

A CONFIGURAÇÃO PÓS-MODERNA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: UMA ANÁLISE DA INGERÊNCIA JURISDICIONAL NO ÂMBITO DE EFETIVAÇÃO DESSES DIREITOS

Gabriel Gomes Canêdo Vieira de Magalhães^{†‡}

Sumário: Resumo – Abstract – Introdução – 1 Evolução da Ciência Jurídica: da modernidade à pós-modernidade – 2 Direitos fundamentais sociais: valores protegidos, classificação, estrutura normativa e natureza pricipiológica – 3 Efetivação dos direitos fundamentais sociais e a ingerência jurisdicional nessa seara – Considerações finais – Referências.

Resumo: O trabalho em tela versará sobre a configuração dogmática dos direitos sociais a prestações na pós-modernidade, concentrando-se sobre a possível ingerência do Poder Judiciário no âmbito de efetivação desses direitos à luz do princípio da separação de poderes e do princípio democrático, perscrutando-se também em que extensão os direitos sociais poderiam ser exigidos pela via judicial. Para tanto, se lançou mão da pesquisa do tipo teórica, à vista que será estudado material bibliográfico que versa sobre o assunto em voga, bem assim do método dedutivo de análise, porquanto o estudo situa-se em um plano geral e abstrato, a partir do qual certamente será possível extrair conclusões para situações específicas. Em que pese os questionamentos levantados, certo

[†] Mestrando em Direito Público na Universidade Federal de Uberlândia. Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Santa Rita de Cássia/Itumbiara-GO. Professor da disciplina “Introdução ao Direito”. gabrieltgomesdir@yahoo.com.br

[‡] Artigo jurídico apresentado como requisito parcial de aprovação na disciplina obrigatória intitulada: “Epistemologia Jurídica dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos”, ministrado pelo Prof. Dr. Leosino Bizinoto, no 2º Semestre Letivo de 2011, no Programa de Mestrado em Direito Público, da Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, da Universidade Federal de Uberlândia.

é que, em função da natureza normativa constitucional dos direitos sociais, o Poder Judiciário possui legitimidade para interferir no âmbito de efetivação dos direitos em referência, até mesmo porque a máxima da dignidade da pessoa humana representa o núcleo e a base normativa de todos os direitos fundamentais.

Palavras-chave: Pós-modernidade. Direitos sociais. Efetivação. Poder Judiciário. Legitimidade.

Abstract: The work will focus on the configuration screen dogmatic social rights to benefits in post-modernity, focusing on the possible interference of the judiciary in the context of the enforcement of these rights under the principle of separation of powers and the democratic principle, scanning-also to what extent social rights could be required by the courts. To this end, he resorted to the kind of theoretical research, which will be studied in view bibliography which deals with the subject in vogue, as well as the deductive method of analysis, because the study is located in a general plan and abstract, from which will certainly be possible to draw conclusions for specific situations. Despite the questions raised, it is certain that, depending on the nature of normative constitutional social rights, the judiciary has the legitimacy to interfere in the framework of realization of the rights in question, because even the greatest of human dignity is the core and normative basis of all fundamental rights.

Keywords: Postmodernity. Social rights. Effective. Judiciary. Legitimacy.



INTRODUÇÃO

A finalidade precípua dos direitos fundamentais sociais é a promoção da igualdade substantiva (material), e não uma igualdade de cunho formal, perante a lei, conforme se defendia no âmbito do Estado Liberal.

A rigor, os direitos sociais ostentam caráter positivo, o que significa dizer que a efetivação desses direitos (saúde, educação, moradia, alimentação, etc.), geralmente, está condicionada a uma atuação do Poder Público. Nessa medida, os direitos em tela divergem dos direitos de primeira dimensão, haja vista que estes últimos são realizados mediante um não-fazer por parte do Estado (liberdade de imprensa, direito à vida, entre outros).

É certo, pois, que os direitos sociais prestacionais possuem uma inequívoca relevância econômica, uma vez que a sua efetivação, como visto, está atrelada à atuação positiva do Poder Público, o que inevitavelmente demanda o emprego de recursos públicos.

Em função disso, os direitos sociais a prestações, num primeiro plano, devem ser concretizados pelos Poderes Legislativo e Executivo, por sua direta implicação orçamentária. São esses poderes que devem estabelecer o *quantum* de recursos será destinado a efetivar cada direito, sobretudo o Poder Legiferante. Em suma, a concretização desses direitos é levada a efeito por meio da adoção de políticas públicas.

Ocorre, contudo, que não são raras as vezes em que os poderes políticos incorrem em omissão, deixando de concretizar os direitos sociais a prestações ou, então, o fazendo parcialmente.

Diante dessa situação, o que se pretende discutir neste trabalho é justamente a possibilidade de se exigir o

cumprimento dos direitos sociais perante o Poder Judiciário; se é possível ou não a adjudicação dos direitos sociais prestacionais (a entrega desses direitos pela via jurisdicional); em que medida, portanto, os direitos sociais a prestações são passíveis de serem justicializados.

Nesse contexto, os objetivos desse trabalho se concentram nos seguintes questionamentos: qual é a configuração dogmática dos direitos sociais a prestações na pós-modernidade? A ingerência do Poder Judiciário no âmbito de efetivação desses direitos não violaria o princípio da separação de poderes e o princípio democrático? Em que extensão os direitos sociais podem ser exigidos judicialmente?

Para a realização da investigação científica proposta se lançará mão da pesquisa do tipo teórica, à vista que será estudado material bibliográfico e digital que versam sobre o assunto em voga. Por seu turno, será utilizado o método dedutivo de análise, porquanto o estudo situa-se em um plano geral e abstrato, a partir do qual certamente será possível extrair conclusões para situações específicas.

1 EVOLUÇÃO DA CIÊNCIA JURÍDICA: DA MODERNIDADE À PÓS-MODERNIDADE

Antes de promover as considerações sobre o assunto proposto, almejando situar o debate teórico no atual estágio científico em que se encontra o Direito, proceder-se-á a uma análise das recentes transformações por que passou a Ciência do Direito, na medida em que as preconcepções relativas a esse assunto figuram como pressuposto ao estudo concernente à atuação judicial implementadora dos direitos sociais no contemporâneo arranjo institucional.

É preciso que nos ocupemos inicialmente, pois, em traçar os contornos jusfilosóficos que envolvem a temática em estudo, sobretudo o que diz com o momento científico que

adorna a discussão, qual seja, a pós-modernidade.

Nesta senda, por intuitivo, algumas reflexões exurgem: em que consiste a pós-modernidade?¹ Quando ela se inicia? Qual a relação havida entre modernidade e pós-modernidade?² A despeito da trivialidade com que se trata desse assunto, cumpre esclarecer desde já que não há um consenso entre os pensadores sobre as respostas a essas indagações, de sorte que se tem apenas alguns vestígios de solução para as questões apresentadas, os quais são percebidos a partir das características imanentes à cada época (delineadas a seguir), bem assim das suas mutações ao longo do tempo.

Insta corroborar, ainda, que a discussão em voga consiste no pano de fundo deste trabalho, cujo eixo temático gira em torno do protagonismo judicial no âmbito da efetivação dos direitos sociais, porquanto a supremacia do órgão julgante nessa seara traduz um traço característico do momento pós-moderno na epistemologia jurídica.

Passa-se, portanto, a analisar os fenômenos jurídico-filosóficos que sinalizam a transição da modernidade para a pós-modernidade no âmbito da ciência social aplicada do direito, adotando-se como premissa a compreensão assentada na nota de rodapé de que os termos modernidade e pós-modernidade referem-se, sobretudo, à passagem do tempo.

