V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

WILSON ENGELMANN

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/ UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Daniela Marques De Moraes, Jaime Ruben Sapolinski Labonarski – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-254-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direitos. 3. Garantias Fundamentais. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O V Encontro Internacional do CONPEDI, realizado na Universidad de la República, em Montevidéu, no Uruguai, propiciou a aproximação de pesquisadores e alunos de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito brasileiros e pesquisadores uruguaios. Com o foco na internacionalização da pesquisa jurídica do Brasil, o Grupo de Trabalho 55 dedicou-se à discussão de uma variada gama de temas, que foram reunidos sob a temática de Direitos e Garantias Individuais. A seguir se destacam, em linhas gerais, os artigos que foram apresentados neste GT, integrantes desta publicação.

O primeiro trabalho é intitulado A preservação do direito fundamental à saúde: um estudo do princípio da reserva do possível, sendo de autoria de Cloris Patricia Pimente e Anisio Monteschio Junior, e aborda a repercussão das dificuldades de acessar o SUS e a judicialização do direito à saúde. Esta última vem afetando a complexidade do sistema administrativo, gerando dúvidas sobre a origem dos recursos, que são escassos. Como cumprir a decisão judicial constante de busca individualizada do direito coletivo à saúde? O direito fundamental à saúde está atrelado ao direito à vida, por isso não é absoluto. Os autores destacam a necessidade de políticas públicas, ao invés do recurso ao Poder Judiciário, o que acaba refletindo numa questão orçamentária.

O segundo texto, intitulado: Mandado de Injunção e Jurisdição dialógica: algumas considerações a partir do caso do MI nº 943, escrito por Renata de Marins Jaber Rosa, discute a função do Mandado de Injunção no contexto jurídico-constitucional brasileiro. Desde 2007, o STF definiu a solução normativa do MI. A questão sobre os efeitos ainda é polêmica, sejam efeitos inter partes ou erga omnes. Na questão do MI 943, ao julgar o pedido, o STF acabou gerando um reflexo forte sobre o Poder Legislativo, que editou a legislação, sobre o aviso prévio proporcional, objeto deste Mandado de Injunção. Trata-se de um instrumento jurídico ainda pouco utilizado no Brasil, em que pese ainda existirem muitos artigos da Constituição do Brasil sem regulamentação ordinária.

O texto que segue, intitulado O bem de família do fiador e seu direito de moradia, da lavra de Daniele Ferron D'Avila e Nicholas Augustus de Barcellos Nether, traz a discussão acerca da (im)penhorabilidade do bem de família do fiador. O problema que buscou enfrentar: Isso é ou não constitucional? Estão em oposição o direito de moradia do fiador e o direito de

proteção à locação que é do proprietário. O art. 827, do CC, traz o benefício de ordem, o fiador poderá, no prazo da defesa, indicar bens do locatário que poderão ser objeto de penhora, desde que no mesmo município onde está o imóvel locado. Este artigo acaba não viabilizando uma solução para o locador. Os diversos Tribunais de Justiça ainda não harmonizaram o entendimento, mas há uma sinalização no sentido da penhorabilidade do bem do fiador. O STJ entende que o fiador, quando assina o contrato e dá o bem em garantia, está ciente dos efeitos jurídicos e, por isso, não há uma violação constitucional. A simples aplicação da lei ao caso concreto é insuficiente, se deve lê-la à luz dos princípios da CF/88. Se deveriam utilizar outras formas de garantia, ao invés da fiança, que somente caberia se o fiador tivesse dois imóveis.

Na sequência se poderá ler o texto: A identidade de gênero do transexual na principiologia da igualdade numa perspectiva neoconstitucional, escrito por Anna Priscylla Lima Prado e Angélika Souza Veríssimo da Costa, que aborda a perspectiva de gênero, sustentado a possibilidade de ir além da apresentação binária, que ainda é muito enraizada na sociedade brasileira. A norma constitucional exige uma hermenêutica principiológica, a fim de dar execução aos direitos sociais. Um ponto importante é a identidade social dos transexuais, mesmo após a cirurgia de redesignação sexual. O "ser transexual" ainda é motivo para um elevado e crescente número de homicídios no Brasil, apontando a necessidade da prática da efetiva igualdade entre as pessoas. A discussão de e sobre o gênero nas escolas é um caminho importante para se fomentar o respeito a essa temática.

Na sequência, o leitor encontrará o artigo: A Lei de acesso à informação no Brasil e Uruguai: um estudo comparativo ante a trasnacionalidade do direito à informação, de autoria de João Francisco da Mota Júnior. O autor inicia o texto distinguindo "transnacionalização" de "globalização". Aqui se estuda a transcendência de Estado, sem preocupação com os limites territoriais. O direito à informação é um direito sem fronteiras. Por isso, terá cada vez mais dificuldades para ser efetivamente protegido pelo Direito. A lei brasileira é de 2011 e a lei uruguaia é de 2008. Ambos os textos legais apresentam pontos positivos e negativos. No Uruguai existe um recurso especial – que traz características distintas do recurso de amparo, para proteger a integridade e a confidencialidade das informações. No Uruguai ainda existe a possibilidade do sigilo eterno, o que não existe no Brasil. O estudo de Direito Comparado se apresenta como uma ferramenta metodológica significativa para a compreensão da evolução de determinados ramos novos que surgem no cenário da inovação tecnológica.

O artigo intitulado Análise dos aspectos jurídicos legais decorrentes da redesignação sexual como forma de exercício dos direitos da personalidade, escrito por Paulo Joviniano Alvares dos Prazeres, aborda o tema relacionado às dificuldades da inserção do transexual em uma

categorização da distinção binária. O nome social não atende às necessidades dos transexuais e a questão registral trazem questões jurídico-sociais que ainda carecem de uma solução que menos ofenda a dignidade da pessoa humana. No bojo das discussões levantadas por estas duas questões se verifica a complexidade da plenitude do exercício dos direitos da personalidade, que se encontram inscritos no Código Civil atual.

O próximo artigo, intitulado: Capitalismo, defesa do consumidor e justiça: uma visão a partir da perspectiva da sociedade de consumo instituída enquanto modo de vida no contexto social do século XX, escrito por Renata de Carvalho Ferreira Machado e Emerson Duarte de Souza Pires, aborda a importância do direito à informação na rotulagem dos produtos transgênicos e os seus reflexos na chamada "sociedade de consumo", a partir de Baumman, Lipovetzky, Nancy Fraser, entre outros. O art. 170, da CF/88, como um referencial para a defesa do consumidor, o que se mostra ineficaz, a partir das estruturas do capitalismo, que se nutrem por meio do consumo em massa e, muitas vezes, sem uma devida informação dos diversos efeitos que tal postura social contemporânea poderá gerar.

Por meio do artigo: Crítica ao conceito de mínimo existencial na perspectiva da Teoria das Necessidades de Agnes Heller, da lavra de Léa Maria Massignan Berejuk, é trazido o estudo o mínimo existencial – hoje, é uma espécie de mínimo vital; as necessidades humanas – e a partir desta perspectiva a autora do artigo apresenta as contribuições de Agnes Heller, que trabalha a teoria das necessidades, expressas em sentimentos, não apenas alimentação, medicamentos, mas amar e ser amado. De acordo com Heller, todo ser humano tem as seguintes necessidades: o consumo; a democracia formal, a estrutura das necessidades – que vem da tradição – as transformações são lentas e graduais; a participação democrática, para inserir as pessoas no contexto; o trabalho; necessidades manipuladas – o reflexo da sociedade de consumo, as necessidades acabam sendo infinitas; participação política; o lazer e a dificuldade de conciliá-lo com o trabalho; incentivo aos jovens na participação política; a necessidade da religião; a ética; liberdade de escolha; socialização; tradições e mudanças. Por meio destes elementos é que se deveria avaliar a extensão e a medida do atendimento a tudo aquilo que se pretende inserir sob o título do "mínimo existencial".

O artigo que tem como título: Contradição fática na efetivação dos direitos fundamentais sociais, de autoria de Filipe Augusto Silva, estuda algumas contradições presentes na satisfação de direitos básicos, com um aporte financeiro significativo por parte do Estado. Existe uma limitação nesta questão, pois se estabelece uma relação entre a escassez de recursos e as necessidades da sociedade (as demandas por efetivação de direitos fundamentais). Medidas propostas pelo trabalho: a integração informacional entre os 3 poderes, em forma de decisões dialógicas, buscando uma prestação qualitativa dos direitos

fundamentais, especialmente por meio de políticas públicas para atender às demandas a médio e longo prazos.

