

A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NO CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE ESTADO DEMOCRÁTICO

THE FUNDAMENTALITY OF SOCIAL RIGHTS IN THE CONTEMPORARY CONCEPT OF DEMOCRATIC STATE

Solainy Beltrão dos Santos*

Resumo: O objetivo do presente artigo é analisar a fundamentalidade dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito. Para tanto, fruto de uma pesquisa bibliográfica e legal, serão apresentados os paradigmas constitucionais marcos do constitucionalismo ocidental, dando-se especial relevo ao terceiro arquétipo que é o Estado Democrático de Direito em que se tutelou direitos de segunda dimensão, sob o prisma da responsabilidade social, e em que se ampliou a concepção dos direitos sociais. Em seguida, aborda-se a fundamentalidade dos direitos sociais no Constitucionalismo contemporâneo, evidenciando-se sua caracterização como direitos fundamentais, ainda quando não se encontram dentro do texto constitucional. Após, apresenta-se que a colisão entre efetivação de direitos sociais e limitações orçamentárias do Estado não tem o condão de afastar a aplicabilidade imediata dos direitos sociais. Ao final, conclui-se que os direitos sociais trabalhistas são direitos fundamentais, porque são essenciais ao indivíduo que devem vê-los garantido pelo Estado.

Palavras chaves: Estado Democrático de Direito. Dignidade humana. Direitos Sociais. Direitos fundamentais.

Abstract: The objective of this article is to analyze the fundamentality of social rights in the Democratic State of Law. Therefore, as a result of a bibliographical and legal research, the constitutional paradigms that are landmarks of Western constitutionalism will be presented, giving special emphasis to the third archetype that is the Democratic State of Law in which second-dimensional rights were protected, under the prism of responsibility society, and in which the conception of social rights was expanded. Then, the fundamentality of social rights in contemporary Constitutionalism is discussed, highlighting their characterization as fundamental rights, even when they are not found within the constitutional text. Afterwards, it is presented that the collision between the realization of social rights and budget limitations of the State does not have the power to rule out the immediate applicability of social rights. In the end, it is concluded that labor social rights are fundamental rights, because they are essential to the individual who must see them guaranteed by the State.

*Mestranda em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas pela UDF- Centro Universitário do Distrito Federal; Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, CAPES, Brasil. Juíza do Trabalho Substituta no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região; membro do grupo de pesquisa "Constituição, Trabalho e Acesso à Justiça" da UDF; e-mail: solainyb@yahoo.com.br; link do currículo lattes <http://lattes.cnpq.br/4268190692427657>, ORCID Id: <https://orcid.org/0009-0009-5357-3279>

Keywords: Democratic state. Human dignity. Social rights. Fundamental rights.

1 Introdução

No Discurso de *Gettysburg*, em 19 de novembro de 1863, Abraham Lincoln, dentre as 272 palavras ditas em menos de dois minutos, enarrou a célebre e irreparável fórmula quanto à essência do princípio democrático ao versar que este era, o “governo do povo, pelo povo e para o povo”. Não sem razão, o respeito universal aos direitos e garantias fundamentais é uma das características do Estado Democrático de Direito.

O presente trabalho busca examinar a fundamentalidade dos direitos sociais no conceito contemporâneo de Estado Democrático de Direito. Destaca-se a grande relevância do presente estudo, porquanto a aparente crise na efetivação de alguns direitos sociais confere margens a discussão quanto ao enquadramento dos direitos sociais como direitos fundamentais, mormente diante da previsão expressa do art. 60, § 4º, IV, da CF.

A partir de uma pesquisa bibliográfica e legal, a primeira parte deste estudo pervagará pelos marcos do constitucionalismo ocidental. Em seguida, aborda-se as peculiaridades do terceiro paradigma do Constitucionalismo, destacando-se a dignidade humana como um dos seus pilares e balizadora da ampliação dos direitos sociais.

Na sequência, aborda-se a Constituição de 1988 como o primeiro texto a prever um título específico que consagra direitos sociais básicos, dentre estes, uma gama de direitos trabalhistas, o que se coaduna com a visão de que o homem passou a ser visto como sujeito de direitos e destinatário de políticas estatais.

