A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS
UMA TAREFA INACABADA

Maximiliano Toricelli[1]

RESUMO: este artigo analisa as dificuldades encontradas na efetivação dos direitos sociais ainda hoje, bem como a vantagem representada pelo sistema de controle judicial difuso para sua efetivação nas afetações específicas que ocorrem

PALAVRA-CHAVE: Direitos humanos.

INTRODUÇÃO

Antes de adentrar no estudo da exigibilidade judicial dos direitos sociais (nome tradicionalmente utilizado no constitucionalismo), ou dos direitos econômicos, sociais e culturais (expressão mais atual dos tratados de direitos humanos), é importante abordar os conceitos.

Há muitas definições do que são direitos econômicos, sociais e culturais. Há quase tantas definições quanto autores (como em muitos tópicos do direito).

Há definições que os entendem como aqueles direitos básicos que fazem a dignidade humana. Na verdade, todo o plexo dos direitos humanos faz a dignidade da pessoa, justamente porque veiculam valores, concedendo prerrogativas ao ser humano sem as quais ele não pode funcionar adequadamente e sem as quais, é claro, não se pode dizer que se vive com dignidade.

[1] Professor Titular de Derecho Constitucional; de Derechos Humanos; y de Derecho Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario; professor Titular de Derecho Constitucional; de Derechos y Garantías; y de Seminario de Práctica Profesional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la P.U.C.A.

Sendo insuficiente sua definição, para abordá-los é mais adequado caracterizá-los.

Mas também aqui encontramos sérias dificuldades. Em primeiro lugar porque não estamos mais falando de um grupo ou setor de direitos (se vale algum agrupamento sobre eles) que apresentam características comuns, que permitem diferenciá-los do universo de outros direitos (como dissemos, eles têm em comum que transmitem valores e que são essenciais para uma vida digna, mas não diferencia, nele, de outros direitos que possam ter sido qualificados como direitos civis e políticos).

Mesmo que passemos pelos tratados internacionais, vemos que também não há consenso claro.

Assim, por exemplo, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais reconhece o direito à autodeterminação dos povos, o que lhes permite determinar seu status político e buscar seu desenvolvimento econômico, social e cultural; podendo dispor livremente de suas riquezas e recursos naturais. E esse reconhecimento é feito como base para que se possa realizar os direitos nele previstos, entre os quais está o direito ao trabalho (art. 6º); constituir e filiar-se a sindicatos (art. 8º); previdência social (art. 9º); a proteção da família, mães, crianças e adolescentes (art. 10); um nível de vida adequado em termos de alimentação, vestuário e habitação (art. 11.º); o direito ao gozo do mais alto nível de vida possível de saúde física e mental (art. 12), o direito à educação (art. 13), à cultura.

Quando vemos esse catálogo, então, esses reconhecimentos parecem tão claros, evidentes e essenciais que muitas vezes nos perguntamos se era necessário expressá-las por escrito para saber que elas existem.

No entanto, quando vemos a realidade predominante nesta parte do mundo (que não é a melhor do Ocidente, aliás, mesmo quando há regiões onde seus habitantes vivem em piores condições), percebemos que, apesar de inegáveis, há muitas pessoas humanas que não têm acesso a elas.

E é aqui que vale a pena perguntar que remédios temos para a sua implementação.

1 A ENUNCIAÇÃO DAS CLÁUSULAS

Um dos aspectos dessas cláusulas é a falta de detalhamento, por isso são normas abertas. Por essa razão, tradicionalmente são consideradas cláusulas programáticas, em oposição às operacionais[2].

Significa por regras de funcionamento u operacionais as que são autossuficientes ou autoaplicáveis, ou seja, aquelas que, por sua natureza e formulação, são direta e imediatamente aplicáveis, sem necessidade de qualquer regulamentação, ainda que possam ser.

O padrões programáticos são aqueles que propõem um programa ou plano de ação e, portanto, estão incompletos, pois necessitam de regulamentação adicional para poderem funcionar. Embora o programa proposto não esteja completo, a orientação indicada, tanto às autoridades públicas como aos particulares, é inevitável.

