



DA TITULARIDADE À CO-TITULARIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: PRESSUPOSTO À ADEQUAÇÃO PROCEDIMENTAL DA SUA TUTELA

*Liana Cirne Lins**

O Pai: Estamos aqui à procura de autor!

O Diretor: De autor? Que autor?

O Pai: Qualquer um, senhor diretor.

O Diretor: Mas não há nenhum autor aqui, porque não estamos ensaiando nenhuma comédia nova.

A Enteada: Tanto melhor, melhor então, senhor! Podemos ser nós a sua comédia nova.

Pirandello. Seis Personagens à Procura de Autor, p. 45.

Resumo

O texto trata da titularidade dos direitos fundamentais sociais, criticando o uso da categoria do direito subjetivo e partindo do suposto de que a delimitação teórica da titularidade dos direitos sociais, calcada na ideia de sujeito de direito individual, não é suficiente para a construção de um arsenal conceitual voltado à sua eficácia. Propõe seja adotada a categoria da cotitularidade para compreensão da sua judicialização, enfocada pelo viés processual, e objetivando a otimização da sua tutela em juízo.

Palavras-chave

Direito subjetivo. Co-titularidade dos direitos sociais. Exigibilidade específica.

Abstract

The text deals with the ownership of fundamental social rights, criticizing the use of the category of subjective rights and building on assumption that the theoretical demarcation of ownership of social rights, subject based on the idea of individual rights is not sufficient for a construction of a conceptual arsenal returned to its effectiveness. The paper proposes the adop-

* Professora Adjunta de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito do Recife/UFPE, Professora do Mestrado em Direitos Humanos PPGDH/UFPE, Doutora em Direito Público PPGD/UFPE e Mestra em Instituições Jurídico-Políticas CPGD/UFSC. Membro da Comissão de Meio Ambiente OAB/PE.

tion of the category of co-ownership for understanding its legalization, focused by a procedural view and aiming at the optimization of it tutelage in court.

Keywords

Subjective rights. Co-ownership of social rights. Specific enforceability.

1. INTRODUÇÃO

Nas notas à tradução de *Seis Personagens à Procura de Autor*, de Luigi Pirandello, é explicado aos leitores que o título consagrado em português [Seis personagens à procura de UM autor] incorria no erro de buscar um autor, ainda que inespecífico. A obra trata, porém, da busca, genérica e abrangente, pela autoria. A diferença pode parecer sutil, mas não é. Não se busca *alguém* que torne representável o drama. Busca-se *a representação*.

Da mesma forma, a discussão acerca de titularidade dos direitos fundamentais sociais tem por objetivo questionar a forma pela qual esses direitos têm sido levados a juízo. E isso porque as duas situações estão intimamente entrelaçadas.

Uma vez que a discussão acerca da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, antes escassa e agora acusada de excessiva, remonta quase que exclusivamente sob a abordagem da jurisdição constitucional – reservas do administrador, do legislador, do possível, ativismo judicial, legitimidade e déficit democrático, etc., temas que não serão objeto desse texto – e pouco na perspectiva do processo constitucional¹, seara em que tais direitos materializam-se de fato. É para esse segundo plano que se volta a problematização da sua titularidade.

Indagar a natureza da titularidade desses direitos é questão preambular à otimização da sua judicialização, e passa necessariamente pela adequação procedimental da sua tutela.

Às vezes, discutir conceitos pode significar perder-se em uma discussão semântica voltada a satisfazer impulsos nominalistas. Não é o que se pretende. Tem-se por objetivo pensar a adequação procedimental à sua tutela, em vista da exigibilidade específica que esses direitos engendram.

¹ Cf. LINS, Liana Cirne. Da Jurisdição Constitucional ao Direito Processual Constitucional: Delineamentos de um Direito Processual Constitucionalmente Adequado a Partir da Reflexão Sobre a Judicialização dos Direitos Fundamentais Sociais. In: MARTEL, Leticia de Campos Velho. (Org.). *Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. 2, p. 267-287. Ver também LINS, Liana Cirne. Pensar a Eficácia dos Direitos Fundamentais à Luz do Processo. Reflexões em Homenagem ao Professor Ivo Dantas. In: ROSA, André Vicente Pires; MONTEIRO, Roberta de Araújo. *Direito Constitucional. Os Desafios Contemporâneos. Uma Homenagem ao Professor Ivo Dantas*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 433-454.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS SÃO MESMO SOCIAIS

O fato de terem os direitos fundamentais origem nos ideais liberais e iluministas do século XVIII, determinou sua vinculação quase indissociável aos conceitos jurídicos de tradição liberal, individual e positivista, uma vez que “direitos inatos, estado de natureza e contrato social foram os conceitos que, embora utilizados com acepções variadas, permitiram a elaboração de uma doutrina do Direito e do Estado a partir da concepção individualista de sociedade e de história” (LAFER, 1988; p. 38)².

