

Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo

CLÁUDIO ARI MELLO

Professor de Direito Constitucional e Filosofia do Direito do Campus de Uruguaiiana da PUCRS, Mestre em Direito do Estado pela PUCRS e doutorando em Teoria do Direito pela UFRGS; Promotor de Justiça no RS

Sumário: 1. Direitos subjetivos e direitos sociais; 2. A luta pela positivação; 3. A luta pela normatividade; 4. A luta pela justiciabilidade; 5. A experiência brasileira: o triunfo dos direitos sociais?; Conclusão; Bibliografia referida.

*Quanto mais aprendemos sobre o direito,
mais nos convencemos que nada de importante
sobre ele é incontestável.*

Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 10

Desde que surgiram no cenário jurídico moderno, os direitos fundamentais sociais foram vítimas de duas reações distintas, ambas desvalorizadoras: ou bem a ciência jurídica recusa-lhes o *status* de verdadeiros direitos subjetivos, ou os considera apenas uma espécie *sui generis* de direitos jurídicos. Surpreendentemente, porém, essa tendência encontra-se em processo de reversão. Vozes da doutrina elevaram o tom na defesa da natureza jurídica dos direitos sociais e a elas associaram-se juízes e tribunais de diversos sistemas jurídicos. Esse fenômeno é particularmente sensível em países nos quais a inclusão de direitos sociais nos textos constitucionais está ligada a um projeto de mudança da própria realidade social.

A experiência recente da jurisprudência brasileira sobre direitos sociais é um exemplo conspícuo dessa transformação. Até meados da década de 90 do século passado, a doutrina constitucional e os tribunais brasileiros recusavam aos direitos sociais a natureza de direitos subjetivos e qualificavam-nos como meras normas programáticas sem força coercitiva. Por isso chama a atenção o fato de que o Poder Judiciário brasileiro esteja hoje começando a aplicar aos direitos sociais a linguagem dos direitos subjetivos.

vos, tal como foi desenvolvida no âmbito do direito privado. Como terá ocorrido essa metamorfose? Qual foi a trajetória teórica do conceito de direitos sociais até apropriar-se dos atributos típicos do conceito de direito subjetivo? Que adaptações e modificações foram necessárias para que os direitos sociais ganhassem aplicabilidade jurídica? Essas questões conferem relevância teórica¹ ao tema que pretendo desenvolver neste artigo: a evolução do conceito de direitos fundamentais sociais na direção do conceito de direito subjetivo tal como desenvolvido no âmbito da ciência jurídica do século XIX.

Neste artigo não pretendo oferecer uma fundamentação sobre a legitimidade jurídica ou política dos direitos fundamentais sociais ou da sua exigibilidade judicial, mas apenas apresentar uma reconstrução analítica da evolução histórica recente do conceito de direitos sociais como uma espécie de direito subjetivo. Na medida em que me alinho entre os defensores da legitimidade político-moral e da justiciabilidade dos direitos sociais, conforme argumentação exposta noutro trabalho,² é claro que essa reconstrução analítica tende a privilegiar aspectos que confirmem as teses substantivas por mim acolhidas a respeito dos direitos fundamentais sociais. Cabe ao leitor concluir se essa descrição histórica ao fim e ao cabo contribui para a confirmação das teses substantivas que considerado corretas.

1. DIREITOS SUBJETIVOS E DIREITOS SOCIAIS

A luta pela eficácia dos direitos fundamentais sociais tem sido acima de tudo uma luta para conceder a eles o *status* de direitos subjetivos. Embora a incorporação dos direitos sociais ao discurso jurídico e aos textos constitucionais e legais tenha iniciado pelo menos nas primeiras décadas do século XX, sobretudo com a inclusão de alguns deles nas Constituições do México de 1917 e da Alemanha de 1919,³ esse processo de constituciona-

¹ Segundo Joseph Raz, *The Authority of Law*, p. 103, a teoria analítica do direito trata de três grupos de questões. O primeiro diz respeito às características especiais do processo judicial e do raciocínio judicial; o segundo engloba a discussão sobre conceitos jurídicos (como direitos, deveres, propriedade, pessoa jurídica) e tipos de *standards* (regras e princípios, por exemplo); e o terceiro refere-se à idéia de um sistema jurídico e às características que o distinguem de outros sistemas normativos. Este ensaio dedica-se, portanto, a um aspecto pertinente ao segundo grupo de temas apontado por Raz.

