigor, com alterações.

Os sindicatos, então sob a tutela do Ministério do Trabalho, retomam sua atividade reivindicatória especialmente em 1945, com a democratização do país. Contudo, com a ditadura militar, o tema voltou à tona apenas por volta de 1978, com a reivindicação da jornada semanal de 40 horas. A Emenda Constitucional Nº 1, de 1969, traz direitos como repouso semanal remunerado e nos feriados civis e religiosos, férias anuais remuneradas, descanso remunerado da gestante, colônias de férias e clínicas de repouso, recuperação e convalescença, mantidas pela União, conforme dispuser a lei.

Já a Constituição Federal de 1988 reforçou a jornada diária de oito horas, reduziu a jornada semanal de 48 para 44 horas e ampliou a remuneração das férias anuais com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal.

Além disso, a Constituição de 1988, no Capítulo II, formalizou expressamente que são direitos sociais a educação, a saúde, 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.

O que são, então, direitos sociais? Para Bonavides (1996), Estado Social - e por consequência os direitos sociais dele decorrentes - é aquele que influencia social, econômica e politicamente a quase totalidade dos espaços da iniciativa individual:

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que pertenciam, em grande parte, à área da iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social (Bonavides, 1996, p. 186).

Para Silva (2000), os direitos sociais são prestações positivas proporcionadas de forma direta ou indiretamente pelo Estado, inscritas em normas constitucionais, com a finalidade de possibilitar melhores condições de vida aos mais fracos, ou seja, direitos que pretendem a realização da igualização de situações sociais desiguais:

... são direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade (Silva, 2000, p. 289-290).

Nos termos de Moraes (2000), direitos sociais são direitos fundamentais do homem, inseridos nas liberdades positivas, que devem ser observados em um Estado Social de Direito, uma vez que possuem como finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, com a concretização da igualdade social. Entretanto, a realidade revela que nem tudo o que está formalizado é concretizado, havendo necessidade de uma constante busca de transformações sociais que têm em vista a dignidade humana, a justiça social, especialmente com a efetivação real de um novo Estado, o Estado Democrático de Direito, expresso na Constituição Federal de 1988.

2 PREVISÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS

No mundo ocidental, as ordens social e econômica adquiriram dimensão jurídica com a Constituição do México de 1917. No Brasil, a primeira Constituição a registrar um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar, de 1919⁴, o que se seguiu nas cartas posteriores. Vale ressaltar que a Constituição de Weimar, ao inserir os direitos sociais, contemplou o direito do cidadão ao emprego, à educação e à proteção contra os riscos de uma sociedade industrial, estabelecendo, também, os direitos de primeira geração, como, por exemplo, o sufrágio universal.

O constitucionalismo vigente a partir da Carta de 1934 fez surgir no Brasil o modelo de um Estado Social de inspiração alemã, ligado politicamente a formas democráticas, em que a sociedade se sobrepõe ao indivíduo. "Tudo porém indissolavelmente vinculado a uma concepção reabilitadora e legitimante do papel do Estado com referência à democracia, à liberdade e à igualdade" (Bonavides, 2000, p. 334), embora grande parte dos postulados constitucionais tenha permanecido na teoria. Mesmo assim, houve um crescimento significativo das conquistas operadas no terreno dos direitos sociais, especialmente em matéria de processo constitucional - notadamente a proteção recebida na área judicial específica com o controle de constitucionalidade - para garantir a factividade desses direitos.

⁴ Mesmo que a Constituição do México tenha sido anterior à da Alemanha, esta teve seus princípios difundidos em maior extensão para outros ordenamentos, conforme posição de Magalhães (1997, p. 102): "Embora cronologicamente a Constituição Mexicana de 1917 tenha sido a primeira, a Constituição matriz do constitucionalismo social será a de Weimer, Alemanha, em 1919".

Vejam-se alguns exemplos que a Constituição de 1934 apresentou como influência recebida da Constituição de Weimar: a subordinação do direito de propriedade ao interesse social ou coletivo, a ordem econômica e social, a instituição da Justiça do Trabalho, o salário mínimo, as férias anuais do trabalhador obrigatoriamente remuneradas, a indenização ao trabalhador dispensado e sem justa causa, o amparo à maternidade e à infância, o socorro às famílias de prole numerosa, a colocação da família, da educação e da cultura debaixo da proteção especial do Estado (Bonavides, 2000).

Já a Constituição de 1937, segundo alguns autores, no dizer de Porto (1987), teve como modelo a Constituição polonesa de 1935. Contudo, também ela, no item da Ordem Econômica, trata de preceitos relacionados à legislação do trabalho, como contratos coletivos, licença anual remunerada, indenização proporcional aos anos de serviço em caso de demissão imotivada do trabalhador, salário mínimo, jornada de oito horas, proibição de trabalho a menores de quatorze anos, seguro de acidente do trabalho, entre outros, além de artigos referentes aos direitos e garantias individuais e à proteção da família, da educação e da cultura.

A Constituição brasileira de 1946 também recebeu influência da Carta alemã, com dispositivos, entre outros, que preceituavam a participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar, além de aproveitar as inovações da Constituição de 1934 quanto a disposições de proteção aos trabalhadores, à ordem econômica, à família e à educação (Baleeiro e Lima Sobrinho, 1987).

A Constituição de 1967, na opinião de Baleeiro (1987, p. 55), é "[...] uma Constituição Calvinista. Embora o povo seja católico, é uma Constituição para defender como alvo supremo o desejo de enriquecimento do povo, sob o rótulo de desenvolvimento econômico". Para o autor, ela põe em primeiro plano a indústria, o comércio e o desenvolvimento econômico, paralelamente à preponderância do Executivo sobre os demais Poderes.

Já a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, repetiu direitos como repouso semanal remunerado e nos feriados civis e religiosos, férias anuais remuneradas, descanso remunerado da gestante, colônias de férias e clínicas de repouso, recuperação e convalescença, mantidas pela União, conforme dispuser a lei (Camargo, 1999).

