

**A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO E O DESAFIO DO JUDICIÁRIO NA  
EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E DA DIGNIDADE DA PESSOA  
HUMANA: EM BUSCA DO PLENO DESENVOLVIMENTO DO SER**

**SOCIAL ROLE OF LAW AND THE CHALLENGE OF THE JUDICIARY IN  
EFFECTIVE SOCIAL RIGHTS AND DIGNITY OF THE HUMAN PERSON: IN  
SEARCH OF FULL DEVELOPMENT OF BEING**

ANTONIO JOSÉ MATTOS DO AMARAL<sup>1</sup>  
ROGERIO SATO CAPELARI<sup>2</sup>

**RESUMO:** Os Direitos Sociais são construções advindas da evolução de uma sociedade impregnadas de princípios e conteúdo axiológico. A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Art. 6º um rol de Direitos Sociais, constituindo-se normas de caráter imperativo e cogente. Partindo da construção das escolas do Direito e suas teorias, analisa o homem como portador do signo da sociabilidade, que vive e se desenvolve em sociedade, da sua convivência social e suas regras de comportamento, baseados na análise da função social que o Direito representa e do pensamento filosófico antigo até o contemporâneo para embasar a constante busca dessa finalidade social das leis, analisando a construção histórica do Estado e dos princípios fundamentais, da dignidade da pessoa humana e a relação destes com a ordem social e econômica. Discute-se a nova hermenêutica constitucional, guiada através de uma interpretação aberta da Constituição e suas consequências no mundo jurídico e fático. Pondera sobre a função efetiva do Poder Judiciário diante da efetivação dos Direitos Sociais, debatendo temas como judicialização e ativismo judicial, defendendo que, por inércia dos poderes representativos, a função de efetivação desses direitos vem sendo concretizada pela via jurisdicional. Este poder, vinculado ao princípio da inafastabilidade, insculpido no Art. 5º, inciso XXXV da Constituição pátria, que não se permite deixar de apreciar e solucionar casos em que são presentes a ausência da efetivação da função social do Direito. Busca apresentar que o papel do Judiciário em tempos modernos é representar o Direito e a Justiça, tendo como horizonte a realização da função social das leis em busca do pleno desenvolvimento do ser.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP. Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá. Professor da Graduação e Pós Graduação da Universidade Estadual de Londrina/PR. Professor da Fundação do Ministério Público do Estado do Mato Grosso/MT. E-mail: [ajma.adv@gmail.com](mailto:ajma.adv@gmail.com) Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9128785672361403>

<sup>2</sup> Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP. Mestre em Direitos da Personalidade do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR. Coordenador do Programa de Graduação do Curso de Direito da Faculdade Catuaí – Cambé/PR. E-mail: [rogerio@capelari.com.br](mailto:rogerio@capelari.com.br). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4726181643915483>

**Palavras-chave:** Função Social. Dignidade humana. Judicialização. Inafastabilidade.

**ABSTRACT:** Social rights are constructs arising from the evolution of society, it should be said that such rights are steeped in axiological principles and content. The Constitution of 1988 expressly brought in his art. 6º Cf., a list of social rights, standards of character and cogent imperative. The work exposed examines the historical construction of the State's starting to contemporary philosophical thought. It also fundamental principles, human dignity and the relationship between the social and economic order. But later discussed the issue of the new constitutional hermeneutics, guided by an interpretation of the Constitutional Charter and opened its consequences in the legal and factual. And finally will be treated on the effective function of the judiciary before the fulfillment of social rights, debating issues such as legalization and judicial activism, arguing that inertia of representative powers, the role of effectuation of these rights, is being implemented by the courts, because this power linked to the principle of inafastabilidade, art. 5º xxxv Cf., can not fail to appreciate and deal with these cases. Many call this judicial activism or legalization, through this but what is sought is present so that the judiciary has occupied a more activist, but that this attitude reflects the inefficiency of representative bodies in front of their functional skills.

**Keywords:** human dignity, judicialization, does not deviated.

## INTRODUÇÃO

O tema central a ser abordado será a efetivação dos Direitos Sociais através da via jurisdicional, com o cumprimento da função social do Direito, sem que esta seja considerada uma forma de ativismo judicial ou judicialização. Baseado nos princípios para solução de casos difíceis e amparados na nova hermenêutica constitucional é dado ao intérprete o direito de interpretar o alcance da norma de forma prospectiva, muitas vezes promovendo uma mutação constitucional sem modificar o texto através de emendas.

Para solidificar o resultado que se pretende chegar, será feita uma construção histórica e filosófica da formação do Estado, delineando a função social dos direitos, conceitos de direitos fundamentais, dignidade humana e direitos sociais, como também uma correlação entre a ordem econômica e social.

Diante desse quadro, pretende-se no presente trabalho apresentar os métodos da nova hermenêutica e sua interpretação aberta do texto constitucional,

evidenciando o que a doutrina diz ser positivo e negativo sobre esse meio interpretativo constitucional.

Nesse diapasão, procurar-se-á defender a ideia de que a forma ativista do Poder Judiciário diante da solução do caso concreto não poder ser considerada um ativismo e sim um cumprimento do preceito constitucional da inafastabilidade de apreciação de problemas oriundos, na maioria dos casos, da omissão dos outros poderes da República, a saber, o Legislativo e o Executivo.

Por fim, pretende-se com o presente trabalho demonstrar que o esperado hoje dos órgãos investidos da jurisdição é uma solução aos casos que batem à sua porta, não se omitindo de trazer respostas à sociedade por falta de lacuna na lei, pois entendemos que falta de lei não representa ausência de Direito. O magistrado não pode isolar-se dos fatos e da realidade social ao realizar a função judicante, pois ela está intimamente ligada à vida da sociedade, refletindo suas necessidades e seus anseios. Sendo assim é tarefa do Judiciário interpretar de forma justa, buscando a verdadeira função social das normas, aplicando o Mandamento de Otimização e retirando das leis a verdadeira essência de seu fim precípua, que é a regulação e o pleno desenvolvimento do homem em busca de uma sociedade justa, fraterna e solidária.

## **1 A GÊNESE DO DIREITO E SUA FUNÇÃO SOCIAL**

Para que possamos compreender a função que o Direito exerce em uma sociedade, e conseqüentemente na vida dos homens, se faz necessário, em breves palavras, delinear o ponto de origem do Direito e o modo pelo qual se tornou o que é no momento considerado, fazendo um sucinto diálogo sobre as várias escolas existentes e suas teorias.

A Escola Jusnaturalista ou do Direito Natural representa um conjunto de idéias ou princípios superiores, eternos, uniformes, permanentes, imutáveis, outorgados ao homem pelo seu Criador, marcando seu caminho e conduta a ser mantida. A estabilidade e a imutabilidade são suas principais características, pois se tratam de princípios emanentes ao próprio cosmos, cuja origem estaria na Divindade. Ao criar, o Criador incutiu na criatura uma consciência dotada de um conjunto de diretrizes ou princípios superiores, eternos e imutáveis, constituindo o

direito natural como ponto de referência para entender o que é justo ou injusto, bom ou mau e perfazendo a base de todas as leis posteriores à sua criação.

Seus maiores expoentes pertencem à filosofia grega – Heráclito, Sócrates, Aristóteles e Platão – e adotada em Roma por Cícero, intérprete entusiasta da filosofia grega entre os romanos, com a crença em que a justiça, o direito, a igualdade e o procedimento equitativo deveriam fundamentar a lei.