Os padrões podem ser programáticos por causa de seus naturaleza (exemplo, artigo 114 da Constituição argentina, na medida em que estabelece diretrizes gerais, mas deixa a forma específica de sua composição sujeita à lei) ou porque reconhece um direito, mas sujeitando-o à lei que o regula (como é o caso). O caso do direito de retificação ou resposta, reconhecido pelo artigo 14 da Convenção Americana de Direitos Humanos na medida em que estabelece que será exercido"nas condições estabelecido por lei").

O primeiro pode ser chamado de "normas programáticas por natureza" e as últimas "normas programáticas por disposição normativa".

A nosso ver, não se pode ignorar que, como qualquer reconhecimento de direitos, eles estão plenamente operacionais.

Mas esses direitos implicam, particularmente, do Estado, um triplo dever, que é abster-se de violá-los, impedir que outros os violem, e buscar sua realização pelos meios materiais consequentes (os demais indivíduos são obrigados principalmente nos dois primeiros aspectos).

[2] Para uma extensão sobre o assunto, ver TORICELLI, *Organização Constitucional do Poder*, Vol. 1, pp. 24 e ss.; Astrea, Buenos Aires 2010.

Na prática, vemos que onde apenas as liberdades negativas são exigidas dos contribuintes (que não as violam ou, no máximo, impedem sua violação por terceiros), elas são plenamente aplicáveis pelo Poder Judiciário.

A desvantagem surge precisamente quando o que se pretende já não é uma abstenção ou o exercício de um poder de polícia ou de controlo, mas precisamente um serviço que garanta a sua eficácia.

E é aí que a tutela jurisdicional muitas vezes começa a ser insuficiente ou inadequada.

2 O SISTEMA DE CONTROLO E AS CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS EM JOGO

Outro aspecto que não pode ser ignorado quando se tenta analisar a exigibilidade dos direitos sociais é o atual sistema de controle constitucional e a dimensão dos direitos em jogo.

Há direitos em que, por sua natureza, os destinatários não são indivíduos, mas a coletividade como um todo. O direito à autodeterminação dos povos é disso um exemplo claro.

Nesses casos, o sistema de controle de constitucionalidade judicial difusa costuma ser insuficiente para dar suporte à sua efetividade.[3]. Isso porque o arcabouço de um processo, como ainda se pensa, onde se discute o direito individual, costuma ser insuficiente para debater esse tipo de direito.

Isso não quer dizer que os sistemas de jurisdição concentrada sejam mais adequados para responder aos direitos sociais. Muito pelo contrário.

O sistema judiciário difuso, com todas as deficiências que possa apresentar, é o mais eficaz para a efetivação dos direitos, em especial os direitos sociais.

Quando um trabalhador não recebe o salário que lhe corresponde; quando um paciente não recebe tratamento de saúde adequado às suas necessidades; quando uma mulher não recebe o mesmo tratamento salarial que um homem, apesar de desempenhar a mesma tarefa, quando um trabalhador

[3] No exemplo que tomamos, na realidade, qualquer sistema de controle de constitucionalidade será insuficiente porque justamente o reconhecimento do direito tende a escapar ao plano nacional e depender da vontade exclusiva do mais forte.

não recebe uma participação nos lucros das empresas ou quando alguém não tem moradia que cubra o mínimo precisa ser considerado decente, não há dúvida de que o processo judicial será o mais adequado para responder a ele.

Mesmo os mais democráticos.

Vale esclarecer o motivo dessa afirmação.

Quem é afetado por um direito social tem alguma garantia de sucesso no controle difuso.

O aposentado cujo patrimônio foi diminuído pelo efeito da inflação perdendo a mobilidade constitucionalmente reconhecida é aquele que tem mais condições de demonstrá-la perante um tribunal de justiça e debatê-la com aqueles que produzem sua afetação.

E o juiz que lá decidir não vai decidir sobre como alocar os recursos do Estado de forma geral; estará simplesmente efetivando um direito que é insignificante nos cofres do devedor.

Não ignoramos o argumento que costuma ser oferecido nesses casos sobre o impacto do caso concreto, pois, diz-se, uma vez efetivado esse direito, outros nas mesmas condições o reivindicarão e aí o juiz estará decidindo sobre a destinação das rubricas orçamentárias. Só vemos que esse argumento é falacioso porque mesmo em violações óbvias há poucos demandantes em relação ao universo dos afetados.