Em continuação, se poderá ler o trabalho intitulado: Direito à saúde como manifestação de vida-digna, escrito por Juliana Cristina Borcat e Alinne Cardim Alves Martha, examina a saúde como um exemplo do núcleo existencial do indivíduo. O estudo se deu a partir dos casos de fissurados do lábio palato, que são tratados pela área da saúde da USP, por uma equipe multidisciplinar. O trabalho pretende inserir o Direito nesta equipe, especialmente a partir de um tratamento/acompanhamento desde o nascimento das crianças que apresentam as características deste caso de saúde.

O artigo que tem como título: Neoconstitucionalismo e tutela das pessoas com deficiência pelo Poder Judiciário: perspectivas de uma jurisdição inclusiva na América do Sul, de autoria de Mariana Camilo Medeiros Rosa, traz o estudo comparado a partir do Brasil, Colômbia e Argentina, que possuem índices consideráveis de pessoas com deficiência. Aí a justificativa para a sua escolha no contexto da América Latina. No Brasil, em dados de 2010, são 23% de pessoas que se declaram com alguma deficiência. Nos outros 2 países os índices são bem menores. O artigo examina, ainda, a força normativa dada aos princípios, no Brasil, a partir da CF88, na Argentina em 1990, e na Colômbia em 1994. Discutiu-se a passagem do princípio da igualdade para o direito à igualdade. As ações afirmativas ou discriminação positiva são mecanismo para implantação da inclusão das pessoas com alguma deficiência.

No seguimento se encontra o artigo: O direito de tentar: a utilização de substância experimentais em pacientes terminais como hipótese concretizadora dos direitos à vida e à felicidade, de autoria de Patrícia Vieira de Melo Ferreira Rocha e Alicio de Oliveira Rocha Júnior, onde os autores trazem os contornos de um “novo” direito fundamental, ou seja, de um direito de tentar usar substâncias experimentais, com fundamento na dignidade da pessoa humana e da auto-determinação de cada indivíduo. Vale dizer, cada pessoa sabe o que é melhor para ela mesma e este direito subjetivo deverá ser reconhecido pelo Ordenamento Jurídico. A questão que se contrapõe ao direito de tentar são os riscos que poderão ser gerados ao usuário. Este direito tem uma dupla perspectiva: é uma forma de concretizar o direito à vida, mas também é um direito de relativizar este direito. Por isso, deverá receber atenção por parte do Direito, fundado no amplo esclarecimento sobre todos os possíveis desdobramentos que este “direito de tentar” poderá trazer para o seu titular. Este direito tem previsão constitucional na Colômbia.

A seguir se encontra o artigo intitulado O dever constitucional de emancipação das minorias, escrito por Sérgio Tibiriçá Amaral e Flademir Jeronimo Belinati Martins, que traz as

contribuições oriundas de decisões judiciais produzidas na Alemanha, França e Estados Unidos, buscando defender um direito/dever constitucional das minorias. Os autores observam que a criação de políticas de cotas é insuficiente, notadamente pela falta de candidatos, em muitos casos, para utilizá-las. Por isso, apontam para a necessidade de ações emancipatórias, expressas por meio de políticas públicas que busquem concretizar a emancipação das minorias.

Depois se pode ler o artigo O dever fundamental dos pais de educar os filhos: porque a educação necessita de esforços pessoais, elaborado por Adriano Sant'Ana Pedra, que destaca a necessária interrelação entre os direitos e os deveres fundamentais, especialmente no tema relacionado à educação dos filhos, que acaba aproximando os pais e o Estado. Ambos têm parcelas específicas na concretização deste direito fundamental, cujo titular são os filhos. Mesmo em escolas privadas se terá a ingerência do Estado, assim como nas escolas públicas deverá haver a efetiva participação dos pais.

Na sequência se encontra o texto intitulado O trabalho infantil e a violação dos direitos fundamentais, da lavra de Suzete da Silva Reis e André Vianna Custodio, que estuda os efeitos que o trabalho prematuro poderá gerar no desenvolvimento das crianças. Apesar das diversas ações para minorar a ocorrência desta situação, o índice do trabalho infantil ainda é bastante elevado. Atualmente existem diversas atividades que acabam atraindo as crianças, como o trabalho de modelo, de artista, como jogador de futebol, entre outros, que disfarçam um trabalho infantil. Há diversos pontos de atenção, pois os efeitos são gerados do presente para o futuro destas crianças, notadamente na qualidade de vida e os custos à saúde pública.

Se percebe a grande diversidade de temas novos que se inscrevem sob o título dos Direitos e Garantias Fundamentais, sinalizando a ampla gama de possibilidades para a promoção da inovação no Direito. Espera-se que os textos a seguir apresentados possam ser o ponto inicial para ampliar os horizontes de sentido para o Direito no Século XXI.

Os organizadores desejam uma excelente leitura.

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini - Programa de Mestrado em Direito do UNICURITIBA

Prof. Dr. Wilson Engelmann - Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado; e Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios, ambos da UNISINOS

CONTRADIÇÃO FÁTICA NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

FACTUAL CONTRADICTION IN THE EFFECTUATION OF FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS

Filipe Augusto Silva [1]

Resumo

Pretende-se com o presente artigo, primeiramente, conceituar os Direitos Fundamentais, bem como discorrer sobre as terminologias utilizadas para defini-lo. Após, serão analisados os Direitos Fundamentais na forma de Ações Estatais Positivas e, na sequência, a sua classificação, proposta por Robert Alexy. Então, examinar-se-á os Direitos Fundamentais Sociais, apresentando-se os argumentos favoráveis e desfavoráveis à sua efetivação, principalmente no que tange ao impacto econômico/financeiro de sua implementação. Por fim, analisar-se-á a contradição entre teoria e realidade no âmbito da efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, especialmente em cenários econômicos desfavoráveis.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais, Impacto econômico/financeiro, Crise econômico/financeira, Contradição fática

Abstract/Resumen/Résumé

The current scientific paper intends, in the first place, to conceptualize the Fundamental Rights, as well to broach about the terminologies utilized to define it. After, the Fundamental Rights will be analyzed in the form of Positive Estate's Actions as well as its classification, proposed by Robert Alexy. Then, the Fundamental Social Rights will be examined, being presented the favorable and unfavorable arguments to its effectuation, mainly in regard to its economic/financial implementation impact. Lastly, the contradiction between theory and reality of the Fundamental Social Rights' effectuation will be analyzed, especially at unfavorable economic scenarios.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental social rights, Economic/financial impact, Economic/financial crisis, Factual contradiction

[1] Bacharel em Direito pela Universidade de Itaúna. Pós-graduado em Direito Penal/Processual Penal pelo Centro Universitário Newton Paiva. Mestrando no Programa de pós-graduação Stricto Sensu da Universidade de Itaúna. Advogado.

Introdução

Os Direitos Fundamentais Sociais, em linhas gerais, são aqueles direitos - garantidos constitucionalmente ou através de interpretação judicial - que os indivíduos possuem em face do Estado, de exigirem deste último uma prestação, ou uma ação positiva, para a satisfação de certas necessidades humanas básicas, como, por exemplo, o direito à moradia, à alimentação, à educação, ao lazer, ao trabalho, dentre outros.

Portanto, vê-se que a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais é essencial, principalmente em países onde grande parte da população se encontra em situação de miserabilidade. É dever do Estado efetivar tais direitos, adotando-se medidas imediatas e à longo prazo para a resolução momentânea e definitiva, respectivamente, desta situação social crítica.

Porém, para que haja a realização fática dos Direitos Fundamentais Sociais, são necessários recursos financeiros, algo que não pode ser ignorado. Se o Estado já possui dificuldades em efetivar tais direitos em cenários econômico/financeiros positivos - tendo em vista a escassez de recursos públicos frente à demanda por efetivação - a situação se agrava quando se enfrenta uma situação econômico/financeira desfavorável, quando há o aumento da demanda por efetivação e o aporte recursal tende a diminuir. Por isso, é necessário que se chame à atenção para o fator escassez de recursos, para que sejam propostas soluções para a diminuição de sua relevância no âmbito dos Direitos Fundamentais Sociais.

O objetivo do presente artigo é justamente expor as dificuldades em se efetivar os Direitos Fundamentais, principalmente no que tange à escassez de recursos frente à crescente demanda por efetivação de referidos direitos, com vistas à provocar a comunidade científica a buscar soluções para o abrandamento do fator escassez na concretização dos Direitos Fundamentais Sociais.

