

**INFLUXOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO INCLUSIVO NA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: ANÁLISE DA PRIMAZIA DO PODER JUDICIÁRIO NA PERSPECTIVA DAS TEORIAS DA RESERVA DO POSSÍVEL, DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA MÁXIMA EFETIVIDADE**

**INFLUXES OF INCLUSIVE NEOCONSTITUTIONALISM IN PROVIDING OF FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS: ANALYSIS OF PRECEDENCE OF JUDICIARY IN VIEW OF THE THEORIES OF RESERVATION OF POSSIBLE, THE MINIMUM EXISTENTIAL AND MAXIMUM EFFECTIVENESS**

William Paiva Marques Júnior<sup>1</sup>

**RESUMO:** Analisa-se a primariedade da função jurisdicional na efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais, entendidos estes como direitos às prestações estatais positivas tendentes à melhoria das condições de vida dos cidadãos. Verifica-se que a atuação do Poder Judiciário no neoconstitucionalismo inclusivo consistente em implementar políticas públicas de direitos sociais pode assumir os mais diversos matizes. Apresenta-se uma atuação proativa por parte do Estado-Juiz ante a concretização destes direitos. Na evolução histórico-jurídica dos direitos fundamentais verifica-se que a corrente mais hermética na sua efetivação (teoria da reserva do possível), paulatinamente cedeu espaço a uma relação simbiótica entre os direitos fundamentais de segunda dimensão e o axioma da dignidade da pessoa humana, plasmada na adoção dos paradigmas do mínimo existencial e, mais recentemente, da máxima efetividade. A teoria mais vanguardista atribui ao magistrado a missão protagonista no mister de guardião dos direitos sociais. Toma por fulcro a hermenêutica constitucional contemporânea condizente com o modelo de Estado Social de Direito assentado em um modelo que prima pela construção de uma democracia cidadã e inclusiva.

**PALAVRAS- CHAVE:** NEOCONSTITUCIONALISMO INCLUSIVO; DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS; PRIMAZIA DO PODER JUDICIÁRIO; TEORIAS.

**ABSTRACT:** Analyzes the primarity the judicial function in the effectiveness of Fundamental Social Rights, which are understood as positive rights to state benefits aimed at improving the living conditions of citizens. It appears that the role of the judiciary in inclusive neoconstitucionalism consistent in realization of public policies for social rights can take slight differences. Present a proactive role by the Judge - State before the realization of these rights. In

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (2009). Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Professor Assistente do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Ceará. Vice-coordenador da Graduação em Direito da UFC. Bolsista de Doutorado da CAPES. E-mail: williamarques.jr@gmail.com

historical legal evolution of the fundamental rights it appears that the most current hermetic in its execution (theory of the possible reserves), gradually gave way to a symbiotic relationship between the fundamental rights of the second dimension and the axiom of human dignity, shaped the adoption of the minimum existential paradigms and, more recently, the maximum effectiveness. The most modern theory attributes to the magistrate in the protagonist mission mister guardian of social rights. Takes fulcrum for contemporary constitutional hermeneutics consistent with the model of social rule of law seated in a model that excels in building a citizen and inclusive democracy.

**KEYWORDS:** INCLUSIVE NEOCONSTITUTIONALISM; FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS; PRECEDENCE OF JUDICIARY; THEORIES.

## **1. INTRODUÇÃO**

Tradicionalmente o conhecimento jurídico é analisado sob o prisma reducionista do legalismo positivista e, portanto, alheio às peculiaridades reverberadas pelos reclamos de grupos socialmente excluídos. A superação desse paradigma exegético-dogmático implica no reconhecimento de uma Ciência Jurídica viva e mutante, essencialmente dinâmica ao servir ao relevante papel de objeto conformado pelos fatos sociais e transformador das relações sócio-institucionais.

A análise da primariedade jurisdicional na efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais, perpassa necessariamente pela gênese e evolução histórica dessa categoria de direitos às prestações estatais positivas tendentes à melhoria das condições de vida dos cidadãos, cuja base axiológica repousa na dignidade da pessoa humana.

Como corolário da dignidade da pessoa humana, são reconhecidos os direitos fundamentais sociais que albergam o acesso à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, bem como à assistência aos desamparados, nos aspectos físicos, morais e espirituais, englobando diversas nuances do indivíduo. Verifica-se que a atuação do Poder Judiciário no neoconstitucionalismo inclusivo consistente em efetivar políticas públicas de direitos sociais pode assumir os mais diversos matizes. Na contemporaneidade, apresenta-se uma atuação proativa por parte do Estado ante a concretização de tais direitos. Na evolução histórico-jurídica dos direitos fundamentais sociais observa-se que a corrente mais hermética na sua efetivação (reserva do possível), paulatinamente cedeu espaço a uma relação simbiótica entre os direitos fundamentais de segunda dimensão e o axioma da dignidade da pessoa humana (teoria do mínimo existencial, cujo fundamento axiológico é a dignidade da pessoa humana). O fortalecimento dos direitos sociais em seus diversos prismas perpassa necessariamente pela proteção aos direitos de grupos minoritários,

outrora desamparados das conquistas democráticas surgidas no contexto da Carta Política de 1988. Em seu estágio atual, o neoconstitucionalismo no Brasil toma por fulcro a hermenêutica constitucional contemporânea (em especial do STF e do STJ) apresenta-se condizente com o modelo de Estado Social de Direito assentado em um modelo que prima pela construção de uma democracia cidadã e inclusiva.

De forma inovadora no constitucionalismo brasileiro os direitos sociais foram incluídos no rol de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. De nada adianta a consagração de tais direitos se não houver a sua efetividade em nível de justiciabilidade. O papel estatal como agente promotor da justiça social através da erradicação da pobreza e da marginalização, bem como da redução das desigualdades sociais e regionais na forma prevista pelo art. 3º, inciso III da CF/88 é plasmado mediante a concretização dos direitos fundamentais sociais, em seus mais diversos matizes.

Os direitos fundamentais sociais têm por escopo a garantia de condições mínimas de vida digna ao cidadão e à coletividade. Neste jaez eis que o art. 1º, incisos III e IV da CF/88 estabelece que a República Federativa do Brasil apresenta como alguns de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, que não serão atingidos caso os direitos sociais venham ser menoscabados pelo Poder Público.

Em uma visão mais retrógrada as disposições constitucionais atinentes aos direitos fundamentais sociais são enquadradas como normas meramente programáticas, ou seja, constituem-se em diretrizes informativas e norteadoras de ação governamental, daí a impossibilidade de sua justiciabilidade. A motivação para essa corrente jurídico-hermenêutica é a de que as normas consagradoras de tais direitos não definem de modo concreto a prestação devida. Assim, seriam disposições dependentes de ulterior regulamentação na atribuição de sua eficácia.

A partir da realidade contemporânea campeiam as reflexões extraídas da necessidade de um conhecimento aberto à proteção dos direitos fundamentais sociais, plasmando um ponto de mutação de uma lógica racional-cartesiana para uma realidade essencialmente complexa e aberta à necessidade de abertura das políticas públicas estatais à dignidade da pessoa humana e à valorização social do trabalho, como força propulsora da plenitude na efetividade dos direitos sociais.

## **2. GÊNESE, CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Segundo Antonio Enrique Perez Luño (2006, pág. 562) em seu significado objetivo axiológico os direitos fundamentais representam o resultado do acordo básico das diferentes forças sociais, feita a partir de relações de tensão e os esforços posteriores para colaborar na consecução de objetivos comuns. Portanto, corresponde aos direitos fundamentais um papel importante para

legitimar as formas constitucionais do Estado de Direito, assim como o consenso que constituem pressupostos sobre as quais construir uma sociedade democrática, em outras palavras, a sua função é sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do sistema democrático que a maioria das pessoas dão o seu consentimento e condicionam o seu dever de obediência à lei. Também envolvem a garantia essencial de um processo político livre e aberto, como um repórter de uma sociedade pluralista.

Segundo Paulo Bonavides (2006, pág. 562) a vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade da pessoa humana, enquanto valores históricos e filosóficos, conduzem ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela vez primeira, por ensejo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1.789.