A Escola Teológica se assemelha à Jusnaturalista, concebendo o direito como um conjunto de princípios eternos, permanente e imutáveis. A diferença reside no fato de que as leis não seriam inspiradas na Divindade, mas escritas e outorgadas por Ele. Seu maior representante encontra raízes em São Tomás de Aquino, para o qual existiriam três categorias de direito: o direito divino, baseado nas escrituras, que por provir de Deus só existe no espírito divino; o direito natural apreçoado pelos gregos e romanos é existente entre os homens por intuição e o direito humano, terceira classificação proposta pelo Doutor Angélico, que representa o produto dos homens, ou seja, as leis elaboradas pelo homem com conteúdo da lei natural.

A Escola Racionalista ou Contratual é representada por H. Grotius, Thomas Hobbes, John Locke, Puffendorf, Thomasius, Montesquieu e culminando com Jean Jacques Rousseau, autor da célebre obra O Contrato Social. Tal escola posiciona o Direito em duas categorias: a do Direito Natural e a do Direito Positivo. O Direito Natural enquanto um conjunto de princípios permanentes, estáveis e imutáveis, porém com sua origem não mais na Divindade e sim na natureza racional do homem. O Direito Positivo decorre do pacto social a quem o homem fora levado a celebrar para viver em coletividade. Inobstante à racionalização do homem, que fez deslocar a fonte do Direito na origem de Deus para sua própria razão, o Direito Positivo deve respeitar os princípios fundamentais do Direito Natural, dada sua superioridade, não devendo dele se afastar, sob pena de se tornar injusto e iníquo.

A Escola Histórica do Direito Surgiu na Alemanha no final do século XVIII e início do século XIX, protagonizados por Gustavo Hugo e Frederico Charles de Savigny. Para essa escola, o Direito é um produto histórico não decorrente da divindade ou da razão, como defendem os Jusnaturalistas e Racionalistas, mas sim, produto da consciência coletiva dos povos, formado pelas tradições e costumes. O Direito assim se constituiria como a própria linguagem, por força das necessidades e usos de um povo. Savigny diz que em vez de um direito geral e universal, cada povo

em sua época teria o seu próprio direito, sendo expressão natural de sua evolução histórica, de seus usos, costumes e tradições de todas as épocas passadas.

A Escola Marxista teve sua origem em meados do século XIX, capitaneada por Karl Marx e Friedrich Engels, grandes reformadores sociais, que segundo suas teorias o direito pressupõe o Estado, surgindo somente quando há uma sociedade política, jurídica e economicamente organizada, com uma fonte emanadora do preceito jurídico e um órgão capaz de impor o cumprimento de suas prescrições, significando dizer que o direito apenas sanciona uma relação já existente. A teoria marxista, em sua síntese, diz que o direito tem origem não em Deus, nem na razão ou na consciência coletiva, mas no Estado, não existindo direito sem Estado e nem Estado sem direito.

E por fim, a Escola Sociológica do Direito, que tem como seus principais representantes os pensadores Émile Durkheim, Léon Duguit e Nordi Greco. Para esta escola, o direito é um fato social e suas origens se dão nas inter-relações sociais, sendo um fenômeno decorrente do próprio convívio do homem em sociedade. Este homem, ser social, não vive isoladamente e obrigatoriamente vive ao lado de seus pares, formando uma organização que necessita de regras de comportamento que permitam a convivência social, sendo o direito um conjunto de normas que regulam a vida social. Para o homem isolado, jamais há de brotar em sua consciência a idéia do direito, pois o mundo do direito é o das relações entre os homens. A característica da Escola Sociológica é considerar o direito não como tendo origem em Deus, nem na razão, nem nas consciências e nem no Estado mas sim na sociedade, especificamente nas inter-relações sociais (CAVALIERI FILHO, 2000, p.1-9).

Como se observa, a manifestação do Direito, independentemente das várias teorias das escolas ao longo do tempo, se dá por e através de uma figura principal no contexto universalidade: o homem. Este homem, ser uno portador da centelha divina, da essência do direito natural em sua grandiosidade de pensamento, vive em sociedade e como tal deve respeito ao seu semelhante. Para que o respeito seja alcançado, seja pelas normas de convivência social emanadas pelo Direito ou pela simples orientação aos ditames do pensamento tomista, o Direito assume uma função de apaziguador de relacionamentos, tendo como objetivo precípua a paz social. A paz social deve reinar entre os semelhantes, através da função social que o Direito representa.

O Direito invade e domina a vida social, quer nas relações entre indivíduos, quer entre o indivíduo e o grupo social, como a família e o Estado ou ainda de relações entre os próprios grupos. Não importam os personagens presentes na história: o Direito tem como função social harmonizar as relações, garantindo-se o bem estar de um grupo, para que o caminho seja seguro em busca de uma sociedade justa, fraterna e solidária.

A função social pode ser definida como as atividades exercidas pelos indivíduos ou grupos sociais, com a finalidade de se alcançar necessidades específicas do homem.

Esta é a função social do Direito, que em sua essência permite que os homens possam conviver em sociedade em busca de seu pleno desenvolvimento e produzindo nos indivíduos um efeito prático, suscetível de modificar sua conduta e concepção do mundo ou de reforçar-lhes o sentimento dos valores sociais.

A expressão 'função social' advém do latim *functio*, que significa cumprir algo, desempenhar um dever ou uma tarefa. Utiliza-se o termo função na análise institucional do direito, informando o bem ou valor em razão do qual existe, designando-lhe uma finalidade legal de um instituto jurídico (TEIZEN JUNIOR, 2004, p. 130).

A pacífica convivência social dos homens se reflete como águas cristalinas, na regra fundamental de nada fazer que prejudique a solidariedade social e fazer tudo o que for capaz de realizar e desenvolver a sociedade (ROCHA, 1998, p. 43).

Assim, a função social do Direito é manter a paz social e o pleno desenvolvimento do homem, realizada pelo Estado através de seus poderes instituídos, precisamente, neste estudo, por meio do Poder Judiciário, que por meio de seus integrantes não podem isolar-se dos fatos e da realidade social ao realizar a função judicante, pois ela está intimamente ligada à vida da sociedade, refletindo suas necessidades e seus anseios. Tal pensamento será formalizado no capítulo vindouro.

## **2 O SURGIMENTO DO ESTADO, A TEORIA MONSTESQUIANA E O PODER JUDICIÁRIO**

Para se chegar ao que hoje se conhece por Estado Democrático de Direito e seus fundamentos, é necessário uma breve construção histórica de sua formação, partindo do conceito filosófico até o atual.

Em Platão, o Estado tinha função precípua de natureza educativa, no qual se exige educação gratuita, pública e obrigatória, um embrião do Estado moderno, onde este era um meio e não um fim e deveria servir ao bem comum. Em Aristóteles, o Estado era a pólis, a cidade, representando a mais elevada expressão da relação social.

Leibniz diz que o fim do Estado é a segurança e todo homem de bom-senso deve convir que o governo é para o bem comum. O Estado é uma grande sociedade cujo fim é a segurança comum (MACEDO, 1982, p. 90).

Para Kant, tal conceito se deu através da influência de Hobbes, Locke e Rousseau, pautando-se na soberania do legislador para criar leis; no agir do Poder Executivo dentro do devido limite da lei e na atuação do Poder Judiciário ao trazer soluções aos casos observando as regras postas (REALE, 1999, p. 656).

Nos pensamentos de Hegel, o Estado é uma criação da razão; o racional em si e por si, a forma suprema em que se desenvolve a idéia de moralidade; o fim absoluto em si, no qual a liberdade alcança seu direito supremo (MACEDO, 1982, p.109).

Percebe-se que o conceito moderno de Estado se deu de maneira gradativa. O Estado antigo ou oriental possuía uma característica básica consubstanciada no teocentrismo. A religião era instituto central e o imperador, um quase Deus, ditando normas de comportamento individual e coletivo, sendo consideradas expressões da vontade de um poder divino.