Analisa-se a fundamentalidade de direitos sociais mesmo quando esses direitos não estão expressamente previstos no texto constitucional, sob a justificativa de que os direitos fundamentais são o cerne do Estado Democrático de Direito Contemporâneo, representando a liberdade individual e política dos indivíduos.

Por fim, disserta-se que, sendo os direitos sociais garantidores do mínimo existencial para que um indivíduo possa ser respeitado na sociedade, sua fundamentalidade baseia-se na importância de assegurar o respeito as necessidades

básicas de todos os cidadãos. Deve-se evitar o retrocesso, pois, uma vez concretizado o direito social, seu conteúdo não pode ser apequenado ou esvaziado.

2 A eclosão do Estado Democrático de Direito

Factualmente pode-se afirmar que houve três marcos no constitucionalismo ocidental. O primeiro com o Estado Liberal de Direito, seguido pelo Estado Social de Direito e culminado com o Estado Democrático de Direito.

No Estado Liberal, impulsionado pelas revoluções liberais, houve o reconhecimento de primitivas ideias de liberdade individuais, conquanto circunscritas a uma minoria mais abastada da sociedade. Esse paradigma foi ainda marcado pelo liberalismo político, econômico e filosófico, com a divisão entre espaços público e privado garantidos pela estrita aplicação da lei.

O Estado Social de Direito, manifestado pioneiramente a partir das Constituições do México, de 1917, da Alemanha, de 1919, e com a criação da OIT pelo Tratado de Versalhes, em 1919, traduziu-se no avanço das liberdades e direitos reconhecidos pelo modelo anterior. Foi segmento intermediário, porém mais abrangente e inclusivo, que militava em favor da democratização mais ampla da sociedade política e civil. Nesse paradigma, inclusive, houve a constitucionalização de direitos como do trabalho e da seguridade social.

Pós Segunda Grande Guerra despontou um terceiro paradigma com o preconício dos direitos de segunda dimensão, sob o prisma da responsabilidade social, que foi denominado de Estado Democrático de Direito. Quanto a importância desse modelo, Delgado e Delgado (2012.p. 42) prelecionam que ele traduziu “nítido fenômeno da maturação, no sentido que incorpora, com plenitude, a importância do fenômeno democrático na construção do conceito jurídico e político novo do Estado democrático de Direito, dando origem a real inovador paradigma de organização e gestão da sociedade e do Estado.”

Nesse arquétipo, o positivismo jurídico cedeu lugar à vertente principiológica do Direito, despertando para um novo constitucionalismo. Este foi embebido pelo ideário da normatividade dos princípios jurídicos e pela entabulação de direitos fundamentais que sintonizam os valores de moral e de justiça.

Juristas e cientistas políticos elencam aspectos de vária que devem se fazer presentes na definição de um Estado Democrático. Loewenstein (1976, p. 149), por

exemplo, assesta que o principal aspecto do Estado Democrático Constitucional estaria na distribuição e nos meios de controle político ao versar que:

la clasificación de un sistema político como democrático constitucional depende de la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido entre los detentadores del poder, y por medio de las cuales los detentadores del poder estén sometidos al control de los destinatarios del poder, constituidos en detentadores supremos del poder.”¹

Moraes (2000, p. 43), trilhando o mesmo pensar, sintetiza que “o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais” é uma das características do Estado Democrático. Isso traduz a ideia de que esse paradigma constitucional é abalizado pela centralidade e pela supremacia da Constituição.

Em semelhante tom, Delgado e Delgado (2012, p. 35) repisam que “a relevância da democracia, enquanto construção civilizatória, constitui, na verdade, o grande vértice do constitucionalismo contemporâneo”. Noutras linhas, ressaltam que o Estado Democrático de Direito “funda-se em um inquebrantável tripé conceitual: pessoa humana, com sua dignidade; sociedade política, concebida como democrática e includente; sociedade civil, também conhecida como democrática e includente.” (DELGADO E DELGADO, 2012, p. 43).

Ao elevar a dignidade humana como valor supremo, vindicou-se que a Justiça Social transfixasse a atuação estatal com fincas na implementação de políticas que assegurassem o respeito aos direitos sociais que se engrenaram no Constitucionalismo Humanista e Social. Daí se afirmar que tanto a sociedade política como a sociedade civil devem ser democráticas e includentes, visando a assegurar a igualdade substancial em uma linha multidimensional de democracia.