O processo judicial tem custos, tempos e riscos que nem todos estão dispostos a enfrentar. Justamente os que se sentem mais afetados são aqueles que vão realizar o controle.

Essas considerações podem ser acusadas de serem injustas e desiguais porque de todos aqueles que acham seus direitos violados, apenas um pequeno grupo terá reparação efetiva.

Há mais duas razões pelas quais continuamos a participar no controlo difuso.

Em primeiro lugar, porque é preferível que alguns, que não estão dispostos a tolerar a afetação de seus direitos, encontrem uma resposta para suas reivindicações antes que ninguém a obtenha, que é o que geralmente acontece em sistemas concentrados, onde um tribunal tem que decidir se implementa um direito (de todos) e sacrifica outro em compensação (já que os recursos são finitos).

Em segundo lugar, porque, ampliando a base das reivindicações, resta ao poder político analisar a situação de desigualdade que possa ser gerada e buscar dar uma resposta geral que contemple esses direitos, decidindo onde fazer os consequentes cortes orçamentários.

Além disso, por muito tempo – ainda hoje é preservado em grande medida – os tribunais entenderam que efetivar o direito social do ator implicava invadir esferas dos demais poderes estatais e realocar recursos.

Isso está mudando.

3 O FUNCIONAMENTO DOS DIREITOS

Voltemos um pouco à distinção entre cláusulas programáticas e operacionais.

Há uma primeira corrente, hoje praticamente abandonada, que entendia que as normas programáticas marcam meras diretrizes que devem ser seguidas pelo legislador, que, embora não possa contrariá-las, também não está obrigado a cumprir esses preceitos. Para esta posição trata-se de Regras sob condição suspensiva[4] – que a lei regulamentar seja editada.

Em posição contrária, ao menos quando se trata de reconhecimento de direitos, propõe-se, na medida do possível, que o magistrado preencha a lacuna criada pela falta de legislação, ou que coloque o órgão relutante em cumprir com seu dever de regulamentar. Nesta corrente tem sido localizada a maior parte da doutrina argentina durante as últimas décadas[5].

A Suprema Corte da Argentina, por muitos anos, blindada pelo princípio da divisão de poderes, manteve o critério de que a falta de ditado da lei reguladora que a Constituição exige, entra na órbita dos poderes discricionários do Poder Legislativo, o que obriga o órgão judiciário a abster-se de emitir um pronunciamento sobre o assunto[6]. No entanto, especialmente de "Ekmekdjian v.

[4] VANOSSI, Teoria Constitucional, vol. também QUIROGA LAVIÉ, Derecho constitucional, p. 138 e segs.

[5] Entre outros, BIDART CAMPOS, La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión, ED, 78-788; SAGÜÉS, Recurso extraordinário, t. 1, p. 175; Ação de Amparo, p. 93 e 94, e Inconstitucionalidade por omissão dos poderes Legislativo e Executivo. Seu controle judicial, ED, 124-950.

[6] Veja a importante revisão de decisões analisada por BAZÁN em "Rumo à plena exigibilidade dos preceitos constitucionais: o controle das omissões inconstitucionais. Referência especial aos casos do Brasil e da Argentina", in BAZÁN (coord.), "Inconstitucionalidade por omissão", p. 84 e seguintes.

Sofovich", uma mudança importante pode ser vista em sua jurisprudência tradicional[7].

Nesse precedente, deferiu o pedido de resposta (Consid. 26), e aplicado – mesmo na ausência de regulamentação legal – art. 14 do Pacto de San José da Costa Rica, argumentando que a violação de um tratado internacional pode ocorrer tanto pelo estabelecimento de normas internas que prescrevem condutas manifestamente contrárias, quanto pela falta de estabelecimento de disposições que permitam cumpri-lo (em particular, o consid. 16), e que uma norma é operativa quando se dirige a uma situação de realidade na qual pode operar imediatamente, sem a necessidade de que as instituições sejam instituídas pelo Congresso (consid. 20).

Entendeu, ainda, que a interpretação textual, segundo a qual Toda pessoa "tem direito a...", esclarece a dúvida sobre a existência da suposta operação. O mesmo não ocorre com outros artigos que afirmam que "a lei reconhecerá" (art. 17) ou "será proibido por lei" (art. 13.5).