Ainda e especialmente há a atual Constituição Federal de 1988 que, além da influência da Constituição de Weimar, também sofreu ressonância da Lei Fundamental de Bonn de 1949, inclusive ultrapassando-a em alguns aspectos: "Na técnica, na forma e na substância da matéria pertinente a direitos fundamentais, a derradeira Constituição do Brasil se acerca da Lei Fundamental alemã de 1949, e até a ultrapassa em alguns pontos" (Bonavides, 2000, p. 335). Um dos avanços da CF brasileira é o mandado de injunção⁵, com a finalidade de evitar que considerável

⁵ O art. 5º, LXXI, da Constituição Federal, prevê o mandado de injunção, o qual consiste em "uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa a suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal. Juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visa ao

parte do conteúdo de suas regras sobre direitos sociais seja convertido em preceitos meramente programáticos, por inaplicabilidade e decurso de tempo.

A Constituição de 1988 é na sua essência uma Constituição do Estado Social, que trabalha com valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder, ao contrário de uma Constituição do Estado Liberal, que era uma Carta antigoverno e antiestado, na opinião de Bonavides (2000, p. 337, grifo do autor): "O Direito Constitucional do Estado Liberal, em nome da juridicidade, podia assim elevar-se a posições extremas de formalismo, as quais, despolitizando o Direito, instauravam uma neutralidade aparentemente absoluta, mas em verdade impossível, perante o substrato ideológico das instituições". Tome-se como exemplo a Constituição da Áustria, que Kelsen escreveu sem preâmbulo e sem direitos sociais fundamentais, numa linha positivista ultrapassada para os tempos contemporâneos.

3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Num Estado Social, o princípio da igualdade é tido como o principal direito fundamental: "[...] o princípio da igualdade logrou todavia firmar incontestável superioridade qualitativa, desde que passou a traduzir de certo modo a essência do Estado Social, inconcebível sem essa primazia" (Bonavides, 2000, p. 341). Para este autor, isso significa dizer que a igualdade deixou de ser a igualdade jurídica da época liberal para se transmutar na igualdade material da nova forma de Estado - contudo, não é assim que as constituições têm observado o princípio da igualdade, ou seja, elas, segundo Silva (2000), só têm reconhecido a igualdade no seu sentido jurídico-formal, a igualdade perante a lei⁶ -, vinculando o legislador na elaboração da legislação ordinária não só na órbita federal e estadual, mas também aquele que, a partir de sua autonomia, emenda a Constituição Estadual ou formula o próprio estatuto básico da unidade federada, numa espécie "de igualdade 'feita' pela lei, uma igualdade 'através' da lei" (Bonavides, 2000, p. 341), sendo que nesse princípio de igualdade entram valores e diferentes formas de pensar, o que provoca crise para a velha igualdade jurídica do antigo Estado de Direito. Continua este mesmo autor dizendo que "antes de elevar-se à posição de preeminência contemporânea, graças ao princípio da igualdade, os direitos sociais fundamentais, conforme perspicazmente assinalou Leibholz, pertenciam à esfera dos direitos que o Estado 'concede' (*gewahrt*), mas não 'garante' (*gewahrleistet*)" (p. 342).

A interpretação constitucional tem sido muito controversa quanto ao conceito de igualdade, notadamente em razão do prestígio que a igualdade fática ou material tem desfrutado nos sistemas onde a força do social imprime ao Direito as

combate à síndrome de inefetividade das normas constitucionais" (Moraes, 2000, p. 169, grifo do autor).

⁶ "As constituições só têm reconhecido a igualdade no seu sentido jurídico-formal: *igualdade perante a lei*. A Constituição de 1988 abre o capítulo dos direitos individuais como princípio de que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza* (art. 5º, *caput*). Reforça o princípio com muitas outras normas sobre a igualdade ou buscando a igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais substanciais" (Silva, 2000, p. 214).

suas marcas. É preciso que, no entendimento de Bonavides, se aceite que o desejo de efetivar a igualdade fática traz a desigualdade jurídica, mas que o Estado Social pretende igualdade fática:

O Estado Social é enfim Estado produtor de igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda a hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. Obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessário, para concretizar comandos normativos de isonomia. Noutra lugar já escrevemos que a isonomia fática é o grau mais alto e talvez mais justo e refinado a que pode subir o princípio da igualdade numa estrutura normativa de direito positivo (Bonavides, 2000, p. 343).

Na concepção do estudioso brasileiro, não houve mudança nos direitos fundamentais, apenas eles se enriqueceram de uma nova dimensão com a introdução dos direitos sociais básicos. Além disso, a igualdade não revogou a liberdade, mas esta sem aquela torna-se um valor vulnerável. "Em última análise, o que aconteceu foi a passagem da liberdade jurídica para a liberdade real, do mesmo modo que da igualdade abstrata se intenta passar para a igualdade fática" (Bonavides, 2000, p. 343).

Para o constitucionalista português Jorge Miranda (1998), tanto na concepção liberal como na social, a liberdade e a igualdade estão presentes, mas, na primeira concepção, igualdade é a titularidade dos direitos e demanda liberdade para todos, ao passo que, na segunda, a igualdade é a concreta igualdade de agir, e a liberdade, a própria igualdade puxada para a ação. "Na concepção liberal, a liberdade de cada um tem como limite a liberdade dos outros; na concepção social, esse limite prende-se com a igualdade material e situada. Os direitos constitucionais de índole individualista podem resumir-se num direito geral de liberdade, os direitos de índole social num direito geral à igualdade" (Miranda, 1998, v. 4, p. 96). Acrescente-se que, na sua visão, a igualdade material é criada, efetivada, e não oferecida ou proposta, ou seja, o seu sujeito recebe-a por meio de uma série de prestações, já que ela não é inerente às pessoas, não é uma qualidade inata que a Constituição tenha de confirmar, nem preexistente ao Estado. "O conceito do direito à igualdade consiste sempre num comportamento positivo, num *facere* ou num *dare*" (p. 97).

Também no tocante à igualdade, Morais (1996, p. 74) refere que, mesmo sob o Estado Social de Direito, "a questão da igualdade não obtém solução, embora sobrepuje a sua percepção puramente formal, sem base material", tendo, então, se desenvolvido um novo conceito em que a preocupação principal é a transformação do *status quo*, numa busca efetiva da concretização da igualdade, "não pela generalidade do comando normativo, mas pela realização, através dele, de intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade" (p. 74), sendo o Estado Democrático de Direito aquele que possibilita o conteúdo transformador da realidade.