Robert Alexy (2011), em sua obra "Teoria dos Direitos Fundamentais", no capítulo onde trata sobre os Direitos a Ações Estatais Positivas, discorre sobre os argumentos favoráveis e contrários aos direitos fundamentais sociais. Ele destaca os elevados custos para sua efetivação, bem como os conflitos que tal concretização gera com outros direitos, como, por exemplo, os de liberdade. Referida argumentação, que será trabalhada ao longo deste estudo, funciona como referencial teórico do presente artigo científico.

Esclarece-se, desde já, que este estudo não tem como escopo defender a eliminação ou redução dos Direitos Fundamentais Sociais. O que se tentará demonstrar é a necessidade premente em se enxergar tais direitos de maneira mais racional e em se adotar medidas urgentes de otimização dos recursos públicos por parte do Estado, principalmente no que tange ao

planejamento orçamentário visando momentos de crise econômico/financeira, preservando-se, assim, a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais mesmo em situações recursais críticas.

Para tanto, adotar-se-á a vertente metodológica jurídico-sociológica, uma vez que será procedida à análise da efetivação dos Direitos Fundamentais no âmbito da sociedade. O tipo de raciocínio utilizado no presente trabalho será o dedutivo, partindo-se do estudo geral de tais direitos para, após, examinar as questões específicas que refletem no contexto social. Por fim, em relação aos tipos metodológicos da pesquisa, serão empregados o jurídico-exploratório, jurídico-comparativo e jurídico-interpretativo.

1. Breves considerações sobre os Direitos Fundamentais

Primeiramente, cumpre-se ressaltar a confusão terminológica e o dissenso conceitual existente em relação aos Direitos Fundamentais. Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 27) cita as principais denominações utilizadas, tanto na doutrina, quanto no direito positivo, para designar "direitos fundamentais", a saber: direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais e direitos humanos fundamentais.

Especial atenção deve ser dada às terminologias "direitos humanos" e "direitos fundamentais", que muitas vezes são consideradas como sinônimas, mas, na verdade, são tecnicamente distintas. Esta designa os direitos do ser humano, conforme reconhecidos e positivados no âmbito constitucional estatal, já aquela tem relação com o direito internacional, por referir-se a posições jurídicas que consideram o ser humano desvinculado de uma ordem constitucional, almejando, desta forma, uma espécie de validade universal para todos os povos em qualquer tempo (SARLET, 2010, p.29).

No que tange a conceituação dos Direitos Fundamentais, Gregório Assagra de Almeida (2008, p.304) faz uma interessante observação ao afirmar que "A *pluridimensionalidade*, a *interdisciplinaridade* e a complexidade dos direitos fundamentais dificultam a formulação de conceituação, mas não a impedem.". Após, conclui Almeida que:

> [...] direitos fundamentais são todos os direitos, individuais ou coletivos, previstos expressa ou implicitamente em determinada ordem jurídica e que representam os valores maiores nas conquistas histórica dos indivíduos e das coletividades, os quais giram em torno de um núcleo fundante do próprio Estado Democrático de Direito, que é justamente o direito à vida e à sua existência com dignidade. (ALMEIDA, 2008, p.310).

Segundo José Adércio Leite Sampaio (2010, p.241), uma classificação de Direitos Humanos (ou de Direitos Fundamentais) foi apresentada pelo tcheco-francês Karel Vasak, no Instituto Internacional dos Direitos do Homem em Estrasburgo, no ano de 1979. Vasak dividiu

tais direitos em três gerações "conforme a marca predominante dos eventos históricos e das inspirações axiológicas que a elas deram identidade [...]".

Atualmente há uma crítica sobre a adoção do termo "gerações", uma vez que pode "ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual a quem prefira o termo 'dimensões' dos direitos fundamentais [...]" (SARLET, 2010, p.45). Os Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão (Direitos Civis e Políticos) tiveram como pano de fundo as revoluções americana (1776) e francesa (1789), podendo ser caracterizados como liberdades negativas que determinam abstenções por parte do Estado. São exemplos de tais direitos: direito à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança, assim como o direito à resistência as formas ilegítimas de pressão (ASSAGRA, 2008, p.328).

Os Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão (Direitos Sociais, Econômicos e Culturais) surgiram, primeiramente, como uma espécie de dever estabelecido ao Estado na Constituição francesa de 1791, ganhando definição mais clara posteriormente, na Constituição do México de 1917 e de Weimar de 1919. A sua efetivação depende, em grande parte, da criação ou ampliação de serviços públicos por parte do Estado (SAMPAIO, 2010, p.243).

Na visão de Sampaio (2010, p.244) os direitos sociais "seriam aqueles necessários à participação plena na vida da sociedade, incluindo o direito à educação, a instituir e manter uma família, à proteção da maternidade e da infância; bem como para reconhecer o gozo efetivo dos direitos de primeira geração [...]". Já em relação aos direitos econômicos, referido autor preconiza que visam garantir "um nível mínimo de vida e segurança materiais de modo que a cada pessoa desenvolva suas potencialidades", incluindo nesta lista os direitos trabalhistas "a exemplo do direito ao trabalho e a um salário mínimo digno, e previdenciários, direitos de assistência social, do direito à saúde, à alimentação, ao vestuário e o direito à moradia.". Por fim, no que tange aos direitos culturais, afirma que "dizem respeito ao resgate, estímulo e à preservação das formas de reprodução cultural das comunidades, bem como se destinam a possibilitar a participação de todos nas riquezas espirituais comunitárias."

Os Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão (Direitos de Solidariedade) destinam-se à proteção não somente do indivíduo, mas da coletividade social. Englobam o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, à segurança, à paz, à solidariedade universal, à comunicação, à autodeterminação dos povos e ao desenvolvimento (CUNHA JÚNIOR, 2008, p.216).

Em relação aos Direitos Fundamentais de Quarta Dimensão, Paulo Bonavides esclarece que:

> São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. [...]. Os direitos da quarta geração não somente culminam *a objetividade* dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a *subjetividade* dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. (BONAVIDES, 2004, p.571).

Por fim, os Direitos Fundamentais de Quinta Dimensão abarcam as "tecnologias de informação", ou seja, o espaço virtual que compõe a internet, apresentando como características: a complexidade, a artificialidade, a carência de regulamentação normativa, dentre outras. Os tempos atuais exigem a regulamentação de referidos direitos através da elaboração de tutelas jurídicas específicas (ASSAGRA, 2008, p.331).

Parte-se para a análise dos Direitos a Ações Estatais Positivas (Direitos a Prestações) conforme a visão e classificação apresentada por Robert Alexy (2011), possibilitando-se, após, que se discorra, de maneira específica, sobre os Direitos Fundamentais Sociais.

1.1 Direitos a Ações Estatais Positivas

Os Direitos Fundamentais podem ser exercidos pelo indivíduo, de maneira geral, de duas formas distintas: através dos Direitos de Defesa (direitos a ações negativas por parte do Estado) e dos Direitos a Prestações em Sentido Amplo (direitos a ações positivas por parte do Estado).

Segundo Robert Alexy (2011, p.43), o direito a ações negativas importa em abstenções estatais, ou seja, são direitos de defesa do cidadão contra o Estado, pertencendo ao status negativo em sentido amplo. Como seu contraponto, estão os direitos a ações positivas, exigíveis pelo indivíduo ao Estado, também conhecidos como Direitos a Prestações em sentido amplo, pertencentes ao status positivo em sentido estrito.

Sobre os conceitos de "status negativo" e "status positivo", explica Alexy embasado na Teoria do Status de Georg Jellinek[1] que:

> O status negativo em sentido estrito [...] diz respeito exclusivamente a liberdades jurídicas não-protegidas. O status negativo em sentido amplo [...] diz respeito aos direitos a ações negativas do Estado (direitos de defesa), que protegem o status negativo em sentido estrito. Ao status positivo em sentido amplo pertencem direitos tanto a ações positivas quanto a ações negativas. Já ao status positivo em sentido estrito pertencem somente direitos a ações positivas. (ALEXY, 2011, p.267).

Exemplificando, nasce para o indivíduo o direito a ações negativas por parte do Estado, quando este último viola: a Liberdade de Expressão, a Inviolabilidade do Domicílio, a

[1] JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte.* 2ª Ed. Tübingen: Mohr, 1905, p.86/87.

Liberdade de Reunião, dentre outros. O direito a ações positivas será tratado de forma mais detalhada oportunamente.