No ordenamento brasileiro, a dignidade humana é um importante fundamento da ordem jurídica e da comunidade política, vocacionada a ser um dos fundamentos da República Federativa (art. 1º, III, da CF). Ao falar da dignidade humana, Bonavides (2001, p. 15) já versara que “nenhum outro princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição.”

1 Tradução livre: “a classificação de um sistema político como democrático constitucional depende da existência ou da assistência de instituições efetivas por meio das quais o exercício do poder político está distribuído entre os detentores do poder, e por meio dos quais os detentores do poder estão submetidos ao controle dos destinatários do poder, constituídos em detentores supremos do poder.”

Esse novo marco do constitucionalismo, portanto, firma a busca pela ampla liberdade, igualdade e respeito à pessoa humana, o que se coaduna com a visão antropocêntrica trazida pela Constituição de 1988. O homem passou a ser visto como sujeito de direitos e destinatário de políticas estatais, motor pelo qual, somente nesse padrão, a democracia atingiu seu conceito inclusivo e substancial apresentando o Direito como um instrumento civilizatório.

Nessa ordem de ideias, pode-se dizer que o Estado Democrático de Direito irrompeu, não como um substituto dos paradigmas anteriores, mas como lapidação desses. Os direitos de primeira dimensão foram recapitulados em alcance e conteúdo visando a escopos mais universais, em contraponto ao individualismo de outrora. Os direitos de segunda dimensão, por sua vez, foram esquadrihados, com o fito humanista e social, elevando as condições de vida e de trabalho a um patamar mais inclusivo, com desígnio na igualdade material.

Por essa razão, afirma-se que a eclosão do Estado Democrático de Direito ampliou sobremaneira os direitos sociais, possibilitando a concretização da justiça social, ao som entoado pela dignidade da pessoa humana.

3 A fundamentalidade dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito

Os direitos e garantias fundamentais são o âmago do Estado Democrático de Direito Contemporâneo e representam o cerne da ordem jurídica democrática, porquanto delimitam espaços em que o poder estatal não deve intervir, representando, *pari passu*, a liberdade individual e política dos indivíduos.

No atilho dessa assertiva, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019, p. 393) também defendem que:

(...) há que dar razão aos que ponderam que a história dos direitos fundamentais, de certa forma, é também a história da limitação do poder, ainda mais se considerarmos o vínculo dos direitos fundamentais com a história do constitucionalismo e do que passou a ser designado de Estado Constitucional.

A Constituição de 1988 é o primeiro texto na história brasileira a prever um título específico que consagra direitos sociais básicos e de caráter geral, dentre estes, uma extensa gama de direitos trabalhistas. As constituições pretéritas, outrossim, fizeram referências a alguns direitos mediante dispositivos esparsos, porém, em geral, dentro

do catálogo dos direitos individuais ou nos preceitos inseridos nos títulos da ordem econômica e social.

Nesse tom, Delgado (2006, p. 80) assesta que “a perspectiva da Constituição de 1988 é a defesa e garantia dos direitos dos cidadãos, com base numa concepção ampliada dos Direitos Humanos, estabelecendo o compromisso do Estado, da sociedade e do governo de zelar por tais direitos.”

A busca pela justiça social, portanto, é um compromisso com a realização dos direitos sociais e segue conformidade com os objetivos fundamentais da República elencados no art. 3.º da CF. Isso é complementado, ainda, pelo art. 170 da CF que preconiza a valorização do trabalho humano e a da livre iniciativa como fundamentos da ordem econômica.

Considerando o conteúdo da Lei Maior, Sarlet (2006, p. 57) sintetiza a ideia de direitos sociais ao afirmar que encontram sua razão de ser na circunstância de que todos consideram o ser humano na sua situação concreta da ordem comunitária (social), objetivando a criação e garantia de uma igualdade e liberdade material (real), seja por meio de prestações materiais e normativas ou pela proteção a manutenção do equilíbrio de forças na esfera das relações trabalhistas.

Canotilho (2003, p. 327), por sua vez, predisse que o núcleo essencial dos direitos sociais encontra-se constitucionalmente garantido contra medidas estatais que resultem na anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial, de tal sorte que a liberdade de conformação do legislador e a inerente auto-reversibilidade encontram limitação no núcleo essencial já realizado.