Para Canotilho (1998), a igualdade é um dos princípios que estrutura o regime geral dos direitos fundamentais e que condensa enorme riqueza de conteúdo

cujos traços mais importantes são: (a) igualdade na aplicação do direito e (b) igualdade quanto à criação do direito.

O primeiro traço tem a ver com a afirmação "todos os cidadãos são iguais perante a lei", o que significa a exigência de igualdade na aplicação do direito, sem olhar a quem, sendo relevante no âmbito da aplicação igual da lei pelos órgãos da administração pública e pelos tribunais.

O segundo traço significa que a lei, além de ser aplicada igualmente a todos, ela própria deve tratar por igual todos os cidadãos. "O princípio da igualdade dirige-se ao próprio legislador, vinculando-o à criação de um direito igual para todos os cidadãos. Mas o que significa 'criação de direito igual'?" (Canotilho, 1998, p. 389).

Esse mesmo constitucionalista português responde à pergunta, dizendo que (1) a criação de direito igual é igual ao princípio da universalidade, ou princípio da justiça pessoal, ou seja, "para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos" (Canotilho, 1998, p. 389). Contudo, mesmo assim o princípio permitiria discriminação quanto ao conteúdo⁷, ao que o autor utiliza a formulação de Castanheira Neves: "a igualdade perante a lei oferecerá uma garantia bem insuficiente se não for acompanhada (ou não tiver também a natureza) de uma igualdade na própria lei, isto é, exigida ao próprio legislador relativamente ao conteúdo da lei" (p. 389), ou, resumido a um sentido formal, o princípio da igualdade acabaria por se traduzir num princípio de prevalência da lei em face da jurisdição e da administração. Entretanto, ainda é preciso verificar o princípio da igualdade em sentido material, ou seja, saber quem são os iguais e quem são os desiguais.

Canotilho (1998, p. 390) segue seu raciocínio respondendo também que (2) a criação de direito igual é igual à exigência de igualdade material através da lei, ou seja, deve-se tratar "por igual o que é igual e desigualmente o que é desigual", acrescentando que esta fórmula conduz sempre a uma igualdade relacional, pois ela pressupõe uma relação tripolar⁸: o indivíduo *a* é igual ao indivíduo *b*, tendo em conta determinadas características.

Ainda na seqüência da resposta, o constitucionalista diz que (3) a igualdade justa é a igualdade que pressupõe um juízo e um critério de valorização. Diz o estudioso que, à fórmula "o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente", falta o critério material de um juízo de valor sobre a relação de igualdade, ou de desigualdade. Ele questiona: "o que é que nos leva a afirmar que uma lei trata dois indivíduos de uma forma igualmente justa? Qual o critério de valorização para a relação de igualdade?" (Canotilho, 1998, p. 390). Ele mesmo

⁷ Exemplo de discriminação: "todos os indivíduos de raça judaica devem ter sinalização na testa; todos os indivíduos de raça negra devem ser tratados "igualmente" em "escolas" separadas das dos brancos. A lei tratava igualmente todos os judeus e todos os pretos mesmo que criasse para eles uma disciplina intrinsecamente discriminatória" (Canotilho, 1998, p. 389).

⁸ Exemplo extraído da jurisprudência portuguesa: "o indivíduo *a* (casado) é igual ao indivíduo *b* (solteiro) quanto ao acesso ao serviço militar na Marinha, desde que reúna as condições de admissão legal e regulamentarmente exigidas (características C1, C2 e C3). Cfr. Ac. TC 336/86 e, mais recentemente, Acs. TC 186/91, 400/91" (Canotilho, 1998, p. 390).

responde, com base em sentenças do Tribunal Constitucional português⁹, que é necessária, pelo menos inicialmente, a proibição geral do arbítrio, ou seja, "o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária" (p. 390); entretanto, essa proibição geral do arbítrio também será insuficiente, se não contiver no seu enunciado normativo-material critérios que possibilitam a valoração das relações de igualdade ou desigualdade. Isso significa que o princípio da proibição do arbítrio deve andar sempre ligado a um critério material objetivo: "Ele costuma ser sintetizado da forma seguinte: existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável" (p. 391), sendo que este último fundamento aponta para o problema da qualificação desse fundamento, a qual aponta para um problema de valoração.

O princípio da igualdade, além de ser um princípio do Estado de Direito, é também do Estado Social, assumindo relevo, sob o ponto de vista jurídico-constitucional, como princípio de igualdade de oportunidades e de condições reais de vida, nos termos de Canotilho (1998, p. 393): esta igualdade está ligada "com uma política de justiça social e com a concretização das imposições constitucionais tendentes à efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais", além de ser inerente também à própria ideia de igual dignidade social (e de igual dignidade da pessoa humana), funcionando como fundamento contra discriminações e como princípio impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades e como princípio sancionador da violação da igualdade por comportamentos omissivos.

Além do princípio da igualdade de oportunidades, Canotilho (1998) refere a igualdade perante os encargos públicos como outra manifestação do princípio, ou seja, os encargos públicos (por exemplo: impostos, restrições ao direito de propriedade) devem ser divididos de forma igual pelos cidadãos e, no caso de existir esforço especial de um indivíduo ou grupo, justificado por razões de interesse público, que seja dada uma compensação ou indenização aos indivíduos particularmente sacrificados.

Enquanto isso, o direito de igualdade não tem merecido tantos discursos como a liberdade, uma vez que aquele constitui o signo fundamental da democracia, não admitindo os privilégios e distinções que um regime liberal consagra. Para Silva (2000, p. 214): "Por isso é que a burguesia, cónscia de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa".

⁹ "Afirma-se, por exemplo, no Ac. 39/88: 'O princípio da igualdade não proíbe, pois, que a lei estabeleça distinções. Proíbe, isso sim, o arbítrio; ou seja, proíbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo é dizer sem qualquer justificação razoável, segundo critérios de valor objectivo constitucionalmente relevantes. Proíbe também que se tratem por igual situações essencialmente desiguais. E proíbe ainda a discriminação: ou seja, as diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjectivas como são as indicadas exemplificativamente no nº 2 do artigo 13º' (Canotilho, 1998, p. 391).