Um fato importante digno de menção é que os direitos a ações negativas não se deparam com os mesmos problemas que os direitos a ações positivas, pelo menos não com a mesma intensidade. Os primeiros estabelecem limites ao Estado na busca de seus objetivos, mas não esclarecerem quais objetivos são esses. Já os segundos exigem do Estado, de maneira geral, a persecução de alguns objetivos, o que ocasiona uma grande dificuldade de determinar se e em que medida a persecução de objetivos estatais pode e deve estar vinculada a direitos constitucionais subjetivos dos cidadãos (ALEXY, 2011, p.444).

Avançando, parte-se agora para a análise dos Direitos a Prestações em sentido amplo (direitos a ações positivas). Alexy (2011, p.433) afirma que "Se se adota um conceito amplo de prestação, todos os direitos a uma ação estatal positiva podem ser classificados como direitos a prestações estatais em um sentido mais amplo; de forma abreviada: como direitos a prestações em sentido amplo.".

Logo após, referido autor (2011, p.445) assevera que um direito somente pode ser considerado um direito a prestações, caso seja um direito *subjetivo* e de *nível constitucional.* Essa afirmação, aparentemente contraditória em relação à primeira – na qual foi sustentado que os direitos a prestações englobam *todas* as ações estatais positivas, *independentemente de serem constitucionais ou não, subjetivas ou objetivas* - pode ser elucidada.

Como dito, a contradição é apenas aparente, pois: 1) Aos direitos subjetivos ou objetivos de nível não-constitucional, através de interpretação, podem ser atribuídos natureza constitucional; 2) Os direitos constitucionais objetivos, também através de interpretação, podem estar sujeitos a uma subjetivação.

Logo, todas as ações estatais positivas têm a capacidade ou o potencial de serem consideradas como de natureza subjetiva e de nível constitucional através de interpretação. Nas palavras de Alexy:

> [...] em face do conteúdo moral geralmente presente nas normas de direitos fundamentais, não é totalmente excluída a possibilidade de se atribuir aos dispositivos de direitos fundamentais, por meio de interpretação, direitos morais até então não reconhecidamente de nível constitucional, e também no fato de que toda norma objetiva que seja vantajosa para um sujeito de direito é, em princípio, uma candidata a uma subjetivização. (ALEXY, 2011, p.445).

Niklas Luhmann (2010, p.318) também ressalta o caráter subjetivo das normas de Direitos Fundamentais, indicando, ainda, o conflito instaurado entre o titular de tais direitos e o Estado, no caso de prolação de decisões judiciais envolvendo os direitos fundamentais. Nas suas palavras:

> O direito fundamental se apresenta ao cidadão como um direito subjetivo dirigido contra o Estado – o qual fica comprometido. Além destes limites o Estado pode atuar livremente e o cidadão deve aceitar as consequências. Com a decisão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais e com a interpretação de seu sentido sobrevém uma decisão (atual ou potencial) conflituosa entre Estado e cidadão. (LUHMANN, 2010, p.318, tradução nossa).

Ainda sobre o tema, imagina-se a seguinte situação hipotética: quando um direito, que à primeira vista parece tratar-se de um direito a uma prestação, é interpretado como sendo um direito *objetivo***,** o mesmo não cai em um "limbo jurídico" – uma vez que passa a ser uma ação estatal positiva subjetivamente inexigível, não se encaixando, portanto, no conceito de prestação (que necessariamente engloba todas as ações estatais positivas), nem em nenhum outro conceito – apenas deixa de ser uma ação positiva e, consequentemente, também deixa de ser uma prestação. Isso deixa claro a diferença entre *Dever Objetivo do Estado* e *Direito a Prestação* (não são sinônimos, tampouco a existência do primeiro implica, *necessariamente*, a existência do segundo).

Como forma de elucidação do pensamento proposto, cita-se o seguinte exemplo: admitindo-se a existência de um dever estatal em proporcionar segurança pública ao indivíduo, numa primeira análise, o mesmo *parece* pressupor a existência de uma ação positiva estatal (prestação). Mas, e se o próprio Estado violar a segurança da população? Neste caso tem-se um *direito a uma ação negativa*, que não se encontra inserido no âmbito das prestações. Por isso a grande dificuldade em se separar direitos da tradição liberal (ações negativas) dos direitos próprios do Estado Social (ações positivas), afirmando Alexy (2011, p.456) que "[...] o fosso que [os] separa [...] não é assim tão fundo quanto seria possível supor à primeira vista."

Os Direitos a Prestações em sentido amplo dividem-se em: 1) direitos a proteção; 2) direitos a organização e procedimento; 3) direitos a prestações em sentido estrito (Direitos Fundamentais Sociais). (ALEXY, 2011, p.444).

De acordo com Ana Cristina Costa Meireless (2008, p.393/394), referida divisão foi proposta, em grande parte, com fundamento nos direitos de liberdade, que são a maioria na Constituição Alemã. Afirma ela que se os Direitos de Defesa são uma forma de não impedir que o indivíduo usufrua de seu direito, os Direitos a Prestações em sentido amplo são direitos para tornar possível o exercício dessa fruição e, portanto, da liberdade. Por fim, conclui a autora que os Direitos de Defesa asseguram a liberdade formal, já os Direitos a Prestações em sentido amplo visam, precipuamente, assegurar a liberdade real.

Portanto, os Direitos de Liberdade não podem ser vistos como sinônimos de Direitos de Defesa (direitos a ações negativas), sendo que em certas situações é necessário recorrer-se

aos Direitos de Prestação em sentido amplo (direitos a ações positivas) para que se possa exercer efetivamente um direito de liberdade.

Na sequência, serão analisadas, resumidamente, as duas primeiras subdivisões dos Direitos a Prestações em sentido amplo, quais sejam, os direitos a proteção e os direitos a organização e procedimento, realizando-se um maior aprofundamento em relação aos Direitos Fundamentais Sociais.

1.1.1 Direitos a Proteção

São os direitos que o titular de Direitos Fundamentais possui perante o Estado para que este o proteja da intervenção de terceiros, podendo ter como objeto tudo aquilo que seja passível de proteção na perspectiva dos direitos fundamentais, ou seja: a vida, a saúde, a dignidade, a liberdade, a família, a propriedade, dentre outros. Também são diversas as formas de proteção: por meio de normas de direito penal, normas de responsabilidade civil, normas de direito processual, atos administrativos, ações fáticas, etc (ALEXY, 2011, p.450).

Em outras palavras, Direitos a Proteção são direitos constitucionais (direitos subjetivos constitucionais a ações estatais positivas) que impõe ao Estado a configuração e aplicação da ordem jurídica de uma determinada maneira no tocante à relação dos sujeitos de direito de mesma hierarquia entre si (ALEXY, 2011, p.451).

Da análise dos Direitos a Proteção surge uma indagação referente a existência de direitos *subjetivos* a proteção ou apenas normas que prescrevem que o Estado proteja os indivíduos, sem a eles conferir um direito subjetivo (mera norma *objetiva*) (ALEXY, 2011, p.451). Como resposta a este problema, cita-se o argumento dado por Alexy a favor da subjetivização:

> Somente a subjetivização dos deveres de proteção faz justiça ao "sentido original e permanente dos direitos fundamentais" como direitos individuais. Ao contrário do que ocorre com os direitos sociais, ou direitos a prestações em sentido estrito, os direitos a proteção inserem-se inteiramente na compreensão liberal tradicional dos direitos fundamentais. Sua fundamentação no âmbito do modelo de Estado clássico contratualista, que nos últimos tempos tem experimentado um vigoroso renascimento, é praticamente inevitável. A ampla renúncia a direitos à autoproteção efetiva, determinada pela transição (hipotética) de uma situação pré-estatal para uma situação estatal, só pode ser racionalmente fundamentada se o indivíduo receber, por essa renúncia, um direito a proteção estatal efetiva. Que essa idéia tem "assento na realidade" e não é, portanto, uma simples construção hipotética, é algo que é possível perceber por meio do fato de que, onde o Estado deixa de ter iniciativa ou força para a satisfação do direito a proteção, não raramente formam-se organizações privadas de proteção, com o intuito de fazer valer direitos individuais. (ALEXY, 2011, p.455).

A efetivação dos Direitos a Proteção ocorre através da adoção de medidas protetivas por parte do Estado. Quando há vários meios de satisfação, este deve valer-se de, pelo menos,

um *meio* de proteção para a satisfação do direito a proteção do indivíduo (ALEXY, 2011, p.462).