A Ciência Jurídica, em razão da sua inequívoca conotação social, se transforma constantemente a partir dos

¹ Em nota de rodapé, Eduardo Bittar e Guilherme de Almeida in: *Curso de Filosofia do Direito*. 8. ed. rev. e aument. São Paulo: Editora Atlas, 2010, pág. 654. citam frase esclarecedora de Latour nos seguintes termos: “A modernidade possui tantos sentidos quantos forem os pensadores ou jornalistas. Ainda assim, todas as definições apontam, de uma forma ou de outra, para a passagem do tempo.”

² “A pós-modernidade é a consequência da crise da modernidade e, portanto, de seus limites e insuficiências. (...) a expressão ‘pós-modernidade’ pretende significar algo, e neste algo está presente uma historicidade, então aquilo que é posterior à modernidade só pode ser um fenômeno que ou compreende, ou supera, ou, no mínimo, implica a ‘modernidade’.” BITTAR, C. B. Eduardo. ALMEIDA, Guilherme Assis de., pág. 653.

influxos provenientes da realidade social, que é por demais dúctil.³ Logo, o Direito, como ciência social aplicada que é, é estudado a partir da realidade social ou do fenômeno social total.⁴

Ao longo da segunda metade do século XX, mais precisamente com o findar da segunda grande guerra, bem assim com a conseqüente proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Ciência Jurídica foi inundada com uma onda de transformações pontuais concernentes ao seu paradigma e forma de compreensão.⁵

³ Essa noção de *flexibilidade* nem sempre foi admitida, eis que se trata de um paradigma próprio da pós-modernidade.

⁴ “Compreender assim a ciência não é fundá-la dogmaticamente em qualquer dos princípios absolutos ou *a priori* que a filosofia da ciência nos tem vindo a fornecer (...). Ao contrário, trata-se de compreendê-la enquanto prática social de conhecimento, uma tarefa que se vai cumprindo em diálogo com o mundo e que é afinal fundada nas vicissitudes, nas opressões e nas lutas que o compõem e a nós, acomodados ou revoltados. (...) A reflexão aqui proposta tem como eixo privilegiado as ciências sociais, sendo a partir desse eixo que se reflecte sobre as ciências no seu conjunto e a sociedade em geral. É sabido que as ciências sociais se constroem a partir de uma totalidade, a realidade social, o fenômeno social total, e que por isso a distinção entre as várias Ciências Sociais só pode provir das próprias Ciências Sociais, e não pode ter outro significado que não seja o de cada uma dessas disciplinas encarar, abordar, analisar de uma forma diferente aquela mesma realidade”. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 5. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1998, p. 11/12.

⁵ “A partir do fim da Segunda Guerra Mundial, diante das atrocidades cometidas contra milhões de seres humanos, houve uma evolução da teoria jurídica, abandonando-se a exclusividade do formalismo, para trabalhar com os valores constitucionais, com o elemento axiológico da norma jurídica, com ideias de construção de um novo mundo.” BEURLEN, Alexandra. *Direito humano à alimentação adequada no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 45. “Ao emergir da 2ª Guerra Mundial, após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos. A Declaração Universal, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, e a Convenção Internacional sobre a prevenção e punição do crime de genocídio, aprovada um dia antes também no quadro da ONU, constituem os marcos inaugurais da nova fase histórica, que se encontra em pleno desenvolvimento. Ela é assinalada pelo aprofundamento e a

Essas transformações traduzem, consoante já assentado, a transição do momento científico moderno para o pós-moderno, a qual sobreveio apoiada na noção de crise da ciência.⁶

Nesse viés, a concepção filosófica positivista predominante até o supracitado marco histórico sucumbia a uma racionalidade formal, por meio da qual os fenômenos jurídicos eram reduzidos à norma posta. Em função disso, pairava sobre os jusfilósofos daquela época a ilusória noção de completude do ordenamento jurídico, isto é, para eles o sistema jurídico bastava em si mesmo, afigurando-se desnecessária a influência de outras estruturas sociais como a moral e a religião, afinal, apenas aquilo que estava consubstanciado na norma positivada ostentava status jurídico.

Por via de consequência, a aplicação dos dispositivos legais orientava-se pelo silogismo, que se caracteriza por ser uma metodologia segundo a qual o enunciado normativo abstrato e enrijecido incide sobre a situação fática subjacente sem que se realize o adequado ajuste. Percebe-se que a atividade de aplicação das normas jurídicas seguia uma orientação essencialmente formal, de conotação fortemente mecanicista.

Seguindo a linha evolutiva em tela, faz-se necessário destacar que as Constituições até então, a despeito de já disciplinarem as questões relativas à organização do Estado e aos direitos e garantias fundamentais, eram tomadas como documentos de natureza política, cujo cumprimento de suas disposições não se poderia exigir, pois que se tratava de uma mera “Carta de intenções”. Nessa perspectiva, a realização das

definitiva internacionalização dos direitos humanos.” COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.55/56.

⁶“(…) um ou outro tipo de reflexão epistemológica pode ser o sinal da ocorrência de um ou outro tipo de crise. (...) Esta discussão sobre a natureza das crises da ciência tem toda a acuidade no período em que vivemos e cujo início, para este efeito, se situa no imediato pós-guerra.” SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. p. 19.

diretrizes e programas estabelecidos pelo legislador constituinte ficava inteiramente submetida ao juízo de conveniência e oportunidade dos agentes investidos no poder. A verdade é que os Poderes Públicos não se comprometiam, com fidelidade e sinceridade, em cumprir os fins plasmados nas Constituições.

Passado o Holocausto – massacre promovido pelo regime totalitário que acabou por arruinar parte da Europa (Nazifascismo) –, uma nova forma de se compreender o Direito começou a despontar como algo imperativamente necessário, à vista que toda barbárie promovida por este regime foi levada a efeito sob a proteção do manto da legalidade, compreendida, por intuitivo, em um viés eminentemente positivista, formalista.

Diante desse contexto, a doutrina e a jurisprudência levaram a efeito uma série de inovações metodológicas, as quais foram agregadas à dogmática jurídica, mais especificamente no que diz com a posição da pessoa humana no sistema jurídico. Essa inflexão por que passou a Ciência do Direito teve como “mola propulsora” o princípio da dignidade humana⁷, assim compreendido em um cariz material.

Pode-se afirmar, em suma, que houve um retorno aos valores, configurando-se o fenômeno que os estudiosos convencionaram em chamar de “Virada Kantiana”, expressão que presta-se para designar a reaproximação do Direito com a

⁷ Denota-se claramente a relevância desse valor suprajurídico (dignidade da pessoa humana) das lições de MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público: comentários à Lei de improbidade administrativa*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.51., para quem “(...) há uma tendência doutrinária que compreende o valor da dignidade da pessoa humana, tantas vezes transcrito nas Constituições mundiais, como o vetor preponderante dos direitos fundamentais. Possível compreender que o axioma da dignidade da pessoa humana, inserido como fundamento na Constituição Federal (art. 1º, III), transparece nitidamente como fonte do ordenamento jurídico, sendo que a partir dele toda norma jurídica constitucional ou infraconstitucional se desdobra, permitindo alcançar objetivos (foz) presentes na mesma Constituição (art. 3º): erradicação da pobreza e da marginalidade e construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”

Ética⁸. O Direito antes compreendido em uma vertente pura, afastado das demais estruturas sociais, volta a se estruturar em valores, a começar pela dignidade da pessoa humana que é a base normativa de todos os direitos fundamentais.

Vale dizer, oportunamente, que essa parábola verificável na Dogmática Jurídica subsistiu tendo como diretriz filosófica o pós-positivismo, que se caracteriza pela confluência das correntes de pensamento jusnaturalista e positivista, afigurando-se como um ponto de equilíbrio entre esses dois paradigmas prefacialmente opostos⁹.

As conseqüências advindas da mudança de paradigma em referência – o retorno aos valores – provocaram, por certo, acentuadas transformações na forma de se compreender o Direito, dentre elas e principalmente: atribuição de força normativa à Constituição que, inquestionavelmente, conferiu normatividade aos princípios constitucionais; expansão da jurisdição constitucional; desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional¹⁰, entre tantas outras.