Talvez seja esta a razão pela qual os direitos sociais tenham enfrentado grandes dificuldades quanto ao reconhecimento de sua juridicidade. Sua ligação ao modelo do Estado de Bem Estar Social e sua desvinculação do pilar tradicional do direito, o indivíduo, tornou-o “platônicos”³ para a maior parte dos juristas até recentemente.

Por outro lado, persiste o problema maior na compreensão dos direitos sociais que diz respeito ao fato de que eles são sociais e não individuais; eles transcendem o liberal-individualismo e, conseqüentemente, a ideia de sujeito de direito, rompendo com a matriz teórica na qual foram erguidos os conceitos que, malgrado o reconhecimento (nominal) de sua superação, continuam servindo de referencial hermenêutico à compreensão dos institutos jurídicos. Com razão aponta Lenio Streck (2004, p. 122-123) que a ideia de constituição compromissário-programática constitui-se em um *rompimento radical* com o paradigma constitucional de índole liberal-individualista, calcado na “filosofia-do-sujeito-proprietário de mercadorias”, constituindo-se como contraponto à “lógica da coisificação, própria de um modelo de Direito sustentado no mercado, onde assume prevalência o individualismo”.

Ora, se os direitos de liberdade caracterizam-se por ser “talhados no individualismo liberal e dirigidos à proteção de valores relativos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade” (BARROSO, 2002, p. 101), pelo seu “radical subjectivo”, por serem “direitos com referência pessoal ao homem individual” (CANOTILHO, 1999, p. 374), ao passo que os direitos sociais “marcam a superação de uma perspectiva estritamente liberal, em que se passa a considerar o homem para além de sua condição individual” (BARROSO, 2002, p. 101), nada justifica que tais diferenças sejam ignoradas a fim de que sejam ambos tratados igualmente dentro da construção jurídica de matriz individualista.

² Muito embora se possa dizer, com Mauro Cappelletti, (1974, p. 1-2) que “Aquilo que acima de tudo parece caracterizar os direitos fundamentais é o fato de que estes, os quais são usualmente atribuídos ao “homem” e também ao “indivíduo”, são, na realidade, permeados de um valor que transcende o homem singular e investe a sociedade como um todo”.

³ “Quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica?” (CANOTILHO, 1999, p. 451).

Embora seja mesmo comum entender-se que se tratam os direitos sociais de direitos individuais (SARLET, 2001, p. 52; LAFER, 1988, p. 127; MIRANDA, 2000, p. 106-107), é importante verificar qual o significado dado a esta afirmação. Ingo Sarlet afirma que os direitos sociais reportam-se à pessoa individual, não podendo ser confundidos com direitos coletivos e difusos (SARLET, 2001, p. 52). Jorge Miranda assegura que “poucos direitos serão mais individuais que o direito ao trabalho ou o direito ao ensino” (MIRANDA, 2000, p. 107).

Já Celso Lafer (1988, p. 127) vê os direitos sociais como uma evolução do liberalismo, que passa a abranger direitos não reconhecidos inicialmente, e os descreve como “direitos individuais exercidos coletivamente”. Porém, ao mesmo tempo em que vê os direitos sociais como evolução do liberalismo, reconhece também sua origem socialista, afirmando mesmo ser este “um dos pontos de clivagem que dificultam a convergência política entre a herança liberal e a socialista, no processo histórico de afirmação dos direitos humanos” (LAFER, 1988, p. 129). Igualmente, deve-se consignar que em sua análise dos direitos sociais como direitos individuais exercidos coletivamente, o autor trata apenas das chamadas liberdades públicas – direito de associação, de greve, etc. –, ou seja, da dimensão negativa dos direitos sociais, omitindo os direitos primordialmente positivos – direito à saúde, à educação, ao trabalho, etc. – que melhor lhes caracterizam e cuja dimensão social sobressai à individual.

É, ainda, interessante que se descreva os direitos de segunda dimensão como direitos que impedem “a invasão do *todo* em relação ao *indivíduo*, que também resulta da escassez dos meios de vida e de trabalho” (LAFER, 1988, p. 127-128). Note-se que o autor acertadamente confere abordagem peculiar sobre o ponto. Em regra, fala-se que a falta das liberdades, própria dos regimes totalitários – e nesta obra o professor dialoga com o pensamento de Hannah Arendt sobre a ruptura totalitária e a reconstrução dos direitos humanos – enseja sempre uma invasão do *todo* em relação ao indivíduo.

Mas o que parece ter sido enfatizado é que a um indivíduo a quem não são dadas as condições reais mínimas de desenvolvimento de sua personalidade tem também sua esfera individual invadida, uma vez que perde sua dignidade. Não é à toa, aliás, que a dignidade da pessoa seja o alicerce de toda a construção dos direitos fundamentais, sejam de liberdade, sejam sociais.