Os direitos sociais têm ocupado uma posição de destaque na história dos direitos constitucionais e, na atual Constituição, giza o art. 6º, *caput*, que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Tais direitos, nos dizeres de Silva (2011, p. 183), acabam por disciplinar “situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto”. Sobre a importância dos direitos econômicos para os direitos sociais, o jurista mineiro ainda afirmou que “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 dos mais numerosos”.

Em que pese a latência dos direitos sociais no constitucionalismo contemporâneo, diversas Constituições mundo afora sequer fazem menção a tais direitos. Na Constituição dos Estados Unidos, por exemplo, prevalece a ideia de que os direitos sociais têm natureza negativa, ou seja, impõem abstenções por parte do Estado e não há lugar à exigência de prestações positivas.² Na Alemanha, a Constituição também não se refere a direitos sociais, pois alude a direitos negativos, conquanto Tribunal Constitucional Federal já teve a oportunidade de desenvolver o conceito de mínimo existencial.³

Lado outro, em países como a África do Sul e a Colômbia, a título de elucidação, as Constituições versam expressamente sobre direitos sociais. Todavia, mesmo quando o texto constitucional positiva referidos direitos, há vozes que ainda denegam sua fundamentalidade. No ordenamento nativo, as críticas residem mormente quanto ao fato de que, com base na interpretação literal do art. 60, § 4º, IV, da CF, os direitos sociais não se encontrariam sob o manto protetor das cláusulas pétreas e não teriam aplicabilidade direta e imediata (art. 5º, § 1º, da CF).

Todavia, qualquer resistência à aplicabilidade direta e imediata dos direitos sociais careceria de respaldo jurídico se feita uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição, pois a interpretação literal do texto constitucional implicaria em concluir que os direitos de nacionalidade, coletivos e políticos também não se revestiriam como núcleo duro do texto constitucional. Além disso, a Constituição em nenhum momento fez diferenciação entre os direitos de liberdade e os direitos sociais.

Deve-se, ainda, fazer uma leitura sistemática do art. 60, § 4º, IV, da CF com o preâmbulo que aduz a garantia dos direitos individuais e sociais como objetivos permanentes do Estado. Não se pode obliterar que, no Estado Democrático, Social e Humanista de Direito, os direitos fundamentais sociais são seus elementos essenciais (inteligência da conjugação dos art. 1º, I e III e art. 3º, I, III e IV, todos da CF).

Mesmo em países em que os direitos sociais não estão previstos dentro do texto constitucional ou em que a Constituição não faz menção expressa a direitos como o

2 Vide discurso de Franklin Roosevelt, *The Four Freedoms* na década de 1940 ao apresentar uma agenda de direitos sociais à alimentação, vestuário, moradia, saúde e educação. Disponível em: <http://americanrhetoric.com/speeches/PDFFiles/FDR%20-%20Four%20Freedoms.pdf> Acesso em: 10 abr.2023.

3 Vide DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2022, p. 135.

direito ao trabalho com dignidade (a exemplo da Constituição americana), os direitos sociais são direitos fundamentais do indivíduo. Isso porque a ideia da existência de direitos sociais vincula-se a existência de um mínimo vital que visa a preservação da dignidade material de todas as pessoas, apontando para as necessidades mínimas de um indivíduo.

Ademais, todo direito humano quando incorporado ao ordenamento jurídico é elevado ao *status* de direitos fundamentais, seja positivado no texto constitucional ou previsto no bloco de constitucionalidade. Dessa forma, os direitos sociais são sempre direitos humanos, já que seu titular sempre será o ser humano, mesmo quando representado por uma coletividade. Assentado isso, existem direitos sociais previstos na Constituição, de forma expressa ou implícita, e fora dela, havendo direitos formalmente fundamentais e direitos materialmente fundamentais.

Os direitos sociais estão sujeitos, portanto, ao mesmo regime jurídico dos demais direitos fundamentais. Destarte, não se limitam ao disposto no Título II da CF, podendo, inclusive, estarem dispostos em normas internacionais (cf. art. 5º, § 2º, da CF). A eles se aplica, ainda, o disposto no art. 5º, § 1º, da CF, e, por isso, possuem aplicabilidade direta, mesmo quando o alcance de sua eficácia possa ser avaliado no caso concreto (eficácia horizontal e diagonal dos direitos sociais).