Não pairam dúvidas, na esteira do pensamento de Konrad Hesse¹¹, sobre o alto grau de importância que a normatividade constitucional assume nesse novo cenário da Ciência do Direito. Com a força normativa atribuída às Constituições as normas radicadas no seu texto abandonam, pois, seu caráter essencialmente político – “de uma Carta de intenções” – para alcançar um status de norma jurídica, dotadas da imperatividade e

⁸ Conforme consta em nota de rodapé em BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.250., essas ideias tem como marco inicial a obra de John Rawls “*Theory of Justice*”, publicada em 1971.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. p.247.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. p.262. Informação colhida nas aulas da disciplina de Fundamentos Constitucionais do Direito Privado, do Curso de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia, ministradas pelo Professor Doutor Fernando Rodrigues Martins.

¹¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

atributividade que lhes é imanente¹². Consigna-se que a nova concepção de norma constitucional de que se está a tratar resulta no dever de que os valores e fins consagrados pelo legislador constituinte sejam efetivamente realizados.

Mitigada a noção positivista sustentada no âmbito do Estado Liberal – apenas em parte, é preciso dizer –, cujos contornos dogmáticos foram brevemente expostos acima, sem, contudo, afastar a sua estimável valia histórica para a elaboração da Teoria do Direito, é certo dizer que as Constituições se moveram para o centro do sistema jurídico, ou, conforme assenta Paulo Bonavides¹³, o princípio da constitucionalidade “deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica”. Em outros termos, a Constituição antes tão preterida, reduzida ao nada jurídico, se firmou no centro do ordenamento. E, não era pra menos, quando se trata de uma norma que contempla os direitos fundamentais e dispõe sobre a organização institucional do Estado.

Essa nova dinâmica impõe que os valores e as diretrizes consolidados na Constituição Federal se irradiem para todos os microssistemas jurídicos, fazendo com que a atividade hermenêutica realizada sobre as leis infraconstitucionais tenha como ponto de partida a normatividade constitucional. Portanto, “toda interpretação jurídica será, por intuitivo, uma interpretação constitucional”¹⁴.

¹² Ponto amplamente abordado por Joaquín Arce Flóres-Valdes in: *El Derecho Civil Constitucional*. Madrid, Ed. Cuadernos Civitas, 1991, p.27: “Y, como conclusión ante la cuestión planteada y resumidamente desarrollada, podemos afirmar que la Constitución no sólo es una norma jurídica, es también norma cualitativamente distinta y superior a las demás del ordenamiento, en cuanto incorpora el sistema de valores esenciales de convivencia, que ha de servir de piedra de contraste y de criterio informativo e interpretativo de todo o ordenamiento jurídico.”

¹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 398.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. p. 364.

Nesse sentido, a doutrina convencionou em designar por “filtragem constitucional” o fenômeno segundo o qual a ordem jurídica deve ser compreendida a partir da Constituição, observando-se os valores e fins assegurados em seu texto. Como consequência da centralidade constitucional, impõe-se que os institutos jurídicos sejam reinterpretados sob uma ótica constitucional¹⁵.

Ainda, no que concerne aos avanços experimentados pela Ciência Jurídica, contrapondo-se às aspirações positivistas propugnadas no seio do Estado Liberal (Estado de Direito), onde as regras eram concebidas como normas jurídicas supremas, cumpre trazer à baila a ideia de incompletude normativa do ordenamento jurídico. Revela-se imanente a esta noção a existência de lacunas no sistema jurídico positivo, eis que, por imperativo lógico, não é possível ao legislador prever todos os acontecimentos sociais, até mesmo porque à medida que a legislação envelhece surgem as suas insuficiências.¹⁶ É

¹⁵ “Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.” BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. p.364.

¹⁶ Carlos Maximiliano in: *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.11/12., já na década de 20 do século passado adverte que: “Ante a impossibilidade de prever todos os casos particulares, o legislador prefere pairar nas alturas, fixar princípios – estabelecer preceitos gerais, de largo alcance, embora precisos e claros. (...) O legislador assemelha-se ao generalíssimo de um grande exército. Um experimentado chefe militar não ordena as menores operações táticas: abstém-se de prescrever uma conduta para cada eventualidade. Dá instruções amplas: frisa diretivas gerais; delinea um plano de larga estratégia; deixa as minúcias de ocasião à iniciativa individual, ou aos subcomandantes. Também o legislador oferece preceitos abstratos; traça os lineamentos exteriores da ordem jurídica, dentro dos quais o intérprete acomoda o caso concreto, isolado, e às vezes raro.”

necessário, portanto, que o intérprete lance mão da interpretação sociológica, a fim de que possa complementar a atividade legislativa, amoldando a hipótese normativa às peculiaridades da situação fática em concreto.¹⁷

Como resulta claro, a conversão axiológica sobrevinda na Ciência do Direito, representativamente demonstrada pela transmutação do Estado de Direito em Estado Constitucional, ou, em última análise, pela transição da modernidade à pós-modernidade¹⁸, acabou por produzir efeitos em todos os setores do sistema jurídico, especialmente nos direitos fundamentais, haja vista que o núcleo do ordenamento antes ocupado pelo Código Civil – resvalando a sua perspectiva eminentemente patrimonialista – hoje é tomado pela Constituição, pelos direitos fundamentais e pela sua essência democrática e humanista.

Diante de todo o exposto, a lógica empírica nos leva a crer que já não vivemos em um Estado do tipo liberal, eis que o

¹⁷ “É sobretudo com as regras positivas bem feitas que o intérprete desempenha o seu grande papel de renovador consciente, adaptador das fórmulas vetustas às contingências da hora presente, com apreçar e utilizar todos os valores jurídico-sociais, – verdadeiro sociólogo do Direito.” MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. p.32.

¹⁸ “A este tempo transitivo que se vive, a este momento específico em que a vida contemporânea é contaminada por uma nova constelação de valores, se pode chamar de pós modernidade. Imersos nela é que percebemos que novos termos invadem o nosso quotidiano (transitório; mutável; relativo; provável; sensível; múltiplo; horizontal; indução; senso comum; estimável; líquido), termos estes que, em seu valor semântico real e em seu simbolismo, certamente marcarão um tempo definitivamente diverso daquele vivido sob a hegemonia dos valores modernos (permanente; estável; ordenado; disciplinado; individual; racional; comprovado; certo; definido; científico; deduzido; vertical; único; central; duro). A sensação é a de que se vive entre o novo (hoje) e o velho (ontem), entre o insondável do futuro (amanhã), está-se diante de um jogo de incertezas, pois se vivem os três tempos a um só tempo (passado, presente e futuro, não necessariamente nesta ordem). Todo esse novo arcabouço de mutações socioculturais redundando num afastamento contínuo da lógica moderna, com a qual se organizam os esquemas de vida e as formas de juízo (axiológico, estético, político, científico, cultural ...) acerca do mundo.” BITTAR, C. B. Eduardo. ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. p. 656.

traço dos direitos fundamentais está a conferir uma feição constitucional social ao semblante estatal, sobretudo se se considerar que a dignidade da pessoa humana será promovida na sua essência mediante a garantia dos bens materiais básicos aos cidadãos, o que impõe seja reeditada a concepção de liberdade até então sustentada, pois que incoerente; não há como se falar em liberdade sem a concessão de oportunidades materiais aos cidadãos. Por via de consequência, o modelo constitucional social de Estado enseja o reajustamento institucional dos três poderes, ou funções estatais. Isso porque a Constituição adquiriu força jurídica, cabendo, pois, ao órgão judicante em última análise assegurar a efetividade de suas normas.