Então, mais uma vez, deve-se destacar a complementaridade entre os princípios de liberdade e igualdade, e mesmo sua fusão em um só ideal não meramente simbólico, mas também normativo, a *egaliberté*. Porém, a complementaridade dos dois princípios não deve impedir de analisar a especificidade de cada um, a fim de permitir sua maior eficácia, tanto tomados isolada como complementarmente.

Assim, há que se discordar de que a titularidade dos direitos sociais seja individual ou mesmo de que seja individual exercida coletivamente. E isto porque, mesmo que se aceite pensar em um titular individual do direito social, há que consignar desde logo que o indivíduo que se arroga titular do direito social não é o mesmo indivíduo forjado pela matriz liberal, atomizado e isolado, e o direito cuja titularidade arroga é também, com ele e ao mesmo tempo, dos demais indivíduos, *co-titulares e coimplicados* na relação jurídica social.

Ora, os serviços públicos caracterizadores dos direitos sociais não foram formulados para ser desfrutados isoladamente. Foram formulados para ser desfrutados por toda coletividade, não pela lógica da *exclusão*, mas pela lógica da *inclusão*.

Além disso, a falta dos serviços públicos configuradores dos direitos sociais não remete a uma invasão do indivíduo, mas a uma invasão da coletividade, que sofre *igualmente* com a falta do cumprimento das disposições constitucionais sociais.

Naturalmente que numa sociedade em que os direitos sociais são respeitados e todos têm acesso aos serviços públicos básicos, tais como educação e saúde, cada indivíduo goza das condições necessárias ao desenvolvimento da sua personalidade (sem exclusão do mesmo gozo pelos demais).

Entretanto, isto não legitima cada indivíduo a exigir do Estado condições sociais para desenvolvimento de sua personalidade *isoladamente*, quer dizer, à exclusão de todos os demais. Tais direitos foram, de fato, desenvolvidos para atender toda coletividade, respeitando-se os princípios que norteiam o atendimento aos serviços públicos, vale dizer, *universalidade e impessoalidade* (LIMA LOPES, 2002, p. 131).

Não se quer com isto dizer, é claro, que um indivíduo que pela falta de um serviço público corra o risco de perder sua dignidade não possa, individualmente, pleitear um direito social alegando ser dele titular. Alguém que tem sua dignidade em risco pode e deve alegar a titularidade do direito social necessário à manutenção ou recuperação de sua dignidade. Há que se entender, entretanto, que *tal titularidade individual é meramente residual*, inclusive pelos problemas inerentes ao privilegiamento de um indivíduo isoladamente em detrimento dos demais, quando este obteve uma sentença judicial que os demais, por inúmeras razões, não puderam obter.

A regra, portanto, deve ser a de que a titularidade dos direitos sociais é efetivamente social, razão pela qual se impõe sua proteção na forma social – vale dizer, de forma coletiva, difusa ou individual homogênea –, sem exclusão da possibilidade de haver, residualmente, proteção individual nos casos de ameaça ao mínimo existencial.

Nem se pense que a existência de mecanismos processuais de tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos resolveria, de *per si*, o problema aqui colocado, relativo à sua titularidade. É bem sabido que a relação jurídica processual, autônoma face à material, nada pode criar quanto ao direito material. Da mesma forma, tampouco a existência de técnicas processuais de tutela dos direitos sociais torna despidianda a própria discussão acerca da ideia de titularidade destes direitos. A resolução de problemas processuais não acarreta a solubilidade dos problemas no plano material, e vice-versa, a despeito da necessária adequação entre ambos e da necessária instrumentalização do primeiro face ao segundo.

E para que não se levante a acusação de excesso de academicismo ou teorização, coloque-se uma questão prática fundamental, com a qual têm os tribunais se deparado: é relativamente comum a propositura de demandas individuais calcadas em direitos sociais, demonstrada a ameaça ao mínimo existencial. Isto está plenamente de acordo com a compreensão jurídica e normativa dos direitos sociais.

Há, porém, um problema. E o problema está no fato de que quem tem tido o “privilégio”⁴ de obter decisões reconhecedoras do direito social no caso concreto está longe de ser a camada pobre da população – em vista da qual os direitos sociais foram instituídos – que, dentre os serviços públicos dos quais está marginalizada, inclui-se o jurisdicional⁵.

Logo, o impacto de uma decisão de cunho individual – e, volte-se a dizer, não se está negando esta possibilidade, mas chamando atenção para sua insuficiência – diante da prestação de serviços públicos de cunho social, num contexto em que os que mais necessitam destes serviços estão à margem do acesso à justiça, pode agravar um quadro que já é ruim. É de ser dividida a preocupação de José Reinaldo de Lima Lopes:

Não existindo escolas, hospitais e serviços capazes e em número suficiente para prestar o serviço o que fazer? *Prestá-lo a quem tiver a sorte de obter uma decisão judicial e abandonar a imensa maioria à fila de espera?* Seria isto viável de fato e de direito, se o serviço público deve pautar-se pela sua universalidade, impessoalidade e pelo atendimento a quem dele mais precisar e cronologicamente anteceder os outros? Começam, pois, a surgir dificuldades enormes quando se trata de defender com instrumentos individuais um direito social (2002, p. 131 – grifou-se).