A Constituição Federal de 1988, na concepção de Silva (2000) - diferentemente do que pensa Bonavides (2000) - tem reconhecido a igualdade no seu sentido jurídico-formal, abrindo o capítulo dos direitos individuais com o princípio de que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza* (art. 5º, caput). Em seguida, ela reforça o princípio com muitas outras normas sobre a igualdade ou, pelo menos, buscando a igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais substanciais: a) declara que *homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações*, art. 5º, I; b) traz regras de igualdade material, que proíbem distinções fundadas em certos fatores, vedando *diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil e qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência*, conforme art. 7º, XXX e XXXI; c) tem como objetivos fundamentais reduzir as desigualdades sociais e regionais, art. 3º, III; d) repudia qualquer forma de discriminação, de *origem, raça, sexo, cor, idade*, art. 3º, IV; e) propõe a universalidade da seguridade social, a garantia ao direito à saúde, à educação baseada em princípios democráticos e de igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, enfim, "[...] a preocupação com a justiça social como objetivo das ordens econômica e social (arts. 170, 193, 196 e 205) constituem reais promessas de busca da igualdade material" (Silva, 2000, p. 215).

Pelo que foi analisado até aqui, concorda-se especialmente com Silva (2000) e Canotilho (1998), no sentido de que as constituições - notadamente a Constituição Federal de 1988 - tratam do princípio da igualdade como jurídico-formal, e não como igualdade material. O que se pretende, sim, é lutar para que - como deseja Bonavides (2000) - essa igualdade formal se transmude em material. Contudo, sabe-se que, tendo em vista ser questão complexa, não é fácil, sem uma efetiva vontade política, conseguir-se atingir patamares de uma igualdade material efetiva. Mesmo assim, é importante destacar essa exposição sobre o direito à igualdade na medida em que seja inserida na questão da efetivação dos direitos sociais, ou seja, os direitos sociais devem, além de se pautarem pelos princípios da liberdade e da legalidade, muito mais seguir o princípio da igualdade, como condição real de vida, como uma busca constante e permanente pela dignidade da pessoa humana. Tendo em mente esse norte, passa-se agora a analisar outros aspectos relacionados aos direitos sociais, especialmente o que se depreende da leitura de sua previsão constitucional, se pertencem apenas aos trabalhadores ou a todas as pessoas.

4 OS DESTINATÁRIOS DOS DIREITOS SOCIAIS

Nas Constituições alemã e mexicana, os direitos sociais estavam inscritos no capítulo da ordem social, esta misturada com a econômica. A nossa Constituição Federal de 1988 traz o Capítulo II do Título II, que trata dos "direitos sociais", e bem distanciado deste, um título especial sobre a "ordem social" (Título VIII), sem ocorrer uma separação radical entre uma ordem e outra, no entender de Silva (2000).

Alguns sistemas jurídicos colocam os direitos dos trabalhadores entre os direitos econômicos, tratando o trabalho como um componente das relações de produção, com dimensão econômica. Já a nossa Constituição incluiu o direito dos

trabalhadores como espécie dos direitos sociais, sendo o trabalho o primado básico da ordem social (arts. 7º e 193). Dependendo do ângulo com que é olhada a questão, ambas as posições possuem sua razão, mas, na opinião do constitucionalista José Afonso da Silva (2000), é difícil fazer-se a limitação entre direitos sociais e direitos econômicos:

O direito econômico tem uma dimensão institucional, enquanto os direitos sociais constituem formas de tutela pessoal. O direito econômico é o direito da realização de determinada política econômica, ou, segundo Geraldo Vidigal, 'é a disciplina jurídica de atividades desenvolvidas nos mercados, visando a organizá-los sob a inspiração dominante do interesse social'. Os direitos sociais disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto. Em certo sentido, pode-se admitir que os direitos econômicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais, pois, sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais numerosos (Silva, 2000, p. 289).

Ainda para Silva (2000), comungando com a idéia de Bonavides (2000), os direitos sociais ligam-se ao direito de igualdade, na medida em que valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais criando condições materiais mais adequadas ao usufruimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição também mais adequada ao exercício efetivo da liberdade: "a igualdade se converte aí no valor mais alto de todo o sistema constitucional, tornando-se o critério magno e imperativo de interpretação da Constituição em matéria de direitos sociais" (Silva, 2000, p. 339). O mesmo autor, tendo em vista o Direito positivo, classifica os direitos sociais dos arts. 6º ao 11 da Constituição Federal de 1988 em seis classes: a) direitos sociais relativos ao trabalhador; b) direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e assistência social; c) direitos sociais relativos à educação e à cultura; d) direitos sociais relativos à moradia; e) direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso; f) direitos sociais relativos ao meio ambiente. Além disso, o autor menciona como boa a classificação dos direitos sociais do homem como *produtor*¹⁰ (os previstos nos arts. 7º a 11, CF) e como *consumidor*¹¹ (art. 6º, CF, e desenvolvidos no título da ordem social).

Bastos e Martins (1989, v. 2, p. 398) criticam o constituinte de 1988 pela utilização da expressão "direitos sociais" para o Capítulo II, uma vez que, segundo eles, "melhor andaria o constituinte se, na esteira dos tratadistas franceses, empregasse a expressão *Les libertés du travail* - as liberdades do trabalho - ou os

¹⁰ "Entram na categoria de direitos sociais do *homem produtor* os seguintes: a liberdade de instituição sindical (instrumento de ação coletiva), o direito de greve, o direito de o trabalhador determinar as condições de seu trabalho (contrato coletivo de trabalho), o direito de cooperar na gestão da empresa (co-gestão ou autogestão) e o direito de obter um emprego" (Silva, 2000, p. 290).