Ocorre que, os meios de proteção não podem ser divididos simplesmente em "efetivos" e "não-efetivos", pois existem meios que são "mais ou menos" efetivos. Além disso, os deveres de proteção têm natureza de princípio, exigindo uma proteção ampla, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Esta última afirmação implica na possibilidade de colisão com outros princípios (ALEXY, 2011, p.463/464). Alexy ilustra tal situação com o seguinte exemplo:

> Vamos supor que existam cinco meios para a satisfação do dever de proteção P1, a saber, M1 – M5, e que exista também um princípio colidente P2. M5 é totalmente ineficiente e, por isso, deve ser excluído, mesmo com base no modelo básico. M1 e M2 são igualmente efetivos e o mesmo ocorre entre M3 e M4; mas M1 e M2 são mais efetivos que M3 e M4. Assim, isoladamente considerado, P1 exige M1 ou M2. Por isso, se se parte apenas de P1, então, a discricionariedade no modelo básico existe somente em relação a M1 e M2. Ocorre que a realização do princípio contraposto P2 é afetada por meio da adoção de todas as quatro medidas ainda relevantes, mas de forma mais intensa por M1 e M2 que por M3 e M4. Nesse caso, um sopesamento tem que decidir se P1 tem, em face de P2, um peso tão grande que ainda justifique a adoção de M1 e M2 e, se esse não for o caso, se ao menos a adoção de M3 ou M4 é justificada. Se nenhuma das duas alternativas for verdadeira, a escolha de qualquer uma das medidas adequadas para a satisfação do dever de proteção prima facie é definitivamente vedada; caso não sejam ambas as alternativas impossíveis, porque ao menos a adoção de M3 ou M4 pode ser justificada à luz de P1 em face de P2, então, no modelo básico, a discricionariedade existe em relação a M3 e M4. Mas mesmo essa discricionariedade pode facilmente encolher, pois, embora M3 e M4 possam ser igualmente efetivas em relação a P1, M4 pode afetar P2 de forma mais intensiva que M3, de modo que escolher M4 representaria uma afetação não necessária de P2, o que significa que, como meio mais suave em relação a P2, apenas a adoção de M3 é justificada. Assim, deixa de existir uma discricionariedade para a realização de P1, ainda que haja vários meios eficazes para essa realização, alguns deles, inclusive, igualmente eficazes. (ALEXY, 2011, p.464).

Percebe-se que a discricionariedade é algo importante não somente no âmbito dos Direitos a Proteção, mas nos direitos a ações positivas como um todo. Apesar disso, tal exemplo também demonstra que, em certos casos, a discricionariedade pode não estar presente, restando apenas uma medida a ser adotada para a satisfação de um dado direito.

1.1.2 Direitos a Organização e Procedimento

Primeiramente, cumpre destacar que o conceito de direitos a organização e procedimento é bastante amplo, estendendo-se desde direitos a uma proteção jurídica efetiva (direitos a procedimentos), até aqueles direitos a medidas estatais de natureza organizacional. Esta amplitude deixa claro que “As normas de organização e procedimentos devem ser criadas de forma a que o resultado seja, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, conforme aos direitos fundamentais” (ALEXY, 2011, p.473).

Alexy (2011, p.474) afirma que "A idéia de procedimento justifica reunir em um conceito a pluralidade de fenômenos encontráveis no âmbito da organização e do procedimento". Já em relação à questão terminológica, assevera que a denominação "Direitos a Organização e Procedimentos", poderia ser substituída por "direitos a procedimentos", contanto que se tenha em mente um conceito amplo de procedimento, incluindo-se também as normas de organização.

Os direitos a procedimentos englobam "tanto direitos à criação de determinadas normas procedimentais quanto direitos a uma determinada 'interpretação e aplicação concreta' de normas procedimentais." (ALEXY, 2011, p.474). O primeiro tem como destinatário o legislador, já o segundo, os tribunais.

Surge a indagação se ao direito a criação de normas pelo legislador pode ser atribuído natureza subjetiva. Alexy (2011, p.476/477), citando a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão[2], conclui que é possível a associação de direitos subjetivos à criação de determinadas normas no âmbito da organização e do procedimento.

1.1.3 Direitos a Prestação em Sentido Estrito (Direitos Fundamentais Sociais)

Os Direitos a Prestação em sentido estrito ou Direitos Fundamentais Sociais são conceituados por Alexy da seguinte forma:

> Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito. (ALEXY, 2011, p.499).

Sob o ponto de vista teórico-estrutural, existem três critérios que diferenciam as normas atribuídas aos Direitos Fundamentais Sociais, a saber: normas que garantem direitos *subjetivos* ou *objetivos*; normas *vinculantes* (permitem a análise de sua violação pelo Poder Judiciário) ou *não vinculantes* (enunciados programáticos); normas que fundamentam direitos e deveres *definitivos* ou *prima facie* (regras ou princípios) (ALEXY, 2011, p.500/501).

De acordo com Alexy (2011, p.502/503), a essas diferenças estruturais somam-se diferenças substanciais, sendo particularmente importante a distinção entre conteúdo minimalista e maximalista. O primeiro tem como objetivo assegurar ao indivíduo o domínio de

[2] Na decisão sobre o ensino superior, Alexy afirma que é possível encontrar o paradigma de um direito subjetivo, frente ao legislador, que garante a existência de certas normas procedimentais ao indivíduo (embasamento legal/constitucional: Artigo 5º, §3º, da Constituição Alemã). Já na decisão sobre diques da Cidade-Estado de Hamburgo, envolvendo o instituto jurídico da desapropriação, Alexy assevera que no Artigo 14 da Constituição Alemã é conferido, em regra, "um direito a que as desapropriações sejam realizadas apenas por meio de um procedimento administrativo de desapropriação.".

um espaço vital e de um status social mínimo (direitos mínimos), já o segundo se traduz na realização completa dos direitos fundamentais. Por todo o exposto, assevera referido autor que "o problema dos direitos fundamentais sociais não pode ser resumido a uma questão de tudo-ou-nada" e, em seguida, propõe a análise de argumentos favoráveis e contrários aos direitos fundamentais sociais, sendo tal argumentação essencial ao desenvolvimento do presente artigo.

1.1.3.1 Argumentos favoráveis aos Direitos Fundamentais Sociais

O argumento favorável tem como base a liberdade, dividindo-se, inicialmente, em duas teses: a primeira preconiza que "a liberdade *jurídica*, isto é, a permissão jurídica de se fazer ou deixar de fazer algo, não tem valor sem uma liberdade *fática* (real), isto é, a possibilidade fática de escolher entre as alternativas permitidas." (ALEXY, 2011, p.503). A exatidão desta tese pode ser demonstrada pela seguinte hipótese: a liberdade jurídica de A realizar ou não a ação H, não deixa de ter valor (de ser inútil) para A, mesmo se A, por razões fáticas, não possa escolher entre a realização e a não realização de H.

Isso se dá, tendo em vista: 1) O fato de todos possuírem a liberdade jurídica de escolha entre a realização ou não da ação H pode ter valor para A, ainda que ele mesmo não tenha a possibilidade fática de realizar essa escolha, uma vez que A se beneficia da circunstância de que outros possuem tal escolha; 2) Mesmo que A não possa exercer uma liberdade jurídica no presente, ele tem a chance de exercê-la no futuro; 3) Mesmo que a liberdade jurídica de escolha seja inútil para A em razão de uma ausência de liberdade fática, A pode achar referida liberdade valiosa ao considerá-la como um fim em si mesmo; 4) Mesmo que A considere inútil a liberdade jurídica de escolha entre realizar ou não H, sua situação pode vir a mudar, dando azo ao nascimento da possibilidade fática de tal escolha, ou seja, referida liberdade de ser inútil para A (ALEXY, 2011, p.503, nr.230).

Já a segunda tese expressa que, no âmbito da sociedade contemporânea, a viabilização do exercício de liberdades fáticas em relação a um grande número de titulares de direitos fundamentais foge ao alcance destes, ou seja, referida viabilização depende, primordialmente, da atuação estatal (ALEXY, 2011, p.504).