O Estado Romano, mais uniforme, detinha um imenso agrupamento humano e várias formas de governo e seu domínio dava-se sobre diferentes povos. Uma característica forte deste Estado foi a constituição familiar, liderados pelos *paterfamilias*, um sistema patriarcal, recebendo grande influência do Cristianismo.

Este período marca o início do Estado Medieval, sendo sua caracterização de difícil delimitação, face aos instáveis momentos de sua época. A busca das características deste período de estado não é tarefa das mais simples (DALLARI, 1998, p. 29).

Com o feudalismo, surgem grandes propriedades de terras nas mãos dos mais favorecidos principalmente da Igreja e do Império. As presenças de graves

crises sociais forçam as pessoas a saírem das glebas e morar nas cidades. Instala-se um quadro de permanente instabilidade política e social, surgindo a necessidade de se ter um Estado mais fortalecido e autoritário.

Surge o Estado Moderno, cujas marcas fundamentais são a soberania, a territorialidade e o povo, características que se originam a partir da busca de um governo soberano dentro de um território delimitado.

Para Max Weber o Estado Moderno seria (1973, p. 49):

O Estado moderno é uma associação de domínio com caráter institucional que tratou, com êxito, de monopolizar, dentro de um território, a violência física legítima como meio de domínio e que, para esse fim, reuniu todos os meios materiais nas mãos do seu dirigente e expropriou todos os funcionários feudais que anteriormente deles dispunham por direito próprio, substituindo-os pelas suas próprias hierarquias supremas.

Este tipo estatal passa a ser considerado como um Estado de Direito e a autoridade do monarca é enfraquecida; dá-se a fase do império da lei.

Gilmar Mendes (2000, p. 70) ensina que:

A organização do Estado e a regulação das suas atividades obedecem a princípios racionais, do que decorre em primeiro lugar o reconhecimento dos direitos básicos da cidadania, tais como a liberdade civil, a igualdade jurídica, a garantia da propriedade, a independência dos juizes, um governo responsável, o domínio da lei, a existência de representação popular e sua participação no Poder Legislativo.

Com a Revolução Francesa e seus ideais, principalmente a limitação do poder estatal, a neutralidade do Judiciário e a elaboração de leis pelo Poder Legislativo, a liberdade do indivíduo em face do Estado passa a ser garantida. A divisão de poderes, uma conquista da Revolução Francesa, promove uma inversão do poder para as mãos do povo.

A Constituição Francesa de 1791, em perfeita harmonia com o princípio de divisão de poderes, influenciado por *Montesquieu*, põe em exercício a separação entre Política e Direito, regulando a legitimidade da influência política no governo e principalmente a neutralidade que cabe ao Poder judiciário.

Esse foi segundo Sampaio (1994, p.13), o principal papel do princípio da divisão de poderes, disseminado por *Montesquieu* na garantia de liberdade do cidadão.

Montesquieu (1996, p. 133) diz assim:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo da magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder Executivo, não existe liberdade, pois pode temer-



se que o mesmo monarca ou senado, apenas estabeleçam leis tiranas, para executá-las tiranicamente.

Entende-se que a neutralização do Judiciário, foi de extrema importância para o Estado Burguês que se formara com a Revolução Francesa, e esta de forma literal assinala a importância da imparcialidade do juiz e o seu caráter apartidário no desempenho de suas funções (SAMPAIO, 1994, p.15).

Tal neutralização foi ancorada na centralização da lei, onde só a lei votada por representantes obriga e a lei tornou-se a principal fonte do direito neste novo período. Exalta-se o princípio da legalidade. Nega-se as ideias do direito natural e a atividade jurisdicional passa a ser regulada somente pela lei e Constituição, não se vinculando a nenhum direito sagrado ou natural (SAMPAIO, 1994, p.16).

Com a Revolução Industrial e o advento da sociedade tecnológica aumenta-se consideravelmente a complexidade da vida humana. Com os ideais de liberdade oriundos da primeira geração de direitos, havia um Estado não intervencionista e este não podia intervir na relação entre particulares. Tal sistema trouxe um desequilíbrio social enorme e a intervenção estatal passou a ser necessária.

Tércio Sampaio (1994, p.18) reafirma isso ao dizer que o crescimento do *Welfare State* ou Estado de Bem Estar Social, reverteu alguns postulados do Estado de Direito, pois neste havia a proteção da liberdade, a separação entre Estado e sociedade, proporcionando uma correspondente liberação das estruturas jurídicas das estruturas sociais.

Este período, marcado por um intenso intervencionismo estatal, refletiu numa prestação estatal positiva e suas leis impregnadas de conteúdo axiológico passaram a pedir uma exigência de implementação. Retirou-se do Poder Judiciário aquela total neutralidade e alterou sua função no sentido de não somente julgar o caso com base na lei, mas, sobretudo, realizar o exercício discricionário, perquerindo um resultado objetivado pela norma social.

Ocorreu então uma flexibilização da lei e do princípio da legalidade, determinando que o juiz passe a buscar a efetivação dos fins sociais da lei.

O papel do julgador passa a ser outro além do definido pela carta maior. Nas palavras de Luis Roberto Barroso (2009, p. 5):

Tal papel passa a ser o poder exercido pelos juízes e Tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público em geral e

na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Carta Magna.

Mas o enfraquecimento do Poder Legislativo em sua competência primária de legislar, muitas vezes por interesse político, tem transferido ao Poder Judiciário a função de trazer uma resposta aos casos difíceis, para uns uma judicialização. Nas palavras de Barroso (2009, p. 6) significa que as questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral passam a ser decidida pelo Poder Judiciário. Para uns, uma transferência de poder para as instituições judiciais; para outros, um ativismo judicial.

No Brasil por inércia do Poder Legislativo pode-se ver que algumas ações do Supremo Tribunal Federal, podem ser caracterizadas como uma postura ativista pois muitas vezes, diante de omissões legislativas, são obrigados a extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional com base no Mandamento de Otimização.

### **3 OS DIREITOS SOCIAIS**

Os Direitos Sociais são direitos expressos no art. 6º da Constituição Federal. Para se chegar ao entendimento que hoje se tem sobre a dimensão dos direitos sociais, faz-se necessário o estudo de conceitos que compõem o núcleo do significado destes direitos naturais e fundamentais.

O direito natural ou jusnaturalista é aquele que advém do homem, pois com ele está desde o seu nascimento. As normas jusnaturalistas emanam para as leis positivadas reflexos de seus princípios. A dignidade humana ilumina o texto da lei, presentes em todas as Constituições de países democráticos.

Aristóteles em sua obra *Ética a Nicômaco* (2001, p. 5) define o direito natural ao dizer que da justiça civil uma parte é de origem natural, sendo esta aquela justiça que mantém em toda parte o mesmo efeito e não depende do fato de que pareça boa a alguém ou não.

Sua busca foi à justiça igualitária, igualdade entre iguais e igualdade entre desiguais, sendo a justiça cumulativa aquela que preside às trocas, e a distributiva aquela que manda tratar os homens com igualdade na medida de sua desigualdade, dando a cada um, o que é seu (ARISTÓTELES, 2001, p. 6), conforme os ditames da justiça social, pensamento que continua a inspirar as constituições atuais.

Outro marco de importância fundamental na construção do direito natural foi o Cristianismo, movimento este que com a morte de seu inspirador Jesus Cristo, torna-se uma religião.

Dentro dos ditames da Igreja Católica Romana tem-se em destaque a patrística e nela, Santo Tomás de Aquino desenvolveu uma teoria voltada para a pessoa, onde o homem sendo imagem e semelhança do Criador, portador da centelha divina é merecedor de proteção, sendo fundamento para que na modernidade fosse possível a positivação dos direitos do homem (BITTENCOURT, 2010, p. 28)

Neste espírito foi construída a Carta das Nações Unidas, um arcabouço jurídico no sentido de proteger o indivíduo do ataque ou ameaça em alguns de seus direitos.