Os direitos sociais também constituem aquilo que se denominou núcleo de matérias intangíveis, de forma que se encontram protegidos pelo poder de reforma constitucional, não podendo ser abolidos nem apequenados, sob pena de infesto retrocesso social.

Nessa linha de raciocínio, os direitos sociais, como direitos fundamentais, possuem uma eficácia irradiante que impõe ao Estado o dever de concretização, proteção e promoção. Daí se dizer que diante da vida em sociedade, além de direitos, também há falar em deveres fundamentais, tanto que Dimoulis e Martins (2022, p. 83 e 84) identificam como deveres fundamentais os deveres estatais implícitos e não autônomos, sobretudo dos direitos sociais como um dever do Estado por intermédio de sua atuação positiva.

Jungido a isso, pode-se destacar, também, uma dupla dimensão negativa (defensiva) e positiva (prestacional) dos direitos sociais, pois, como direitos fundamentais, atuam como proibições de intervenção estatal, além de exigirem prestações jurídicas. Para mais, possuem dimensão subjetiva e objetiva, já que operam como direitos subjetivos, que podem ser exigíveis, e como direitos objetivos,

na medida em que tais direitos são umbilicalmente ligados com os valores constitucionais a serem assegurados por toda a sociedade.

Nesse tablado, Alexy (2015, p. 499) versa que direitos a prestação em sentido estrito são “direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”. O jurista alemão ainda prossegue dizendo que “quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito.”

Os direitos sociais, como direitos de segunda dimensão, vindicam a representação de prestações positivas do Estado e tendem a concretizar a perspectiva de uma igualdade substancial e social tangenciando a incansável busca por melhores e dignas condições de vida das pessoas. Como direitos fundamentais, os direitos sociais podem ser implementados, no caso da ação corrosiva do legislador, pelas técnicas de controle prevista no cardápio constitucional, como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO).

Para que os direitos sociais sejam efetivados, todavia, é mister ponderar o conteúdo da reserva do possível e da atuação jurisdicional, de modo que, os direitos sociais, não sejam vistos como meramente subjetivos quando da escassez de recursos ou das limitações orçamentárias. Estando ligados a ideia de prestações, os direitos sociais possuem uma vertente economicamente relevante, mas isso não é óbice à sua efetivação.

A reserva do possível constitui um limite dos direitos sociais, conquanto possa atuar como garantia dos direitos no caso de colisão, devendo ser observado, nesse caso, a proporcionalidade em sentido estrito e a garantia do mínimo existencial. Daí exsurgir o problema entre a efetivação de determinados direitos sociais e a finitude de recursos financeiros que exigem escolhas a serem implementadas por meio de políticas públicas.

A dificuldade transborda quando se decide enfrentar a aparente colisão entre direitos sociais sem que se sopesse a necessidade de análise econômica do direito, pois a doutrina ainda não conseguiu alcançar conclusões a respeito do tema da implementação de direitos sociais. É o que Canotilho (2004, p. 97/114) denominou de “metodologia ‘fuzzy’ e ‘camaleões normativos’ em que problematiza a suposta colisão

entre direitos sociais que reclamam a prestação estatal e a reserva dos cofres financeiros.

Acerca do conceito de direitos sociais, o jurista português afirma que sua construção vem se dando por meio da técnica “fuzzy”, segundo a qual representa, ‘coisas vagas’, ‘indistintas’, indeterminadas. Para ele o estilo ‘fuzzysta’ aponta para o estilo do indivíduo e para sobre a dogmática e a teoria jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais a carga metodológica da ‘vagueza’, ‘indeterminação’ que a teoria da ciência vem denominando, em termos caricaturais de ‘fuzzismo’ ou ‘metodologia fuzzy’.(CANOTILHO, 2004, p. 99).

O constitucionalista prossegue dizendo que “a censura do ‘fuzzismo’, lançada aos juristas, significa que eles não sabem o que estão falando, quando abordam os complexos problemas dos direitos econômicos, sociais e culturais.”(CANOTILHO, 2004, p. 99). Ademais, que a suposta indeterminação normativa do sistema jurídico dos direitos sociais, acarretaria confusões entre conteúdo de um direito juridicamente definido e determinado e sugestão de conteúdo, o que o alemão J. Isensee chamou de camaleões normativos.(CANOTILHO, 2004, p. 99).