Porém, Alexy aduz que:

> [...] essas teses não podem ser mais que apenas um ponto de partida de um argumento a favor dos direitos fundamentais sociais. Isso é facilmente perceptível a partir da constatação de que, mesmo sem aceitar a existência dos direitos fundamentais sociais, seria não apenas possível aceitar ambas as teses como, também, conceber a criação de uma liberdade fática como algo desejado pela Constituição. Seria necessário apenas aceitar urna repartição de tarefas entre os direitos fundamentais e o processo político, de acordo com a qual aos primeiros caberia zelar pela liberdade jurídica; e aos segundos, pela liberdade fática. Por isso, para complementar o argumento baseado na liberdade é necessário demonstrar por que a liberdade fática deve ser garantida

> diretamente *pelos direitos fundamentais*. Para que isso seja fundamentado não é suficiente afirmar que os direitos fundamentais devem garantir a liberdade, que a liberdade fática também é liberdade e que, por isso, os direitos fundamentais devem garantir também a liberdade fática. A questão é justamente essa: saber se os direitos fundamentais também devem garantir a liberdade fática. Portanto, para justificar a atribuição de direitos fundamentais sociais com o auxílio de um argumento baseado na liberdade é necessário também fundamentar por que a liberdade garantida pelos direitos fundamentais inclui a liberdade fática. (ALEXY, 2011, p.505).

Para tanto, são apresentados dois argumentos: o primeiro procura frisar a importância da liberdade fática para o indivíduo. Exemplo: para um indivíduo que se encontra numa situação onde não tem acesso a condições mínimas de existência, a previsão de direitos fundamentais que, por exemplo, o protegem contra o trabalho forçado e outras situações semelhantes (liberdades jurídicas), não deixam de ser importantes. Porém, a eliminação de tal situação de necessidade é, obviamente, mais importante para o indivíduo do que a previsão de liberdades jurídicas, uma vez que, naquele momento crítico em particular, estas últimas de nada lhe servem (ALEXY, 2011, p.505/506). Ao considerar-se que "a razão de ser dos direitos fundamentais é exatamente a de que aquilo que é especialmente importante para o indivíduo, e que pode ser juridicamente protegido, deve ser juridicamente garantido [...]" (ALEXY, 2011, p.506), conclui-se pela veracidade do primeiro argumento.

O segundo argumento prega que tanto o aspecto formal como o material (substancial) das liberdades fáticas são constitucionalmente importantes, ou seja, os direitos fundamentais devem assegurar os pressupostos para o exercício fático das liberdades jurídicas, e não apenas regulamentá-las (ALEXY, 2011, p.506).

1.1.3.2 Argumentos desfavoráveis aos Direitos Fundamentais Sociais

Apresentam-se sob a forma de dois argumentos complexos, um formal e outro substancial. O primeiro baseia-se na tese de total ausência ou pouca justiciabilidade dos Direitos Fundamentais Sociais, tendo em vista a indeterminação dos objetos de tais direitos. Por exemplo, Alexy (2011, p.507) indaga qual seria o conteúdo do direito fundamental ao trabalho, sugerindo "desde um direito utópico de todos a qualquer trabalho que se deseje, em qualquer lugar e em qualquer momento, até um direito compensatório a um auxílio-desemprego.". Porém, o Direito de uma forma geral, e não apenas no âmbito dos direitos fundamentais, é repleto de conceitos indeterminados ou que carecem de um conteúdo perfeitamente delimitado, ou seja, a determinação de conceitos jurídicos é um trabalho corriqueiro para a Ciência do Direito, não podendo este argumento sozinho ser um empecilho aos Direitos Fundamentais Sociais (ALEXY, 2011, p.507).

Por isso, Alexy propõe que:

> [...] ao lado da indefinição semântica e estrutural dos direitos fundamentais sociais, a tese do déficit de justiciabilidade tem que agregar uma outra forma de indefinição: a impossibilidade de se chegar, com os meios específicos do direito, a uma determinação exata do conteúdo e da estrutura dos direitos fundamentais sociais formulados abstratamente. Ela tem que sustentar que o direito não fornece critérios suficientes para tanto. Por que, se o direito não fornece esses critérios suficientes, então, a decisão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais sociais é uma tarefa da política. Mas isso significaria que, segundo os princípios da separação de poderes e da democracia, a decisão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais sociais estaria inserida não na competência dos tribunais, mas na do "legislador diretamente legitimado pelo povo". A partir dessa ideia, no âmbito dos direitos fundamentais sociais os tribunais poderiam decidir somente após o legislador já haver decidido. (ALEXY, 2011, p.507/508).

Além disso, este argumento baseado na competência é reforçado graças aos efeitos financeiros advindos dos direitos fundamentais sociais, tendo em vista os grandes custos associados à sua realização. Portanto, "a existência de direitos fundamentais sociais abrangentes e exigíveis judicialmente conduziria a uma determinação jurídico-constitucional de grande parte da política orçamentária.", sendo que, nesse cenário, "a política orçamentária ficaria em grande medida nas mãos do tribunal constitucional, o que é incompatível com a Constituição" (ALEXY, 2011, p.508).

O argumento substancial sustenta que os direitos fundamentais sociais são incompatíveis, ou pelo menos colidem, com normas constitucionais materiais que garantam direitos de liberdade. No mercado de trabalho, por exemplo, o controle estatal é limitado no que tange à oferta de empregos disponíveis. Se o Estado decidisse efetivar o direito de cada desempregado a um posto de trabalho, poderia fazê-lo de duas formas distintas: a) empregar todos no serviço público, o que levaria, necessariamente, a um desemprego disfarçado, ou emprego aparente; b) restringir/eliminar o poder econômico privado de dispor sobre postos de trabalho o que levaria à restrição da competência decisória da economia privada, ou até mesmo à sua eliminação, resultando numa grande intervenção nos direitos fundamentais daqueles que dispõem da propriedade produtiva (ALEXY, 2011, p.509/510).

No argumento substancial, o fator econômico/financeiro também exerce forte influência, conforme explicado por Alexy:

> Todos os direitos fundamentais sociais são extremamente custosos. Para a realização dos direitos fundamentais sociais o Estado pode apenas distribuir aquilo que recebe de outros, por exemplo na forma de impostos e taxas. Mas isso significa que os frequentemente suscitados limites da capacidade de realização do Estado não decorrem apenas dos bens distribuíveis existentes, mas sobretudo daquilo que o Estado, para fins distributivos, pode tomar dos proprietários desses bens sem violar seus direitos fundamentais. Com frequência fala-se não apenas em uma colisão entre direitos fundamentais sociais de uns e direitos de liberdade de outros, mas também de uma colisão entre direitos fundamentais sociais e direitos de liberdade do mesmo titular de direitos. Nesse sentido, afirma-se que um direito ao trabalho implica um dever de trabalhar. Embora a vinculação entre um direito ao trabalho e um dever de trabalhar seja frequente, ela não é necessária. Um Estado que introduza um direito ao

> trabalho pode abdicar de um dever de trabalhar, mesmo que esteja interessado em que o máximo possível de cidadãos trabalhe. O interesse em trabalhar, sobretudo o interesse em um salário, pode ser, para um número suficiente de cidadãos, um incentivo suficiente para exercer o direito ao trabalho. No entanto, algo distinto pode ser verdadeiro se o direito ao mínimo existencial já coloca o indivíduo em uma situação na qual o exercício do direito do trabalho deixa de ser atrativo para ele. (ALEXY, 2011, p.510).

1.1.3.2.1 Impacto econômico/financeiro na efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais

Para a concepção de um modelo ideal de Direitos Fundamentais Sociais, devem ser considerados ambos os argumentos apresentados. Tal modelo deve ser guiado pela ideia "(...) segundo a qual os direitos fundamentais da Constituição (...) são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples." (ALEXY, 2011, p.511).

Referida afirmação traduz a ideia de que a importância da efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais não pode ficar concentrada somente nas mãos dos Poderes Executivo e Legislativo (decisão política), ou seja, a subjetivação de tais direitos – o que concede ao titular de Direitos Fundamentais Sociais a prerrogativa de buscar no Poder Judiciário a realização destes direitos – também deve ocorrer, garantindo-se desta forma, no caso de recusa ou inércia política, uma alternativa ao indivíduo para efetivação dos direitos a ele assegurados.

Neste prisma, é de grande valia a transcrição da lição de Carlos Alberto Simões de Tomaz, tratando sobre a atuação judicial ante a frustração de expectativas generalizadas perpetradas por parlamentares:

> [...] conquanto legitimado formalmente, o parlamento pode – e toma – decisões que frustram expectativas generalizadas. Seriam elas legítimas? Ou por outra, estariam os parlamentares legitimados substancialmente a tanto? Se os juízes, de acordo com a estruturação clássica do Estado, não estão formalmente autorizados a tomar decisões políticas primárias, podem vir a substancialmente ter que tomá-las ante a necessidade de satisfazer os direitos do cidadão de modo a velar pela tradição dos princípios e valores eleitos pelo sistema? Aqui, a decisão judicial poderá ser tão legítima ou ilegítima quanto a lei, na medida em que revele ou não expectativas sociais congruentemente generalizadas. (TOMAZ, 2011, p.106).