A gênese do constitucionalismo atrela-se ao reconhecimento dos direitos fundamentais de primeira dimensão. Estes têm por gênese as primeiras revoluções burguesas (fundadas em ideologia liberal) e o surgimento do Estado de Direito. Correspondem aos direitos de liberdade. Representam garantias dos cidadãos (até então súditos) em face do poder estatal. Corporificam limitações ao outrora onipotente Estado Absolutista. A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1.776) e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1.789), representam e corporificam o ideário atinente a esta categoria dos direitos fundamentais. Tais movimentos buscaram a proteção de direitos atrelados aos valores imanentes à ascensão da burguesia como classe social e economicamente dominante. Representam a ruptura com a ideologia do Estado Absolutista e a fundação do Estado Liberal.

Os direitos fundamentais sociais materializam a evolução do constitucionalismo em uma dimensão transcendente ao plano eminentemente individual. Seu momento histórico são as lutas sociais advindas das reivindicações das classes proletárias ante os valores representados pelo capital e trabalho que permearam a Revolução Industrial (marcada por um conjunto de alterações tecnológicas com impacto no processo produtivo em nível econômico, político e social. Iniciada na Inglaterra em meados do século XVIII, expandiu-se pelo mundo a partir do século XIX. Ao longo do processo a era da agricultura foi transplantada, a máquina a vapor superou o trabalho manual, o que implicou no surgimento de uma nova relação entre capital e trabalho, e repercutiu na produção capitalista em larga escala e na precarização das relações laborais- que redundou na coisificação do ser humano).

Esclarece Cristina Queiroz (2006, pág. 08) que no século XIX, o caráter excepcional dos direitos sociais como direitos a prestações não significou que o poder político não tivesse em consideração ou fosse cego perante a “dimensão prestacional” da relação Estado-cidadão. Diferentemente, o século XIX deve antes de ser analisado como uma época de triunfo da ideologia

liberal, mas uma época, apesar disso, não alheia às aspirações de cuidado e promoções sociais, basicamente, como “obrigações morais” a cargo da sociedade, sem vinculatividade jurídica geral. Essas obrigações ou deveres morais reduziam-se à fórmula consagrada no art. 2º- da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1.789. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. Nesse sentido, o liberalismo recusava o sancionamento jurídico de uma obrigação positiva de fraternidade ou solidariedade, numa palavra, a realização dos direitos fundamentais sociais como deveres público-estaduais.

O reconhecimento dos direitos fundamentais sociais, em nível constitucional, no entanto, só se deu no século XX, com a Constituição do México (1.917) e a Constituição da República de *Weimar* (Alemanha/1.919). Neste jaez, tem-se o *caput* do art. 123 da Constituição Federal da República do México de 1.917 ao dispor que toda pessoa tem direito ao trabalho digno, determina ainda que se promoverão à criação de empregos e da organização social do trabalho, conforme a lei.

No Brasil, preleciona José Murilo de Carvalho (2009, págs. 219 e 220) que primeiro vieram os direitos sociais, implantados em período de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular. Depois vieram os direitos políticos, de maneira também bizarra. A maior expansão do direito do voto deu-se em outro período ditatorial, em que os órgãos de representação política foram transformados em peça decorativa do regime. Finalmente, ainda hoje, muitos direitos civis (a base da sequência de Thomas Marshall) continuam inacessíveis à maioria da população.

Desta forma, apresenta-se a evolução linear dos direitos fundamentais verificada na Inglaterra exposta por Thomas Marshall (direitos civis encontraram o seu apogeu no século XVIII, os direitos políticos afirmaram-se no século XIX e os direitos sociais foram implementados no século XX, apesar de sua gênese remontar ao século XVIII). Ao revés do sistema inglês, verifica-se no Brasil um descompasso entre os direitos sociais e os direitos políticos, na medida em que nos períodos de democracia em crise, observou-se em larga escala o desenvolvimento dos direitos fundamentais sociais. É o que ocorreu, por exemplo com o Estado Novo (ditadura implantada por Getúlio Vargas, que perdurou de 1.937 a 1.945), no qual foi publicada a C.L.T. (Consolidação das Leis do Trabalho- Decreto- lei No.: 5.452/1.943), com nítida inspiração na “*Carta del Lavoro*” (documento de 1927, fundado na ideologia fascista de Benito Mussolini, como forma de controlar as relações de capital e trabalho na sociedade, em especial o patronato, os trabalhadores e o Estado). Tal constatação revela a expansão dos direitos sociais em períodos de cerceamento dos direitos políticos, fato este subversivo da evolução histórica dos direitos fundamentais.

Tal inversão na evolução dos direitos fundamentais, induz José Murilo de Carvalho

(2009, pág. 220) a asseverar que no Brasil: “*a pirâmide dos direitos foi colocada de cabeça para baixo*”.

Tomando-se como base os direitos fundamentais sociais, a dignidade da pessoa humana, a valorização social do trabalho e a justiça social elabora-se a construção jurídica no reconhecimento das demandas decorrentes de clamores emanados pelos trabalhadores, sobretudo no atinente à proteção à maternidade, corolário de uma democracia pluralista, solidária, inclusiva e cidadã.

Jorge Luiz Souto Maior Borges (2007, pág. 18) revela que o nascedouro dos direitos sociais se deu por meio das lutas travadas entre trabalhadores e empregadores quando da Revolução Industrial, o que levou ao surgimento de várias leis atinentes à proteção do trabalhador no tocante à responsabilidade decorrente do acidente de trabalho.

Os direitos fundamentais sociais justificam uma relação de trabalho não precária. Existem prestações positivas que asseguram a sua exigibilidade em condições decentes e não degradantes à condição imanente à dignidade do ser humano, como mecanismo de inclusão sócio-econômica do empregador.

Como postulados expressamente formulados, os direitos fundamentais socioeconômicos não são absolutamente novos: alguns deles, como o direito ao trabalho, foram reconhecidos nas Constituições Francesas de 1.793 e 1.848. Mas é só o Século XX que traz a primeira conversão destes direitos em *standard* do constitucionalismo. Foram proclamados pela primeira vez, na Constituição Mexicana de 1.917, que com um alto salto de economia, trilhou todo o caminho para realizá-los: todas as riquezas naturais foram nacionalizadas e o Estado assumiu completamente, pelo menos no papel, a responsabilidade social para garantir uma existência digna de cada um de seus cidadãos. A Constituição de *Weimar* contribuiu essencialmente a popularizar e estender os direitos sociais; seu catálogo de direitos fundamentais é uma curiosa mescla entre um coletivismo moderno e um liberalismo clássico. Em um momento em que seu reconhecimento universal havia alcançado seu ponto máximo, os direitos fundamentais clássicos haviam encontrado nos direitos sociais competidores com muito mais ressonância emocional na população e cuja realização conduz necessariamente a minar e restringir as clássicas liberdades de propriedade e de contrato. A transformação permanece ilustrada com toda clareza se se tem em conta o papel que julga a imposição fiscal estatal na nova distribuição da renda e nas intervenções estatais para realizar os direitos sociais. Nos Estados avançados tecnicamente, uma grande parte da nova filosofia dos direitos sociais e econômicos tem se concretizado na legislação positiva. Em outra banda, estes direitos figuram em muitas Constituições de países subdesenvolvidos, e permanecem durante largo tempo, como meros planos nominais para o futuro, haja vista que as condições socioeconômicas da

sociedade estatal permitiam sua aplicação. Senão ainda ali onde os direitos sociais têm que esperar até que se tenham dado os requisitos necessários, cumprem um objetivo: para os detentores do poder são o estímulo que lhes impulsionará a sua realização e para os destinatários do poder significará a esperança de que um dia possam ser levados a cabo (Karl Loewenstein, 1.970, págs. 401-402).

Para Jorge Reis Novais (2010, pág. 69) a fundamentalidade dos direitos constitucionais perde, de resto, a referência originária material exclusiva ao núcleo constituído pelos direitos inalienáveis do homem, pré e supra-estatais, para assentar, sobretudo, na legitimação formal e material que lhe é conferida pela escolha democrática, positiva, livre e diferencialmente acolhida por cada Constituição. O alargamento dos direitos fundamentais constitucionais aos direitos sociais era, então, uma das dimensões da resposta ao Estado Social de Direito à questão social herdada da Revolução Industrial e às reivindicações de um movimento operário para quem, sobretudo nas difíceis condições econômicas e sociais da época, não havia verdadeira proteção da liberdade e autonomia do cidadão (e não já apenas do cidadão burguês) sem garantia de trabalho, segurança e assistência social.