² Cláudio Ari Mello, *Democracia constitucional e direitos fundamentais*, p. 125-161.

³ Não é fácil datar o surgimento dos direitos sociais. Eles aparecem já de forma embrionária na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e muitos já faziam parte dos programas políticos dos partidos socialistas e social-democratas dos séculos XIX e XX. Sabe-se que a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de 1919 foram as primeiras a acolher em seus textos alguns desses direitos. A Constituição Federal brasileira de 1934 entrou cedo na onda de constitucionalização dos direitos sociais recém inaugurada e incluiu vários deles no seu texto, entre os quais se podem citar os direitos de proteção do trabalhador (art. 121 [salário mínimo, jornada limitada, repouso semanal, férias remuneradas, etc.]) e o direito à educação (art. 149). As Constituições de 1937, 1946 e 1967 mantiveram a limitação de escopo dos direitos sociais aos direitos à proteção do trabalhador e à educação. Para uma análise geral da história dos direitos fundamentais sociais, v. José Adércio Leite Sampaio, *Direitos Fundamentais*, p. 207-258.

lização dos direitos sociais não foi suficiente para garantir-lhes a condição de direitos subjetivos e o acesso ao regime jurídico próprio desses direitos. É bem verdade que esse não foi um fenômeno que afetou apenas os direitos sociais. De fato, todos os direitos fundamentais enfrentaram uma sólida resistência à sua assimilação ao *status* de direitos subjetivos. Como o surgimento dos direitos fundamentais praticamente coincide com a ascensão e a hegemonia do positivismo jurídico nos países ocidentais, eles sofreram com dois tipos de objeções: (1) a fundamentação metafísica na sua gênese histórica, que se encontra na filosofia moral e política dos direitos naturais do homem; e (2) a sua virtual inoponibilidade ao Estado e, portanto, a ausência de normatividade propriamente jurídica.

Em algum ponto da história jurídica moderna, a idéia de direitos subjetivos foi plenamente dominada pelo conceito de direito subjetivo em sentido técnico desenvolvido no direito privado. A redução da noção de direitos subjetivos ao conceito de direito subjetivo de direito privado iniciou sua trajetória com a crítica positivista à Declaração da Independência Norte-Americana de 1776 e à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 na França e se consolidou a partir da criação dos códigos civis europeus e do surgimento da jurisprudência dos conceitos, cujo campo de aplicação cobria basicamente o direito privado. Pode-se dizer que, desde então, e pelo menos até a afirmação histórica dos direitos fundamentais, na segunda metade do século XX, a idéia de direitos foi plenamente dominada pelo paradigma privatista.

Por isso, não surpreende que, em 1934, na primeira edição da Teoria Pura do Direito, um autor tão representativo da maturidade do positivismo jurídico como Hans Kelsen tenha sustentado que o direito subjetivo “é uma técnica jurídica específica do sistema jurídico capitalista baseado na instituição da propriedade privada e que domina apenas algumas partes desse tipo de sistema jurídico, e mesmo nelas só se encontra plenamente desenvolvido no direito privado e em algumas partes do direito administrativo”.⁴ Essa famosa assertiva é reproduzida na edição de 1960,⁵ conquanto nesta segunda versão da obra o conceito de direito subjetivo receba muito mais atenção do autor, inclusive no que respeita à aplicação do conceito à categoria dos direitos fundamentais.

Kelsen desenvolve um conceito que denomina de direito subjetivo em sentido técnico. Segundo o autor, “a essência do direito subjetivo em sentido técnico, direito subjetivo esse característico do direito privado, reside, pois, no fato de a ordem jurídica conferir a um indivíduo (...) – normalmente ao indivíduo em face do qual um outro é obrigado a uma determinada con-

⁴ H. Kelsen, *Introduction to the problems of legal theory*, p. 44.