É preciso frisar que as transformações supradelineadas configuram a criação de mais um estágio da ciência jurídica, que pode ser assinalado de pós-modernidade, rompendo-se, outrossim, apenas parcialmente com o passado moderno, na medida em que a construção do novo paradigma pós-modernista se funda nas experiências anteriores, o que, a propósito, é próprio do movimento evolutivo.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: VALORES PROTEGIDOS, CLASSIFICAÇÃO, ESTRUTURA NORMATIVA E NATUREZA PRICIOPIOLÓGICA

Os direitos fundamentais sociais, como é sabido, são classificados como direitos de segunda dimensão, à luz da concepção original de gerações de direitos amplamente difundida na dogmática constitucional. Diferentemente dos direitos de primeira dimensão – produto do ideal liberal burguês, também denominados direitos negativos, de defesa, pois que propugnavam o absentismo estatal (*laissez faire*) –, os direitos sociais se fundam nas bases do Estado Constitucional Social Democrático, regime cuja nota distintiva

recai sobre a atuação preponderantemente positiva do Estado com vistas à promoção da igualdade substantiva, como autêntico meio para a realização da justiça social.

O surgimento dos direitos de segunda dimensão, vale dizer, se deu a partir da percepção de que “*a consagração unicamente formal da liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo*”¹⁹. Foi em meio à necessidade de se transportar os valores da liberdade e igualdade para o plano da realidade que se concebeu os direitos sociais, eis que o Estado não mais se contentava com a igualdade jurídica, formal, perante a lei, ao revés, o que se buscava é a promoção de uma igualdade material.

Num primeiro momento, é preciso notar que os direitos de primeira dimensão, individuais e políticos, são inexoravelmente marcados pelo ideal de liberdade, na medida em que foram concebidos para proteger o indivíduo em face da arbitrariedade estatal, ao passo em que a essência dos direitos de segunda dimensão, em verdade, reside na promoção da igualdade substantiva, pretendendo-se assegurar em primeiro plano o valor justiça-social.

Contudo, não se pode perder de vista que os valores liberdade e igualdade – símbolos dos direitos de primeira e segunda dimensão, respectivamente – guardam uma relação de íntima conexão, tendo em vista que a liberdade material apenas possui a propensão de se configurar faticamente na hipótese em que se prestar aos cidadãos os bens materiais básicos, circunstância em que será possível então o exercício de tal mister libertário. Esse aspecto da nossa reflexão é objeto da abordagem de uma gama de estudiosos. Assim, é que Sarlet²⁰ aduz que “*os direitos sociais, na sua dimensão prestacional, aspiram garantir e realizar os pressupostos materiais para*

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 47.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p.283.

uma efetiva fruição das liberdades”, e, na ótica de Daniel Sarmiento²¹, resta assentando que “*sem o atendimento de certas condições materiais básicas, esvazia-se a liberdade, pela impossibilidade concreta do seu exercício.*” Somando-se a isso, de maneira mais substanciosa, Cristina Queiroz faz constar em sua obra o entendimento de Bëckenföörde a respeito do tema, para quem

Se a liberdade jurídica deve converter-se em liberdade real, então os respectivos titulares necessitam de uma participação básica nos bens sociais materiais. Essa participação básica nos bens sociais materiais faz parte da liberdade. Apresenta-se como pressuposto necessário da sua realização.²²

Nesse viés, também são oportunos são os esclarecimentos de Paulo Bonavides, assentados na cinquentenária obra *Do Estado Liberal ao Estado Social*, nos termos seguintes: “*Ontem, a liberdade impetrava o acréscimo da igualdade; hoje, a igualdade impetra o acréscimo da liberdade, acréscimo material, tudo isso com o objetivo de fazer ambas concretas, tanto a liberdade como a igualdade.*”²³

Nota-se, assim a partir das considerações expendidas, que os direitos sociais figuram como desdobramento evolutivo da ciência jurídica, isto é, os direitos sociais são elementos constituintes do momento pós-moderno, pois consubstanciam, em última análise, a promoção da igualdade material como meio para se alcançar a liberdade, e não o contrário, como sustentado na modernidade. Essa liberdade, contudo, já não

²¹ *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos.* In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direito sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 575.

²² QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade.* Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 33.

²³ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social.* 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.14/15.

mais assume os contornos de outrora, à vista que a sua implementação resvala na necessidade da ingerência positiva do Estado em benefício dos cidadãos, em contraposição à postura inerte do Estado antes propugnada.²⁴ Verifica-se, portanto, a nítida confluência dos valores liberdade, igualdade e justiça no âmbito de efetivação dos direitos sociais, até mesmo porque *“todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa humana.”*²⁵

Em contrapartida, a autora lusitana Cristina Queiroz empreende uma reflexão crítica em oposição à pauta argumentativa até então desenvolvida, nos conduzindo ao raciocínio relativo às eventuais inconveniências do emparelhamento dos direitos de liberdade com os direitos de igualdade. Nesse viés, argumenta-se que ao se considerar a dependência dos direitos de liberdade à garantia das prestações materiais aos cidadãos, a liberdade como direito fundamental seria compreendida como uma liberdade-positiva, de modo que os direitos de liberdade seriam interpretados como direitos de participação. Por este ângulo de análise, exemplificativamente, *“a liberdade de escolha de profissão passaria a compreender um ‘direito ao trabalho’, a garantia da ‘inviolabilidade do domicílio’ um ‘direito à habitação’, o ‘princípio de igualdade’, um ‘direito à criação de condições iguais de vida’, ou, pelo*

²⁴ Essa afirmação encontra respaldo na seguinte reflexão empreendida por BITTAR, C. B. Eduardo. ALMEIDA, Guilherme Assis de. 2010, pág. 660: “O olhar crítico sobre esta realidade nos consente já desenvolver a percepção necessária para, a partir do solo das lutas sociais (Boaventura de Souza Santos), detectarmos o sentido a ser impresso à ação, cujo ímpeto reformista não pode ser seguido do mero pessimismo pelo desmonte das estruturas existentes, e muito menos pelo otimismo ufanista sobre o futuro, porque se trata de construir um novo sentido para a liberdade, esta que não se sabe em que resultará.”

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 50.

menos, de ‘oportunidade’, para todos os cidadãos.”²⁶ Seguindo-se esta direção, os direitos denominados de primeira dimensão reclamariam uma atuação positiva do ente estatal para que sejam implementados. Essa colocação revela-se desarrazoada em certa medida, pois se está a tratar de uma particularidade que é imanente aos direitos sociais²⁷, além do que, e principalmente, é preciso frisar que os direitos de liberdade caracterizam-se por sua feição negativa.

Em relação à classificação dos direitos fundamentais sociais, é digno de nota esclarecer que o trabalho proposto concentra-se no estudo dos direitos sociais a prestações, isto é, aqueles direitos cuja efetivação está a depender de uma atuação positiva do ente estatal. À luz da classificação concebida por Robert Alexy, amplamente propagada nas obras que versam sobre a dogmática dos direitos fundamentais, o estudo em tela volta-se para os direitos a prestações em sentido estrito (direitos sociais).²⁸

Ademais, é preciso tornar compreensível a questão relativa à fonte dos direitos sociais ora investigados. Em outros termos, é prudente dizer que esse estudo recai sobre os direitos sociais designados originários, aqueles cuja base normativa está assentada na Constituição, de sorte que a sua realização

²⁶ QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. p. 35.

²⁷ “Assim, e no que concerne especificamente aos direitos fundamentais sociais (‘direitos fundamentais a prestações em sentido estrito’) a pretensão não corresponde a uma omissão, mas a uma ‘acção’. Na terminologia de Georg Jellinek, os direitos fundamentais sociais correspondem essencialmente ao ‘status positivus’, isto é, reclamam por uma acção, um ‘facere’, por parte dos poderes públicos. Traduzem ‘pretensões’ de ‘cuidado’ e ‘protecção’ com a ajuda da actividade público-estadual em ordem à realização dos respectivos interesses.” QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. p. 32.