¹¹ "Na categoria dos *direitos sociais do homem consumidor* entram: os direitos à saúde, à segurança social (segurança material), ao desenvolvimento intelectual, o igual acesso das crianças e adultos à instrução, à formação profissional e à cultura e garantia ao desenvolvimento da família" (Silva, 2000, p. 290).

direitos dos trabalhadores, vez que a cláusula "direitos sociais" pode abarcar no rol de seus beneficiários os profissionais liberais e, até mesmo, os empresários". Assim, enfatizam que o Capítulo II da CF se refere às relações de trabalho e que não se deve confundir os direitos sociais com os direitos dos trabalhadores, já que estes últimos dizem respeito somente àqueles que mantêm um vínculo de emprego.

Advoga idéia semelhante Moraes, para quem a proteção constitucional dos direitos sociais é destinada ao trabalhador subordinado, ou seja, aquele que mantiver algum vínculo de emprego:

Por ausência de um conceito constitucional de *trabalhador*, para determinação dos beneficiários dos direitos sociais constitucionais devemos nos socorrer ao conceito infraconstitucional do termo, considerando para efeitos constitucionais o *trabalhador subordinado*, ou seja, aquele que trabalha ou presta serviços por conta e sob direção da autoridade de outrem, pessoa física ou jurídica, entidade privada ou pública, adaptando-o, porém ao texto constitucional, como ressaltado por Amauri Mascaro do Nascimento, para quem 'a Constituição é aplicável ao empregado e aos demais trabalhadores nela expressamente indicados, e nos termos que o fez; ao rural, ao avulso, ao doméstico e ao servidor público. Não mencionando outros trabalhadores, como o eventual, o autônomo e o temporário, os direitos destes ficam dependentes de alteração da lei ordinária, à qual se restringem' (Moraes, 2000, p. 190-191, grifo do autor).

Moraes traz a afirmação de Canotilho e Vital Moreira, para os quais o trabalhador subordinado também é titular de direitos de igual dignidade:

A individualização de uma categoria de direitos e garantias dos trabalhadores, ao lado dos de caráter pessoal e político, reveste um particular significado constitucional, do ponto em que ela traduz o abandono de uma concepção tradicional dos direitos, liberdades e garantias como direitos do homem ou do cidadão genéricos e abstractos, fazendo intervir também o trabalhador (exactamente: o trabalhador subordinado) como titular de direitos de igual dignidade (Canotilho e Vital Moreira *apud* Moraes, 2000, p. 190).

As idéias desses autores são contestadas pelo desembargador gaúcho Tupinambá do Nascimento, ao destacar que a nossa Constituição de 1988 evitou qualquer dúvida quanto à abrangência dos direitos sociais assegurados por ela, ou seja, não se limita exclusivamente aos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais arrolados no art. 7º, à associação profissional ou sindical do art. 8º, ao direito de greve do art. 9º e a outros direitos mencionados nos artigos 10 e 11. "A abrangência é bem maior. Alcança, tutelando, trabalhadores e não-trabalhadores, os do povo em geral. E se direciona, expressamente, a certos valores sociais que indica [...]. O relevante é que a extensão dos direitos será "na forma da Constituição", mas com regramentos que se contêm em outros locais" (Nascimento, 1997, p. 86-87).

Nascimento (1997), inclusive, comenta que a Constituição de Portugal de 1976 traz um Capítulo no qual dispõe sobre direitos e deveres sociais, que tratam da segurança social, da proteção à saúde, do direito à habitação, ao ambiente e qualidade de vida, à família, à paternidade e maternidade, à infância, à juventude, aos deficientes e aos de terceira idade, numa compreensão de direitos sociais de

amplitude bastante considerável, e também a Constituição da Espanha de 1978, com o Capítulo que trata dos princípios diretivos da política social e econômica.

Na mesma linha do estudioso anterior, Cretella Jr. (1998, p. 876) comenta que o sentido do vocábulo "social" da expressão "direitos sociais" é contraposto à acepção de individual, tendo sentido marcadamente político e econômico: "Quando se fala em *direitos sociais*, a expressão do legislador constituinte significa que tais direitos *são de todos e de cada um* e que se opõem ao Estado, que tem o poder-dever de proporcioná-los não a *indivíduos* ou a *grupos* privilegiados, mas a *todos*, indistintamente¹²".

Portanto, pela colocação desses autores, com seus pontos semelhantes e discordantes, acredita-se que - concordando-se especialmente com Silva (2000), Nascimento (1997) e Cretella Jr. (1998) - a melhor leitura a ser feita da previsão constitucional dos direitos sociais no art. 6º é a de que eles, pelo fato de estarem inseridos no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais e pelo fato de esses direitos não poderem ser restritos apenas a trabalhadores formais - as outras pessoas todas ficariam sem esses direitos? - dizem respeito a todas as pessoas, indistintamente, trabalhadores formais ou não e também a não-trabalhadores.

5 GERAÇÕES DE DIREITOS SOCIAIS

Quanto à natureza dos direitos sociais, Silva (2000) reconhece que há autores que não os consideram verdadeiros direitos, mas garantias institucionais,

¹² "São estes "direitos sociais" de todos, em geral, conforme o programa enunciado no art. 6º (educação, saúde, trabalho, [moradia], lazer, segurança, previdência e proteção à maternidade, à infância, aos desamparados), mas são também, em especial, direitos sociais do trabalhador, pois a espécie está contida no gênero. Coincidem a educação, a saúde, [a moradia], o lazer, a previdência social (que estão no gênero e na espécie). Descoincidem o trabalho, a segurança, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, que estão no gênero e não figuram na espécie. Por sua vez, figuram no elenco da espécie e, pois, não figuram no gênero, a alimentação, a moradia, o vestuário, a higiene e o transporte. Faltou ao legislador constituinte o revisor final, para que nenhum princípio lógico fosse afetado. Vejamos por quê. Quais os titulares dos *direitos sociais*? Todos. Por quê? Porque "todos são iguais perante a lei" (art. 5º, primeira parte). Até que ponto? Até o ponto máximo, porque "sem distinção de QUALQUER NATUREZA" (art. 5º, segunda parte). Ora, o *cidadão comum*, gênero, tem 9 (nove) direitos. "Todos" esses direitos deveriam, então, integrar o "rol dos direitos do trabalhador". São eles a alimentação, a saúde, a previdência social e o lazer (em número de quatro). São também *direitos sociais* e, pois, de "todos", o trabalho, que não figura entre os direitos do trabalhador, a segurança, que não é mencionado no artigo 7º, IV (embora esteja no art. XVIII e XXXIII), a proteção à maternidade, esquecida no art. 7º, IV, mas depois lembrada no art. 7º, XVIII, a proteção à infância, esquecida também no elenco exaustivo do art. 7º, IV, mas depois lembrada no art. 7º, XXV, a assistência aos desamparados, omitida também no art. 7º, IV, onde poderia estar, mas figurando no art. 7º, XXXI (deficiente físico). Por outro lado, garante-se o direito social ao trabalhador quanto à moradia, vestuário, higiene e transporte, discriminando-o "para mais", com infração da *regra jurídica constitucional* de que "todos são IGUAIS perante a lei, SEM DISTINÇÃO DE QUALQUER NATUREZA". A espécie trabalhador dá ao segundo *direitos*, protegidos pelas respectivas ações, em juízo, direitos suprimidos ou cortados dos demais cidadãos. Faltou, assim, o *copy-desk*, na Constituinte, o que se reflete em toda a Carta Política e, em especial, na *correlação ilógica* entre o que se elenca no art. 6º e o que se disciplina no art. 7º, IV, corrigido, em parte, mas "para favorecer o trabalhador", nos incisos de I a XXXIV, em detrimento do cidadão comum, amenizado, em parte, pelo art. 39, § 2º" (Cretella Jr., 1998, p. 927-928).