Joaquim José Canotilho (1993, p. 380) defende a lei natural no que tange à influência desta na formação da doutrina que hoje se conhece sobre direitos fundamentais. Este renomado autor ensina ao dizer que:

As concepções cristãs medievais, especialmente o direito natural tomista, ao distinguir entre Lex divina, Lex natura e Lex positiva, abriram o caminho para a necessidade de submeter o direito positivo as normas jurídicas naturais, fundadas na própria natureza dos homens. Foi a secularização do direito natural pela teoria dos valores objetivos da escolástica espanhola, que substituindo a verdade divina pela “natureza ou razão das coisas”, deu origem a uma concepção secular do direito natural.

Mais tarde, a Reforma protestante iniciada por Lutero, disseminou o pensamento em prol da liberdade como forma de poder social dos indivíduos menos favorecidos. A afirmação reformada dos direitos da livre consciência favoreceu a afirmação das liberdades pessoais, o conceito cristão de pessoa humana, livre para Deus, livre para abraçar a fé, digna em sua origem, repercutiu positivamente na história dos direitos humanos (LEPARGNEUR, 1977, p. 81)

Após este período, surge o Contratualismo impregnado pelos ideais iluministas e renascentistas. Possuindo uma carga de influência do direito natural, neste novo momento vivenciado pelo mundo, vê-se despontar uma nova visão, não mais teocêntrica e sim antropocêntrica. O homem passa a constituir o centro dos questionamentos neste período e o que se passa a buscar são as verdades racionais, que outrora eram respondidas pela metafísica.

Thomas Hobbes (2003, p.113) deu novo rumo ao direito natural, mesmo entendendo ser este um preceito ou regra geral que proíbe ao homem fazer aquilo que é ruinoso para com a sua vida. Acreditava que a sociedade não poderia sustentar-se somente no direito natural, pois isto propiciaria a guerra de todos contra todos. Fez-se então necessário à criação de um direito positivo ou contrato social, garantido por um poder centralizado que promulgaria as regras de convívio pacífico. Dá-se a elevação da lei positiva sobre a natural.

Pode-se dizer que foi sobre a concepção medieval de pessoa que nasceu o princípio da igualdade, sendo essa a essência, o núcleo do conceito universal dos direitos humanos (COMPARATO, 2005, p. 20). Trata-se de direitos comuns a toda a espécie humana, a todo homem enquanto homem, que resultam da própria natureza, não sendo criações políticas.

Kant teve importante participação na construção do conceito de pessoa e de sua dignidade. Foi à concepção Kantiana sobre a dignidade da pessoa que levou a condenação de muitas práticas de alvitamento da pessoa à condição de coisa. A Declaração dos Direitos do Homem de 1948, em seu art. 6º, proclamou que “todo homem tem direito de ser em todos os lugares reconhecido como pessoa”.

A compreensão de dignidade da pessoa humana e de seus direitos no curso da história tem sido o fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência os homens recuam horrorizados e, o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos, faz nascer nas consciências à exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos (COMPARATO, 2005, p. 37).

Norberto Bobbio (1992, p. 5) diz que os direitos humanos são frutos de uma construção histórica:

São nascidos em certas circunstâncias, caracterizado por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de forma gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todos.

A consciência dos direitos humanos só começa a se concretizar quando se passa a buscar a limitação do poder político. Um dos primeiros passos para o reconhecimento da existência de direitos humanos, inerentes à pessoa se deu com a consciência de que as instituições de governo devem ser utilizadas para o benefício da pessoa e não dos governantes.

Pode-se dizer que o embrião daquilo que mais tarde se chamará Estado de Direito, onde os governantes não criam leis para justificarem seu poder, mas sim são submetidos às normas emanadas por outro poder, o legislativo surge no governo do Rei Davi.

Montesquieu (1996, p. 25) na obra “Do espírito das leis”, ao se referir a respeito dos três poderes que formam um estado - Executivo, Legislativo e Judiciário - afirma que o texto maior que rege uma sociedade que não agasalhe um rol de direitos da pessoa não é uma constituição. Esse pensamento também será encontrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

A Inglaterra inspirada pelo sentimento de liberdade, somada ao enfraquecimento da supremacia dos barões feudais no século XII, obriga o Rei João Sem Terra a assinar a Magna Carta. Já a declaração do Bom Povo da Virgínia em 1776 constitui o registro de nascimento dos direitos humanos na história. Por meio dela, houve o reconhecimento solene de que todos os homens são iguais e vocacionados por sua própria natureza. Também, em seu art. 2º trouxe o reconhecimento do poder participativo do povo na política, ao dizer que “todo poder pertence ao povo e dele deriva”.

Com a Revolução Francesa teve-se o fortalecimento dos ideais de liberdade e igualdade pertencentes ao ser humano, ao proclamar que “todos os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”.

Mas tarde, tais conceitos foram reafirmados pela Declaração dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948, onde a sociedade, impactada pelas atrocidades cometidas durante a 2ª Guerra, passa a exigir que se reconheçam os valores supremos da igualdade, liberdade e da fraternidade.

Segundo Gilmar Mendes (2009, p.137), desde que os direitos humanos deixaram de serem apenas teorias filosóficas, passando a serem acolhidos pelos legisladores, ficou então superada a fase em que eram consideradas meras reivindicações políticas ou éticas.

Fábio Comparato (2005, p. 55) diz que:

Ao emergir da 2ª Guerra Mundial, após os massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal dos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em outra época da história, o valor supremo da dignidade humana.

Como são os direitos humanos fruto de momentos históricos diferentes, tal direito para ser positivado, atendendo as necessidades sociais da época. Nas palavras de Paulo Gustavo Gonetbranco (2009, p. 269) é indispensável ainda, o concurso de condições sociais e históricas favoráveis para que se incorpore aos estatutos vinculantes.

Para José Afonso da Silva (1992, p.163) o direito fundamental seria:

No nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que o ordenamento jurídico concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamental acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.

Já Paulo Gustavo Gonetbranco (2009, p. 267) diz que a evolução dos direitos fundamentais está notadamente inserida em gerações distintas, ou dimensões de direitos como dizem alguns doutrinadores. A primeira delas abrange os direitos buscados pelas revoluções americana e francesa e foram os primeiros a serem positivados, daí o motivo de chamá-los de primeira geração. Cláudio Lembo (2007, p.16) auxilia o pensamento ao dizer que ao Estado não cabia somente respeitar os limites da liberdade individual, abstendo-se de agir, mas também proteger os indivíduos, de outros que tentasse impedir o exercício da liberdade.

O momento histórico que impulsionou os direitos de segunda geração é marcado pela revolução industrial e a primeira guerra mundial. Diz Paulo Gonetbranco (2009, p. 267):

O descaso para com os problemas sociais, associado às pressões decorrentes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade, tudo isso gerou novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social.

O ideal de abstinência da atuação estatal passa a não mais satisfazer as exigências do momento, o Estado então busca se remodelar, passando a intervir na vida econômica, objetivando alcançar a justiça social. É a passagem do Estado liberal para o Estado de bem estar social. Os direitos fundamentais presentes nesse momento histórico passam a exigir uma prestação positiva por parte do Estado.

Já no que diz respeito à terceira geração de direitos, nas palavras de Pedro Lenza (2011, p. 862) tais direitos fundamentais aqui albergados, são marcados pela alteração social, uma verdadeira mudança na comunidade internacional. Com esta

nova sociedade surgem novos problemas de ordem coletiva, como por exemplo, questões voltadas para o meio ambiente, dificuldade em proteção dos consumidores.