Ele acrescentou que o sistema de a Convenção destina-se a reconhecer os direitos e liberdades dos indivíduos e não a dar poderes aos Estados para fazê-lo e que as palavras "nas condições estabelecido por lei" referem-se também a acórdãos, uma vez que, para cumprir a finalidade das sentenças do Pacto, o tribunal pode determinar as características com que esse direito, já concedido no tratado, é exercido no caso concreto (consids. 21 e 22).

Esse precedente, para além das críticas que pode merecer.[8], trouxe um avanço muito importante no reconhecimento dos direitos individuais.

No que aqui é relevante, estabeleceu o critério de que as cláusulas programáticas, por disposição normativa, são diretamente aplicáveis pelo Poder Judiciário, desde que estejam em pleno funcionamento. Embora nesse aspecto as ressalvas expressas não sejam inteiramente felizes e deixem a tarefa feita no meio do caminho, ela foi posteriormente concluída pelo Tribunal no processo "Urteaga", onde ele expressou que

> A ausência de regulamentação legislativa não obsta à efetivação de certos direitos que, pela sua natureza, podem ser invocados,

[7] CSJN, 7/7/92, "Ekmekdjian, Miguel Á. c/Sofovich, Gerardo, y otros", Fallos, 315:1492.

[8] As principais críticas foram de duas ordens. Em primeiro lugar, o âmbito de aplicação do direito de resposta; segundo, no reconhecimento de uma legitimação dúbia, especialmente antes da reforma constitucional de 1994.

> exercidos e protegidos sem o complemento de qualquer disposição legislativa. Essa conclusão se harmoniza com a doutrina de longa data do tribunal de que "as garantias individuais existem e protegem os indivíduos pelo simples fato de estarem consagradas na Constituição e independentemente de leis regulamentares[9].

Por fim, também é positivo ter estabelecido a obrigação dos juízes, juntamente com o Congresso, de operacionalizar as normas que reconhecem direitos, tanto em um tratado internacional quanto na própria Constituição.

É importante ter em mente que o Judiciário também governa.

Em precedentes posteriores, a Suprema Corte da Argentina foi ainda mais longe, pois, para a realização de um direito, passou a impor aos órgãos legislativos e executivos a obrigação de legislar. Essa foi a decisão no caso "Mignone", onde não se limitou a declarar inconstitucional o parágrafo do Código Eleitoral que impedia réus não condenados de votar, mas exigia regulamentação pelos demais poderes[10].

Por ocasião do reajuste previdenciário solicitado em "Badaro", o tribunal superior concedeu tempo ao Congresso, com o objetivo de definir a mobilidade previdenciária com alcance geral, mas não tendo resposta, passou a estabelecer, para o caso concreto, o índice de atualização[11].

Um precedente que merece consideração especial é o que se refere à moradia digna.[12].

Lá ele disse o mais alta Corte:

> Que, de acordo com o que se afirma no considerando anterior, o sistema de fontes aplicável ao caso é composto pela Constituição Nacional, pelos tratados internacionais acima mencionados, la Constitución da Ciudad Autónomae de Buenos Aires e pela legislação local editada em conformidade. Esse sistema dá origem ao reconhecimento de um direito de acesso à moradia digna y o dever de proteger setores especialmente vulneráveis, como as pessoas com deficiência e as crianças em situação de desamparo, cabendo a esta Corte estabelecer o alcance desses preceitos em relação ao caso.
> Que a primeira característica desses direitos e os deveres não são meras declarações, mas normas jurídicas operacionais com

[9] CSJN, 15/10/98, "Urteaga, Facundo R. c/Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas", Fallos, 321:2767.
[10] CSJN, 9/4/02, "Mignone, Emilio F. s/acción de amparo", Fallos, 325:524.
[11] CSJN, 8/8/06, "Badaro, Adolfo V. c/Anses s/reajuste varios", Fallos, 329: 3089, y 26/11/07, Fallos, 330:4866.
[12] C.S., 24/4/12, "Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", Fallos: 335:452, consid 9º a 12º.