⁴ As aspas são obrigatórias para fazer a ressalva de que a expressão privilégio só pode ser usada – sem se referir a uma ironia – no contexto de comovente denegação de justiça que marca o quadro de exclusão no Brasil.

⁵ A propósito, temos dito na cátedra de Teoria Geral do Processo que o conceito de jurisdição não deve mais ser visto apenas dentro do trinômio “poder-função-atividade” (CINTRA *et al.*, 1999, p. 129), devendo-se incluir na clássica concepção triádica de jurisdição a característica “serviço público”.

A errônea compreensão individualista que se faz até mesmo dos direitos sociais implica a virada da natureza dos mesmos ao avesso, tornando-os mais um direito exclusivista que se dá, literalmente, em detrimento dos demais que não tiveram a mesma sorte. Assim, repita-se: os direitos sociais são mesmo sociais.

E se, como afirma Rodolfo de Camargo Mancuso (2004, p. 29), interesse social é “aquele que consulta à maioria da sociedade civil: o interesse que reflete o que a sociedade entende por ‘bem comum’; o anseio de proteção à *res publica*; a tutela daqueles valores e bens mais elevados [...] poder-se-ia dizer que o interesse social equivale ao *exercício coletivo de interesses coletivos*”; logo, pode-se dizer que os direitos sociais implicam *exercício coletivo de interesses sociais* e não o exercício coletivo de interesses individuais!

Aliás, os direitos sociais redimensionaram a própria discussão acerca da ideia de titularidade de um direito e *deslocaram a esfera da titularidade da individualidade para a sociedade como um todo*, caso que se dá com os direitos difusos.

O cerne de toda a discussão, parece, entretanto, residir em outro lugar. E este é o lugar da inadequação da própria ideia de *titularidade* de um direito, pois a ideia de titularidade remete à de propriedade individual⁶.

Ora, se um direito é reconhecido igualmente a todos os cidadãos, então a questão acerca da titularidade é, necessariamente, prejudicada. Esta discussão já tem sido levada a sério na seara do processo civil, quando se invoca a legitimidade processual dos direitos transindividuais. Como afirma Luiz Guilherme Marinoni (1999, p. 89), quando se pensa em direito próprio ou alheio para discutir a natureza da legitimação processual dos direitos transindividuais, raciocina-se a partir de uma visão individualista, com a qual a noção de direito transindividual rompeu. Se o direito é da comunidade ou da coletividade, não é possível falar em direito próprio ou alheio.

Da mesma forma, assinala Perez Luño (2005, p. 210-211), a integração dos direitos sociais no sistema dos direitos fundamentais contribuiu para redimensionar a própria imagem do “sujeito titular de direitos”.

3. DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS SUBJETIVOS: DE EQUÍVOCO BEM-INTENCIONADO À REDUÇÃO DA EXIGIBILIDADE

O que ocorre, porém, é que, ao arrepio do que se tem dito, toda discussão acerca da exigibilidade e tutela dos direitos sociais parece querer sufocar a relevância do debate sobre sua titularidade para desembocar, *de pronto*,

⁶ “O interesse tornou-se patrimônio do indivíduo e variava segundo as circunstâncias e relações jurídicas e sociais de que participava. O direito de ação é compreendido como propriedade individual e privada” (MACEDO JR., 2005, p. 560).

na questão de se os direitos sociais geram ou não direito subjetivo. Assim, convém analisar o quanto estas situações foram equiparadas à titularidade de um direito subjetivo, ainda que no viés de direito subjetivo público.

Em regra, parte-se do conceito de direito social para chegar-se ao conceito de direito subjetivo. O “rompimento radical” com a índole liberal-individualista não se configura, portanto, no plano conceitual da titularidade dos direitos sociais, que permanece recaindo sobre o velho paradigma do direito subjetivo ou em sua feição de direito subjetivo público.

Assim, embora seja amplamente reconhecida a distinção estrutural entre os direitos individuais e sociais, tais distinções entre as duas categorias são ignoradas quando se discute a eficácia das normas de direito social.

Por esta razão, afloram na doutrina exemplos de como a exigibilidade dos direitos sociais foi equiparada à geração de direito subjetivo:

Os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjectivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas (CANOTILHO, 1999, p. 446).

Ou ainda:

Em todos os direitos a ações positivas do Estado se coloca o problema de saber se e em que medida se pode e se deve impor a persecução dos fins do Estado através de direitos subjetivos constitucionais dos cidadãos (ALEXY, 1997, p. 430).

Igualmente:

De um lado, o *direito subjetivo*, a possibilidade de exigir; de outro, o *dever jurídico*, a obrigação de cumprir. Quando a exigibilidade de uma conduta se verifica em favor de um particular em face do Estado, diz-se existir um direito subjetivo *público* (BARROSO, 2002, p. 104).