Norberto Bobbio (1992, p. 5) diz que o ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade e fraternidade.

Os direitos fundamentais não param por aí; a realidade social demonstra que o homem muda e modifica o mundo a sua volta e isso faz surgir a necessidade de se conceituar novos direitos que passam a compor a dignidade humana.

Alguns doutrinadores já se reportam a definição do que seriam os direitos de quarta geração, os direitos referentes à engenharia genética, o *biodireito*, pois tais colocam em risco a própria existência humana (BOBBIO, 1992, p. 6), mas também os direitos desta geração são voltados à diversidade, a concretização das relações homoafetivas, de conceitos novos de relações familiares e outros.

Os direitos humanos e fundamentais são direitos construídos com o fim de salvaguardar a dignidade humana. Rizzato Nunes (2002, p. 46) diz que a dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleto de si mesmo, como um valor supremo, construído pela razão jurídica e que o ser humano é digno porque é (NUNES, 2002, p. 47).

No texto *Pessoa, Sociedade e História*, Miguel Reale (1963, p. 69) afirma que:

Toda pessoa é única e nela já habita o todo universal, uma centelha divina, que condiciona a chama e mantém viva, e na chama a todo instante crepita, renovando-se criadoramente, sem seduzir uma à outra.

É nessa concepção metafísica do ser humano, que se pode conceituar a dignidade humana, primeiro como princípio supraconstitucional, fundamento da República Federativa do Brasil, presente no Art.1º inciso III da Constituição Federal de 1988. Robert Alexy (1993, p. 105) diz que a dignidade da pessoa configura um valor absoluto mas o que ocorre, em verdade, é que essa norma é tratada em parte como regra e, em parte, como princípio.

Gilmar (2009, p. 175) explica que são expansivos os âmbitos de proteção da dignidade humana, indo desde o respeito à pessoa como valor em si mesmo, sendo um conceito metafísico, conquista do pensamento cristão, até a satisfação das carências elementares dos indivíduos, como por exemplo, alimentação, trabalho, moradia, saúde, educação e cultura.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2000, p. 32) diz que para começar a respeitar a dignidade tem-se de assegurar concretamente os direitos sociais previstos no Art. 6º da Constituição Federal de 1988.

Ingo Sarlet (2001, p. 60) conceitua a dignidade como:

A qualidade intrínseca reconhecida a cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, inspirando neste sentido um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a ela condições mínimas de vida.

Fica clara a determinação de que as leis devem ser feitas e conter em seu núcleo o valor axiológico de máxima proteção ao homem e sua dignidade, enquanto portador da centelha divina, para que possa se desenvolver em uma sociedade justa, fraterna e solidária.

### 3.1 OS DIREITOS SOCIAIS E A ORDEM ECONÔMICA

Os direitos sociais, também denominados de direitos de segunda dimensão, encontram-se intrinsecamente entrelaçados à ordem econômica, nas palavras de José Afonso (1992, p. 288) e ambos adquiriram dimensão jurídica à partir do momento em que as Constituições passaram a discipliná-las, sendo que o marco se deu com a Constituição Mexicana.

No Brasil, a Constituição Federal de 1934 trazia um capítulo sobre a ordem econômica e social; já a Constituição de 1988 tratou de trazer um capítulo próprio dos direitos sociais. Em seu Art. 6º estão dispostos quais são os direitos sociais e na Emenda Constitucional 64/2010 foi acrescentado a alimentação como direito social.

Fábio Nusdeo (2000, p. 53) define a economia como ciência ou arte da organização, direção e administração, que trata das relações do homem em sociedade e que o conduzem à satisfação de suas necessidades.

É a economia com caráter social, conceito metaindividual voltado para o coletivo e que existe porque os recursos são escassos frente às múltiplas necessidades humanas e por isso o direito se faz presente na economia, regulando esses interesses.

Francisco Carnelutti, citado por Fabio Nusdeo (2000, p. 65), diz que “*Quanto piu economia, piu direito*”, ou seja, quanto mais economia mais se faz necessário o direito para regular essas relações.



O Art. 170 da Constituição Federativa do Brasil de 1988 contém os princípios da ordem econômica, da livre iniciativa e seus fundamentos, e neste artigo observa-se insculpido elementos que identificam a base da ordem econômica de cunho liberal; a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa e a justiça social, também determinada como um dos fundamentos da República do Brasil.

A ordem econômica determina a ordem social. Através desta, é possível atingir os direitos sociais presentes no Art. 6º da Constituição Federal de 1988 pois ao empregar o trabalhador, a empresa garante a ele um retorno financeiro que advém de seu trabalho, gerando o sustento e promoção de dignidade, e através dos tributos pagos pela livre iniciativa e demais cidadãos ao Estado, este pode realizar suas ações afirmativas. É o próprio Welfare State ou Estado de bem estar social.

Só pode haver uma ordem social fundada na ordem econômica e neste caso destaca-se a livre iniciativa, pois ela como fundamento da economia produz trabalho, e este sustento e dignidade ao homem.

Ao governo cabe seguir uma sistemática de efetivação dos direitos visando cumprir e efetivar os pilares constitucionais econômicos do Art. 170 da Constituição Federal de 1988: a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa e da busca da justiça social. Tais pilares que sustentam a economia e, por conseqüência, a efetivação dos Direitos Sociais pelo Estado, pois através dos tributos arrecadados com a geração e movimentação das empresas e suas formas indiretas de arrecadação, são de ordem imperiosa de proteção e efetivação pelo poder público que o próprio texto normativo constitucional prevê a responsabilização do Presidente da República se omissis for, conforme preceitua o Art. 85 da Constituição Federal. Os direitos sociais e econômicos entrelaçam-se pois sem empresas privadas não há trabalho, e sem trabalho, não se pode falar em valorização do trabalho humano e conseqüente promoção de sua dignidade humana.

Os direitos sociais como dimensão dos direitos fundamentais podem ser conceituados como prestações positivas proporcionadas pelo Estado, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos. São direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais (SILVA, 1992, p. 289).

Os operadores do direito devem interpretar os direitos sociais como cláusulas pétreas pois tais direitos representam uma garantia elevada, de grande valor axiológico, encontrando-se dispostos como direitos fundamentais, com caráter

absoluto e intangível, não podendo ser modificado nem por Emendas Constitucionais.

#### **4 A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**

A hermenêutica constitucional se propõe a estudar os princípios e fatos e compreender os institutos da Constituição para colocá-la diante da sociedade. O poder constituinte é o responsável pela criação do Texto Constitucional. Mas para se entender o que a norma constitucional significa é necessário interpretar, atribuir significado àquele texto. Os textos constitucionais também necessitam de interpretação.

Como afirma J.J. Canotilho, considerar a interpretação como tarefa significa que toda norma é significativa, mas o significado não constitui um dado prévio e sim um resultado da tarefa interpretativa (CANOTILHO, 1993, p. 218).

Os métodos clássicos definidos por Savigny foram criados para interpretar leis em geral; parte da doutrina acredita que os mesmos servem para os textos constitucionais. Inocêncio Coelho (2003, p. 55) entende que esses métodos embora úteis, não são suficientes para se interpretar a Constituição. Quando se fala em métodos tradicionais ou clássicos a referência se dá ao método gramatical, sistemático, histórico, sociológico e teleológico.

Considerando que em tal período a Constituição era tomada estritamente na sua acepção jurídica de lei, esperava-se do interprete que o mesmo assim a interpretasse. Vivia-se a idade de ouro das Constituições normativas e isso resultou em um Direito Constitucional fechado, sólido, estável, mais jurídico do que político, mais técnico do que ideológico e mais científico do que filosófico (BONAVIDES, 2000, p. 424).