vocação para a efetividade. Esta Corte tem reiteradamente entendido que a Constituição Nacional, como norma jurídica, reconhece os direitos humanos para que sejam efetivos e não ilusórios, uma vez que o chamado para regulamentá-los não pode atuar para outro fim que não seja o de dar-lhes todo o conteúdo que lhes atribui; justamente por isso, qualquer norma que deva "garantir o pleno gozo e exercício dos direitos reconhecidos por esta Constituição e pelos tratados internacionais vigentes sobre direitos humanos" (Acórdãos: 327:3677; 332:2043) e "garantia" significa "muito mais do que simplesmente abster-se de medidas que possam ter um impacto negativo", como indica o seu Comentário Geral n.º 5 da Comissão dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, que é a intérprete autorizada do Pacto com o mesmo nome a nível internacional e cuja interpretação deve ser tida em conta, uma vez que inclui as "condições de validade" deste instrumento que tem hierarquia constitucional nos termos dos arts. 75, inc. 22, de (Fallos: 332:709) da Constitución Nacional

Que o segundo aspecto que pode ser considerado é que a referida operação tem um caráter derivativo na medida em que estabelece obrigações a serem suportadas pelo Estado. Esse grau de operacionalidade significa que, em princípio, sua implementação requer um ato do Congresso ou uma decisão do Poder Executivo que provoque sua implementação. Isso porque há necessidade de avaliar de forma geral outros direitos, como saúde, aposentadoria, salários e outros, bem como os recursos necessários.

Nesses casos há uma relação complexa entre o titular da causa, a responsabilidade direta legitimada que é o Estado e a responsabilidade indireta legitimada que é o restante da comunidade que, em última instância, arca com o ônus e a reivindicação de outros direitos. Por essa razão, esta Corte não ignora os poderes que a Constituição atribui tanto ao Poder Executivo quanto ao Poder Legislativo local, no âmbito de suas respectivas competências, para implementar programas ou alternativas destinadas a operacionalizar o direito à moradia e para o habitat certo. É inquestionável que não é função da jurisdição determinar quais planos concretos o governo deve desenvolver.

Que tudo isto significa que as referidas regras não consagram uma operação direta, no sentido de que, em princípio, todos os cidadãos podem requerer a disponibilização de habitação através dos tribunais.

Que a terceira característica dos direitos fundamentais que consagram obrigações a serem suportadas pelo Estado com a operacionalidade derivada, é que eles estão sujeitos ao controle da razoabilidade pelo Poder Judiciário. A razoabilidade nesses casos está relacionada ao Princípio que "comanda o desenvolvimento das liberdades e direitos individuais até ao mais alto nível compatíveis com a sua distribuição equitativa entre todos os sujeitos que vivem em uma dada sociedade, bem como introduzir desigualdades excepcionais para maximizar a parcela que corresponde ao grupo dos menos favorecidos (Rawls, John, "A Theory of Justice", 1971, Faculdade de Harvard)". Estes princípios da igualdade democrática e de A

> diferença para efeitos de propina dos sectores excluídos deve Ser respeitado por quem decide políticas públicas.
> No campo das normas normativas, isso significa que há uma garantia mínima do direito fundamental que constitui fronteira à discricionariedade dos poderes públicos. Para que isso seja possível, é preciso comprovar que a garantia foi afetada, ou seja, uma grave ameaça à própria existência da pessoa. Esses requisitos são atendidos no caso, já que é difícil imaginar um estado mais desesperador: há uma criança com deficiência, com uma mãe em situação de rua.
> Razoabilidade, então, significa que, sem prejuízo de decisões políticas discricionárias, os poderes devem levar em conta as garantias mínimas necessárias para que uma pessoa seja considerada como tal em situações de vulturismo extremo.nerabilidade.
> Esta interpretação permite compatibilizar a divisão. A discricionariedade política do Poder Executivo e do Congresso, com as necessidades mínimas dos setores mais desprotegidos quando pedem a ajuda dos juízes.

A partir desse pano de fundo, pode-se concluir que as cláusulas programáticas são nem sempre podem ser encontradas em sua aplicação pelo Poder Judiciário, embora respostas gerais nem sempre possam ser encontradas em sua aplicação, mas dependerão da natureza do direito em jogo e das características particulares do caso.