Na contemporaneidade, os direitos fundamentais sociais, apresentam sua concreção materializada através de um papel protagonista desenvolvido por parte do Poder Judiciário, em atenção aos valores emergentes do neoconstitucionalismo inclusivo. Desta forma, revelam um nítido contorno garantista relacionado aos clamores emanados dos cidadãos.

Ao dissertar acerca do garantismo e direitos sociais, esclarece Luigi Ferrajoli (2009, p. 113) que o paradigma garantista pode expandir-se (e no plano normativo vem efetivamente expandindo-se) em três direções: para a proteção dos direitos sociais e não apenas dos direitos de liberdade, contra os poderes privados e não só para as autoridades públicas e no âmbito internacional e não apenas estatal.

Com base nos direitos do homem, do cidadão e do trabalhador declara Jorge Miranda (2008, pág. 107) que para as correntes (sejam quais forem as suas inspirações) que se reclamam do Estado social de Direito, é possível desprender os direitos declarados nas Constituições liberais da conexão aos interesses da burguesia para os fazer plenamente direitos de todos os homens. Tal como é possível acrescentar, sem excluir, a esses direitos correspondentes a situações socio-econômicas específicas, designadamente direitos dos trabalhadores, e direitos que, embora sendo de todos os homens, para os trabalhadores assumem mais interesse (como o direito ao trabalho ou o direito à segurança social) – porque a experiência do constitucionalismo consiste, na aquisição progressiva dos direitos daqueles que careçam de proteção.

O processo de socialização dos direitos sociais deveu-se aos mecanismos antiliberais

que deflagraram os movimentos do socialismo russo e da social-democracia alemã, ideologias defensoras de um Estado capaz de garantir o equilíbrio social e econômico da sociedade.

Neste contexto social e ideológico se fortalecem os direitos sociais, culturais e econômicos, cuja exigibilidade foi inicialmente questionada em virtude de exigirem do Estado determinadas prestações que nem sempre podem ser satisfeitas, sendo remetidos à esfera dos chamados “direitos programáticos”. Torna-se inegável que a Constituição Federal de 1.988 ao estatuir uma enorme gleba de direitos fundamentais sociais avançou na juridicidade dos mesmos. Já em seu Preâmbulo a Carta Magna de 1.988 firmou o compromisso na efetividade dos direitos sociais.

As normas consagradoras de direitos sociais de direitos sociais, econômicos e culturais da Constituição Federal de 1.988 individualizam e impõem políticas públicas socialmente ativas.

Em nome do postulado atinente à força normativa da Constituição, torna-se impensável na ordem jurídica compromissada com o neoconstitucionalismo inclusivo, em que os direitos fundamentais sociais sejam destituídos de aplicabilidade prática encontrando-se no plano das normas meramente programáticas. Torna-se premente a sua inclusão com o *status* de cláusulas pétreas.

Assiste razão o ensinamento de Konrad Hesse (1991, pág. 19) ao dispor que a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na força singular do presente. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional-, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.

Inegável o papel pedagógico exercido pelo Poder Judiciário em relação às instituições do Estado de Direito para com seus cidadãos. Tal protagonismo desenvolve-se através da atividade jurisdicional emancipatória, corolário do ativismo judicial (uma das implicações do neoconstitucionalismo inclusivo), em especial no que concerne à implementação de políticas públicas de direitos fundamentais sociais, notadamente na questão relativa à proteção da maternidade.

A interpretação das normas de direitos fundamentais sociais, exercida de forma primaz



pelo Poder Judiciário não pode ser tímida ou insensível aos clamores dos cidadãos, alheia à conjuntura dos fatores históricos, sociológicos, políticos e econômicos que reverberam em sua estrutura de modo a exigir uma postura proativa do magistrado que deve procurar, ao máximo, o diálogo com a sociedade, através de uma hermenêutica constitucional aberta, no sentido de conferir maior legitimidade às suas decisões, no resgate da relação simbiótica entre os fatos jurídicos e sociais, convergentes ao Direito justo.

A participação de segmentos da sociedade nos rumos das decisões judiciais é corolário do neoconstitucionalismo inclusivo. Neste jaez, em recentes decisões que reverberem no plano social, o Supremo Tribunal Federal procura ouvir e atribuir a importância e respeito devidos aos anseios da coletividade. Daí a consagração em Direito Processual Constitucional da figura do *amicus curiae* nas ações de controle de constitucionalidade como forma eficaz de o magistrado captar a percepção da sociedade em temas que repercutam sobremaneira no plano das relações sociais, bem como na utilização da técnica cada vez mais utilizada das audiências públicas.

Desse modo, entende-se com Peter Häberle (2.002, págs. 42 e 43), que o processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos intérpretes da Constituição da sociedade aberta. Eles são os participantes fundamentais no processo de *trial and error*, de descoberta e de obtenção do direito. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade, as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles.

Como afirma Robert Alexy (2008, p. 511 e seguintes), os direitos sociais, entendidos como direitos a prestações estatais em sentido estrito, têm uma importância tão grande dentro do texto constitucional, que não podem ter sua aplicação limitada à vontade da maioria parlamentar competente para votar uma Lei.

Consoante aduz Arion Sayão Romita (2.007, pág. 28) aos poucos, emergiu a consciência de que o Direito do Trabalho não deveria perseguir apenas o objetivo cifrado na melhoria das condições materiais de vida dos trabalhadores. Sem deixar de lado esse objeto, passaram os estudiosos deste ramo do Direito a tratar de temas pertinentes aos direitos de personalidade, no intuito não mais de atingir o alvo da justiça social do ponto de vista estritamente pecuniário, porém de agregar-lhe valores fundados na realização do ideal de justiça (pura, sem adjetivação), com supedâneo no reclamo ético de valorização do trabalho humano, lastreado no respeito à dignidade da pessoa do trabalhador.

Verifica-se uma tríplice função dos direitos fundamentais sociais: (1) limitação ao poder de comando administrativo; (2) oposição às alterações constitucionais e infraconstitucionais opostas aos seus mandamentos e (3) vetor norteador na elaboração e execução de políticas públicas pelos Poderes Legislativos e Executivo. Desemboca-se na impossibilidade de renúncia de tais direitos por seus destinatários.

A conformação dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário com base na atribuição ao ser humano de uma dignidade própria resultou de uma paulatina caminhada civilizacional, que se tem caracterizado por um fenômeno de expansão no contexto contemporâneo do constitucionalismo inclusivo.

Reconhecer que os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores não são cláusulas pétreas trata-se de interpretação literal e reducionista incompatível com os fundamentos axiológicos e normativos consagrados pela ordem jurídico-constitucional instaurada pela Constituição Federal de 1.988 e contrária ao caráter de ampliação da dignidade do ser humano compatível com os direitos da personalidade e da máxima efetividade das normas constitucionais.

A construção de um projeto comum, convergente e plural na efetividade dos direitos sociais pelo Poder Judiciário, no qual as assimetrias decorrentes de discriminações sofridas pelos trabalhadores sejam transpostas para uma sociedade democrática, perpassa necessariamente pela reafirmação da dignidade da pessoa humana como base axiológica dos direitos fundamentais e pelo resgate dos direitos da personalidade dos trabalhadores, como forma de assegurar-se a valorização social do trabalho humano.

### **3. NEOCONSTITUCIONALISMO INCLUSIVO, ATIVISMO JUDICIAL E A MISSÃO SOCIAL DO PODER JUDICIÁRIO**

O contexto europeu após a Segunda Guerra Mundial com a decadência do nazifascismo fez florescer uma ordem constitucional baseada nos direitos humanos fundamentais e a inclusão das demandas oriundas dos grupos minoritários historicamente excluídos dos progressos econômicos, sociais, políticos e jurídicos.

Verifica-se como fator primordial para a consolidação do neoconstitucionalismo a promulgação de Constituições fundadas na democracia, força normativa dos princípios jurídicos e catálogo prolixo de direitos fundamentais.

Como exemplos do neoconstitucionalismo apresentam-se as constituições da Itália (1947), da Alemanha (1949), de Portugal (1976) e da Espanha (1978), na superação de regimes autocráticos e na construção das bases de um arcabouço jurídico- institucional fundado nos direitos humanos fundamentais e na dignidade da pessoa humana que lhe subjaz.

A Constituição Federal, de 1988 do Brasil (dentre várias outras de países latino-

americanos) é um dos expoentes do neoconstitucionalismo, na medida em que contribuiu de forma proativa e estabeleceu um compromisso inquebrantável com os valores atinentes à democracia e à cidadania inclusiva, bem como abriu espaço ao ativismo judicial.