Com o enfraquecimento desse sistema passou-se a buscar um sentido mais profundo da Constituição. Surge uma nova hermenêutica constitucional que passa a conceber a Constituição como um conjunto de normas que precisam evoluir juntamente com a sociedade, sempre atrelados aos fatos e valores sociais daquele povo naquela época.

Paulo Bonavides afirma que a relevância dos modernos métodos interpretativos cresceu sem dúvida em razão da transformação por que passou todo

o constitucionalismo clássico desde o advento de princípios de natureza social (BONAVIDES, 200, p. 418).

Os métodos clássicos passam a não mais atender as necessidades interpretativas, surgindo novos pensadores e novas técnicas. A interpretação deixa de ser retrospectiva para ser prospectiva, voltada a um significado atual e isso a doutrina denomina de mutação constitucional, que se traduz em um mecanismo de reforma informal da Constituição, que nada mais é do que um processo hermenêutico de adaptação dela com a realidade social, de cada época, sem ser necessário modificar seu texto através de Emendas constitucionais.

Os princípios constitucionais são grandes aliados nessa nova forma de interpretação constitucional. São normas dotadas de grande abstração, cheias de conteúdo axiológico.

Ao argumentar baseado em princípios o interprete tem que fazer a ponderação de bens e interesses, extraído da própria Constituição aqueles já implícitos a ela, como por exemplo, a supremacia constitucional, a unidade da Constituição, a máxima efetividade das normas constitucionais e a razoabilidade.

A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição defendida por Peter Habberle diz que se deve com urgência recusar a idéia de uma interpretação monopolizada exclusivamente pelos juristas.

Interpretar não é tarefa que caiba unicamente aos poderes públicos, muito menos apenas ao Tribunal Constitucional. Todos nós, quando vivemos em sociedade, estamos contribuindo com nossos valores e experiências, para que a própria Constituição se adapte ao mundo real (HARBERLE, 1997, p. 23).

Para que a Constituição chegue ao seu objetivo todos os cidadãos devem se envolver num processo de interpretação e aplicação da mesma. O titular do poder constituinte é a sociedade, devendo ela se envolver no processo hermenêutico de materialização da Constituição.

Para Paulo Bonavides esse sistema na prática pode não ter efeito esperado, pois a Constituição representa o campo ideal ou uma aplicação do método tópico, construir na sociedade dinâmica uma estrutura aberta, tomada por seus valores pluralistas pode gerar certo grau de indeterminação (BONAVIDES, 2000, p. 452).

Acredita ainda:

O emprego dessa forma interpretativa neoconstitucional somada a desorganização da consciência jurídica e a impotência normativa da lei, poderia ocasionar efeitos desestabilizadores e negativos

abreviando e consumando o desenlace institucional (BONAVIDES, 2000, p. 472).

Diante das tímidas experiências nos Tribunais Brasileiros, pode-se perceber que as mesmas têm recebido grande prestígio, por exemplo, a realização das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal e a figura do *amicus curiae* e também o reconhecimento do poder constituinte difuso ou a mutação constitucional.

## 5 A TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

A construção de uma teoria que versa sobre o mínimo existencial visa garantir ao cidadão uma vida com dignidade. É uma construção social que parte do início do pensamento filosófico até o moderno.

O pensamento filosófico influenciou diretamente a doutrina social da igreja e tal doutrina cristã, impulsionada por seus valores de amor ao próximo e caridade, foi um marco no que diz respeito à assistência aos que não dispõem de condições próprias de subsistência (BITTENCOURT NETO, 2010, p. 34).

A atuação do poder público em uma medida que viesse concretizar a existência mínima necessária de vida se deram de maneira embrionária primeiramente entre os povos hebreus e gregos. O Império romano influenciado pela doutrina social da igreja cristã, no período medieval concretizava tais direitos pela via religiosa; já no período marcado pela Contrarreforma ou Reforma Protestante o Estado assume de modo direto as funções de assistência aos necessitados (BITTENCOURT NETO, 2010, p. 42).

Já no Estado Moderno, as ações públicas contra a pobreza se dão no sentido de manter a paz pública e não a busca pela melhoria de vida dos menos favorecidos.

No Estado liberal, se pode identificar a preocupação pela garantia dos meios mínimos de subsistência. À exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em seu Art. 21, incorporado a Constituição Francesa de 1793, fala em socorros públicos e da necessidade de se garantir a sobrevivência dos cidadãos desafortunados.

Os ideais propagados pela Revolução Burguesa afastam os ideais cristãos e afirmam que os direitos a subsistência humana possui fundamento legal, no direito natural ou jusnaturalismo.

A passagem de um Estado liberal para um Estado intervencionista ou social - Welfare State - ou Estado de bem estar social, marcam o esboço do reconhecimento formal do direito ao mínimo existencial. O Estado outrora abstêmio passa a intervir nas relações e suas ações outrora negativas passam a ser positivas; neste novo período o que se espera do Estado é que promova algo. Pode-se perceber que as constituições de Weimar e a Mexicana remontam bem essa proteção social por parte do poder público. O Estado social de direito surge como resposta às crescentes necessidades que a sociedade não podia suprir. (BITTENCOURT NETO, 2010, p. 52).

Robert Alexy (1993, p. 427) diz que uma das características centrais do Estado social de direito é a existência de direitos fundamentais sociais a prestações, incluindo normativas e fáticas.

Jorge Novais (2006, p.183) diz que o novo princípio que informa o Estado, o da Socialidade, impõe a ele que venha a garantir condições para a existência digna dos cidadãos, mediante a prestação de bens, serviços e infra-estruturas e não apenas com aparato de segurança social.

O Brasil inspirado pela Constituição Portuguesa de 1976, que possui em seu bojo princípios como a dignidade humana, socialidade e democracia, possíveis de concretização pela positivação da ordem econômica e livre iniciativa, promulga o texto constitucional de 1988 trazendo em seu conteúdo a similitude dos escritos portugueses no que diz respeito aos direitos sociais.

## 5.1 UMA BREVE FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O Estado do bem estar social tem o dever de proteger a dignidade humana e de salvaguardar os direitos que garantem tal condição intrínseca do homem. Garantir os direitos mínimos de existência é uma forma de proteção da dignidade. Emílio Bittencourt (2010, p.118) salienta que a existência digna não significa mera subsistência ou sobrevivência, antes postula condições que permitam a fruição dos direitos fundamentais, a fim de possibilitar o pleno desenvolvimento da personalidade.

Além do princípio da dignidade, outra fundamentação à defesa do direito ao mínimo existencial encontra-se no princípio da igualdade material, que surge no

Estado Liberal como uma igualdade formal, ou igualdade perante a lei e com a consolidação do Estado Social de Direito.

Para Alexy (1993, p. 414) seria a disposição jusfundamental no âmbito do estado social a base de direitos fundamentais a prestações.

Ingo Sarlet (2001, p. 329) pontua que partindo desta idéia, o conteúdo deste direito mínimo seria dado ao se alcançar o necessário para a manutenção de uma existência digna, sendo que este deverá ser fixado em função das necessidades que se identifiquem para que se mantenha o respeito à pessoa, podendo ser definidos pelos parâmetros na realidade constitucional para tanto.

A Constituição por muitas vezes demonstra um antagonismo em seu texto quando, por exemplo, o Art. 7º inciso IV, estabelece aos trabalhadores um rol de direitos, dentre eles o direito ao salário mínimo “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo.

Sendo assim torna-se difícil atrelar à fixação de um parâmetro de valor aos direitos mínimos de existência advindo do Legislativo à um salário que consiga contemplar e efetivar as mínimas necessidades básicas do homem.