⁵ Ver Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, p. 152.

duta – o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento deste dever, quer dizer, de por em movimento o processo judicial que leva ao estabelecimento da decisão judicial em que se estatui uma sanção concreta como reação contra a violação do dever”.⁶

A partir desse conceito geral de direito subjetivo em sentido técnico, Kelsen examina os direitos e liberdades fundamentais e conclui que esses direitos não podem ser considerados espécies daquela categoria; por consequência, eles não gozam do regime jurídico próprio dos direitos subjetivos. Mais tarde vamos analisar os elementos constitutivos desse regime jurídico. Agora nos interessa apenas destacar o fato de que Kelsen recusava o *status* de direito subjetivo aos direitos fundamentais.⁷ Quando se dedica especificamente a examiná-los, o autor afirma que “estas garantias de Direito Constitucional não constituem em si direitos subjetivos – quer simples direitos reflexos, quer direitos privados subjetivos em sentido técnico”.⁸ A razão pela qual Kelsen recusa esse *status* aos direitos fundamentais consiste no fato de que eles funcionam apenas como limites negativos à atividade do legislador, mas a fixação constitucional desses limites não impõe ao legislador um dever jurídico correlato de não editar leis lesivas aos direitos fundamentais, mas apenas o poder de anular tais leis com base na sua “inconstitucionalidade material” em um processo judicial especialmente destinado a este fim.⁹

Essa foi a compreensão típica desenvolvida pelo positivismo jurídico a respeito dos direitos fundamentais. Os direitos individuais do homem ou as liberdades públicas, mesmo que previstas em um texto de direito positivo como são as constituições, não gozavam do *status* de direito subjetivo porque não compartilhavam das características conceituais dessa categoria jurídica, que são, como veremos adiante, (i) a positividade, (ii) a normatividade e (iii) a justiciabilidade. Por isso Kelsen dirá que “enquanto a garantia constitucional dos chamados direitos e liberdades fundamentais não significar outra coisa senão a mencionada dificuldade da limitação legal destes ‘direitos’, não estaremos em face de quaisquer direitos em

⁶ Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, p. 153. Para um estudo sobre o conceito de direito subjetivo em Kelsen, v. Juan Antonio Cruz Parcerro, *El concepto de derecho subjetivo*, capítulo 1.

⁷ Conquanto Kelsen jamais tenha “tematizado” os direitos fundamentais, parece adequado concluir de seus textos que ele nunca refletiu criteriosamente sobre a função contra-majoritária que esses direitos exercem em uma democracia constitucional, e certamente que jamais concebeu a figura dos direitos fundamentais sociais. Como diz Anna Pintore, “Democracia sin derechos”, p. 136, “em geral, a questão da compatibilidade entre a garantia dos direitos fundamentais e a soberania popular, que está no centro do constitucionalismo democrático, foi enfrentada por Kelsen de modo extremamente conciso e seguramente insatisfatório”. Pintore observa corretamente que Kelsen se move “dentro do horizonte do *Rechtsstaat* do século XIX”, daí porque “a tensão entre direitos e democracia é estranha à sua ótica e suas preocupações” (cit., p. 137).

⁸ Kelsen, ob. cit., p. 157.

⁹ Kelsen, ob. cit., p. 159.

sentido subjetivo. Não se trata de direitos reflexos, pois a ‘proibição’ da legislação que os limite não estatui qualquer dever jurídico; e, por conseguinte, também não se trata de direitos subjetivos em sentido técnico, na medida em que por um direito subjetivo se entenda o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação judicial, o não-cumprimento de um dever”.¹⁰

No entanto, Kelsen admite que os direitos fundamentais possam ser considerados direitos subjetivos e gozem do seu regime jurídico, desde que a ordem jurídica conceda aos indivíduos atingidos por uma lei inconstitucional ou por uma decisão administrativa ofensiva aos direitos fundamentais o poder de instaurar eles mesmos um processo judicial no qual se possa anular a lei ou a decisão administrativa inconstitucional.¹¹ Se é o próprio indivíduo atingido pela lei ou pelo ato administrativo inconstitucional que pode instaurar o processo judicial que conduz à anulação dessa norma, “então o direito e liberdade fundamental em questão é um direito subjetivo do indivíduo na medida em que a anulação da norma individual implica a anulação da lei inconstitucional para o caso concreto ou está por qualquer forma ligado com uma anulação geral da lei inconstitucional”.¹² Neste caso, mas somente neste caso, o direito fundamental não se distingue “em nada” de qualquer direito subjetivo que atribua ao seu titular o poder de anular um ato administrativo ou judicial com base na sua ilegalidade.