Basicamente, quando falamos em direitos econômicos, sociais e culturais, temos que levar em conta que:

a.- São direitos, não meras declarações, e por isso têm que ser efetivos, pois para garantir não basta deixar de prejudicar;

b.- Que esses direitos tenham operacionalidade derivada, o que significa que, em princípio, sua implementação exige ato do Congresso Nacional ou ato do Poder Executivo que o aplique, pois há necessidade de avaliar de forma geral outros direitos, como saúde, aposentadoria, salários e outros, bem como os recursos necessários;

c.- Que as decisões dos poderes em sua execução estão sujeitas ao controle da razoabilidade pelo Poder Judiciário; e essa razoabilidade está relacionada ao princípio de que as liberdades e direitos individuais são desenvolvidos no mais alto nível compatível com sua distribuição igualitária entre todos os membros da sociedade, além de introduzir desigualdades excepcionais para maximizar o direito que corresponde ao grupo menos favorecido.

Outro aspecto que não tem tido uma solução unânime nesta área é o da progressividade deste tipo de direitos.

Enquanto a Corte argentina parece estar inscrita no reconhecimento dessa progressividade, a Corte Interamericana dos Direitos Humanos tem sido mais hesitante quanto a isso.

De fato, no "Caso Cinco" Pensionsitas vs. Peru"[13] a Corte Interamericana entende que a dimensão coletiva dos direitos econômicos, sociais e culturais permite certos retrocessos em termos da dimensão individual desses direitos.

Nesse sentido, disse: “Os direitos econômicos, sociais e culturais têm uma dimensão individual e coletiva. O seu desenvolvimento progressivo, sobre o qual o Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas já se pronunciou, deve ser medido, no entender deste Tribunal, em termos da crescente cobertura dos direitos económicos, sociais e culturais em geral, e do direito à segurança social e à pensão em particular. sobre a população como um todo, tendo em conta os imperativos da equidade social, e não com base nas circunstâncias de um grupo muito limitado de pensionistas não necessariamente representativos da situação geral prevalecente.

É evidente que este último é o caso no presente caso e, por conseguinte, a Corte considera apropriado rejeitar o pedido de decisão sobre o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais no Peru, no contexto deste caso”.

Em Acevedo Buendía[14] atenuou essa doutrina ao permitir o controle da regressividade, mesmo que não a proibindo. Disse

> A Corte observa que o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais foi objeto de um pronunciamento do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas de que a plena realização desses direitos "não pode ser alcançada em um curto período de tempo

e que, nessa medida, "requer um dispositivo de flexibilidade necessário que reflita as realidades do mundo [...] e as dificuldades de cada país em garantir [essa] efetividade". No quadro desta flexibilidade em termos de tempo e modalidades, o Estado terá essencialmente, embora não exclusivamente, a

[13] Corte IDH, 28/2/03, "Caso Cinco Pensionistas vs. Peru", párr. 147 y 148.
[14] Corte IDH, 1/7/2009, "Caso Acevedo Buendía vs. Peru", párr. 102 y 103.

obrigação de fazer, isto é, de adotar medidas e fornecer os meios e elementos necessários para responder às exigências de efetividade dos direitos envolvidos, sempre na medida dos recursos económicos e financeiros de que dispõe para o cumprimento do respetivo compromisso internacional adquirido. Assim, a implementação progressiva dessas medidas pode ser objeto de responsabilização e, se for o caso, o cumprimento do respectivo compromisso assumido pelo Estado pode ser exigido perante os órgãos chamados a resolver possíveis violações de direitos humanos.

Como correlato do exposto, decorre um dever – ainda que condicional – de não regressividade, que nem sempre deve ser entendido como proibição de medidas restritivas ao exercício de um direito. A este respeito, o Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas observou que "medidas de uma reacção deliberada [a este respeito, exigirá a mais cuidadosa consideração e será plenamente justificada por referência à totalidade dos direitos previstos no [Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais] e no contexto do pleno uso do máximo dos recursos disponíveis para [o Estado]." Na mesma linha, a Comissão Interamericana considerou que, para avaliar se uma medida retrógrada é compatível com a, deve "determinar se ela é justificada por razões de peso suficiente". Por todo o exposto, pode-se dizer que a regressividade é justificável quando se trata de direitos econômicos, sociais e culturais".la Convención Americana

Em conclusão, segundo o entendimento da Corte Interamericana, há um dever de não regressividade, entendido como a proibição de adoção de medidas que restrinjam o exercício de um direito, mas esse dever está condicionado à referência a todos os direitos econômicos, sociais e culturais previstos no Pacto e, portanto, qualquer restrição é judicialmente passível de revisão.