## 5.2 A RELAÇÃO ENTRE MÍNIMO EXISTENCIAL E A MÁXIMA EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS

A relação entre o mínimo existencial e a máxima eficácia dos direitos sociais pode ser visualizada nas palavras de Ingo Sarlet (2001, p. 39), quando este diz que o mínimo existencial não significa que os direitos sociais só são fundamentais quanto ao mínimo de suas possibilidades e a sua relação entre exigibilidade de uma norma constitucional imperativa e a reserva do possível.

A norma constitucional que tutela os direitos sociais, oriunda da intervenção direta do poder legislativo - um cumprimento ao princípio democrático e pluritarismo político, possui caráter cogente tanto em sua aplicabilidade, “quanto ao dever de legislar” (CANOTILHO, 1993, p. 478).

Pode-se entender que a reserva do possível é um verdadeiro entrave para possibilidade de se extrair da norma jusfundamental posição ativa de direitos que versam sobre prestações fáticas, como por exemplo, a efetivação dos direitos

sociais. Conjugar a efetivação deste direito à reserva do possível é muitas vezes um argumento para explicar a inércia do poder legislativo no que diz respeito à concretização legal de normas que efetivem esses direitos.

Como os direitos sociais demandam prestações de caráter material, estes dependem com mais vigor de recursos financeiros (BITTENCOURT NETO, 2010, p. 146). Entra em cena o Mandamento de Otimização e o *Efeito Cliquet* ou Princípio da Proibição do Retrocesso Social, ambos implícitos no texto constitucional.

Eles determinam que o operador do direito faça com que as leis sejam usadas em sua maior efetividade, com maior eficiência, garantindo ao indivíduo todos os direitos neles expressos e assim estes, uma vez adquiridos, não podem retroceder. “É vedado ao estado-legislador retroceder arbitrariamente, em relação à regulação legislativa de um direito social” (BITTENCOURT NETO, 2010, p. 163).

Para Canotilho (1993, p. 321) o Princípio da Proibição de Retrocesso Social formula-se assim:

O núcleo essencial dos direitos sociais, já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial.

O órgão responsável pela jurisdição, o Poder Judiciário, também se encontra vinculado à efetivação dos direitos fundamentais, pelo princípio constitucional da inafastabilidade do judiciário, capitulado no art.5º XXXV da Constituição Federal. Cabe a este órgão defender os direitos do homem quando ameaçados ou violados.

Também é função do Judiciário o controle dos atos dos demais poderes. Segundo Gilmar Mendes (2009, p. 284) é função das cortes conferirem a tais direitos a máxima eficácia possível.

Aos juristas é autorizado na ausência de lei, a concretização dos direitos fundamentais, através da interpretação e os juízes podem e devem aplicar as normas garantidoras de tais direitos mesmo que haja lei proibindo.

Segundo José Afonso da Silva (1992, p. 79):

As normas de direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, mesmo que algumas pareçam estar à mercê de uma regulamentação do legislador ordinário, as normas de eficácia contida, e segundo ele estas são as leis que o legislador constituinte regulou atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer.

Isto não significa que pela inércia do legislador tal direito não será assegurado. Cabe ao Poder Judiciário interferir fazendo valer tal direito. Celso Bastos (1992, p. 393) sobre isso ensina que:

Quando a norma de direito fundamental não contiver os elementos mínimos indispensáveis que lhe assegurem aplicabilidade, nos casos em que a aplicação do direito pelo juiz importar infringência à competência reservada ao legislador, ou ainda quando a Constituição expressamente remeter a concretização do direito ao legislador, estabelecendo que o direito apenas seja exercido na forma prevista em lei, nessas hipóteses, o princípio do § 12 do art. 52 da CF haverá de ceder, estabelecendo assim uma ordem de otimização.

A efetivação dos direitos constitucionais do indivíduo não podem de maneira nenhuma serem relativizados ou não concretizados pela desculpa que não há recursos suficientes pois a própria Constituição já determina os valores que devem ser investidos.

Peca o Poder Legislativo ao se omitir de criar leis que visem à melhor efetivação dos direitos sociais do cidadão e peca também, muito mais o Executivo quando em sua má gestão desvia os recursos que deveriam ir para a efetivação dos direitos sociais e são destinados para outros fins, muitas vezes ilícitos.

Para Virgílio Afonso (2005, p. 46) os princípios são como Mandamentos de Otimização, normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

## **6 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**

O Estado dentro de seu poder-dever encontra-se totalmente vinculado com a efetivação das normas sociais. Isso se dá ao Legislativo que tem o dever de legislar, e Executivo com seu dever de executar, administrar de forma a concretizar as leis sociais emanadas do órgão representativo e ao Judiciário, com sua função jurisdicional, trazer soluções diante do caso concreto. Sobre isso Cintra, Grinover e Dinamarco (2004, p. 23), vão mais além, definindo jurisdição como sendo, ao mesmo tempo, poder, função e atividade:

Como poder, é a manifestação do poder Estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do Direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete.

Tal função jurisdicional tem sido frequentemente alargada, ou melhor, é visivelmente nítido que o poder judiciário por consequência da inércia,



principalmente do Poder Legislativo, tem acumulado funções. A isto se dá o nome de ativismo judicial ou judicialização.

Eurico Bittencout (2010, p. 150) diz:

A defesa de um ativismo judicial, definidor de políticas públicas, em um estado de direito, está em desacordo com o necessário prestígio do princípio do pluralismo político, tem sido levado a cabo, com a compreensível preocupação de aproximar as disposições jusfundamentais da realidade constitucional, ao ponto de se postular mais que um juiz-legislador, verdadeiro juiz-administrador.

No início deste artigo foi tratado da separação dos poderes, e da atuação do Poder Judiciário frente a estes casos denominados difíceis. Sendo assim entende-se que a judicialização ou para alguns, ativismo judicial, é decorrente da lacuna legislativa diante da necessidade de soluções nas relações intersujeitos. Nesses casos o judiciário se vê obrigado a julgar baseado em princípios supraconstitucionais, usando estes na fundamentação de suas sentenças, em caso de lacuna na lei.

Ricardo Freire Soares diz que não se argumente contra o ativismo judicial porque ele é um modo de exteriorização pela via hermenêutica da valorização dos princípios constitucionais (SOARES, 2008, p.17)

A alegação do Executivo para a não consecução de um direito fundamental e social encontra-se amparado no princípio da separação dos poderes, uma conquista da civilização humana, como uma forma de garantir a limitação da autoridade do Estado.

Mas vale ressaltar que a atuação efetiva do Judiciário na concretização dos direitos pertencentes ao homem, encontra-se no Princípio da Inafastabilidade deste poder, presente no Art. 5º inciso XXXV da Constituição Federal, que em momento algum poderá deixar de apreciar lesão ou ameaça a direito. É vedado ao Judiciário deixar de proferir uma sentença por falta de lei.

Sendo assim, é incumbência do órgão jurisdicional trazer uma resposta sobre qualquer situação que chega até ele e uma vez negada sua concretização pelo órgão público, compete a ele fazer valer o texto constitucional e emitir a voz de *faça-se*, vinculando os demais a cumprirem.

Inobstante às considerações de atuação do Poder Judiciário nas omissões dos demais poderes da República, importante observar que o que se espera são decisões pautadas em princípios do Direito e não em decisões políticas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o exposto requereu-se chegar ao pensamento dominante no que versa sobre os direitos sociais serem normas constitucionais de caráter imperativo, que não precisam de complementação para serem implementadas.