Essa ressalva constante na segunda edição da *Teoria Pura* é importante aqui justamente porque é uma ressalva à concepção geral sobre direitos fundamentais exposta na obra. Em princípio, direitos fundamentais não são direitos subjetivos. Como já adiantamos, para Kelsen direitos subjetivos são um instrumento da técnica jurídica típico do direito privado de sistemas capitalistas.¹³ Porém, sempre que – e apenas se – a ordem jurídica conceder ao indivíduo titular de um direito fundamental o poder de ajuizar uma ação cujo resultado é a anulação da lei ou do ato administrativo inconstitucional justamente por violação ao seu direito, então nesse caso – e somente nesse caso – os direitos fundamentais são também direitos subjetivos em sentido técnico.

O que significa essa ressalva? Sugiro que em termos históricos ela registra o ponto de mutação do conceito de direitos fundamentais na história recente das idéias jurídicas. Nela Kelsen recolhe, em sua teoria geral dos direitos subjetivos, uma evolução que era naquele momento recentíssima:

¹⁰ Kelsen, ob. cit., p. 160.

¹¹ E esta não era preferência pessoal de Kelsen, que não incluiu nem o controle difuso de constitucionalidade, nem a legitimidade individual para a provocação do controle abstrato no sistema de jurisdição constitucional que concebeu de modo original. V. Carlos Miguel Herrera, *Théorie Juridique et Politique chez Hans Kelsen*, p. 225-226.

¹² Kelsen, ob. cit., p. 161. Sobre a história da relação entre a idéia de direitos subjetivos e o direito privado, v. também Simmonds, “Rights at the Cutting Edge”, p. 141-145.

¹³ V. Carlos Miguel Herrera, ob. cit., p. 225.

a atribuição aos direitos fundamentais de elementos típicos do regime jurídico dos direitos subjetivos privados, ou, em outras palavras, a incorporação dos direitos fundamentais ao conceito geral de direito subjetivo, com todas as suas conseqüências.

A doutrina do direito subjetivo do direito privado estava assentada em bases teóricas muito bem sedimentadas e a invasão do seu território pela doutrina dos direitos fundamentais do segundo pós-guerra teria necessariamente de abalar suas estruturas conceituais. Portanto, não seria de uma hora para outra e sem muita resistência que essa incorporação aconteceria. Um sinal da (lenta) velocidade dessa transição percebe-se no artigo *Between Utility and Rights* de Hart, publicado já em 1973, no qual ele declara que “estamos atualmente testemunhando, me parece, o progresso da transição de uma antiga fé amplamente aceita, de que alguma forma de utilitarismo, caso possamos descobrir a forma certa, *deve* captar a essência da moralidade política. A nova fé é que a verdade deve encontrar-se não em uma doutrina que tem como objetivo a maximização do bem-estar geral agregado ou médio, mas em uma doutrina dos direitos humanos fundamentais, protegendo específicas liberdades fundamentais e interesses dos indivíduos, caso possamos achar algum fundamento suficientemente firme para tais direitos que possa superar algumas objeções antigas e familiares”.¹⁴