No mesmo sentido:

É de ressaltar que os direitos à educação, saúde e assistência não deixam de ser direitos subjetivos pelo fato de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à sua fruição (KRELL, 2002, p. 49).

Da mesma forma:

Na qualidade de posições jurídicas, os direitos fundamentais a prestações são direitos subjetivos, se seu titular pode fazê-los eficazes jurisdicionalmente (BOROWSKI, 2003, p. 148).

Também:

Repetiu-se excessivamente que as normas que estabelecem direitos sociais são apenas normas programáticas, que não outorgam direitos subjetivos no sentido tradicional do termo, ou que não são justiciáveis (ABRAMOVICH; COURTIS, 2003, p. 136).

A partir destes exemplos, pode-se concluir que toda a complexidade e heterogeneidade que o tema de direitos sociais implica findam reduzidas, afuniladas, escoando sempre no direito subjetivo.

Não é prescindível acrescentar, neste ponto, observação sem a qual todo o objetivo deste estudo restaria comprometido: se se pensar numa classificação das normas de direitos sociais dentro de um binômio, qual seja, direitos subjetivos exigíveis *versus* simples imposições constitucionais que não geram exigibilidade, rapidamente se concluirá aqui pela primeira opção, a de que os direitos sociais geram direito subjetivo e são exigíveis.

Entretanto, o que se pretende é justamente consagrar o “rompimento radical” a que anteriormente se fez referência na seara da classificação dos direitos sociais, respeitando sua *especificidade social*. E a justificação deste intento é a insuficiência teórica e prática daquele binômio, jurídica e politicamente.

Porém, como a maior parte do edifício jurídico e dos conceitos reproduzidos nas escolas de direito ainda baseia-se no indivíduo, é realmente difícil “encaixar” a categoria dos direitos sociais no rol *prêt-à-porter* significativo⁷ dos conceitos e institutos de cunho individualista.

Parece que, motivada por imprimir juridicidade – e conseqüentemente eficácia aos direitos sociais – a melhor doutrina buscou adequá-los ao referencial conhecido e apto a significar que aquele direito não cairia no vazio, no mero simbolismo, e este referencial foi justamente o de direito subjetivo. Entretanto, a tradução da exigibilidade dos direitos sociais em direitos subjetivos opera, afinal, uma armadilha: a do tradicional sujeito de direito, isolado e atomizado, que o Estado Social superou.

Reduzir os direitos sociais a direitos subjetivos – ainda que pela bem intencionada disposição de imprimir-lhes eficácia – só pode ter por resultado exatamente o oposto, ou seja, a redução da sua esfera de eficácia, uma vez que os direitos sociais não se enquadram, em regra, aos esquemas dos tradicionais direitos individuais e subjetivos.

⁷ A ideia de *prêt-à-porter significativo* é de Lênio Streck. Indica as respostas “prontas e rápidas” que a dogmática jurídica disponibiliza ao operador do direito e que são forjadas para resolução acrítica de disputas interindividuais (STRECK, 2001, p. 35).

4. UMA CONTRIBUIÇÃO FEMINISTA PARA COMPREENSÃO DA TITULARIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Antes de buscar sua similitude, sua homogeneidade em relação aos direitos individuais (em relação aos direitos fundamentais de primeira dimensão), é preciso reconhecer sua diferença, sua especificidade, sem lhes privar, em face de seu *proprium*, de sua juridicidade.

Aqui, não há como deixar de lembrar da contribuição das feministas para o pensamento social do século XX e que prossegue pelo século XXI.

Se inicialmente as feministas buscaram o reconhecimento de seus direitos empunhando a bandeira da igualdade absoluta entre homens e mulheres, logo perceberam o caminho equivocado que haviam escolhido. Ao clamar por igualdade, acabaram implicitamente estabelecendo o “homem” como paradigma e referencial, razão pela qual a masculinização da mulher é o símbolo presente no imaginário coletivo acerca da mulher feminista.

Passado este estágio inicial, as feministas perceberam que a verdadeira luta pela dignidade da mulher não consistia na sua homogeneização em relação ao homem, mas ao contrário, no reconhecimento da especificidade da mulher e na luta pela valorização política e jurídica da diversidade sexual (BONACCHI; GROPPI, 1995, p. 235-261). Daí ter-se transmutado a exigência por igualdade em exigência por equidade⁸ (MACHADO, 1999, p. 24-28).

Esta exigência de equiparação presente nas políticas feministas, aliás, foi citada por Jürgen Habermas como forma de ressaltar que o gozo dos direitos individuais depende também do exercício conjunto de sua autonomia em relação ao Estado. As políticas feministas evidenciam que a política do direito oscila entre os paradigmas liberal e social e trazem à lume uma “*concepção jurídica procedimentalista*, segundo a qual o processo democrático precisa assegurar ao mesmo tempo a autonomia privada e a pública” (2002, p. 297), concluindo que “a partir da luta pela igualdade de condições para mulheres, é possível demonstrar de maneira particularmente clara a mudança urgente da compreensão paradigmática do direito” (2002, p. 296).