²⁸ “(...) o conceito de direito a prestações será compreendido de forma ampla. Todo direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação. (...) Os direitos a prestações (em sentido amplo) podem ser divididos em três grupos: 1 direitos a proteção; 2 direitos a organização e procedimento; e 3 direitos a prestações em sentido estrito.” ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 442 e 444.

prática não está a depender da concretização legislativa, o que os caracterizaria, caso assim fosse, como direitos sociais derivados.²⁹

Correlativamente, tem-se que os direitos fundamentais sociais a prestações originários (diretamente extraídos da Constituição), ostentam uma feição objetiva ou subjetiva, por meio das quais impõe-se um dever de conformação aos poderes públicos – sobretudo ao legislativo –, ou, alternativamente, gerando pretensões subjetivas a cargo do Estado e de outras entidade público-estatais. Nesta senda, na sua perspectiva objetiva, os direitos sociais originários vinculam os poderes públicos em função do seu caráter normativo, ao passo em que sob a dimensão subjetiva, os direitos em voga conferem posições subjetivas de vantagem aos cidadãos, concedendo-lhes a possibilidade de deduzir suas pretensões em juízo, pleiteando a promoção da prestação positiva reclamada.³⁰

²⁹ “A literatura jurídica tem vindo a distinguir, no quadro dos direitos fundamentais sociais, os chamados ‘direitos originários a prestações’ (*originäre Teilhaberechte* ou *originäre Leistungsanprüche*) dos chamados ‘direitos derivados a prestações’ (*derivative Teilhaberechte*). Os primeiros decorrem de pretensões que se fundam directamente na Constituição. Os segundos encontram-se numa relação de dependência, em termos de conteúdo e dimensão, de acções estaduais ou procedimentos participativos a partir do seu fundamento na Constituição.” QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. p. 40/41.

³⁰ “Os direitos dessa natureza podem ser considerados direitos a prestações somente se se tratar de direitos subjetivos e de nível constitucional. Enquanto tais, eles devem ser distinguidos, de um lado, dos direitos subjetivos que não tenham nível constitucional e, de outro, dos direitos de nível constitucional que não outorguem direitos subjetivos e que, nesse sentido, podem ser denominados como ‘objetivos’. (...) As normas a serem atribuídas aos dispositivos de direitos fundamentais sob a rubrica ‘direitos fundamentais sociais’ são de tipos os mais distintos. A partir de pontos de vista teórico-estruturais, elas podem ser diferenciadas com base em três critérios. Em primeiro lugar, pode-se tratar de normas que garantam direitos subjetivos ou normas que apenas obriguem o Estado de forma objetiva. Em segundo lugar, elas podem ser normas vinculantes ou não-vinculantes – neste último sentido seriam elas enunciados programáticos. Uma norma deve ser considerada como ‘vinculante’ se for possível uma análise de sua violação por meio do Tribunal Constitucional Federal. As normas podem, por fim, fundamentar direitos e deveres definitivos ou *prima facie*, isto é, regras ou princípios.” ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 445 e 501.

Outra nota distintiva dos direitos fundamentais sociais instala-se sobre a indeterminabilidade relativa que subjaz ao seu objeto, porquanto os dispositivos constitucionais que contemplam os direitos em voga possuem textura vaga e aberta, não fixando os comportamentos que devem ser levados a efeito pelo Poder Público a fim de que sejam efetivados. É bem verdade também que “*tampouco aparece determinado o que é considerado constitucionalmente contrário aquilo que o direito exige, ou seja, não aparece determinado quando se vulnera o direito social.*”³¹ Portanto, certo é que o conteúdo das prestações será estabelecido a partir de uma análise das circunstâncias específicas de cada direito fundamental, levando-se em consideração, inclusive, a relevância econômica imanente aos direitos sociais prestacionais.³²

Considerando que os direitos sociais de cunho positivo são efetivados por intermédio de prestações de natureza fática, o fator custo “*assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação*”.³³ Importa considerar, pois, no campo de realização desses direitos, as possibilidades materiais e jurídicas daquele que deve levar a efeito a prestação. É necessário perquirir sobre a existência de recursos financeiros, bem como se o destinatário da norma possui poder (capacidade jurídica) para realizar materialmente o direito reclamado. Desta feita, a efetivação dos direitos sociais prestacionais está condicionada ao que se costuma denominar “reserva do possível”.

³¹ PULIDO, Carlos Bernal. *Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a “Existem direitos sociais”* de Fernando Atria. In: Souza Neto, Cláudio Pereira de; Sarmiento, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 151.

³² “(...) a natureza aberta e a formulação vagas das norma que versam sobre direitos sociais não possuem o condão de, por si só, impedir a sua imediata aplicabilidade e plena eficácia, já que constitui tarefa precípua dos tribunais a determinação do conteúdo dos preceitos normativos, por ocasião de sua aplicação.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 306.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 285.

Revela-se imperioso, pois, observar o postulado normativo da proporcionalidade no âmbito de cumprimento dos fins estabelecidos pelas normas que consubstanciam direitos sociais positivos, na medida em que a reserva do possível³⁴ representa incontestável limitação fática e jurídica a esse mister. Nada obstante, a partir do fundamento dos direitos em tela – a promoção da dignidade da pessoa humana, que, na visão de Daniel Sarmento³⁵, consiste no epicentro axiológico de toda a ordem constitucional – denota-se indispensável proporcionar aos cidadãos, ainda que minimamente, os direitos a prestações, de sorte a resguardar a sua essência, o mínimo existencial.

Impende salientar ainda que, por vezes, os direitos fundamentais são positivados na Constituição Federal sob a forma de princípios jurídicos, mormente os direitos sociais, uma vez que, como salientado alhures, são veiculados em normas que estabelecem apenas o fim constitucional a ser atingido, sem, contudo, fixar as prestações materiais que devem ser levadas a efeito para alcançá-lo. Nesse sentido, conforme já assentado, em razão de os direitos fundamentais estarem consagrados, a rigor, em normas de caráter fluído e aberto, o conteúdo deles será aferido a partir das circunstâncias fáticas e jurídicas verificáveis no caso concreto.

No âmbito de uma sociedade *plural* e *complexa* como a que se apresenta nos dias atuais – adjetivos próprios da pós-modernidade –, não seria ousadia sustentar que se revela mais adequado que os direitos sociais tomem a forma de princípios. A flexibilidade inerente a esta modalidade normativa permite que os direitos fundamentais se amoldem às situações particulares, a fim de que sejam efetivamente percebidos por seus titulares, consistindo, assim, em última análise, em um

³⁴ Compreendida aqui como a existência de limitações fáticas e jurídicas à efetivação dos direitos sociais.

³⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 85/86.

fator de promoção da cidadania.

Considerando, pois, o caráter plural e multifacetário que informa a sociedade pós-moderna, bem como o inexorável diálogo que deve se estabelecer entre sociedade e Direito, este último não mais pode ser compreendido à luz dos contornos propugnados pelo Estado de Direito. Em outros termos, não se afigura racionalmente lógico que o Direito seja concebido de forma estática no bojo das mais variadas situações jurídicas que reclamam sua incidência, aplicando-o por meio de uma operação mecânica, silogística.

No âmbito do Estado Constitucional³⁶, em razão da base material pluralista que lhe é subjacente, os princípios e valores consagrados na Constituição assumem um caráter relativo, de forma que todos eles convivem harmoniosamente no mesmo plano de existência. Vale dizer, nesse diapasão, que os princípios não têm a pretensão da exclusividade – eles não são absolutos –, atributo que possibilita a sua múltipla incidência nas situações particulares.

Os direitos sociais foram carreados para o ordenamento jurídico sob a forma de princípios jurídicos, na medida em que as normas que os consagram possuem textura aberta, tendo sido deixado uma margem de liberdade para o aplicador a fim de que se leve a efeito a incidência da norma da melhor forma, consoante as peculiaridades da situação fática.