Quero com isso dizer que o processo de positivação dos direitos fundamentais nas constituições dos séculos XIX e XX e dos direitos sociais nas constituições da segunda metade do século XX não garantiu a imediata integração dessa classe de direitos ao conceito e regime do direito subjetivo típico do direito privado, que havia sido elevado a uma categoria da teoria geral do direito. Foi necessário travar uma guerra em várias frentes – jurídica, política, econômica, etc. – para afirmar a natureza de direito subjetivo dos direitos fundamentais e conceder a eles os dois outros atributos essenciais dos direitos subjetivos que, após a positivação, ainda lhe eram negados: a normatividade e a justiciabilidade. Essa guerra começou a ser vencida em relação aos direitos fundamentais civis e políticos assim que as ordens jurídicas passaram a incorporar sistemas de controle de constitucionalidade das leis e a admitir a tutela judicial de indivíduos titulares de direitos fundamentais violados por leis e atos administrativos inconstitucionais. Entretanto, a luta pela eficácia jurídica dos direitos sociais enfrentou e ainda enfrenta uma oposição muito mais sólida do que a oferecida aos direitos liberais. A seguir vamos examinar os principais episódios dessa história.

¹⁴ Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, p. 199.

2. A LUTA PELA POSITIVAÇÃO

Afirmar antes que em algum momento entre os séculos XVIII e XIX o positivismo se apropria da idéia de direitos, que havia sido tão importante para o pensamento jusnaturalista dos séculos anteriores, e desenvolve o conceito jurídico de direito subjetivo privado em sentido técnico. A vitória do paradigma positivista derrota a concepção *ontológica* ou *metafísica* da filosofia dos direitos naturais¹⁵ e impõe ao conceito de direitos subjetivos concepções inerentes às teses centrais do positivismo jurídico. Uma delas é a afirmação de que só existem direitos subjetivos quando previstos pelo ordenamento jurídico.

O filósofo do direito mais representativo dessa virada da idéia de direitos subjetivos nesse momento histórico é Jeremy Bentham. O autor inglês ataca duramente os fundamentos de dois fatos políticos que tiveram na concepção de direitos naturais do homem uma de suas motivações centrais, a Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776 e a Revolução Francesa de 1789. Para Bentham, direitos naturais são simplesmente *nonsense* retórico, um “*nonsense sobre pilotis*” (*nonsense upon stilts*).¹⁶ Ele argumenta que “o direito subjetivo (*right*) é um filho do direito positivo; de leis reais surgem direitos reais; mas de leis imaginárias, de leis da natureza, desejadas e inventadas pelos poetas, retóricos e mercadores de venenos morais e intelectuais, surgem direitos imaginários”.¹⁷

Esta será a partir de então uma tese fundamental do positivismo jurídico e do conceito de direito subjetivo por ele sustentado: direitos subjetivos são uma técnica ou uma ferramenta de que se vale a autoridade legitimada para criar direito positivo – seja o legislador, sejam os juízes – para regular condutas humanas. Dworkin sintetiza essa tese dizendo que “o positivismo jurídico é a teoria segundo a qual os indivíduos só possuem direitos jurídicos na medida em que estes tenham sido criados por decisões políticas ou práticas sociais expressas”.¹⁸ Segundo o autor, “o positivismo jurídico rejeita a idéia de que os direitos jurídicos possam preexistir a qualquer forma de legislação; em outras palavras rejeita a idéia de que indivíduos ou grupos possam ter, em um processo judicial, outros direitos além daqueles expressamente determinados pela coleção de regras explícitas que formam a totalidade do direito de uma comunidade”.¹⁹

¹⁵ Sobre a história “pós-ontológica” dos direitos subjetivos, v. Gary Herbert, *A Philosophical History of Rights*, p. 253-315.

¹⁶ Bentham, *Anarchical Fallacies*, p. 6.

¹⁷ Bentham, ob. cit., p. 19. Sobre a visão de Bentham a respeito dos direitos naturais, ver Hart, “Utilitarianism and Natural Rights”, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, p. 182-197.

¹⁸ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. xii.

¹⁹ Dworkin, ob. cit., p. xi.