Os Direitos Fundamentais Sociais objetivos (enunciados programáticos), quando implementados, oneram bastante o orçamento público, e tal quadro econômico/financeiro se agrava quando há a subjetivação de referidos direitos (prerrogativa de socorrer-se ao judiciário). Obviamente, este fato isolado não é capaz de perfazer-se num argumento forte o suficiente para que se negue a efetivação dos Direitos Fundamentais Socais, porém, é algo relevante que deve ser levado em consideração na realização destes direitos.

Sampaio (2010, p. 245-273), no capítulo intitulado "Crítica e Defesa dos Direitos Sociais" de sua obra, analisa as objeções lançadas contra os Direitos Fundamentais Sociais. Para o presente estudo, importa discorrer-se sobre a objeção pragmática, assim como proceder-se à análise de argumentos apresentados no âmbito das outras objeções, principalmente no que diz respeito aos efeitos econômico/financeiros produzidos pela efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais.

A objeção pragmática prega uma espécie de "autismo jurídico", onde a "hipersuficiência do direito esconderia uma ingenuidade de seus cultores que, [...] levaria a uma irresponsabilidade política e social" (SAMPAIO, 2010, p.252). Sampaio (2010, p.252/253) esclarece que a "Escola de Upsala[3] e alguns realistas norte-americanos, por influência benthaniana, nos deram a noção de que o conceituário do direito, quando visto de perto, não representava nada além de um castelo de expressões construído no vácuo ou nos domínios do sobrenatural". Após, o autor conecta referido pensamento com a noção de direitos fundamentais sociais, explicando que aqui "se refinara um discurso em torno de posições supostamente subjetivas que mais do que qualquer outra entidade jurídica, dependiam da realidade, todavia sem essa realidade". E continua: "Enunciações de projetos que foram cravadas nos textos constitucionais pós 1945 por indução dessa ingenuidade revolucionária, tornaram-se, por obra e graça da mesma ingenuidade, cristaleiras de direitos irreversíveis.".

Ainda nesta linha de pensamento, explica Sampaio que:

> Os direitos sociais, como direitos fundamentais, tornariam mais agudas as crises econômicas que ciclicamente surgem no cenário econômico, transformando-as, subsequentemente em crises políticas e sociais, em decorrência da necessidade de quórum qualificado para mudanças constitucionais ou, para piorar as coisas, da insuscetibilidade de alteração formal das cláusulas de direitos sociais prevista em alguns sistemas. A consequente tendência à paralisia do regime de representação política para fazer frente a quedas de indicadores econômicos aprofundaria os problemas solúveis por ágeis e adequadas respostas estatais e generalizaria o ambiente de inconformismo e de reivindicações sociais, convulsionando mais ainda o quadro da crise instalada e chegando, no limite, à ruptura institucional com perdas significativas para a sociedade como um todo e especialmente para os trabalhadores e os hipossuficientes em geral. (SAMPAIO, 2010, p.253).

Apesar de concordar com a ideia do possível agravamento de uma crise econômica em razão das dificuldades operacionais advindas da constitucionalização dos direitos fundamentais sociais, Sampaio (2010, p.253) aponta o insucesso dos defensores de tal pensamento em provar que a superação de uma crise econômica está necessariamente condicionada à redução ou eliminação dos direitos sociais.

[3] A escola de Upsala ou Realismo Escandinavo foi fundada por Axel Hägerström, o qual pregava, basicamente, que um conceito jurídico não tinha nenhum valor caso não pudesse ser cientificamente provado, ou seja, não passava de fantasias. Sobre o tema: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito Adquirido e Expectativa de Direito*.

Concorda-se plenamente com o autor em tela, sendo que, o argumento de que a redução ou eliminação dos Direitos Fundamentais Sociais é necessária para se vencer uma crise econômica, é completamente destituído de fundamento probatório. Porém, não se pode negar que a efetivação de tais direitos em situações de crise acaba por, irremediavelmente, agravar o quadro econômico/financeiro.

Por isso é que se prega a existência de um planejamento prévio, com o escopo de preparação para um cenário economicamente desfavorável sem que haja prejuízo à efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, acrescentando-se o fato de que são exatamente nos momentos de crise econômica em que mais se necessita de tais direitos.

Procedendo-se a análise de outros argumentos, inicia-se pelo exame da subjetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, que concede ao indivíduo a prerrogativa em pleitear perante o Estado, de forma imediata, o cumprimento da obrigação devida caso esta não seja efetivada (SAMPAIO, 2010, p.254).

A efetivação de tais direitos levaria a uma "espécie de 'dependência de orçamento' ou 'de reserva de poupança'[...]." (SAMPAIO, 2010, p.255), ou seja, ao que se conhece hoje pela denominação "reserva do possível". O Tribunal Constitucional Federal alemão firmou jurisprudência neste sentido, ao asseverar que a obrigação pleiteada "deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável." (SARLET, 2010, p.287).

Conforme ensinamento de Ana Paula de Barcellos (2011, p.277), a reserva do possível diz respeito ao fenômeno econômico onde há necessidades praticamente ilimitadas a serem supridas, por recursos que são limitados. Ou seja, na prática, de nada adianta a existência de uma norma garantido um direito fundamental social, se não existe aporte econômico/financeiro suficiente para efetivá-lo.

Porém, Ana Carolina Lopes Olsen (2006, p.227), assevera que "a reserva do possível, enquanto restrição aos direitos fundamentais sociais, não é absoluta, mas sujeita a um padrão de razoabilidade (como racionalidade) e proporcionalidade.", ou seja, o que existe é a "proibição do exagero infundado na luta pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, de modo que não se pode exigir do Estado e da sociedade algo fora dos padrões do razoável, do adequado, do necessário e do estritamente proporcional."

O que se pretende demonstrar é que a reserva do possível é um fator decisivo na efetivação dos direitos fundamentais sociais, tendo em vista a escassez de recursos frente à

imensa demanda existente, mas que não pode ser invocada sem uma fundamentação concreta pelo Estado como forma de afastar-se de seu papel na efetivação de tais direitos.

Sampaio (2010, p.261/264) alerta sobre as críticas que pairam sobre a ampliação da judicialização dos direitos, o que poderia levar a uma violação do princípio da separação de poderes, e sua correlação com a inércia do Poder Público em efetivar tais direitos. Aduz o autor que:

> [...] admitir a plena justicialidade subverteria a lógica da divisão dos poderes [...]. Por outro lado, aceitar-se sempre e tão somente o apelo ao legislador seria negativa de prestação jurisdicional. Devem-se no entanto, temperar os extremos pela verificação de uma omissão constante que esvazia o conteúdo do direito. Omissão que se protrai anos seguidos em que pesem avisos judiciais feitos, que perduram sem embargo de afetação de recursos para outros fins, às vezes, não tão nobres, necessários ou evidentes de maneira sucessiva. Omissão, em suma, não apenas notória, mas igualmente abusiva a ferir a razoabilidade da espera do possível ou que torne manifesta a injustiça de situações concretas, a exemplo de carência de custeio de um tratamento especial indispensável para a manutenção da vida de uma pessoa, comprometendo a "liga de solidariedade" que nos mantém parceiros de um projeto de vida social comum. (SAMPAIO, 2010, p.264).

Conforme já dito, é necessário que o Estado realize um planejamento econômico/financeiro com o escopo de reduzir a incidência de invocação da reserva do possível na efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais. Nesta linha de pensamento, assevera Sarlet:

> Como dá conta a problemática posta pelo "custo dos direitos", por sua vez, indissociável da assim designada "reserva do possível" (que, [...] não pode servir como barreira intransponível à realização dos direitos a prestações sociais) a crise de efetividade vivenciada com cada vez maior agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais. Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, assim como do próprio processo de administração das políticas públicas em geral, seja no plano da atuação do legislador, seja na esfera administrativa [...]. Além disso, assume caráter emergencial uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, que *não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais*, mas ao fazê-lo haverão de obrar com a máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem, ou não, um direito subjetivo a determinada prestação social, seja quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida restritiva e/ou retrocessiva de algum direito social, sem que tal postura, [...] venha a implicar necessariamente uma violação do princípio democrático e do princípio da separação dos Poderes. [...] Neste contexto, [...] vale destacar que também resta abrangida na obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível. Isso significa, em primeira linha, que se a reserva do possível há de ser encarada com reservas, também é certo que as limitações da reserva do possível não são, em si mesmas, uma falácia [...]. O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação de direitos fundamentais, especialmente de cunho social. [...] Por outro lado, para além do fato de que o critério do mínimo existencial – como parâmetro do reconhecimento de direitos subjetivos a prestações – por si só já contribui para a "produtividade" da reserva do possível, há que explorar outras alternativas disponíveis na nossa ordem jurídica e que, somadas e bem utilizadas, certamente haverão de

> reduzir de modo expressivo, se não até mesmo neutralizar – no mínimo no que diz com as prestações básicas, o seu impacto. (SARLET, 2010, p.354-357).