Segundo afirmado por Luis Prieto Sanchís (2007, p. 213) o constitucionalismo europeu do pós-guerra adquiriu uma singularidade tão pronunciada que, de acordo com alguns, não só incorpora uma forma política nova e sem precedentes peculiar no continente, mas foi mesmo dado o surgimento de uma nova cultura jurídica, o neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo de matriz europeia (conformador do Estado Social e Democrático de Direito) que teve por gênese o processo histórico que se desenrolou na Europa Ocidental a partir do final da Segunda Guerra Mundial, no Brasil só teve início após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

O neoconstitucionalismo inclusivo serve de supedâneo para diversos temas do Direito Constitucional contemporâneo, quais sejam: ativismo judicial, judicialização das relações jurídico-privadas (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), conformação de políticas públicas pelo Poder Judiciário em matéria de direitos fundamentais (tema até então reservado com exclusividade aos Poderes Executivo e Legislativo), uso dos princípios na construção de uma nova hermenêutica constitucional e utilização da ponderação (proporcionalidade em sentido estrito) na solução de casos envolvendo conflitos entre direitos fundamentais.

No atinente à delimitação conceitual observa-se que não existe um modelo padronizado de Neoconstitucionalismo uma vez que existem várias facetas de entendimento e compreensão do aludido movimento que apresenta como contexto epistemológico o pós-positivismo.

Ao tratar acerca da teoria do direito como teoria formal e suas interpretações semânticas aduz Luigi Ferrajoli (2011, p. 16): no que se segue à autonomia da perspectiva crítica externa, porém, prejudicada pelo sinal oposto da confusão entre direito e moral presente em grande parte do atual "neoconstitucionalismo": a confusão do direito com a moral levada a cabo pelas diferentes versões do jusnaturalismo, e a confusão da moral com o direito de realizar diferentes versões do legalismo ético e em particular do constitucionalismo ético.

Para Daniel Sarmiento (2014, *on line*) o neoconstitucionalismo se dedica à discussão de métodos ou de teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os “casos difíceis” do Direito. Há, portanto, uma valorização da razão prática no âmbito jurídico. Para o neoconstitucionalismo, não é racional apenas aquilo que possa ser comprovado de forma experimental, ou deduzido de modo cartesiano a partir de premissas gerais, como postulavam algumas correntes do positivismo. Também pode ser racional a argumentação empregada na resolução das questões práticas que o Direito tem de equacionar. A

ideia de racionalidade jurídica aproxima-se da questão do razoável, e deixa de se identificar à lógica formal das ciências exatas. No neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais.

Na contemporaneidade o constitucionalismo pós-positivista forneceu as bases do neoconstitucionalismo inclusivo. A Constituição Federal, de 1988 (dentre várias outras de países latino-americanos) é um dos expoentes do neoconstitucionalismo, na medida em que contribuiu de forma proativa e estabeleceu um compromisso inquebrantável com os valores atinentes à democracia e à cidadania inclusiva, bem como abriu espaço ao ativismo judicial e à missão social do Poder Judiciário.

Consoante averbado por Miguel Carbonell (2007, p. 09) o neoconstitucionalismo, entendido como o termo ou conceito que explica um fenômeno relativamente recente no Estado constitucional contemporâneo, parece ter mais adeptos a cada dia, especialmente no âmbito da cultura jurídica dos italianos e espanhóis, bem como em vários países da América Latina (particularmente nos grandes centros culturais em Argentina, Brasil, Colômbia e México). No entanto, estes fenômenos são pouco estudados, cuja compreensão abrangente é ainda suscetível de levar vários anos.

Para Luís Roberto Barroso (2014, *on line*) o novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional. Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance. A constitucionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais.

Para Lenio Luiz Streck (2012, pág. 62) fica claro que o neoconstitucionalismo representa apenas, a superação – no plano teórico-interpretativo- do *paleo-juspositivismo* (Ferrajoli), na medida em que nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas

pelos partidários da escola do direito livre, da jurisprudência dos interesses e, daquilo que é a versão mais contemporânea desta última, a jurisprudência dos valores.

O pós-positivismo é apontado como o contexto epistemológico do desenvolvimento do neoconstitucionalismo inclusivo, entretanto, não se abandona, ao contrário, se incrementa, uma das mais marcantes características do juspositivismo normativista, qual seja: o ativismo judicial.

Afirma Luis Prieto Sanchís (2009, p. 109/110) que o neoconstitucionalismo reúne elementos dessas duas tradições ou destas duas maneiras de entender a função da lei fundamental: o forte conteúdo normativo e as garantias judiciais. Na primeira dessas tradições inclui a ideia de garantia judicial e uma correspondente desconfiança do legislador, podemos dizer que a noção de poder constituinte própria do neoconstitucionalismo é mais liberal do que democrática, de modo que se traduz na existência de limites contra das decisões tomadas pela maioria, e não a tomada do poder pela maioria para manter aberto o exercício da soberania popular através do legislador. Na segunda tradição é herdada, no entanto, uma agenda política ambiciosa que vai bem mais além da mera que exigiria a mera organização do poder, mediante o estabelecimento das regras do jogo. Em suma, o resultado pode ser resumido da seguinte forma: uma Constituição transformadora que pretende condicionar de modo importante as decisões da maioria, onde o papel principal é permanecer investido no legislador democrático, mas onde, inevitavelmente, a última palavra é confiada aos juízes.

Neste jaez dispõe Luigi Ferrajoli (2012, pág. 53) que o paradigma garantista do constitucionalismo rígido exige que o Poder Judiciário seja o mais limitado e vinculado possível pela lei e pela Constituição, conforme o princípio da separação dos poderes e a natureza quanto mais legítima mais cognitiva- e não discricionária- da jurisdição. Os juízes, com base neste paradigma, não ponderam normas, mas sim as circunstâncias fáticas que justificam ou não a sua aplicação. Eles não podem criar e nem ignorar normas, o que implicaria uma invasão no campo da legislação, mas somente censurar a sua invalidade por violação à Constituição, anulando-as no âmbito da jurisdição constitucional, ou, então, suscitando exceções de inconstitucionalidade no âmbito da jurisdição ordinária; em ambos os casos, intervindo, assim, não na esfera legítima, mas na esfera ilegítima da política.

Partindo-se das ideias esposadas pela corrente propugnada pelo garantismo, ao analisar-se o modelo de neoconstitucionalismo desenvolvido no Brasil observa-se, no plano empírico, um generalizado grau de incerteza no Direito e um ativismo judicial sem um controle lógico-racional exauriente.

Para Mauro Cappelletti (1999, pág. 91) mesmo juízes naturalmente conservadores podem se tornar ativistas, se isto representa a maneira de exaltar a sua função jurisdicional; assim é

que podem terminar por agir criativamente mesmo para a atuação de leis sociais ou de constituições programáticas.

Tomando-se como exemplo o caso brasileiro observa-se que, afora os fatores do ativismo judicial e da discricionariedade jurisdicional no acréscimo de força do Poder Judiciário a isso se soma a crise crônica do Poder Legislativo não só no plano técnico, mas, principalmente, por sua notória submissão às diretrizes políticas oriundas do Poder Executivo (historicamente hipertrofiado).

Quando da égide do constitucionalismo clássico vigorava o paradigma do juspositivismo legalista-cartesiano que tinha por escopo atribuir ao hermeneuta uma tarefa mecânica, materializada na subsunção do fato à norma, como numa atividade lógico-dedutiva, em especial no tocante às regras de Direito Privado.

O paradigma racional-cartesiano fundante do constitucionalismo clássico que estabelecia um padrão jurídico-hermenêutico estritamente legalista foi superado no contexto do neoconstitucionalismo inclusivo.

A partir do neoconstitucionalismo inclusivo estabeleceu-se a ideia consoante a qual nenhuma norma pode contradizer o sistema de valores esposado pelos direitos fundamentais e pela dignidade da pessoa humana que campeia nas relações jurídicas, sendo possível constatar algumas de suas diretrizes: o compromisso moral, ao tornar os direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores; a constitucionalização do Direito, ao propor a interpretação jurídica em cotejo com tais valores constitucionais, mesmo nas relações jurídico-privadas regidas pelo Direito Civil; e a força normativa da Constituição, que vincula a todos (Estado e particulares) por meio das disposições de direitos fundamentais e o consequente ativismo judicial plasmado no protagonismo do Poder Judiciário na realização de direitos fundamentais sociais.