não sendo, assim, direitos fundamentais; contudo, o constitucionalista escreve que há outros que vêm nesses direitos a natureza de direitos fundamentais, junto com os direitos individuais, coletivos, políticos e do direito à nacionalidade: "[...] direitos fundamentais do homem-social, que constituem os direitos assegurados ao homem em suas relações sociais e culturais" (p. 187), que envolvem os arts. 6º e 193 e seguintes da CF de 1988.

O conceito de direitos fundamentais é complexo, havendo várias expressões que servem para designá-los¹³, preferindo-se para este trabalho a terminologia "direitos fundamentais do homem"¹⁴. Os direitos fundamentais do homem referem-se basicamente, segundo Silva (2000), a prerrogativas e instituições que o direito positivo concretiza em determinadas garantias de convivência, a situações jurídicas essenciais à sobrevivência da pessoa humana, além de abranger todos os homens, a pessoa humana em geral: "[...] é com esse conteúdo que a expressão *direitos fundamentais* encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente, no art. 17" (p. 182).

Frize-se, ainda, que direitos fundamentais¹⁵ são dinâmicos, surgindo em períodos e circunstâncias diversas, como bem ensina Bonavides (2000), que os expõe em quatro gerações¹⁶, que são especialmente "[...] fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano" (Sarlet, 2001, p. 56).

Os de primeira geração¹⁷ têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais peculiar; seriam, em síntese, direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, ou seja, seriam os direitos da liberdade¹⁸. Esses direitos fundamentais da liberdade destacam a separação entre a sociedade e o Estado, valorizam o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a sociedade civil. É o que Bobbio (1992) já dizia: os direitos dessa geração são os direitos individuais, que

¹³ "A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evoluir histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem" (Silva, 2000, p. 179). Outros autores, como Canotilho (1998) e Bonavides (2000), pensam especialmente direitos fundamentais do homem como os positivados na Constituição.

¹⁴ "*Direitos fundamentais do homem* constitui a expressão mais adequada [...] porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive: *fundamentais do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do *homem*, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana" (Silva, 2000, p. 182, grifo do autor).

pressupõem a igualdade formal perante a lei e que consideram o sujeito abstratamente.

Já os direitos fundamentais da segunda geração são os direitos sociais, culturais e econômicos, introduzidos no constitucionalismo especialmente do século XX, tendo nascido a partir do princípio da igualdade. São "[...] os direitos sociais, nos quais o sujeito de direito é visto enquanto inserido no contexto social, ou seja, analisado em uma situação concreta" (Oliveira Júnior, 1997, p. 193). Esses direitos requerem uma intervenção ativa do Estado - o que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade - produzindo uma organização de serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado Social, segundo Bobbio (1992, p. 72): "Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado - e, portanto, com o objetivo de limitar o poder -, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado", no que é corroborado por Moraes (1996, p. 164), para quem esses direitos "[...] têm o caráter de exigência de determinadas prestações¹⁹ por parte do Estado e estão próximos à construção do que apontamos como Estado do Bem-Estar Social".

Quanto aos direitos fundamentais de terceira geração, estes se assentam sobre o princípio da fraternidade ou solidariedade²⁰, ou seja, o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente saudável, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, o direito de informação e de comunicação, podendo a lista indicativa alargar-se, na medida em que o processo universalista for se desenvolvendo. Para Rocha (1996), os direitos de terceira geração são fruto de uma reivindicação social para a justiça social universal:

Se a liberdade (especialmente a individual) marcou o primeiro momento histórico moderno da conquista dos direitos fundamentais (dominando a própria concepção dos direitos de primeira geração) e a igualdade jurídica fecundou a segunda etapa (direitos de segunda geração), coube ao terceiro mote da trilogia revolucionária setecentista, refeito e rebatizado, assinalar a conquista dos direitos denominados de terceira geração: a solidariedade social juridicamente concebida e exigida colore o constitucionalismo e tinge com novas tintas o princípio da dignidade humana. Agora, não mais apenas o homem e o Estado, ou o homem e o outro, mas, principalmente, o homem com o outro (Rocha, 1996, p. 46).

A distinção, portanto, em relação às gerações anteriores é que os direitos fundamentais da terceira geração possuem titularidade transindividual²¹, coletiva ou difusa (família, povo, nação), que é "[...] muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar reservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção" (Sarlet, 2001, p. 53).

Os direitos das três primeiras gerações²² abriram caminho para uma nova universalidade dos direitos fundamentais - diferente do sentido abstrato e metafísico de que se impregnou a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, com amplitude formal de positivação a que nem sempre corresponderam os respectivos

conteúdos materiais - a qual procura "subjeter de forma concreta e positiva os direitos da tríplice geração na titularidade de um indivíduo que antes de ser o homem deste ou daquele País, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade" (Bonavides, 2000, p. 527).