Enfim, a luta pelo reconhecimento da especificidade do gênero encampada pelas feministas traz uma lição de grande valia para compreensão dos direitos sociais. Ao invés de buscar sua equiparação aos direitos individuais – intentada pela preocupação em se geram ou não direitos subjetivos – mais adequado seria buscar as formas específicas de titularidade e tutela social, sem negar-lhes, pela sua característica social, juridicidade e exigibilidade.

⁸ Embora a perspectiva da equidade tenha recebido críticas das feministas dos países de terceiro mundo, razão pela qual a própria perspectiva de gênero passou a ser, ela também, um fator a ser incorporado nas políticas públicas (MACHADO, 1999, p. 24-28).

Assim, os direitos sociais não devem ser reduzidos ao modelo tradicional dos direitos individuais; ao reconhecer-se aos direitos sociais exigibilidade, esta não deve ser necessariamente traduzida para o esquema “direito individual/subjetivo”, mas deve respeitar a especificidade dos direitos sociais.

Os direitos sociais, portanto, ensejam uma *exigibilidade específica* e sua titularidade é propriamente social. Entretanto, também se reconhece titularidade individual aos direitos sociais, sendo esta, porém, residual.

5. DA TITULARIDADE À CO-TITULARIDADE

Impõe-se também pensar no *sujeito* cuja titularidade do direito fundamental social reclama. Se este não é o sujeito forjado pelo paradigma liberal-individualista, egoísta, que opõe seu interesse contra os interesses dos demais, de forma excludente⁹, há que se perguntar então qual é este sujeito.

Pois não há de esquecer, igualmente, que toda a estrutura dos direitos fundamentais reside no primado da dignidade humana.

E, por outro lado, não se quer avivar a dicotomia entre o individual e o coletivo¹⁰, como mais uma discussão inacabada entre Settembrini e Naphta. Transposto o umbral do século XXI, não é de se admitir que ainda restemos, qual um atônito e apático Hans Castorp¹¹, paralisados diante da velha oposição entre individualismo e coletivismo.

⁹ “O indivíduo é essencialmente o proprietário de sua própria pessoa e de suas próprias capacidades”, devendo compreender-se propriedade como direito e controle exclusivos (MACPHERSON, 1979, p. 275-276).

¹⁰ Para ilustrar este impasse (e suas radicalizações), cite-se a Teoria Política do Individualismo Possessivo, de C. B. Macpherson. O autor britânico demonstra que o individualismo possessivo é o suposto das teorias liberais, de Hobbes a Locke, explicitando a crise teórica decorrente da articulação política da classe operária, que fez ruir as duas premissas do Estado liberal: a inevitabilidade das relações de mercado e a coesão interna das decisões políticas (que antes do sufrágio universal era restrita a uma classe dominante). O dilema da moderna teoria liberal-democrática, explica o autor, é que ela “precisa continuar a usar as suposições do individualismo possessivo, numa época em que a estrutura da sociedade de mercado já não fornece mais as condições necessárias para dedução de uma teoria válida do dever político a partir destas suposições” (1979, p. 286). O problema residiria no fato de que a moderna teoria liberal não reconhece que o individualismo possessivo mantém-se ainda como suposto das teorias do Estado (1979, p. 282). Assim, ou se reconheceria que o individualismo possessivo continuaria sendo o suposto teórico da liberal democracia, dado o necessário entrelaçamento entre o primeiro e a sociedade de mercado possessivo ou se romperia com a última. Um rompimento com o individualismo possessivo somente seria possível com o rompimento com a sociedade de mercado (1979, 287 e ss.).

¹¹ Naphta, Settembrini e Hans Castorp são personagens do romance homônimo de Thomas Mann, *A Montanha Mágica*. Enquanto os dois primeiros discorrem, com os melhores argumentos, sobre as melhores soluções para o mundo por quase 500 páginas, a guerra vai consumindo a Europa e o mundo, qual um paciente doente (o romance se passa no sanatório de Berghof, em Davos-Platz). Diante do debate de ideias, Hans Castorp mantém-se apático, inca-

Se o modelo de direito subjetivo não se adequa aos direitos sociais, nem por isto deixa o homem de ser seu fundamento: início, meio e fim da própria ideia de direito fundamental. Tal norte deve ser tornado explícito, porque se acredita ser possível a superação da tensão entre dois modelos tidos por antípodas: o modelo da supremacia do indivíduo em detrimento da coletividade e o modelo da supremacia da coletividade em detrimento do indivíduo. Nem um, nem outro são desejáveis.