O neoconstitucionalismo inclusivo converge rumo à missão social do Poder Judiciário (intrinsecamente atrelada à pacificação social), na qual este exerce o protagonismo na efetivação dos direitos fundamentais sociais, haja vista as sucessivas crises de legitimidade que permeiam os Poderes Executivo e Legislativo, na realidade sócio-política contemporânea latino-americana e também a brasileira.

Segundo estabelece Miguel Carbonell (2001, p. 21) a especificação dos direitos foi produzida principalmente no campo dos direitos sociais, na medida em que a igualdade e a liberdade genericamente expressadas não têm sido suficientes para proteger todos os interesses dos grandes grupos marginalizados ou que vivem em sociedade de maneira desvantajosa.

De um papel secundário às atuações dos Poderes Executivo e Legislativo na elaboração de políticas públicas de direitos sociais, eis que o neoconstitucionalismo inclusivo fez surgir um

Judiciário atrelado ao compromisso de eficácia do texto constitucional e da gléba de direitos fundamentais sociais nela consagrada já a partir de seu Preâmbulo.

A partir da realidade contemporânea, impõem-se novos desafios ao Poder Judiciário, em especial a seguinte alteração de paradigmas: a superação de uma função jurisdicional eminentemente garantista para uma função promocional, especialmente no tocante à realização de políticas públicas de direitos fundamentais sociais cujo escopo maior é a construção de uma democracia inclusiva e cidadã, compromissada com a implementação dos direitos fundamentais consagrados nas Cartas Constitucionais.

A exclusão social das minorias tem sido uma realidade nos países latino-americanos. No Brasil, em particular, a situação ainda é mais evidente devido a algumas características sociais e político-institucionais no país que favoreceram o desenvolvimento de políticas uniformes, abstratas e universalistas sem apresentar maior resistência por parte dos excluídos. Dentre estas características, estava o patrimonialismo como forma de dominação de tipo tradicional, organizando as relações sociais em critérios de lealdade e lucro pessoal, em vez de critérios racionais. Por isso, proporcionava uma baixa expectativa de que os governantes agiriam em defesa do interesse de todos através de suas políticas públicas. Diante de um sistema de poder imprevisível e personalístico, os grupos minoritários, em vez de buscar o reconhecimento de suas diferentes necessidades e, conseqüentemente, de seus direitos, eram acostumados a buscar favores como forma de inclusão pessoal.

Um dos desafios do neoconstitucionalismo inclusivo implica no reconhecimento de novos direitos, em especial no atinente ao reconhecimento de proteção jurisdicional dos grupos formados por minorias étnicas, raciais e religiosas (negros, mulheres, indígenas, judeus, homossexuais, crianças, idosos, ciganos, pessoas portadoras de necessidades especiais etc) e todos aqueles que fujam aos padrões cristalizados pelas classes social, políticas e econômicas dominantes, de forma a excluir da cidadania os indivíduos que não se amoldem aos estereótipos perpetuados pelas classes dominantes. Tais questões encontram-se em fase de construção com os debates travados no âmbito do Supremo Tribunal Federal que redundaram em fortalecimento dos direitos imanes aos grupos minoritários.

Para Jorge Reis Novais (2006, págs. 205 e 206), a superação da concepção oitocentista de “separação de poderes” conduz a uma reavaliação global das relações entre política e jurisdição que se traduz no reforço da independência do *poder judicial* e na revalorização do seu papel, manifestado desde logo na consagração generalizada da justiça constitucional. Com efeito, esta surge como a solução do Estado social de Direito, não só para colmatar as insuficiências da justiça administrativa – e estas manifestavam-se claramente na sua natural falta de vocação para sindicar as

omissões do Estado face às imposições constitucionais prospectivas ou as violações que afetavam categorias de cidadãos globalmente consideradas-, mas, sobretudo, como resposta institucional à contemporânea perda de confiança na racionalidade e na justiça imanentes à função legislativa.

A partir dos clamores sociais, eis que o Poder Judiciário assume no contexto do neoconstitucionalismo um nítido papel inclusivo, de verdadeiro protagonista na promoção dos direitos fundamentais sociais das minorias étnicas, raciais, religiosas e de todos os demais grupos historicamente excluídos de uma efetiva proteção jurisdicional, sujeitos às mais diversas violações de seus direitos devido à sua condição de subordinação e exclusão social, política, econômica e jurisdicional.

Neste sentido, elucida José Carlos Vieira de Andrade (2006, pág. 67) que os direitos a prestações sociais, enquanto direitos fundamentais, tendem, assim, tal como os direitos de determinadas categorias sociais abertas (jovens, idosos, mães, deficientes), a constituir discriminações positivas e cada vez menos podem ser concebidos como puros direitos universais de igualdade. Em contrapartida, o conteúdo essencial destes direitos – *o mínimo necessário para uma existência condigna*- poderá ser equacionado, nos seus diversos aspectos, como um direito pleno de todos à prestação do Estado.

Enquanto as leis não avançam, a jurisdição procura albergar todos aqueles que vivenciaram uma evolução de exclusão e subordinação aos ditames emanados das classes dominantes. Eis que tal constatação é um dos pilares em que se assenta o neoconstitucionalismo inclusivo, como forma de sanar injustiças perpetuadas ao longo da evolução histórica dos povos latino-americanos.

À luz das teorias tradicionais, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade (discricionariedade administrativa), querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, cada vez mais torna-se necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros *direitos*. Esta obrigação é universal, devendo o Estado desenvolver e executar políticas de bem-estar no vasto campo das necessidades primárias dos homens que se encontram numa situação de hipossuficiência, marginalidade, carência. Políticas de emprego, políticas alimentares, habitacionais, educacionais, de



saúde. Cresce o número de doutrinadores e magistrados que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais (Andreas Krell, 2002, págs. 22 e 23).

O alijamento dos brasileiros no gozo dos direitos fundamentais reverbera até a realidade hodierna e clama por uma solução que venha a reconhecer e fortalecer políticas públicas de caráter inclusivo. Neste jaez, exsurge o neoconstitucionalismo, no qual um de seus frutos mais profícuos é o Poder Judiciário fortalecido, transformador, inclusivo, garantista, promocional e atento aos reclamos emanados dos setores menos favorecidos.

Averba Jorge Reis Novais (2006, pág. 206) que a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade afirma-se, progressivamente, como verdadeiro “*coroamento do Estado de Direito*”, enquanto mecanismo, por excelência, de compensação das tentações de arbítrio induzidas pelas exigências do novo princípio da socialidade; reconhecendo a soberania da comunidade – e não já no poder legislativo-, o Estado social de Direito assume o caráter moderno de “*Estado de jurisdição*”, no qual, em certa medida e independentemente das dúvidas que se possam erguer à legitimidade desta transformação do juiz em “*legislador apócrifo*”-, só os tribunais e a função judicial verdadeiramente independentes se podem assumir como os representantes originários “*da comunidade no seu todo e da sua última intenção axiológica*”.

A partir do neoconstitucionalismo o Poder Judiciário funda-se em uma nítida e relevante alteração de paradigmas: torna-se o agente primaz incumbido do relevante papel de agente transformador de uma realidade social e histórica de exclusão transmutada em inclusiva. Abre-se espaço ao ativismo judicial como fator de modificação de distorções perpetradas por vários séculos.

Com o neoconstitucionalismo inclusivo, os cidadãos abandonam uma postura de meros expectadores e transformam-se em agentes protagonistas nos rumos da realidade social, econômica, jurídica e política. O Judiciário acompanha esta tendência e requer um posicionamento proativo do magistrado. O Direito não é apenas a lei, mas a interpretação justa feita através de princípios compromissada com o valor máximo representado pela justiça.

Para Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002, pág. 91) o esforço de criar sociedades mais justas e igualitárias centrou as atenções sobre as pessoas comuns – aqueles que se encontravam tradicionalmente isolados e impotentes ao enfrentar organizações fortes e burocracias governamentais. Nessas sociedades modernas, avançaram, nos últimos anos, no sentido de prover mais direitos substantivos aos relativamente fracos – em particular, aos consumidores contra os comerciantes, ao público contra os poluidores, aos locatários contra os locadores, aos empregados contra os empregadores (e os sindicatos) e aos cidadãos contra os governos. Embora se reconheça

que esses novos direitos precisam de maior desenvolvimento legislativo substancial, os reformadores processualistas aceitaram o desafio de tornar efetivos os novos direitos que foram conquistados.