Há, ainda, os direitos fundamentais da quarta geração, introduzidos pela "[...] globalização política na esfera da normatividade jurídica [...] que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social" (Bonavides, 2000, p. 524), como o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo²³. "Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência" (p. 535), ou seja, a partir desses direitos, será legítima e possível a globalização política defendida pelo autor. Ainda segundo o mesmo constitucionalista, esses direitos da quarta geração culminam a objetividade dos direitos da segunda e terceira gerações e absorvem a subjetividade dos direitos individuais da primeira geração, irradiando-se com eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico:

Daqui se pode, assim, partir para a asserção de que os direitos da segunda, da terceira e da quarta gerações não se interpretam, concretizam-se. É na esteira dessa concretização que reside o futuro da globalização política, o seu princípio de legitimidade, a força incorporadora de seus valores de libertação (Bonavides, 2000, p. 525).

Há também quem sugere a existência de uma quinta geração de direitos. Neste sentido, Oliveira Jr. (2000, p. 100): "quinta geração: dos direitos da realidade virtual, que nascem do grande desenvolvimento da cibernética na atualidade, implicando o rompimento das fronteiras tradicionais, estabelecendo conflitos entre países com realidades distintas, via internet, por exemplo". Depreende-se dessa proposta que novas possibilidades e ameaças cercam as pessoas da era tecnológica, exigindo, por conseqüência, novas formas de proteção da dignidade humana.

Os direitos do homem constituem categoria aberta e mutável, e como bem destaca Bobbio (1992), são sempre novos e cada vez em maior número, mas garanti-los por meio de uma proteção efetiva²⁴ é mais complicado, pois há dificuldade de natureza jurídico-política vinculada à comunidade internacional, às relações interestatais ou até entre Estado e comunidade internacional, ou seja, são estabelecidos mecanismos próprios para cada ordem jurídica nacional, assentados no poder, e comunidade internacional, assentados na capacidade de influência:

[...] à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil. Os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade. Mas sabemos todos, igualmente, que a proteção internacional é mais difícil do que a proteção no interior de um Estado, particularmente no interior de um Estado de Direito. Poder-se-iam multiplicar os exemplos de contraste entre as declarações solenes e sua consecução, entre a grandiosidade das promessas e a miséria das realizações (Bobbio, 1992, p. 63-64).

Na esfera do direito constitucional interno, a evolução desses direitos tem se processado tanto em nível de estudos hermenêuticos e criação jurisprudencial como pela sua positivação no texto das Constituições, havendo, contudo, efetivas dificuldades de implementação²⁵, especialmente de boa parte dos direitos fundamentais da segunda e terceira gerações (Sarlet, 2001).

Quanto ao Brasil, especificamente, na Constituição Federal de 1988, os direitos sociais - considerados, pelo exposto anteriormente, direitos fundamentais de segunda geração -, são aqueles contidos no art. 6º. "Tais direitos concretizam-se no indivíduo em dimensão objetiva, envolvendo o concurso do Estado e da Sociedade" (Bonavides, 2000, p. 594), em cuja dimensão a dignidade da pessoa humana não pode ser mera abstração. Em outras palavras, a observância, a prática efetiva e a defesa desses direitos sociais "formam hoje o pressuposto mais importante com que fazer eficaz a dignidade da pessoa humana nos quadros de uma organização democrática da Sociedade e do Poder" (p. 594).

6 BUSCA DA DIGNIDADE HUMANA

Essa dignidade humana está expressa no art. 1º, III, da CF, sendo fundamento e, ao mesmo tempo, objetivo do Estado Democrático de Direito, e a concretização dos direitos sociais faz possível construir uma sociedade livre, justa e solidária, contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, no seu art. 3º, I. Além disso, essa efetividade dos direitos sociais (educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados) também tem relação com a redução das desigualdades sociais (3º, III, CF), que é um princípio da ordem econômica (art. 170, VII, CF) e um dos objetivos fundamentais do nosso ordenamento constitucional.

A dignidade humana pressupõe a existência de direitos sociais, os quais são considerados direitos fundamentais. É relevante destacar que a Constituição de 1988 seguiu a doutrina que inclui os direitos sociais entre os direitos fundamentais no seu Título II, mesmo que sua realização possa depender de providências positivas do Poder Público. Por isso, na ótica de Silva (1999, p. 151), caracterizam-se como "prestações positivas²⁶ impostas às autoridades públicas pela Constituição (imposições constitucionais)."

Importantes argumentos a favor de os direitos sociais serem integrantes das cláusulas pétreas da Constituição são referidos por Sarlet (2001, p. 365):

[...] a) a Constituição brasileira não traça qualquer diferença entre os direitos de liberdade (defesa) e os direitos sociais, inclusive no que diz com eventual primazia dos primeiros sobre os segundos; b) os partidários de uma exegese conservadora e restritiva em regra partem da premissa de que todos os direitos sociais podem ser conceituados como direitos a prestações materiais estatais, quando, em verdade, já se demonstrou que boa parte dos direitos sociais são equiparáveis, no que diz com sua função precípua e estrutura jurídica, aos direitos de defesa; c) para além disso, relembremos que uma interpretação que limita o alcance das "cláusulas pétreas" aos direitos fundamentais elencados no art. 5º da CF acaba por excluir também os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, que

igualmente não foram expressamente previstos no art. 60, § 4º, inc. IV, de nossa lei Fundamental.

Assim, há duas conseqüências imediatas oriundas da inserção dos direitos sociais no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais: a) subordinação à regra da auto-aplicabilidade prevista no art. 5º, parágrafo 1º; b) possibilidade de ajuizamento do mandado de injunção caso haja omissão do poder público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social e que, por efeito, inviabilize seu exercício, na visão de Moraes (2000, p.191): a Constituição de 1988 "consagrou diversas regras garantidoras da socialidade e corresponsabilidade, entre as pessoas, os diversos grupos e camadas socioeconômicas", o que, diga-se de passagem, apesar dos avanços, não tem revolidado a questão da aplicabilidade dos direitos sociais.