Cabe ressaltar que o fato da teoria vigente sobre o mínimo existencial determinar a existência de algo abstrato que garanta uma vida digna e este fundamentado na dignidade humana, princípio iluminador que deve ser levado em conta pelo legislador, sob pena de suas leis emanadas serem consideradas inconstitucionais, entende-se não ser digno o homem viver sem ter necessariamente o mínimo que lhe garanta sua dignidade, sua vida.

O Estado Democrático de Direito possui como um de seus fundamentos a dignidade humana, e ela juntamente com outros princípios constitucionais implícitos servem como regra interpretativa na hora do juiz julgar o caso baseado em princípios. É a aplicação da função social em cada caso concreto.

O Direito é uma instituição social destinada a satisfazer às necessidades sociais. É o cumprimento dos melhores resultados sociais, mediante o mínimo de sacrifício dos interesses em conflito, por meio da ordenação da conduta humana, em uma sociedade politicamente organizada.

Garantir os direitos sociais é garantir o direito ao mínimo de existência. Quando se diz mínimos necessários de direitos sociais efetivados para trazer dignidade a alguém, tais percentuais não podem ser mensurados, pois versam sobre algo subjetivo do indivíduo e o que é necessário para garantir a dignidade de um não o é de outros. Sendo assim, não se pode dizer que tendo o homem alimento, moradia e saúde, este pode ser considerado digno, e seus direitos estarão garantidos. Também, de igual forma, reduzir o homem aos mínimos padrões de sobrevivência e a ele atribuir dignidade, não é fruto de governo que governa para o povo e com o povo.

Conclui-se que a atitude do Poder Judiciário, ao julgar e aplicar os mandamentos constitucionais imantados da dignidade da pessoa humana em face de ausência da efetivação dos direitos sociais pelo Executivo é simplesmente um cumprimento da sua função jurisdicional e não pode ser considerado como um confronto ao princípio da separação dos poderes.

Da leitura do preâmbulo da Constituição Brasileira<sup>3</sup>, do Art. 1<sup>o</sup> inciso III e do Art. 3<sup>o</sup><sup>5</sup> é que aflora o verdadeiro sentido de proteção à pessoa humana. A preocupação constitucional dos presentes artigos expressam normas de proteção ao ser humano, base de toda uma sociedade, devendo estas serem observadas pelos intérpretes da lei.

É necessário que os membros integrantes do Estado estejam inseridos, vivenciando e respirando os atuais e iminentes anseios de uma sociedade, até porque o Direito não acompanha a evolução de um povo, em qualquer dos seus aspectos.

Inseridos e não orbitando na sociedade: este é o dever de todos os componentes da pólis. Fazer valer o sentimento de solidariedade, de fraternidade para assim, viver, legislar, administrar e julgar em favor do pleno alcance de uma vida com liberdade de escolhas, de uma vida com dignidade.

Diante dessa premissa, mister se faz necessária a observação de uma estrita interpretação pluralista, fraterna e sem preconceitos, conforme dita o preâmbulo constitucional, dos direitos fundamentais.

Com relação à interpretação conforme a Constituição salienta-se o pensamento do jurista alemão Peter Häberle, que em sua obra 'Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição', obra traduzida por Gilmar Ferreira Mendes, em que o autor defende a tese de que é preciso adotar uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista ou à chamada sociedade aberta, onde todo aquele que vive a Constituição é seu legítimo intérprete.

Interpretar conforme a Constituição é analisar o contexto histórico do momento, analisando o processo como um todo, para que essa interpretação

---

<sup>3</sup> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

<sup>4</sup> Art. 1<sup>o</sup> A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana;

<sup>5</sup> Art. 3<sup>o</sup> Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

chegue o mais próximo possível dos anseios de uma sociedade. Sociedade esta aberta, pluralista, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Vale dizer, interpretar a Constituição é interpretar os anseios do homem dentro de uma sociedade, procurando o correto entendimento daquilo que é necessário para que esse homem possa viver em sociedade, viver com dignidade dentro de sua família.

Dessa maneira, é de responsabilidade dos integrantes dos poderes da União, bem como de todos os integrantes da sociedade, legislarem, administrarem e julgarem tendo sempre os olhos voltados para a pessoa humana. O homem, aqui referenciado como raça humana, em sua plenitude de realizações que lhe possam conferir dignidade.

Ao Legislativo cabe a tarefa de legislar sempre com normas voltadas para o homem; ao Administrativo, administrar sempre com vistas à realização dos direitos fundamentais do homem; ao Judiciário, julgar sempre de acordo com os direitos fundamentais e quando de suas colisões com outros direitos fundamentais, encontrar no princípio da proporcionalidade a efetiva concretização do direito que contenha em sua essência a carga axiológica de maior valor. E à sociedade, dirigir aos seus pares olhares de solidariedade, com o coração repleto de amor e sensibilidade para enxergar em seu próximo uma pessoa de idêntica imagem. É fazer ao outro aquilo que gostaria de ser feito por você. É fazer para a família de seu semelhante aquilo que gostaria de fazer para a sua.

Importante é a realização de todas as necessidades do ser humano que lhe garantam uma existência digna acompanhadas do sempre “algo mais”. Esse aumento, esse algo mais em sua existência digna faz com que tenhamos uma sociedade sempre em direção ao alargamento do mínimo existencial, fazendo prevalecer a teoria do não retrocesso de uma sociedade, na aplicabilidade dos direitos fundamentais.

Interpretar conforme a Constituição é concretizar a esperança de muitas pessoas que são privadas de seus integrantes, deixando de receber o afeto e carinho necessários para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. E esse pleno desenvolvimento encontra um porto em uma sociedade justa, fraterna e solidária.

Por derradeiro, imperiosa a busca por uma sociedade que contemple os ditames fundamentais de uma Constituição voltada para a busca de uma sociedade justa, livre e solidária, pautadas no pleno desenvolvimento do homem.

Assim, em um horizonte não muito longínquo, a esperança renasce, a cada dia, com a certeza de que os fundamentos de um Estado Democrático de Direitos não mais serão objetos de discussões e controvérsias.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzon Valdês. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Revista do Estado, p. 5. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/constituicao-democracia-e-supremacia-judicial-direito-e-politica-no-brasil-contemporaneo>. Acesso em: 12. Jun. 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BITENCOURT NETO, Emilio. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 2002.

COMPARATO, Fábio. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CANOTILHO, Joaquim José. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CLAUDIO, Souto; FALCÃO, Joaquim. **Sociologia e Direito: textos básicos para a disciplina de Sociologia Jurídica**. São Paulo: Pioneira, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelelegri; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DALLARI, Dalmo. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FIORILLO, Celso Pacheco. **O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMANS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEPARGNEUR, Hubert. **A igreja e o reconhecimento dos direitos humanos na história: declaração universal dos direitos humanos**. São Paulo: Cortez e Moraes, 1977.

LEMBO, Cláudio. **A pessoa e seus direitos**. São Paulo: Manole, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 15. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MACEDO, Sílvio. **História do pensamento jurídico**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.

MACHADO NETO, Antonio Luis. **Sociologia Jurídica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MELLO, Celso Antônio. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

- NOVAIS, Jorge. **Contributo para um estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2006.
- NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- PLATÃO. A República. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.
- REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Pluralismo e liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1963.
- ROCHA, Iolanda Jardim da. **1000 perguntas de sociologia jurídica**. 2. ed. ver. Ampl. Rio de Janeiro: Thex Ed, 1998.
- SAMPAIO JR, Tércio. **O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?** Judiciário. Revista USP, v. 21, p.12-21, mar/abr/maio, 1994.
- SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.
- SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito. Uma visão substantiva**. 2. ed. rev. Ampl. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- TEIZEN JUNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: RT, 2004.
- WEBER, Max. **O político e o cientista**. Lisboa: Presença, 1982.