Os novos direitos fundamentais (em especial os sociais), espalhados pelo texto constitucional, diferem da antiga natureza dos direitos subjetivos. Não se distinguem apenas por serem coletivos, mas por exigirem remédios distintos. Mais ainda, têm uma implicação política inovadora na medida em que permitem a discussão da justiça geral e da justiça distributiva (José Reinaldo de Lima Lopes, 2005, pág. 127).

Desta forma, a partir do reconhecimento de novos direitos (em especial dos cidadãos em face do Estado, na busca de implementação dos direitos fundamentais sociais), eis que advieram novas categorias de demandas, que requerem uma sensibilidade do juiz contemporâneo no trato com os jurisdicionados, de forma a fazer valer os valores imantes ao neoconstitucionalismo inclusivo. Dentre os novos direitos, têm-se os atinentes ao multiculturalismo e os das minorias étnicas, raciais e religiosas.

No cumprimento de sua missão social, o Judiciário utiliza-se de alguns mecanismos nitidamente eficientes, tais como: os direitos fundamentais, o ativismo judicial e a jurisdição constitucional, no compromisso inquebrantável de valorização e materialização no plano eficaz dos textos constitucionais.

A especificação e transnacionalidade dos direitos fundamentais (notadamente os sociais), revelam a emergência de novos direitos, afetos ao neoconstitucionalismo inclusivo. O reconhecimento de tais direitos revela-se como fator primacial na integração dos povos, em atendimento aos princípios da solidariedade e cooperação internacionais.

A complexa realidade contemporânea demonstra, em face do aumento da complexidade dos conflitos sociais, houve uma inevitável ampliação da área de atuação do Poder Judiciário em questões políticas e morais, função anteriormente adstrita ao Legislativo e Executivo. Um dos aspectos fundamentais das democracias constitucionais contemporâneas é a expansão da atuação jurisdicional, tendo em vista um maior protagonismo do Judiciário, que é incrementado por uma amplitude de possibilidades interpretativas decorrentes da consagração de princípios constitucionais. Trata-se de um corolário lógico do neoconstitucionalismo inclusivo.

Ao Poder Judiciário, incumbe, pois, para desempenhar hoje seu papel histórico num Estado democrático, dar-se conta do modelo de Estado, de sociedade e de conflitos em que está imerso, escapar da ilusão liberal mais simples de que sua missão se reduz à proteção da propriedade privada e que as reformas sociais de que necessita o Brasil virão por si, sem a sua participação (José Reinaldo de Lima Lopes, 2005, pág. 143).

#### **4. ANÁLISE DA PRIMAZIA DO PODER JUDICIÁRIO NA PERSPECTIVA DAS TEORIAS DA RESERVA DO POSSÍVEL, DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA MÁXIMA EFETIVIDADE**

Tradicionalmente, a eficácia das políticas públicas de direitos sociais realizam-se ou não a depender da conveniência ou oportunidade executiva e parlamentar, em outras palavras condiciona-se ao alvedrio presente na discricionariedade administrativa e legislativa.

De acordo com os aportes oriundos do constitucionalismo clássico entende-se pela ausência de interferência do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos. O Estado Democrático e Social de Direito requer uma judicatura engajada e comprometida com os valores e princípios consagrados em nível constitucional, em especial nos direitos fundamentais sociais. Hodiernamente não mais se admite a ausência de controle jurisdicional sobre a atuação do Poder Executivo. Como corolário de tal constatação tem-se a necessidade crescente de uma análise das políticas públicas de direitos sociais pelo Poder Judiciário o que o torna proativo e compromissado com as metas estatais.

A supressão dos direitos fundamentais sociais do texto constitucional, sem dúvida, enfraqueceria a posição dos integrantes da sociedade civil organizada na reivindicação desses direitos junto aos governos federal, estaduais e municipais (Andreas Krell, 2002, pág. 28).

Sob a óptica tradicional entende-se que a simples previsão em texto constitucional não realiza o direito fundamental social, ou seja, o reconhecimento empírico não implica necessariamente em efetiva realização.

A partir do compromisso estabelecido dos poderes constituídos com a eficácia das normas reconhecidas nas constituições, exsurge o Poder Judiciário como o grande agente, o responsável pelas correções de distorções que, por muitas vezes, se perpetuam por séculos através da realização de políticas públicas que materializam os direitos fundamentais sociais.

No diagnóstico de Boaventura de Sousa Santos (2011, pág. 26): as pessoas vão ao Tribunal exatamente para poderem ter acesso a medicamentos ou a tratamentos médicos que de outra maneira não obteriam. Essa informação é facilmente corroborada em qualquer breve análise que se faça dos noticiários jurídicos no Brasil onde, cada vez mais, são aplicáveis vitórias aos cidadãos que, através do Poder Judiciário, obtêm o acesso a tratamentos especializados e a exames médicos gratuitos. Tem-se, assim, o sistema judicial a substituir-se ao sistema da administração pública, que deveria ter realizado espontaneamente essa prestação social.

Existem três correntes principais acerca do papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais por meio da análise das políticas públicas estatais, quais sejam: (1) reserva do possível; (2) teoria do mínimo existencial e (3) teoria da máxima efetividade.

Sobre a justiça constitucional e os direitos sociais assevera Jorge Reis Novais (2010, pág. 375): ao considerar-se que a dimensão principal dos direitos sociais é a dimensão positiva de prestações fáticas a cargo do Estado, então parte significativa das potenciais violações dos direitos sociais residirá na omissão das medidas constitucionalmente devidas, ou seja, o Estado estaria obrigado a atuar para realizar os direitos sociais e não o faz; logo, eventual inconstitucionalidade por omissão e necessidade dos correspondentes mecanismos institucionais de garantia.

Por meio da *teoria da reserva do possível*, encontra-se a proteção aos interesses da Fazenda Pública. À luz da corrente ora em comento, os recursos financeiros são limitados. As políticas públicas promovidas pelo Poder Público devem respeitar os limites orçamentários na realização dos direitos sociais. Existe uma opção dos agentes políticos, que tem como pressuposto a escassez de recursos orçamentários estatais. Já que todos os anseios coletivos não podem ser atendidos, são feitas as escolhas pelos gestores estatais.

Trata-se do posicionamento mais tradicional, e, por via de consequência, encontra-se em decurso de defasagem, entretanto, não traduz apenas um demérito. Por maior que seja o compromisso com a efetivação das políticas públicas, é inegável que o controle do orçamento estatal é um dos pilares do Estado Social e Democrático de Direito, por isso as condições materiais influenciam de maneira direta a materialização dos direitos sociais.

Se os meios financeiros não são ilimitados, os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que eles sejam realizados. Os recursos remanescentes haverão de ser destinados de acordo com as opções políticas que a deliberação democrática apurar em cada momento. No caso brasileiro, a essa conclusão se chega igualmente em decorrência de um conjunto de compromisso internacionais assumidos formalmente. Com efeito, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Internacional sobre o Direito das Crianças e também o Pacto de São José da Costa Rica obrigam os Estados signatários a investir o máximo dos recursos disponíveis na promoção dos direitos previstos em seu texto. Note-se que aplicar prioritariamente os recursos no atendimento dos fins constitucionais ou o investimento do máximo dos recursos disponíveis não significa aquilo que arbitrariamente os Estados entenderem deva ser aplicado para esse fim, ou aquilo que sobejar (Ana Paula de Barcellos, 2008, págs. 268 a 270).

É defasada a ideia da efetivação das políticas públicas a depender apenas dos Poderes Executivo e Legislativo, com a exclusão do Poder Judiciário. O compromisso com a implementação dos direitos sociais é estatal, cabendo a cada um dos poderes constituídos a assunção dos compromisso funcional em bem desempenhar as suas funções em prol dos interesses e bem estar coletivos.

Revela-se como indubitável a inaplicabilidade da reserva do possível na garantia do direito social à educação. Até mesmo a habitual ponderação atinente à ausência de recursos (limite fático da reserva do possível), assim como a ausência de competência dos tribunais para decidir sobre destinação de recursos públicos, parecem-nos inaplicáveis à hipótese (ensino público fundamental gratuito). Além de colocar- e não sem razão- os particulares diante de uma situação em que não lhes resta alternativa, importa reconhecer que o próprio Constituinte tratou de garantir a destinação de recursos para viabilizar a realização do dever do Estado com a educação, de modo especial com o ensino fundamental (Ingo Wolfgang Sarlet, 2007, pág. 358).