Cumpra advertir que, na hipótese em que mais de um princípio incida sobre a mesma situação fática, há que se realizar uma ponderação entre eles a fim de que sejam harmonizados com vistas a proporcionar a máxima efetividade de ambos com o mínimo de restrição. É de bom grado lembrar nessa tarefa ponderativa os ensinamentos de Alexy, segundo o qual os princípios são mandados de otimização que

³⁶ Cristina Queiroz In: *Direitos Fundamentais Sociais*. p. 14 aduz que o “Estado de Direito democrático e constitucional é um Estado de Direitos Fundamentais”, evidenciando a relevância que os direitos fundamentais ostentam no modelo de Estado qualificado pelo adjetivo *Constitucional*.

devem ser realizados na maior medida possível (“prima facie”), em prol da sua efetividade³⁷.

Em suma, os princípios mostram-se relevantes para a compreensão dos direitos sociais na medida em que se verifica que a máxima efetividade desses preceitos fundamentais decorre da concepção dúctil dos direitos, e, como é cediço, os princípios são, por sua própria natureza, indetermináveis, abertos e fluídos, o que demonstra a possibilidade de serem flexibilizados em situações concretas.

3 EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A INGERÊNCIA JURISDICIONAL NESSA SEARA

A natureza aberta e fluída das normas que consagram direitos sociais a prestações – o que coloca em evidência a sua natureza predominantemente principiológica – dá ensejo à maior atuação do Poder Judiciário nesse cenário em função da necessidade de se interpretar e aplicar os enunciados normativos que os veiculam, promovendo a sua adequação às situações concretas e integralizando, com tal proceder, o espaço normativo deixado pelo poder constituinte.³⁸ Verifica-

³⁷ “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.” ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 90.

³⁸ “E a questão torna-se ainda mais delicada diante da constatação de que, pela abertura semântica dos direitos fundamentais e dos princípios – principal matéria prima da constitucionalização do Direito – o seu principal agente acaba sendo o Poder Judiciário, ao dar a última palavra sobre a interpretação daquelas cláusulas. Daí porque, o debate sobre a constitucionalização do Direito se imbrica inexoravelmente com as discussões a propósito da judicialização da política e o decisionismo, referidas acima.” SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades*. Disponível em

se dessa forma que, reflexamente às transformações sobrevindas com a pós-modernidade já delineadas alhures, o órgão jurisdicional tende a conservar maior relevância ante os demais poderes instituídos. Isso se deve a vários fatores, dentre eles e principalmente, pelo fato de que a Constituição ostenta caráter normativo, e isso significa que os seus preceitos devem ser cumpridos, e, além disso, ante a situação de que compete ao Judiciário em última instância interpretar os dispositivos constitucionais.³⁹

Essa proeminência do Poder Judiciário no âmbito de efetivação dos direitos fundamentais sociais conduz a algumas inconveniências à vista que a realização dos direitos em tela cabe, em primeira linha, aos poderes políticos (Executivo e Legislativo), o que pode acabar gerando uma instabilidade institucional.⁴⁰

<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=%22neoconstitucionalismo%20no%20brasil%3A%20riscos%20e%20possibilidades%22&source=web&cd=1&ved=0C CAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fdireitoes subjetividade.files.wordpress.com%2F2010%2F08%2Fdaniel-sarmiento-o-neoconstitucionalismo-no-brasil1.doc&ei=daAUT4jVIZL4ggeEq9jAAw&usg=AFQjCNG7q_I5uMd_Y9Hfei mBGxxr9F8SuQ&sig2=IV 9Re2xCT9d-20cBn2XpQ. Acesso em 10.01.2012. p. 18.

³⁹“A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2010, p. 284/285.

⁴⁰ “Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.” BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2008-dez->

No entanto, considerando que “os direitos fundamentais sociais compreendem ‘deveres objectivos’, dirigidos ao legislador e ao poder executivo, de criação dos pressupostos reais do exercício dessa liberdade”⁴¹, sem preterir, contudo, a dimensão subjetiva desses direitos – objeto desse trabalho –, bem assim que o constitucionalismo sofreu uma evolução passando a admitir o controle da atividade público-estatal pelo poder judicial, certo é que a participação do órgão jurisdicional no âmbito de efetivação dos direitos fundamentais revela-se justificada.

No que concerne à justiciabilidade dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais – entendida como a possibilidade de exigi-los pela via jurisdicional –, convém evidenciar preliminarmente o aspecto normativo que reveste esses direitos, decorrente da própria força normativa conferida à Constituição. Denota-se evidente, portanto, a necessidade de se cumprir os preceitos lastreados no texto constitucional, mormente os que consagram direitos de natureza fundamental.

Vale dizer, que a efetivação dos direitos sociais prestacionais assume especial relevo, na medida em que, na esteira do que já se abordou, demanda uma atuação positiva do Poder Público, com vistas a atingir os fins consagrados na Lei Fundamental, o que acaba recaindo sobre o poder legislativo devido à dimensão econômica que envolve a efetivação dos direitos em questão.

Ademais, em razão da indeterminabilidade normativa subjacente aos meios para se alcançar os fins que lhes são imanentes, os direitos sociais prestacionais, geralmente, não prescindem de concretização legislativa. Entrementes, não se pode perder de vista que os direitos sociais, inquestionavelmente, são espécies de direitos fundamentais,

22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 10 jan. 2012. p. 10.

⁴¹ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*. p. 16.

razão pela qual as normas que os veiculam, a teor do que dispõe o enunciado normativo estampado no artigo 5º, §1º, da Constituição da República, possuem aplicabilidade e eficácia imediata. Nesse sentido, valendo-se ainda dos ensinamentos do constitucionalista Ingo Sarlet, os direitos sociais positivos assumem um caráter de autênticos direitos subjetivos prestacionais, ou, em outros termos, são passíveis de serem exigidos dos órgãos estatais na qualidade de destinatários de determinado direito fundamental. Complementando a noção ora exarada, deve-se admitir, em sendo possível reconhecer um significado central e incontroverso aos preceitos imprecisos e fluidos, a aplicação da norma constitucional diretamente, sem intermediação legislativa, porquanto, do contrário, se estaria outorgando maior força à lei do que à própria Constituição.⁴²

A questão concernente à legitimação do Poder Judiciário para concretizar os direitos sociais positivos gira em torno da especial relevância econômica inerente à efetivação desses direitos, eis que somente podem ser levados ao auge mediante a existência de disponibilidade orçamentária. É por essa razão que a implementação dos direitos em tela, num primeiro plano, está condicionada à decisão do Poder Legislativo sobre a aplicação dos recursos públicos, ou seja, a direta implicação orçamentária afeta à efetivação dos direitos sociais erige a dúvida sobre a legitimidade da intervenção jurisdicional nessa seara.⁴³

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 306.

⁴³ “Ora, é aqui que intervêm os ‘argumentos de ordem financeira’ (ou ‘orçamental’), isto é, o argumento da ‘competência do legislador’. Atribuir à competência material dos tribunais decisões sobre política econômica, social ou cultural, e fazer com que os tribunais por estas respondam, viola não apenas o princípio ‘democrático’ como o princípio da ‘separação de funções’. Essas competências, sublinham, pertencem aos órgãos politicamente conformadores e, entre estes, em primeira linha, ao legislador. Contudo, se combinarmos o conjunto destes argumentos com o reconhecimento de um ‘direito ao (livre) desenvolvimento da personalidade’, consagrado entre nós no artigo 26º./1 da Constituição, cabe legitimamente perguntar: que meios concretos exige a realização da liberdade? Quais os limites da ‘possibilidade’ e ‘adequação’? Concretamente, poderá garantir-se a um pintor um atelier ou apenas pincéis, tela ou

Certo é, portanto, que a ingerência do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais a prestações deve observar alguns parâmetros, de modo que os princípios da separação de poderes e o democrático não sejam vilipendiados, deslegitimando, assim, a relevante e necessária atuação do órgão jurisdicional no âmbito de realização prática dos direitos fundamentais sociais.