2. Contradição fática na efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais em situações de crise econônico-financeira

A inspiração do presente artigo adveio da seguinte afirmação feita por Alexy (2011, p.513): "A extensão do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas. Mas é exatamente nesses momentos que pode haver pouco a ser distribuído.".

Tendo em mente tal afirmação e considerando todo o exposto ao longo deste estudo até o momento, parte-se para a análise do cerne da questão aqui proposta. Quedou-se claro que os Direitos Fundamentais Sociais devem ser efetivados pelo Estado, sendo que o aporte financeiro para tanto decorre, essencialmente, dos tributos arrecadados.

Porém, num cenário econômico-financeiro negativo generalizado, que ocorre de tempos em tempos, a necessidade de efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais também aumenta, tendo em vista a tendência de aumento dos preços de produtos e serviços. Ou seja, em tal situação de crise econômico-financeira, seriam necessários mais recursos para que um indivíduo tivesse acesso a um mínimo existencial.[4] Portanto, conclui-se que o Estado, nestes casos, teria de aumentar a realização de referidos direitos, com o escopo de garantir a seus nacionais o mínimo necessário para que sobrevivam.

Ocorre que, para que se aumente a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais em momentos de crise econômico-financeira, a arrecadação por parte do Estado também deverá aumentar, ou recursos de outras áreas terão de ser realocados para suprir o déficit. Tanto a realocação de recursos, como a adoção de medidas que aumentem a carga tributária do país, tendem a agravar o quadro de crise instaurado. Cai-se, inevitavelmente, num círculo vicioso.

Para uma melhor visualização de tal situação propõe-se o seguinte exemplo: Suponha que o Brasil possua uma receita total "R", da qual "r1" é destinada à efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais (representados por "d") e "r2" ao restante das despesas e investimentos necessários ao funcionamento regular do país. Num cenário de crise econômico/financeira, R tende a diminuir ou, no máximo, se manter, enquanto a demanda por d aumenta (transformando-se em "D"). Portanto, r1 não será mais suficiente para garantir a efetivação de D e, caso se aloque os recursos de r2 para suprir o déficit de D, a situação econômica do país tende a se

[4] Sobre o que seria um "mínimo existencial humano", Sampaio analisa a visão de vários autores sobre o tema, asseverando que alguns deles evitam elaborar uma definição, valendo-se de expressões genéricas como "necessidades humanas básicas" ou "bens essenciais". Já outros buscam enumerar seus elementos constitutivos, como, por exemplo, direito a educação escolar, a uma habitação simples, a formação profissional, a assistência médica, ao lazer, dentre outros. (Sampaio, 2010, p.262/263)

agravar. De plano, a única saída que se visualiza para a manutenção de D, é o aumento de R, o que ocorrerá, essencialmente, através do aumento na arrecadação de tributos. Ocorre que, com a elevação da carga tributária, é praticamente certo que haverá o agravamento da crise econômico-financeira, podendo até mesmo levar, em casos críticos, a uma crise generalizada que ameace as próprias Instituições Democráticas do Estado.

Foi através do raciocínio apresentado que se concebeu a ideia de "contradição fática na efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais". Ou seja, na teoria, é maravilhoso se defender a ideia de realização incondicional de tais direitos, principalmente em momentos de crise. Mas quando há a tentativa de efetivação prática de referido pensamento, a realidade - principalmente a de países como o Brasil – aplica um duro golpe nesta visão romântica, para não dizer ingênua, uma vez que se olvida de adicionar à equação o fator da escassez (recursos limitados frente a demandas ilimitadas).

Há, portanto, uma contradição fática, pois no mundo das ideias a efetivação plena dos Direitos Fundamentais Sociais funciona perfeitamente, mas, lamentavelmente, a realidade contradiz tal ideal, não permitindo a plenitude de sua realização.

Neste ponto, cumpre-se frisar, mais uma vez, que não se defende aqui a ideia de eliminação ou redução dos Direitos Fundamentais Sociais, especialmente nos momentos de crise. Dentre vários argumentos para se defender tal pensamento, cita-se o estudo empírico realizado por Zehra Kabasakal Arat (1991 apud SAMPAIO, 2010, p.250/251) envolvendo 150 países em desenvolvimento, no qual tentou demonstrar os malefícios em não se garantir os direitos sociais à população, acabando por concluir que o regime democrático dos Estados que asseguraram apenas os direitos civis e políticos em detrimento dos direitos sociais, sucumbiu.

O que se defende são dois pontos: uma maior racionalização no tratamento dos Direitos Fundamentais Sociais, e a adoção urgente pelo Estado de medidas preventivas que permitam a efetivação destes direitos em qualquer tempo, principalmente nos momentos de maior necessidade de concretização.

Explica-se: por racionalização, prega-se uma visão mais racional e crítica dos Direitos Fundamentais Sociais, de modo a que sejam realizadas pesquisas e discussões pelos estudiosos, não somente da área jurídica, mas também de outros campos de conhecimento (área econômica por exemplo), com o escopo de serem propostas medidas atuais, assim como de cunho preventivo, para uma otimização dos recursos estatais e, consequentemente, da efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, principalmente em momentos de crise econômico-financeira.

Uma medida que se propõe, é a integração informacional, principalmente no que tange à disponibilidade de recursos, entre Executivo, Judiciário e Legislativo, de modo a melhorar a

qualidade da prestação jurisdicional, sem se comprometer criticamente o orçamento público, nas demandas judiciais urgentes envolvendo a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais.

Cabe ao Estado colocar em prática referidas medidas de otimização de recursos, reduzindo a incidência de invocação da "reserva do possível" nos casos de efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, e pondo fim a esta contradição fática existente no âmbito da realização de tais direitos.

Conclusões

Procurou-se demonstrar, por todo o exposto, que a solução para o fator escassez de recursos não é a eliminação ou diminuição da efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, e sim a realização de um planejamento econômico-financeiro, assim como a adoção de medidas pelo Estado que visem a otimização dos recursos públicos disponíveis.

Apesar disso, também empenhou-se em demonstrar a importância decisiva do fator disponibilidade de recursos na efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, não podendo tal fato ser negado, sob pena de cair-se num discurso ingênuo e vazio de concreção fática dos referidos direitos, no qual defende-se a ampliação e realização dos Direitos Fundamentais Sociais, olvidando-se de defender, em primeiro lugar, medidas e políticas prévias que possibilitem sua efetivação, especialmente em momentos de crise.

A invocação estatal da reserva do possível como barreira à efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais tende a diminuir consideravelmente, caso sejam adotadas medidas pelo Estado em prol da otimização dos recursos públicos. Principalmente nos momentos de crise econômico-financeira - quando tais recursos tendem a diminuir e a demanda por referidos direitos tende a aumentar - é que os resultados de uma política pública orçamentária eficiente serão notados e usufruídos por toda a sociedade.

Portanto, defende-se uma maior racionalização no trato dos Direitos Fundamentais Sociais, bem como uma otimização dos recursos públicos, para que tais direitos passem a fruir de efetivação plena, evitando-se assim o choque entre o discurso de realização incondicional dos Direitos Fundamentais Sociais, pregado pela teoria, e a realidade de escassez de recursos, observada na prática, o que leva inevitavelmente a uma contradição fática na efetivação de referidos direitos.

Referências

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Tradução em português: SILVA, Virgílio Afonso da. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo: superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma Dogmática Constitucional Transformadora à luz do Direito Fundamental à efetivação da Constituição**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LUHMANN, Niklas (1965). **Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie**. Tradução em espanhol: NAFARRATE, Javier Torres. Los Derechos Fundamentales como Institución (Aportación a la sociología política). México: Universidad Iberoamericana, 2010.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Juspodivm, 2008.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais fente à Reserva do Possível**. Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais: Retórica e Historicidade**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Constituição, Política e a Ordem Internacional Heterárquica: uma reflexão a partir da visão pragmático-sistêmica de Luhmann**. Curitiba: Editora CRV, 2011.