Note-se a redação do art. 212 da Constituição Federal (vinculação de percentuais mínimos da receita resultante de impostos da União, Estados e Municípios em prol da manutenção e desenvolvimento do ensino), revela *prima facie*, a ineficácia da reserva do possível no acesso ao direito social à educação.

A análise mais comprometida com a efetividade das normas constitucionais na questão da reserva do possível reconhece a sua inaplicabilidade nas situações em que a invocação dessa cláusula comprometer o núcleo básico que fundamenta o mínimo existencial. Nestas situações o Poder Judiciário utilizando-se de técnicas como o ativismo, avoca a implementação de políticas públicas instituídas pelo Texto Constitucional e não efetivadas pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Neste jaez aduz Boaventura de Sousa Santos (2011, pág. 22): ao abandonar o *low profile* institucional, o Judiciário assume-se como poder político, colocando-se em confronto com os outros poderes do Estado, em especial com o Executivo. Esta proeminência e, conseqüentemente o confronto com a classe política e com outros órgãos de poder soberano manifestaram-se sobretudo em três campos; no garantismo de direitos, no controle da legalidade e dos abusos do poder e na judicialização da política.

A jurisprudência majoritária no atual estágio do Estado Democrático de Direito no Brasil não se utiliza da técnica da reserva do possível quando esteja em análise a sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestações positivas constitucionalmente impostas à Administração Pública brasileira.

Neste jaez a orientação jurisprudencial do STF<sup>2</sup> firmou-se no sentido de que a cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa,

---

<sup>2</sup> Observe-se: STF- ARE 639337 AgR / SP, Relator: Min. Celso de Mello, julgamento: 23/08/2011 . Fonte: DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011.

no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.

Para além de uma eficácia programática das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais busca-se a força normativa do Texto Constitucional, mormente das normas definidoras de direitos sociais, diretrizes das políticas públicas estatais nas áreas de saúde, educação, moradia, lazer, previdência, trabalho e todas as outras intrinsecamente relacionadas a uma vida com dignidade, paradigma fundante do neoconstitucionalismo inclusivo.

O STF, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas<sup>3</sup>.

Em *leading case* enfrentado pelo Pretório Excelso<sup>4</sup> houve a constatação de que a educação tem eficácia social. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - se mostra apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

A *teoria do mínimo existencial* admite a presença de limitações materiais, mas o juiz não deve negar a percepção de direitos fundamentais. Como exemplo, pode-se mencionar o art. 208, inciso IV da CF/88, na hipótese de o Município negar vaga em escola pública à criança por ausência de recursos orçamentários.

A preservação do mínimo existencial surge implícita no Texto Constitucional como corolário axiológico do princípio da dignidade humana (Art. 1º-, inciso III da CF/88), bem como da consagração dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º-, inciso IV) e do objetivo fundamental de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (Art. 3º-, I da CF/88), razão pela qual deve nortear a exegese das normas jurídicas, mormente aquelas relacionadas à realização dos direitos fundamentais sociais. Está-se aqui diante do mínimo vital, a gravitar em torno do direito à vida (art. 5º *caput* da CF/88), a justificar a intervenção do Judiciário na seara das políticas públicas.

---

<sup>3</sup> Neste jaez, observe-se: STF- RE 642536 AgR / AP, Relator: Min. Luiz Fux, julgamento: 05/02/2013. Fonte: DJe-038 DIVULG 26-02-2013 PUBLIC 27-02-2013.

<sup>4</sup> Neste sentido, conferir: STF- RE 410715 AgR / SP, Relator: Min. Celso de Mello, julgamento: 22/11/2005.

De acordo com Ana Paula de Barcellos (2008, págs. 230) o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física- a sobrevivência e a manutenção do corpo- mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando, a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento. A violação do mínimo existencial- isto é: a não garantia de tais condições elementares- importa o desrespeito do princípio jurídico da dignidade da pessoa humana sob o aspecto material, ou seja, uma ação ou omissão inconstitucional. Em suma: mínimo existencial e núcleo material do princípio da dignidade da pessoa humana descrevem o mesmo fenômeno.

Como corolário deste entendimento, de acordo com o STJ<sup>5</sup> não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do administrador público, sendo de suma importância que o Poder Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

Na análise efetuada pelo STJ, a reserva do possível não configura “carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana”, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da "limitação de recursos orçamentários" frequentemente “não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis”, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade<sup>6</sup>.

A transformação dos direitos sociais em mínimo existencial significa a metamorfose dos direitos da justiça em direitos da liberdade. O mínimo existencial constitui-se no patamar básico indispensável para uma vivência que venha assegurar o acesso aos direitos sociais mais imprescindíveis à sobrevivência do cidadão.

---

<sup>5</sup> Veja-se: STJ- AgRg no REsp 1107511 / RS, Relator: Min. Herman Benjamin, julgamento: 21/11/2013. Fonte: DJe 06/12/2013.

<sup>6</sup> Analise-se nesse sentido: STJ- REsp 1068731 / RS, Relator: Min. Herman Benjamin, julgamento: 17/02/2011. Fonte: DJe 08/03/2012.

Conforme a orientação jurisprudencial do STJ<sup>7</sup> não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

No contexto do neoconstitucionalismo inclusivo observa-se que a partir da consolidação constitucional dos direitos fundamentais sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em prol da primazia jurisdicional na execução das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social.

Seria uma distorção argumentar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado de forma desvirtuada como óbice à realização dos direitos fundamentais sociais. A escorreta hermenêutica da teoria ora em análise, em sede de políticas públicas, deve ser a de utilizá-la apenas para limitar a atuação do Poder Judiciário quando a Administração Pública atua dentro dos limites normatizados. Em casos excepcionais, quando a Administração extrapola os limites da competência institucional e toma condutas arbitrárias ou com desvio de finalidade, abre-se espaço à atuação do Poder Judiciário como agente a corrigir eventuais distorções nas distorções aos direitos fundamentais.

Por outro lado, o jurisdicionado não pode exigir do Estado prestações supérfluas, pois isto escaparia dos parâmetros de proporcionalidade e de razoabilidade, não sendo justa a exigibilidade dessa categoria de ônus pelos cofres públicos. De outra banda, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência digna e minimamente decente não pode ser encarado como desmotivado, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos fundantes do Estado Democrático de Direito no arquétipo traçado pelo legislador constituinte originário da CF/88. Por este motivo, a teoria da reserva do possível cede espaço ao princípio do mínimo existencial. Em uma realidade social historicamente excludente e extremamente assimétrica, assegurar um mínimo de dignidade humana através de serviços públicos essenciais em matéria de direitos sociais, dentre os quais a educação, a moradia, o trabalho, a previdência e a saúde, é escopo da Administração

---

<sup>7</sup> Veja-se: STJ- AgRg no REsp 1136549 / RS, Relator: Min. Humberto Martins, julgamento: 08/06/2010. Fonte: DJe 21/06/2010.



Pública brasileira que não pode ser condicionado à estrita discricionariedade (conveniência ou oportunidade) dos agentes estatais.

No diagnóstico de Ana Paula de Barcellos (2008, págs. 226 e 227): note-se que em um Estado democrático e pluralista é conveniente que seja assim, já que há diversas concepções da dignidade que poderão ser implementadas de acordo com a vontade popular manifestada a cada eleição. Nenhuma delas, todavia, poderá deixar de estar comprometida com essas condições elementares necessárias à existência humana (mínimo existencial), sob pena de violação de sua dignidade que, além de fundamento e fim da ordem jurídica é pressuposto da igualdade real de todos os homens e da própria democracia. A identificação desse núcleo, associado ao conceito de mínimo existencial, é igualmente um meio de lidar com outra dificuldade nessa seara: o problema dos custos.

A teoria da reserva do possível não isenta o administrador de adimplir políticas públicas oriundas dos direitos fundamentais prestacionais (sociais), quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais, por exemplo não é razoável nem tampouco proporcional a destinação de enormes somas para serviços de publicidade e propaganda institucional quando a maioria dos serviços públicos de educação e de saúde apresentam déficits históricos, bem aquém das necessidades sociais.

A realização dos direitos sociais depende, invariavelmente de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias estatais, de modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostra lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Nesta situação estaria a Administração Pública agindo em desconformidade com o postulado da confiança legítima, norteador da conduta entre o Estado e os cidadãos.