A teoria positivista dos direitos nega, pois, que possam existir direitos jurídicos cujo fundamento seja um valor metafísico de ordem religiosa ou teleológica ou uma determinada concepção racional da natureza humana, independentemente da sua aceitação ou incorporação por uma decisão política ou uma prática social expressa. Ou seja, o conceito de direito subjetivo não tem uma essência que lhe confere validade jurídica pela força da sua própria substância,²⁰ independentemente das decisões políticas arbitrárias por meio das quais a autoridade produz direito positivo.²¹

É natural, portanto, que, em um contexto de hegemonia ideológica do positivismo jurídico, a luta pelo respeito a determinados bens ou interesses da pessoa humana através da linguagem dos direitos se traduzisse em uma luta pela positivação desses direitos, ou seja, pela sua inclusão em textos legais produzidos pela autoridade legitimada para instituir direito positivo. Ainda que após a Segunda Guerra tenhamos assistido a um renascimento do jusnaturalismo, até mesmo teóricos jusnaturalistas renderam-se ao pragmatismo buscando incluir nas constituições e na legislação os assim chamados direitos naturais da pessoa humana, a fim de conferir a eles a juridicidade que o positivismo jurídico só empresta aos direitos legais.²²

O pressuposto da incorporação ao direito positivo da tese positivista dos direitos não significa necessariamente, no entanto, que os direitos fundamentais não sejam compreendidos como direitos que expressem em seu conteúdo valores morais ou fins políticos. Esse é um ponto por vezes ignorado pelo pensamento neoconstitucionalista contemporâneo. A inclusão dos direitos humanos no direito positivo das ordens jurídicas não é prova de uma vitória histórica da teoria jusnaturalista sobre a jurisprudência positivista. O positivismo jurídico não exclui necessariamente que direitos morais sejam direitos jurídicos. Ele apenas não aceita que direitos morais sejam direitos jurídicos independentemente de fatos sociais, como uma decisão política da autoridade legitimada para produzir direito positivo. O positivismo moderado desenvolvido a partir de Hart postula que é possível conciliar o positivismo jurídico com o paradigma constitucionalista moderno.

Como se sabe, Hart classifica-se como um positivista moderado. No *postscript a The Concept of Law*, ele declara que, segundo a sua teoria, a

²⁰ Alf Ross, *Direito e Justiça*, p. 213.

²¹ Para Kelsen também não há direito subjetivo fora do direito positivo. Na verdade, como salienta Carlos Miguel Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen*, p. 34, para o autor austríaco “a existência de um direito subjetivo depende inteiramente de seu reconhecimento pelo direito objetivo ou positivo”, o que significa que “o direito subjetivo constitui simplesmente uma norma de direito objetivo”.

²² O amplo acolhimento da concepção jusnaturalista exposta na obra de John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, revela a influência dessa terceira via na teoria do direito contemporânea, que admite conciliar positivismo jurídico e jusnaturalismo.

existência e o conteúdo do direito podem ser identificados com base exclusivamente nas fontes sociais do direito, como a legislação, os precedentes judiciais e os costumes sociais, sem qualquer referência à moral, *exceto quando o direito ou o sistema jurídico tenha, ele próprio, incorporado critérios morais para a identificação do direito*.²³ Ao defender-se da acusação de Dworkin, de que a sua teoria do direito corresponde a um “positivismo meramente factual”, que restringe os critérios de validade jurídica das regras de direito a questões de fato, como o modo ou a forma de criação do direito, Hart assinala que essa acusação é errada porque ignora o fato de que ele explicitamente admite que a regra de reconhecimento de um sistema jurídico pode incorporar, como critério de validação jurídica, a conformidade com princípios morais ou valores substantivos, como ocorre, por exemplo, com as emendas nºs 16 e 19 da Constituição dos Estados Unidos, que se referem, respectivamente, ao direito à liberdade religiosa e ao direito ao voto.²⁴

Assim, a perspectiva segundo a qual Hart define *o conceito de direito*, que é uma perspectiva geral e descritiva e, além disso, indiferente às múltiplas variações culturais que o direito assumiu no espaço e no tempo, mantém a tese da separação entre direito e moral. Ou seja, para descrever cientificamente o direito enquanto instituição político-social não é preciso fazer qualquer referência a valores morais ou a princípios de justiça. No entanto, é perfeitamente possível que ordenamentos jurídicos incorporem, em sua regra de reconhecimento, princípios de justiça ou valores morais substantivos como critérios para a identificação e para a validação de regras de direito.