A possibilidade do Poder Judiciário condenar o Poder Público a entregar prestações positivas é admitida, já tendo o Excelso STF, inclusive, sido chamado a se manifestar. Já se pode destacar critérios jurídicos para a resolução do conflito que seriam a proibição da evolução reacionária e a integridade/intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”.⁴

O mínimo existencial consiste em um mínimo essencial, o que segundo Rawls (1993, p. 228 e 229) seria um mínimo para as necessidades básicas de todos os cidadãos, *i.e*, um direito básico para que se possa viver com dignidade. Dessa forma, o mínimo existencial compõe-se de um conjunto de direitos sociais que são materialmente fundamentais e, conseqüentemente, devem ser exigíveis do Estado.

O constructo teórico de reserva do possível é utilizado como critério para limitar os deveres estatais de prestação, mormente os relacionados aos direitos sociais. Referida figura, oriunda do direito alemão (*Vorbehalt des Möglichen*), todavia, não pode ser utilizada, no ordenamento pátrio, para limitar a aplicabilidade imediata dos direitos prestacionais, principalmente porque o “possível” não pode ser uma grandeza, de imediato, aferível pelo Estado.

⁴ A título de elucidação, cita-se a ADI 7222 que trata da constitucionalidade da Lei n. 14.434/2022 e da EC n. 124/2022 que versam sobre o piso salarial dos profissionais de enfermagem.

Sobre essa questão, Dimoulis e Martins (2022, p. 136), inclusive, afirmam que incumbe às autoridades políticas quais das possíveis e aparentemente idôneas medidas devem ser tomadas em determinada situação com qual intensidade, no âmbito de suas margens discricionárias normalmente explicitadas no binômio tão caro ao direito administrativo da conveniência e oportunidade.

Pode-se dizer, então, que o Estado pode recorrer a um rol de medidas disponíveis e o Poder Judiciário, a quem cabe o ativismo na hipótese, pode declarar a inconstitucionalidade da medida se houver critérios. Os autores susoditos ponderam que o critério racional consiste na verificação do correto estabelecimento de prioridades pelos demais Poderes e as decisões judiciais declaram a inconstitucionalidade de omissões estatais em relação a direitos sociais e afirmam que determinado direito tem “prioridade”, “fundamentalidade” ou “essencialidade”.

Nessa quadratura, a impossibilidade da despesa não deve ser limite à concretização do direito social. Cabe ao legislador determinar como certo direito social será concretizado e ao Judiciário verificar a procedência do pedido com base no direito social vindicado com a consequente condenação do Estado à prestação. Ocorrendo a impossibilidade fática ou jurídica, outrossim, deve o julgador declarar a situação deixando de aplicar a norma por esse fundamento e não pela falta de normatividade.

Nessa ótica, a crise de efetividade dos direitos sociais está diretamente ligada ao grau de carência dos recursos que estão desembaraçados para contemplar as políticas sociais, haja vista que quanto menor os recursos disponíveis mais se exigirá uma decisão responsável de como empregá-los em conformidade com os princípios do art. 37, “caput” da CF.

Todavia, o Estado Democrático de Direito exige um comportamento positivo para a implementação dos direitos sociais dardejando essa orientação para a implementação das políticas de atuação dos Poderes, no caso de solução de conflitos. Com base nisso, deve-se repetir a vedação ao retrocesso, pois, uma vez concretizado o direito, ele não poderia ser diminuído ou esvaziado (efeito *cliquet*). Noutra falar, uma vez alcançados ou conquistados, certos direitos passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo.⁵

O mínimo existencial, portanto, por ser uma fração ideal necessária para que os indivíduos possam viver com dignidade, deve ser garantido pelo Estado a quem

5 Vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 468.

cabe, *a priori*, a concretização dos direitos fundamentais. Assim, incumbe ao poder público a missão de demonstrar a falta de recursos à satisfação dos direitos sociais, pois a não efetivação ou violação desses direitos malfere o valor de dignidade humana, retirando a possibilidade do indivíduo empoderar-se como cidadão individual e coletivamente considerado.