O primeiro parâmetro circunscreve-se à possibilidade de se exigir judicialmente a efetivação dos direitos sociais prestacionais na medida exata de proteção ao mínimo existencial relativo a cada direito⁴⁴. Não há como estabelecer, em termos gerais, quais direitos integram esse núcleo essencial que deve ser assegurado a toda pessoa, mas, por outro lado, há que se reconhecer a qualidade de autênticos direitos subjetivos que eles assumem, em virtude da estreita relação que possuem com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, em que pese a primazia do órgão legislativo na concretização dos direitos fundamentais sociais, somada à sua liberdade de deliberação normativa neste contexto, a efetivação dos direitos sociais tomados na extensão do mínimo existencial exsurge como um limite à liberdade de conformação legislativa.⁴⁵

cores? Todas essas questões, bem vistas as coisas, só podem ser respondidas no âmbito de decisões políticas. Como sublinham Böckenförde e Hesse: a decisão sobre os direitos fundamentais sociais não se apresenta como uma questão da competência dos tribunais e do poder judicial, mas essencialmente dos órgãos politicamente conformadores.” Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais Sociais*. p. 38. “De tal sorte que os direitos fundamentais da segunda geração tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma.” BOVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 565.

⁴⁴“Por fim, um direito subjetivo definitivo vinculante é o direito a um mínimo existencial.” ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 18.

⁴⁵“Assim, há como sustentar – na esteira da doutrina dominante – que ao menos na esfera das condições existenciais mínimas encontramos um claro limite à liberdade de conformação do legislador.”⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 348. “Uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser

Alinhando-se com os ensinamentos propugnados por Canotilho, Luís Roberto Barroso⁴⁶ enfatiza que a atuação jurisdicional na efetivação dos direitos sociais a prestações seria legítima na hipótese de omissão dos Poderes Públicos, nos casos de ações contrárias à Constituição, ou, então, de não atendimento do mínimo existencial.

Cláudio Pereira de Souza Neto⁴⁷, em importante trabalho sobre a temática, estabeleceu alguns contornos para a ingerência do Poder Judiciário nesta dimensão a fim de que o princípio da separação de poderes e o democrático não sejam de todo violados, dentre eles, os mais relevantes: possibilidade de universalização da prestação imposta pela tutela jurisdicional; ampliação do diálogo institucional entre os Poderes instituídos; considerar as políticas públicas então existentes; priorizar as ações coletivas, entre outros.

Tendo em vista a própria natureza dos direitos sociais, cuja essência se apóia na promoção da igualdade substantiva, afigura-se razoável a universalização da prestação material pleiteada junto ao Poder Judiciário individualmente, de modo

vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação de poderes e o democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração. Essas condições são necessariamente satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, por exemplo, pelos direitos a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica.” ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 512.

⁴⁶*Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.* Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

⁴⁷*A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros.* In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direito sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 515-552.

que todas as pessoas, ou, pelo menos, as que estejam na mesma situação fática, usufruam do benefício prestacional concedido. Por outro lado, também revela-se necessário que a atuação jurisdicional no âmbito de efetivação dos direitos sociais observe o princípio da separação dos poderes, a fim de que não se dê ensejo a uma usurpação de funções públicas, pois que, em um plano ideal, os direitos sociais a prestações devem ser efetivados mediante a adoção de políticas públicas, a partir da aprovação orçamentária realizada pelo órgão legislativo. De todo modo, deve-se conferir maior relevância à máxima da efetivação dos direitos fundamentais sociais nessa pauta argumentativa e em uma eventual ponderação de valores que se realize nessa seara, uma vez que os direitos sociais estão, em grande medida, positivados na Constituição Federal e se fundamentam, em última análise, no princípio da dignidade da pessoa humana.

Frise-se, portanto, que a participação do órgão jurisdicional deve ser racional, pautando-se pela finalidade essencial dos direitos sociais, qual seja, a promoção da igualdade substantiva (real). Assim, não se pode admitir que a intermediação jurisdicional na efetivação dos direitos sociais resulte no agravamento das desigualdades, que cause desordem na atuação administrativa, ou, até, subverta o padrão organizacional das funções públicas consagrado na lei fundamental.

Nesse ambiente, considerando a pauta argumentativa permeada no debate teórico acima delineado, inclina-se para reconhecer a legitimidade da participação do Poder Judiciário no processo de garantia dos direitos sociais, mormente pelo fato de que as bases dos direitos em tela radicam-se no axioma da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em função de todo o exposto, resulta claro que a ciência jurídica está vivenciando o seu momento pós-moderno. A própria configuração dos direitos sociais e dos enunciados normativos que os veiculam apontam nessa direção. Ademais, não se pode olvidar que a reordenação institucional dos poderes públicos, especialmente a preponderância do órgão judicante na seara de efetivação dos direitos fundamentais, também figura como traço característico da transição para o novo tempo denominado pós-modernidade.

Nesse novo tempo, ocupa posição de destaque o status normativo emprestado aos comandos constitucionais, o que resvala na necessidade imperiosa de que as normas radicadas na Constituição sejam efetivamente cumpridas, sobretudo aquelas que abrigam os direitos mais essenciais da pessoa humana, aqueles que atuam em favor do desenvolvimento da personalidade, os direitos fundamentais.

Em meio ao Estado Democrático Constitucional Social, exsurge com toda força os chamados direitos sociais, cuja realização prática está a depender da atuação positiva do poder público. Esta é a principal nota distintiva dos direitos sociais e, ela se justifica na medida em que esses direitos de segunda dimensão possuem relevância econômica, o que significa dizer que a sua efetivação somente é possível a partir do emprego de recursos públicos.

Por conseguinte, tem-se que a realização dos direitos sociais compete, em primeira linha, ao poder executivo, por meio da implementação de políticas públicas e, ao poder legislativo, quando da realização da previsão orçamentária, bem como no âmbito da produção legislativa, que deve estar em conformidade com o disposto na Constituição, em função da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Em função disso, a ingerência do Poder Judiciário nessa dimensão revela-se extremamente delicada.

Diante do que já foi estudado, pode-se dizer que o Poder

Judiciário possui sim legitimidade para assegurar os direitos sociais prestacionais, sobretudo pelo fato de que os direitos fundamentais em tela possuem foro constitucional e, portanto, aplicabilidade imediata, conforme reza o art. 5º, §1º, da CF. Por outro lado, revela-se inexorável que a ingerência jurisdicional seja orientada por parâmetros bem definidos, sob pena de se cometer ilegalidades e arbitrariedades.

Entre os argumentos contrários à justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais a prestações encontra-se aquele relacionado com a violação do princípio da separação de poderes. Não obstante, vale dizer, a partir do que nós temos estudado, que este argumento não merece prosperar. A separação de poderes, em nosso país particularmente, não é concebida de forma estanque, de modo que se admite a interferência entre os poderes, é claro, dentro dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade. Admite-se, sem dúvidas, que se realize um verdadeiro diálogo institucional entre os três poderes. Ademais, o caráter aberto e fluído das normas consagradoras dos direitos sociais exige a sua concretização a partir das peculiaridades das situações particulares, o que pode ser levado a efeito pelo órgão jurisdicional.

Importa acrescentar, ainda, que a proteção judicial dos direitos sociais a prestações, a depender das circunstâncias, pode traduzir um contrassenso à própria essência desses direitos, na medida em que uma decisão alocativa de recursos públicos, conseqüentemente, é também desalocativa de recursos. O que se quer dizer com isso, é que na hipótese em que o Poder Judiciário profere uma decisão determinando a promoção de determinado direito fundamental social a um indivíduo especificamente (p. ex. custear medicamentos de elevado custo para tratar patologia rara), impõe-se ao administrador público que utilize parcela de recursos que seria destinada à coletividade para satisfazer o direito de um só cidadão, prejudicando todos os demais. Pode ser, portanto, que

em certas situações, a efetivação dos direitos sociais prestacionais deixe de promover o seu fim essencial, qual seja, a igualdade.