A fim de nortear a superação dialética desta indesejável e anacrônica tensão, toma-se como referência a ideia de *egaliberté* desenvolvida por Étienne Balibar. O neologismo tem por objetivo pôr em relevo que liberdade e igualdade são a medida uma da outra, razão pela qual, inclusive, são sempre ameaçadas conjuntamente e razão pela qual devem ser defendidas conjuntamente (BALIBAR, 1992, p. 136).

Assim, a ideia de *egaliberté* torna necessário estabelecer um *processo de mediação entre liberdade e igualdade*, na qual nem um nem outro princípio deva ser sacrificado, mas, ao contrário, devem ser ambos otimizados. Assim é que devem ser determinados os graus de realização de liberdade e de igualdade¹².

Este ponto de vista é compartilhado por Amartya Sen (2001, p. 54), para quem não se pode colocar o problema em termos de “liberdade *versus* igualdade”, uma vez que “a liberdade está entre os possíveis *campos de aplicação* da igualdade, e a igualdade entre os possíveis *padrões de distribuição* da liberdade”.

Na perspectiva proposta de *egaliberté*, este processo de mediação das tensões dá-se sempre que os direitos à liberdade e à igualdade forem invocados. E é também através desta mediação que os referenciais individuais e coletivos vão estabelecer-se (BALIBAR, 1992, p. 137).

Assim, entende-se prudente ressaltar que os direitos individuais não possam ser sacrificados em nome dos direitos coletivos¹³, da mesma forma

paz de – mesmo reconhecendo razão ora a Settembrini, ora a Naphta – buscar uma superação dialética da tensão entre individualismo e coletivismo.

¹² A propósito desta conjunção dos princípios da liberdade e da justiça social, Slavoj Žižek destacou que o *cinismo* diante da tensão entre a aparência de liberdade e igualdade, de um lado, e a realidade social das desigualdades sociais e econômicas, de outro, pode conduzir a resultados bastante conformadores/conservadores, ao passo que a leitura desta mesma tensão sob a ótica não da mera “aparência” da *egaliberté* – ou seja, com conteúdo meramente simbólico desprovido de normatividade (jurídica ou social) –, mas levando-se em conta a efetividade própria (inerente à sua simbologia) que permite movimentar o processo de rearticulação das relações sócio-econômicas concretas mediante sua progressiva politização, pode a mesma ser verdadeiramente subversiva. ŽIŽEK, http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/zizek03.pdf?ac=articulos&id=69

¹³ Razão pela qual se concorda com Willis Santiago GUERRA FILHO: “a fórmula do Estado Democrático se firma a partir de uma revalorização dos clássicos direitos individuais de liber-

como se entende necessária certa ousadia rumo à concretização dos direitos sociais ainda muito nominais e pouco normativos.

A partir desta reflexão, é possível afirmar não ser contraditório dizer que o titular dos direitos sociais é o homem – pois que os direitos fundamentais assentam na dignidade humana –, mas não o homem isolado em seu mundo, qual um Pequeno Príncipe empunhando o estandarte dos seus direitos. Tampouco é um homem anônimo, que deixando a mulher e filho – sua família, sua esfera de privacidade, como diria Hannah Arendt (2004b, p. 37) – à margem, empunha junto à massa a bandeira de suas convicções. Por belas que sejam as duas imagens, ambas implicam uma renúncia que não encontra justificativa.

Não se julga tal advertência despicienda. Ainda que se parta da premissa de uma concretização constitucional seletiva e tenha por objetivo imprimir eficácia à parte em que a Constituição é ainda apenas nominal, não se pode deixar aberta a porteira do retrocesso, pois este surge quando menos se espera.

Não se pretende, portanto, ressuscitar um “contraste entre liberdade e ‘felicidade pública’”, supondo-se que pelo sacrifício da “primeira, mesmo que só temporariamente, pode-se promover a segunda” (HELLER, 2002, p. 158).

Na mesma linha, Hannah Arendt demonstra que o colapso dos direitos fundamentais a partir do entre guerras deveu-se em boa parte ao fato de se ter tomado como referência não o homem individual, mas o Estado-nação (situação que justificou o mesmo “silêncio sorridente diante da chacina”, de que fala Caetano Veloso, em relação aos apátridas), tendo por fonte de todo o abandono e descaso, no amplo espaço anômico deixado pelos direitos fundamentais, a justaposição do indivíduo pelo povo (ARENDR, 2004a, p. 312 ss).

Por esta razão, a autora defende que as esferas privada e pública não podem sacrificadas em nome uma da outra, ambas somente podendo subsistir sob a forma de *coexistência* (ARENDR, 2004b, p. 68-69).

A sempre atual escrita de Hannah Arendt reforça a posição aqui defendida: se o direito subjetivo, individual e liberal, excludente, não serve como padrão a imprimir eficácia aos direitos sociais, tampouco pode o homem individual ser engolido pela coletividade. Por isto, a afirmação da titularidade social dos direitos sociais não implica a perda do referencial do homem: *implica sua contextualização social*.