No caso dos direitos sociais trabalhistas, o direito ao trabalho digno somente é assegurado quando, com respeito ao ser humano, confere-se o resguardo a direitos comezinhos para a inclusão do trabalhador na sociedade capitalista, garantindo-lhe os meios necessários para a sua asserção enquanto merecedor de respeito e por ser peça basilar da vida em sociedade.

Assim, se uma nova lei, por exemplo, diminui ou suprime direitos trabalhistas que antes elidiam a precarização das relações de trabalho, deve-se apegar à justificativa histórica de que os direitos conquistados não podem retroceder dentro de uma realidade de Estado Democrático de Direito que se estabelece um comportamento positivo para a implementação dos direitos sociais.

Nesse tom, a nova norma trabalhista deve sempre respeitar o núcleo essencial dos direitos sociais, dando as condições para a implementação de direitos constitucionalmente já assegurados, em homenagem ao princípio da vedação ao retrocesso ou da proibição da evolução reacionária. Isso quer significar dizer que, uma vez concretizado o direito social, ele não poderá ser diminuído ou esvaziado, pois além de ser uma garantia institucional, passou a ser um direito subjetivo do homem.

Desta feita, considerando o tripé em que se firma o Estado Democrático de Direito contemporâneo, defende-se que alterações legislativas que impliquem em restrições de direitos sociais trabalhistas não podem ser interpretadas em sua literalidade. Ao revés, haveria uma mudança radical de eixo da tutela jurídico-trabalhista, dando-se as costas para a história do Direito do Trabalho e, sobretudo, para os alicerces estruturantes deste ramo do direito.

Em nótula de arremate, conclui-se que, no atual estágio em que se encontram os direitos sociais, é indubitável seu enquadramento como direitos fundamentais. A tutela dos direitos sociais permite a ilação de que as necessidades básicas de qualquer pessoa devem ser asseguradas, o que reflete, ao fim e ao cabo, no respeito a dignidade humana como pilar estruturante do Constitucionalismo contemporâneo.

4 Conclusão

Os direitos sociais são direitos fundamentais, porquanto a fundamentalidade está intrinsecamente relacionada a importância desses direitos como asseguradores do mínimo essencial para que o indivíduo possa viver com dignidade.

O Estado Democrático de Direito é um paradigma do constitucionalismo que tem como preconício os direitos de segunda dimensão, sob o prisma da responsabilidade social. Nele o positivismo jurídico cedeu lugar a principiologia do Direito e os direitos fundamentais sintonizam os valores de moral e de justiça.

Os direitos sociais vindicam a representação de prestações positivas do Estado e concretizam a perspectiva de uma igualdade substancial e social. Por isso devem ser implementados pelo Poder público e, para que sejam efetivados, faz-se necessário ponderar o conteúdo da reserva do possível e da atuação jurisdicional.

A reserva do possível constitui um limite aos direitos sociais, mas não pode ser utilizada para limitar a aplicabilidade imediata dos direitos prestacionais, principalmente porque o “possível” não pode ser uma grandeza, de imediato, aferível pelo Estado.

No caso dos direitos sociais trabalhistas somente estão assegurados quando se firma o resguardo a direitos mezinhos para a inclusão do trabalhador na sociedade, garantindo-lhe os meios para a sua asserção. Dessa forma, apega-se a justificativa histórica de que os direitos conquistados não podem retroceder dentro do Estado democrático de Direito.

Considerando-se os pilares em que se firma o Estado Democrático de Direito hodierno, a tutela dos direitos sociais como direitos fundamentais permite a conclusão de que as necessidades básicas de qualquer pessoa devem ser protegidas, porque isso reflete o respeito ao fundamento da dignidade humana.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

BONAVIDES, Paulo. Prefácio. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 15.

BRASIL.[Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html Acesso em: 10 abr. 2023.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.html Acesso em: 10 abr.2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. (Texto Metodologia Fuzzy e os camaleões normativos na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. Coimbra: Coimbra Editora. 2004.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 327.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: Ltr, 2006, p. 80.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2012.p. 42.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2022.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. (Coleccion Demos).p. 149.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006. p. 57.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MIDITIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 393.

SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.