Mais um fato que revela a necessidade de se estabelecer parâmetros para a atuação judicial nesta seara, se refere à impossibilidade de realização das próprias políticas públicas traçadas pelo administrador ante ao exacerbado número de decisões judiciais impondo a efetivação de determinado direito social em situações particulares. Há casos em que o administrador público se torna refém das decisões judiciais.

Não obstante, tem-se até o presente momento que a participação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais a prestações é, além de legítima, indispensável para que os cidadãos possam de fato usufruir os direitos em tela na sua integralidade.

Não é demasiado lembrar, que os direitos sociais tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, verdadeiro epicentro axiológico de todo sistema jurídico, o que justifica uma atuação de todos os poderes públicos direcionada à realização destes direitos indispensáveis à condição humana.



REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitutional rights, balancing and rationality*. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003.

Tradução para fins acadêmicos de Menelick de Carvalho Netto.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Direitos fundamentais no Estado Constitucional*

- Democrático*: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, p. 55-66. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- APPIO, Eduardo. *Teoria geral do Estado e da Constituição*. Curitiba: Juruá, 2005.
- ARP, Björn. *Las minorias nacionales y su protección en Europa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade*. Disponível em [HTTP://http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/OAPessoa.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/OAPessoa.pdf). Acesso em 01 jul. 2011.
- ATRIA, Fernando. *Existem direitos sociais?* Disponível em <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/018266305490311410035/015570.pdf?incr=1>. Acesso em 10 jun. 2010.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. “*Neoconstitucionalismo*”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>. Acesso em 11 nov. 2010.
- BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BITTAR, Eduardo C. B. ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

- _____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformada*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional do Brasil*. In: Souza Neto, Cláudio Pereira de; Sarmento, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- _____. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 10 jan. 2012.
- _____. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2012.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Editora 34, 2010.
- BERCOVICI, Gilberto. *A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro*. Disponível em <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril.pdf>. Acesso em 11 jun. 2010.
- BEURLIN, Alexandra. *Direito humano à alimentação adequada no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed.

- São Paulo: Malheiros, 2010.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo. Ed. Saraiva. 2005.
- BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Manual de derecho constitucional*. Vol. II. Madrid: Tecnos, 2010.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.
- _____. *Direitos fundamentais e direito privado*. Ed. Almedina, 2003
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.
- _____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra, Coimbra Editora, 1995.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- _____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *A Constituição patrimonial*

- privada*. In: Estudos sobre a Constituição. Jorge Miranda (Coord.). Lisboa: Petrony, 1979.
- CORDEIRO, Carlos José. *Usucapião especial urbano e coletivo*: abordagem sobre o Estatuto da Cidade. Belo Horizonte: DelRey, 2011.
- CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DEZALAY, Yves. *A reestruturação global e o Direito*. In: Direito e globalização econômica. São Paulo: Malheiros, 2010.
- DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DURKHEIN, Émile. *Lições de Sociologia*. Trad. Monica Sthael. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*. Trad. Eduardo Valentín Fiol. Barcelona: Bosch, 1961
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FARIA, José Eduardo. *Os desafios do Judiciário*. Revista USP, n. 21, p. 47-57. São Paulo: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS)/USP, 1994.
- FARIAS, Edilson Pereira de. *A colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Fabris, 1996.
- FARJAT, Gérard. *A noção de direito econômico*. Revista de Direito do Consumidor. V. 19. São Paulo: RT, 1996.

- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2011.
- _____. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 2009.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso social*. Florianópolis: Conceito, 2009.
- FLÓRES-VALDES, Joaquín Arce. *El Derecho Civil Constitucional*. Madrid, Ed. Cuadernos Civitas, 1991.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- FREYESLEBEN, Márcio Luís Chila Freyesleben. *Ativismo Judicial*. Disponível no site www.endireitar.org, acesso em 01 de jul de 2010.
- GHSI, Cristine Elisabeth Locks. *A reserva do possível como limite dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em http://portal2.unisul.br/content/userFiles/File/pagina_dos_cursos/direito_tubarao/Monografias_2009-A/Cristine_Elisabeth_Locks_Ghisi.pdf. Acesso em 10 jun. 2010.
- GÓES, Gisele Santos. *Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? Ênfase nos princípios jurídicos*. In: Sistema e tópica na interpretação do ordenamento. Renan Lotufo (org.) Barueri: Manole, 2006.
- GONÇALVES, Leonardo Augusto. *Origens, conceito e características dos direitos sociais: uma análise das consequências do déficit na implementação dos direitos fundamentais de segunda dimensão*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>. Acesso em 09

- jun. 2010.
- GUSTIN, M. B.; DIAS, M. T. F. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.
- HARBERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. Trad. Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- JUNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona, tradução espanhola, Ariel, 3. ed., 2009.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LEMOS, Rafael Diogo D. *A eficácia horizontal dos direitos sociais*. Disponível em http://www.uj.com.br/doutrinas/A_Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Sociais. Acesso em 10 jun. 2010.
- LIMA JÚNIOR, Jaime Benvenuto. *Os direitos humanos, econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.
- LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2005.

- MACHADO, Ivja Neves Rabêlo. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos prestacionais*. Disponível em <http://www.iuspedia.com.br>. Acesso em 09 jun. 2010.
- MAIA, Mário Sérgio Falcão. *Direitos sociais: em busca de uma justiciabilidade possível*. Disponível em <http://www.juragentium.unifi.it/pt/surveys/latina/falcao.htm>. Acesso em 10 jun. 2010.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MARTINEZ, Gregório Peces-Barba et. al. *Historia de los derechos fundamentales (T. II): siglo XVIII (VOL. I): el contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolucion*. Madrid: Dykinson, 2001
- MARTINS, Fernando Rodrigues. *Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor*. In: 20 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2011
- _____. *Controle do Patrimônio Público: comentários à lei de improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. *Princípio da justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais*. Bahia: JusPodivm, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo (org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Apresentação Renato

- Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de Direito Civil-Constitucional*. 1ª. ed. Renovar. Rido de Janeiro. 2010.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra Editora, 2006.
- OPPO, Giorgio. *Sobre os princípios gerais do Direito Civil*. Congresso “Os princípios gerais do Direito”. Academia dei Lincei
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2001.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- _____. *Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a “Existem direitos sociais” de Fernando Atria*. In: Souza Neto, Cláudio Pereira de; Sarmento, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.
- QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- RAMOS, Elisa Maria Rudge. *Evolução histórica dos direitos sociais*. Disponível em http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081216197. Acesso em 09 jun. 2010.
- REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2005.

- ROBLES, Gregório. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 5. ed. Coimbra: Edições Afrontamento, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- _____. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *Direito sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 553-586.
- _____. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- _____. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades*. Disponível em <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=%22neoconstitucionalismo%20no%20brasil%3A%20riscos%20e%20possibilidades%22&source=web&cd=1&ved=0CCAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fdireitoesobjetividade.files.wordpress.com%2F2010%2F08%2Fdaniel-sarmento-o->

- neoconstitucionalismo-no
brasil1.doc&ei=daAUT4jVIZL4ggeEq9jAAw&usg=AF
QjCNG7q_I5uMd_Y9HfeimBGxxr9F8SuQ&sig2=IV
9Re2xCT9d-20cBn2XpQ. Acesso em 10.01.2012.
- SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Metodologia jurídica*.
Tradução de J. J. Santa-Pinter. Buenos Aires: Depalma,
1994.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução
espanhola de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial,
1996.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional
Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação dos Particulares a
Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise*. Porto
Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel
(Coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e
direitos sociais em espécie*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen
Juris, 2010.
- TAVARES, Andre Ramos. *Curso de Direito Constitucional*.
São Paulo: Saraiva, 2007.