Portanto, se forem considerados garantia individual, os direitos sociais são protegidos pela CF, art. 60, § 4º, inciso IV, e são cláusulas pétreas; logo, não passíveis de extinção por emenda constitucional, bem como por força do art. 5º, § 1º da CF, são auto-aplicáveis, sendo ainda protegidos com a possibilidade de ajuizamento do mandado de injunção, conforme art. 5º, inciso LXXI. Assim, se não podem ser alterados por emenda constitucional, muito menos os direitos sociais são tangíveis a mudanças por lei ordinária.

Some-se a isso o fato de que tanto os direitos sociais como os direitos individuais buscam a dignidade da pessoa humana:

Não há distinção de grau nem de valor entre os direitos sociais e os direitos individuais. No que tange à liberdade, ambas as modalidades são elementos de um bem maior já referido, sem o qual tampouco se torna efetiva a proteção constitucional: a dignidade da pessoa humana. Estamos, aqui, em presença do mais alto valor incorporado à Constituição como fórmula universal de um novo Estado social de Direito. É por essa ótica - a dignidade da pessoa humana - que se guia a diligência interpretativa das presentes reflexões. Garantias sociais são, no melhor sentido, garantias individuais, garantias do indivíduo em sua projeção moral de ente representativo do gênero humano, compêndio da personalidade, em que congregam os componentes éticos superiores mediante os quais a razão qualifica o homem nos distritos da liberdade, traçando-lhe uma circunferência de livre arbítrio que é o espaço de sua vivência existencial. Demais, uma linha de eticidade vincula os direitos sociais ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual lhes serve de regra hermenêutica. Urge, por conseguinte, interpretar tais direitos de um modo que se lhes reconheça o mesmo quadro de proteção e garantia aberto pelo constituinte em favor do conteúdo material do § 4º do art. 60, ao qual eles pertencem pela universalidade mesma da expressão direitos e garantias individuais (Bonavides, 2000, p. 595).

Assim, depois de vistos vários posicionamentos, comunga-se com os autores cujas idéias interpretam a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea e tendo sempre presente o princípio da igualdade. Mais ainda - tamanha a importância da busca e proteção da dignidade da pessoa humana -, "se o Estado social for a própria sociedade brasileira concentrada num pensamento de união e apoio a valores igualitários e humanistas que legitimam a presente Constituição do

Brasil" (Bonavides, 2000, p. 336), teria sido melhor - para dar mais clareza, segurança e agilidade na efetividade²⁷ desses direitos - que o legislador constituinte já tivesse inserido os direitos sociais do art. 6º no art. 5º, que trata dos direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos sociais - criados pelo Estado há algumas décadas, premido pelas pressões sociais em busca de melhores condições de vida, estas deterioradas pelo processo de industrialização dos séculos XVIII, XIX e começo do XX, que gerou uma enorme urbanização e concentração de riquezas no mundo - estão positivados expressamente na Constituição Federal brasileira de 1988, no seu art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, 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.

Os direitos sociais, embora sua localização constitucional gere discussões quanto a quem eles se destinam, referem-se à totalidade das pessoas, uma vez que seria incoerente pleitear direito à moradia, à segurança, à saúde, à educação, ao lazer e a outros direitos apenas para quem estivesse com vínculo de emprego, que fosse trabalhador formalizado. A CF de 1988 reconhece que toda pessoa humana merece ter dignidade - e não apenas o trabalhador formalizado -, e fazem parte desta dignidade boas condições de vida, como, por exemplo, saúde, lazer, trabalho, moradia, dentre outras.

Além disso, eles, pela importância de que se revestem, independentemente de serem tidos ou não como individuais, se inserem nos direitos fundamentais, os quais, num Estado Social, têm no princípio da igualdade a sua base fundante. Portanto, os direitos sociais estão atrelados ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana - um dos principais fundamentos do Estado brasileiro, expresso no art. 1º, III, da CF de 1988 -, a qual aglutina todos os direitos fundamentais listados na CF, bem como outros não previstos, mas possíveis de recepção, dado o teor do artigo 5º, em seu parágrafo 2º, balizando-se na idéia de que a pessoa humana deve ser vista como fim, e não como instrumento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALEIRO, Aliomar. O Direito Financeiro na Constituição de 1967. In: **A Constituição de 1967: Constituições do Brasil**. Brasília: Centro de Ensino a Distância, 1987, p. 31-57.

_____; LIMA SOBRINHO, Barbosa. **A Constituição de 1946: Constituições do Brasil**. Brasília: Centro de Ensino a Distância, 1987. 88 p.

BASTOS, Celso R.; MARTINS, Ives G. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 794 p.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996. 230 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 332 p.

CAMARGO, Luiz Octávio de Lima. **O que é lazer**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1999. 104 p. (Coleção Primeiros Passos, 172).

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1996.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. 1352 p.

CHEMIN, Beatris F. **Lazer & Constituição: uma perspectiva do tempo livre na vida do (trabalhador) brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2002. 210 p.

CRETELLA JR., J. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. v. 2, p. 583-1148.

DRAIBE, Sônia M. O Welfare State no Brasil: características e perspectivas. **Ciências Sociais Hoje 1989**, São Paulo: Vértice: ANPOCS, 1989, p. 13-61.

LEAL, Rogério Gesta. **Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1997. 176 p.

MAGALHÃES, José L. **Quadros de Poder municipal: paradigmas para o Estado Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. 232 p.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998. v. 4, 486 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000. 798 p.

MORAIS, J. L. Bolzan de. **A idéia de Direito Social: o pluralismo jurídico de Georges Gurvitch**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 100 p.

_____. **Do Direito Social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. 248 p.

NASCIMENTO, Tupinambá M. C. do. **Comentários à Constituição Federal: direitos e garantias fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. v. 2. Art. 5º a 17.

OLIVEIRA JR. José Alcebíades (Org.). **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. 206 p.

PORTO, Walter Costa. **A Constituição de 1937: Constituições do Brasil**. Brasília: Centro de Ensino a Distância, 1987. 98 p.

ROCHA, Carmen L. Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo: Malheiros, n. 16, p. 39-58, 1996.

REQUIXA, Renato. **O lazer no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1977. 112 p.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Goiânia: UNB: UFG, 1997.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 392 p.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 270 p.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 876 p.