Esta contextualização social decorre, também, da inserção do homem na esfera pública:

dade, que se entende não poderem jamais ser demasiadamente sacrificados, em nome da realização de direitos sociais” (2005, p. 24).

Em segundo lugar, o termo “público” significa o próprio mundo, na medida em que *é comum a todos nós e diferente do lugar que nos cabe dentro dele*. [...] A esfera pública, enquanto mundo comum, *reúne-nos na companhia uns dos outros e contudo evita que colidamos uns com os outros, por assim dizer*” (ARENDDT, 2004b, p. 62 – grifou-se).

Com invejável clareza, a autora *faz desaparecer a pretensa dicotomia, ao estabelecer o público como espaço, ao mesmo tempo, comum e particular*.

6. CONCLUSÃO

Falar em titularidade social dos direitos sociais significa, em última instância, falar que o homem, juntamente com seus demais, é co-titular de um direito; significa eleger o princípio da inclusão e da concretização includente dos direitos.

Se igualdade e liberdade podem fundir-se em um só conceito, também o homem – indivíduo e parte da coletividade – pode ser pensado não como titular isolado dos direitos sociais, mas como *co-titular*, hipótese em que esta titularidade *não amputa as demais, mas, ao contrário, as implica*.

Assim, propõe-se a transição da categoria de titularidade para a de co-titularidade do direito social, requerendo a segunda relativa autonomia face à primeira (assim como a categoria de coação, por exemplo, é vista diferentemente da categoria de ação). A titularidade social dos direitos sociais é, portanto, uma co-titularidade. Por esta razão, a titularidade social dos direitos sociais implica as duas esferas de concretização: a esfera coletiva e difusa coexiste e coimplica a esfera individual.

Ora, se estas duas dimensões se coimplicam e não se excluem reciprocamente, pode-se, apenas, falar em prevalência de uma sobre a outra, conforme as condições contextualmente determinadas. Esta prevalência é reconhecida, em regra, à titularidade coletiva e difusa, reconhecendo-se residualmente a titularidade individual nos casos em que haja ameaça ao mínimo existencial subjetivo.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la Exigibilidad Judicial de los Derechos Sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais. Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 135-168.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. 607 p.

ARENDDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004a. 562 p.

_____. **A Condição Humana**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004b. 352 p.

BALIBAR, Étienne. **Les Frontières de la Démocratie**. Paris: La Découverte, 1992.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 363 p.

BONACCHI, Gabriela; GROPPPI, Angela. **O Dilema da Cidadania: Direitos e Deveres das Mulheres**. São Paulo: Editora da UNESP, 1995. 311 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 808 p.

BOROWSKI, Martin. **La Estructura de los Derechos Fundamentales**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003. 246 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e Interconstitucionalidade. Itinerários dos Discursos Sobre a Historicidade Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006. 345 p.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 539 p.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Lisboa: Almedina, 1999. 1414 p.

CAPPELLETTI, Mauro. **La Giurisdizione Costituzionale Delle Libertà**. Milão: Giuffrè, 1974. 154 p.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Candido; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 358 p.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2005. 276 p.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución. Estudios de la Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta**. Madri: Tecnos, 2002 a. 295 p.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro. Estudos de Teoria Política**. São Paulo: Loyola, 2002. 390 p.

- HELLER, Agnes; FÉHER, Ferenc. **A Condição Política da Pós-Modernidade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. 239 p.
- KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002. 120 p.
- LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um Diálogo com o Pensamento de Hanna Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. 406 p.
- LIMA LOPES, José Reinaldo de. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça: A Função Social do Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 113-143.
- MACEDO JR., Ronaldo Porto. Ação Civil Pública, o Direito Social e os Princípios. In: MILARÉ, Édis (org.). **A Ação Civil Pública Após 20 Anos: Efetividade e Desafios**. São Paulo: RT, 2005, p. 559-565.
- MACHADO, Leda Maria Vieira. **A Incorporação do Gênero das Políticas Públicas**. São Paulo: Annablume, 1999. 108 p.
- MACPHERSON, C. B. **A Teoria Política do Individualismo Possessivo. De Hobbes a Locke**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979. 318 p.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004. 317 p.
- MANN, Thomas. **A Montanha Mágica**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000. 992 p.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 279 p.
- MELLO, Celso Antonio. Eficácia das Normas Constitucionais Sobre Justiça Social. In: **Revista de Direito Público**, n. 57-58. São Paulo: RT, jan-jun 1981, p. 233-255.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. 563 p.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 8ª ed. Madri: Tecnos, 2005. 233 p.
- PIRANDELLO, Luigi. **Seis Personagens à Procura de Autor**. Trad. Sérgio Flaksman. São Paulo: Peixoto Neto, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 392 p.

SEN, Amartya. **Desigualdade Reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001. 210 p.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 917 p.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 319 p.

ŽIŽEK, Slavoj. **Bienvenidos al Desierto de lo Real**. Disponível em: <http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/zizek03.pdf?ac=articulos&id=69>, acesso em 11/04/2005.