Apesar da universalidade dos direitos humanos, as peculiaridades culturais dos povos também se apresentam como limites na dignidade da pessoa humana. O mínimo existencial em países mais avançados apresenta uma gleba de atributos inexistentes ou impensáveis em países menos desenvolvidos social, política e economicamente.

Conforme vaticinado por Ana Paula de Barcellos (2008, pág. 288) na linha do que se identificou no exame sistemático da própria Carta de 1988, o mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Repita-se, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o *status* de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário.

Não se deve confundir a necessidade de harmonizar, no caso concreto, a dignidade na sua condição de norma-princípio (que, por definição, admite vários níveis de realização) com outros princípios e direitos fundamentais, de tal sorte que se poderá tolerar alguma relativização, com a necessidade de respeitar, proteger e promover a igual dignidade de todas as pessoas, não olvidando que, antes mesmo de ser norma jurídica, a dignidade é, acima de tudo, a qualidade intrínseca do ser humano e que o torna merecedor ou, pelo menos, titular de uma pretensão de respeito e proteção (Ingo Wolfgang Sarlet, 2006, págs. 138 e 139).

Outro vetor limitativo inolvidável à dignidade da pessoa humana é a ponderação (valoração representativa da proporcionalidade em sentido estrito), ou seja, em sua relatividade realiza-se o seu cotejo aos demais princípios e direitos reconhecidos em nível constitucional.

Por meio da *teoria da máxima efetividade*, se certo direito social tem previsão constitucional, há a plena exigibilidade pela via judicial. É corrente bastante sedutora, pois atribui grande poder à Constituição e ao Poder Judiciário, no entanto, apresenta algumas limitações, *verbi gratia*, não há como o acesso à moradia ou ao trabalho ser resolvido pelo Judiciário. Em sua atuação, este Poder não deve sobrepujar os demais.

De acordo com essa teoria, a atuação estatal na realização dos direitos fundamentais sociais deve orientar-se pela máxima Efetividade do Texto Constitucional, optando-se pela interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais. Incumbe ao administrador público, e, em sua omissão ao juiz, envidar esforços na máxima consecução da promessa constitucional, em especial aos direitos e garantias fundamentais sociais.

A partir do princípio da máxima em sede de direitos fundamentais sociais, deve-se buscar a interpretação mais consentânea e que atribua a maior eficácia possível ao texto da norma constitucional. O hermeneuta jurídico-constitucional ao utilizar-se da concordância prática para ajustar os bens / valores jurídicos que estão em colisão com o intuito de estabelecer limites a sua aplicação, promovendo uma harmonização, nesse sentido busca-se na aplicação da norma constitucional, o sentido que maior eficácia lhe atribua, através do postulado da máxima efetividade.

Preleciona José Joaquim Gomes Canotilho (2006, pág. 1.224) que este princípio,

também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas constitucionais, é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

Na solução dos problemas em matéria de direitos fundamentais sociais, apontados ao intérprete, deve-se optar pela solução que garanta a manutenção da unidade da Constituição e da máxima efetividade de suas disposições, evitando-se soluções no sentido da não auto-aplicabilidade da norma.

À luz da força normativa do texto constitucional a efetividade dos direitos sociais é um processo ascendente, com muitos desafios no plano futuro, que só obterá avanços significativos com uma mudança nos paradigmas jurídico-hermenêuticos tradicionalmente norteadores da eficácia das normas constitucionais, através da superação de teorias ultrapassadas, utilizando-se a democratização das políticas públicas necessárias à sobrevivência dos seres humanos em uma sociedade brasileira ainda bastante desigual e injusta que necessita efetivar os clamores do neoconstitucionalismo inclusivo através da missão social do Poder Judiciário. A máxima efetividade exerce caráter instrumental na interpretação constitucional. Por meio desta teoria, o *dever ser* que impregna a eficácia dos direitos sociais, se impregna de eficácia e deverá converter-se no *ser* (em seu estado de realização máxima e não apenas potencial).

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Discorda-se da ideia da efetivação das políticas públicas implementadoras de direitos fundamentais sociais a depender apenas do Executivo e do Legislativo, com a exclusão do Poder Judiciário. O neoconstitucionalismo inclusivo exige de uma releitura da teoria dos *checks and balances*, condizente com o atual estágio do Estado Social de Direito.

Desta forma, tem-se que o neoconstitucionalismo inclusivo e seus conseqüências representados pelo ativismo judicial e o império dos direitos fundamentais, implicam no reconhecimento da primariedade do papel jurisdicional na execução de políticas públicas de direitos fundamentais sociais. Neste jaez, observa-se, uma tendência crescente no sentido de se conferir maior concretude aos direitos sociais estabelecidos na Constituição, como demonstra a orientação jurisprudencial mais recente no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Com o papel protagonista do Judiciário na execução de políticas públicas de direitos sociais, busca-se um novo arranjo entre as forças políticas, sociais e jurídicas. Neste jaez, se, por um lado, as teorias da Máxima Efetividade e do Mínimo Existencial procuram garantir ao ser humano

as condições necessárias para uma vida condigna a partir da efetividade máxima dos direitos sociais insculpidos na Carta Magna, por outro viés, a Reserva do Possível traduz verdadeira proteção aos direitos e interesses da Fazenda Pública (insensível aos reclamos sociais), mostrando-se retrógrada no atual estágio do Estado Social de Direito.

A melhor solução alinha-se ao *balancing*, ou seja, estabelece-se uma relação simbiótica de complementaridade e interpenetração, mas não a exclusão pura e simples das teorias atinentes ao papel do Judiciário na implementação dos direitos sociais, quais sejam: reserva do possível, mínimo existencial e máxima efetividade. Como se tratam de direitos fundamentais, não há respostas unívocas e absolutas, mas sim a ponderação casuística de interesses na resolução dos litígios, de modo que as referidas teorias não são excludentes, ao revés, complementam-se na busca do ideal e coerente com os direitos fundamentais sociais e a sua função promocional na dignidade da pessoa humana.

Podem-se destacar os aspectos positivos de todas essas correntes: *reserva do possível* (é realidade inegável que o orçamento estatal é limitado e tem fator decisivo na concretização das políticas públicas de direitos sociais); *mínimo existencial* (há um núcleo mínimo do direito carecedor de proteção estatal pela via judicial que resguarda o valor maior da dignidade da pessoa humana e a formação dos cidadãos em geral); *máxima efetividade* (meta a ser buscada pelo hermeneuta na concretização mais eficaz do texto constitucional).

Trata-se de verdadeiro corolário da missão precípua do Poder Judiciário de promoção da pacificação social. Outro fundamento assenta-se na constatação de que o constituinte brasileiro, embora em capítulos destacados, houve por bem consagrar os direitos sociais, que também vinculam o Poder Público, por força inclusive da eficácia vinculante que se extrai dos remédios constantes do direito processual constitucional. O fator vetorial da primariedade do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais é um dos reclamos mais contundentes do neoconstitucionalismo inclusivo.

## **6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1.976**. 3ª- edição. Coimbra: Almedina, 2.006.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 2ª- edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2.008.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005.

Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª- edição. São Paulo: Malheiros, 2.006.

BORGES, Jorge Luiz Souto Maior. O que é direito social? IN CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Curso de Direito do Trabalho- Volume 1**. 1ª- edição. São Paulo: LTR, 2.007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª- edição. Coimbra: Almedina, 2.006.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. 1ª- edição. 2ª- reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2.002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARBONELL, Miguel. **Los derechos humanos en la actualidad: una visión desde México**. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2001.

CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 12ª- edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução: André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (organizadores) **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo. Debate sobre el derecho y La democracia**. Traducción: Andrea Greppi. Segunda edición. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia**. Traducción: Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luís Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. 1ª- edição. Reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2.002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"**. 1ª- edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2.002.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Traducción: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1.970.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. IN FARIA, José Eduardo (organizador). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1ª- edição. 4ª- tiragem. São Paulo: Malheiros, 2.005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais**. 4ª- edição. Coimbra: Almedina, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito. Do Estado de direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. 1ª- edição. Coimbra: Almedina, 2.006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Novena Edición. Madrid: Tecnos, 2007.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. 1ª- edição: Coimbra: Coimbra Editora, 2.006.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. 2ª- edição. São Paulo: LTr, 2.007.

SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Segunda edición. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3ª- edição. São Paulo: Cortez, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª- edição. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 4ª- edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. Disponível em: < <http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (organizadores) **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.