Como dissemos, esta não é a posição de a Corte argentina que, em casos como o de Sánchez[15] sobre a mobilidade para a aposentadoria, ele disse "Que os tratados internacionais promovam o desenvolvimento progressivo dos direitos humanos e suas cláusulas não podem ser entendidas como uma

[15] C.S., 17/05/2005, Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/reajuste varios. - Fallos: 328:2833.

modificação ou restrição de qualquer direito estabelecido pela primeira parte do (art. 75, n.° 22). Consideração dos recursos disponíveis de cada Estado -conf. os artigos 22 dos Direitos Humanos e 26 dos Direitos Humanos constituem uma diretriz que cada país deve avaliar ao estabelecer novos ou maiores benefícios destinados a satisfazer plenamente os compromissos assumidos por esses documentos, mas não há desculpa para ignorar ou minar os direitos vigentes (conf. artigo 29 da citada Convenção). Deve presumir-se que o legislador ponderou fatores humanos, sociais e económicos ao estabelecer a extensão dos benefícios reconhecidos, não cabendo aos juízes substituir essa apreciação por um raciocínio regressivo que, na prática, só leva a negar o efetivo gozo daqueles direitos nos momentos da vida em que a sua proteção é mais necessária". la Constitución Nacionalla Declaración Universalla Convención Americana

Vemos aqui um critério muito mais favorável à realização individual desses direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao contrário do que acontecia com as liberdades civis, que ao mesmo tempo eram reivindicadas pela burguesia, ela deslocava a monarquia do poder e, portanto, devia direitos a si mesma, o que facilitou sua implementação; os direitos sociais foram "arrancados" do poder estatal. Mas seus destinatários, mesmo quando escolhem seus governantes ou o poder é exercido em seu nome, nunca tiveram o poder decisório para torná-los efetivos.

Por essa razão, recorreu-se aos mais diversos dispositivos dialéticos para evitar sua concretização. Dizia-se que as cláusulas eram programáticas e, portanto, dependiam da decisão dos poderes políticos, ou que eram regras não vinculantes e, portanto, nada lhes podia ser exigido.

Aos poucos, o sem razão, esses argumentos começam a ceder e os tribunais começam a dar efetividade aos direitos obtidos. Especialmente

quando as novas doutrinas sobre constitucionalismo ganham cada vez mais força.[16].

Para sua concretização, o sistema de controle judicial difuso é mais adequado na medida em que permite que aqueles que se sentem violados acessem o juiz de sua proximidade para demonstrar, em que medida e com que alcance seu direito foi violado. Também permite que o juiz resolva a questão individual sem afetar as decisões macro tomadas pelos poderes políticos.

E permite que os órgãos políticos detectem inconsistências em suas ações, realoquem dotações orçamentárias e implementem direitos sociais reconhecidos.

Referências

BAZÁN. Rumo à plena exigibilidade dos preceitos constitucionais: o controle das omissões inconstitucionais. Referência especial aos casos do Brasil e da Argentina. *In:* BAZÁN (coord.). "Inconstitucionalidade por omissão".

BIDART CAMPOS. La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión.

QUIROGA LAVIÉ. Derecho constitucional.

SAGÜÉS. Ação de Amparo.

SAGÜÉS. Inconstitucionalidade por omissão dos poderes Legislativo e Executivo

SAGÜÉS. Recurso extraordinário, t. 1.

TORICELLI. Maximiliano. *Organização Constitucional do Poder*, Vol. 1. Buenos Aires: Astrea, 2010.

VANOSSI. Teoria Constitucional.

[16] Com diferentes denominações, como constitucionalismo, constitucionalismo garantido ou neoconstitucionalismo, e diferentes variantes, com maior proximidade com o naturalismo ou o positivismo, essas teorias do direito, que têm sido amplamente aceitas nessas latitudes, propõem uma maior efetividade das cláusulas constitucionais, independentemente de serem formuladas abertamente ou como "princípios", como costumam ser chamadas.