Por um lado, para Hart essa assimilação da moralidade ao direito não fere o conceito científico de direito porque ela é meramente contingente, no sentido de que decorre de uma opção voluntária de uma determinada sociedade de incorporar tais valores ou princípios em sua regra de reconhecimento. Por outro lado, ela é plenamente coerente com a afirmação de que, embora o direito possa existir enquanto tal sem que a sua regra de reconhecimento incorpore qualquer referência à moral, “em qualquer comunidade há uma sobreposição parcial de conteúdo entre a obrigação jurídica e a moral”,²⁵ e “o direito de todos os Estados modernos mostra em pontos muito numerosos a influência não só da moral social aceite, como também de ideais morais mais vastos”.²⁶ Novamente citando o exemplo norte-ameri-

²³ Hart, *The Concept of Law*, p. 250.

²⁴ Hart, *ibidem*. A polémica literária entre Hart e Dworkin é um das mais prolíficas da história da teoria do direito. V., exemplificativamente, Philip Soper, “Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute”, e César Rodríguez, *La Decisión Judicial. El Debate Hart-Dworkin*.

²⁵ Hart, *ob. cit.*, p. 171.

²⁶ Hart, *ob. cit.*, p. 204.

cano, ele lembra que em alguns sistemas jurídicos “os critérios últimos de validade jurídica incorporam explicitamente princípios de justiça ou valores morais substantivos”,²⁷ fato que nenhum positivista poderá negar. E arremata: “Se tal for o que se quer dizer com a expressão conexão necessária do direito e da moral, então a sua existência deverá ser admitida”.²⁸

Para Hart e os positivistas moderados, a aceitação da incorporação de valores e princípios morais na regra de reconhecimento de um sistema jurídico não coloca em risco o projeto de conceituação positivista de direito porque preserva a tese das fontes sociais do direito, na medida em que remete a incorporação da moral ao sistema a um fato social, que consiste ou em uma decisão política, como se dá com a inserção de um princípio ou um direito moral em uma constituição, ou em uma prática social expressa, como ocorreria com um determinado costume cujo fundamento fosse um princípio moral ao qual se possa atribuir um *status* constitucional.²⁹ O positivismo moderado hartiano é ainda uma teoria positivista porque a admissão da moral como critério de validação de regras jurídicas não afeta o caráter geral e descritivo do conceito teórico-científico de direito. No âmbito exclusivamente conceitual, um sistema de normas não necessita obter a aprovação de juízos de moralidade ou de justiça para ser considerado um sistema jurídico. O positivismo moderado limita-se a reconhecer que muitas sociedades preferem incorporar valores morais na regra de reconhecimento de seus sistemas jurídicos, e essa pode até mesmo ser uma alternativa recomendável sob determinados aspectos, mas não há nada que imponha essa incorporação para que um sistema de normas possa ser identificado como um sistema jurídico.³⁰

Um dos principais combustíveis – se não o principal – da nova guerra travada entre o positivismo jurídico e as doutrinas jusnaturalistas a partir da Segunda Guerra Mundial consiste exatamente no constitucionalismo de direitos, modelo jurídico-político de Estado que insere nas constituições um conjunto de direitos fundamentais cujo conteúdo remete a dimensões da moralidade e da justiça, os quais historicamente foram reivindicados pelas doutrinas jusnaturalistas como direitos naturais do homem, que deveriam ser assegurados à pessoa humana por força de uma determinada concepção moral. Foi o chamado *neoconstitucionalismo* que trouxe de volta a associação entre direito e moral no interior dos sistemas jurídicos contemporâneos.³¹ A crítica de Dworkin à teoria do direito hartiana é fortemente

²⁷ Hart, *ibidem*.

²⁸ Hart, *ibidem*.

²⁹ Cf. Jules Coleman, “Negative and Positive Positivism”, p. 41-47.

³⁰ Uma outra versão do positivismo moderado pode ser encontrada em Neil MacCormick, “Natural Law and the Separation of Law and Morals”.

³¹ Tecla Mazzaresse, “Towards a Positivist Reading of Neo-Constitutionalism”.

marcada pelo constitucionalismo de direitos que emergiu e se consolidou nos Estados Unidos a partir da década de 50, e a profunda e extensa influência de Dworkin no pensamento jurídico contemporâneo tem uma estreita ligação com a difusão do constitucionalismo de direitos na Europa continental e em todo o mundo nas últimas décadas do século XX.³²

No entanto, o positivismo moderado de Hart consegue explicar a associação entre direito e moral nos sistemas jurídicos do constitucionalismo moderno sem abrir mão do conceito teórico-científico de direito defendido pelas doutrinas positivistas. Isso porque, de acordo com Hart, o que faz com que um determinado direito moral seja considerado também um direito jurídico não é a incidência imediata de determinados valores morais sobre a prática do direito, mas sim a sua assimilação ao ordenamento jurídico por um fato social, no caso por uma decisão política tomada pelo poder constituinte responsável pela elaboração do texto constitucional no qual este direito moral tenha sido incluído no sistema de direitos fundamentais.³³

Esse aspecto da teoria hartiana é importante porque ajuda a iluminar um paradoxo do direito contemporâneo que foi assinalado por Alfonso García Figuerola: “no jurista atual confluem duas tradições, cuja origem comum, ainda que não exclusiva, se acha no racionalismo: a positivista da codificação e a jusnaturalista orientada à legitimação do seu exercício”.³⁴ O jurista do nosso tempo, diz o autor espanhol, permanece utilizando padrões do positivismo jurídico do século XIX, como a dogmática jurídica e o formalismo da codificação, ao mesmo tempo em que assume pressupostos jusnaturalistas para justificar sua atividade positivista. Esse paradoxo está claro, por exemplo, no discurso teórico e na prática jurisprudencial sobre direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo. Por um lado, a doutrina dos direitos fundamentais revela-se uma teoria dogmática que não transcende os limites dos direitos positivados nas constituições; por outro lado, essa mesma doutrina tende a considerar-se representante de uma concepção moderna de jusnaturalismo, e a encontrar nela o fundamento de legitimidade dos próprios direitos fundamentais. Essa associação entre a constitucionalização dos direitos fundamentais e o jusnaturalismo é uma das principais marcas do neoconstitucionalismo, como salienta Tecla Mazzarese:

Isso é assim desde que, como regra, tem sido dado como certo que o neoconstitucionalismo deve fundar-se na suposição de que os direitos fundamentais são princípios morais e/ou princípios do direito natural que, uma vez ingressando no direito positivo, têm conquistado um papel dominante cada vez maior dentro dele. Ou, em

³² Sobre a influência “global” de Dworkin na filosofia jurídica e política contemporânea, v. Justine Burley, *Dworkin and His Critics*.

³³ V. Will Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, p. 142-165.

³⁴ Alfonso García Figuerola, *Principios y positivismo jurídico*, p. 42.

outras palavras, isso é assim desde que, como regra, sua leitura atual, mesmo quando se leva em consideração a falta de univocidade de sua noção, é de que o neconstitucionalismo deve fundar-se na tese da íntima conexão entre direito e moral; uma conexão íntima que tem sido reconhecida e expressada com a inclusão de princípios morais, denominados direitos fundamentais, no direito.³⁵

Todavia, como aponta a autora italiana, o neconstitucionalismo jusnaturalista, embora advogue a tese da conexão íntima entre direito e moral como resultado da incorporação dos direitos fundamentais no direito positivo, desconsidera o fato de que a implementação e a proteção legal dos direitos fundamentais depende da existência contingente de um catálogo de direitos fundamentais em um dado sistema jurídico, assim como a maior ou menor extensão em que esses direitos fundamentais estão protegidos depende igualmente de escolhas contingentes de um dado sistema jurídico.³⁶

Por isso, ao menos no nível conceitual a teoria do direito do neconstitucionalismo não tem que ser necessariamente uma teoria jusnaturalista, como muitas vezes se supõe na literatura constitucional contemporânea. Uma teoria jusnaturalista ou não-positivista dos direitos deve propor que ao menos alguns direitos subjetivos existem e obrigam juridicamente independentemente de qualquer decisão política anterior ou de qualquer prática social estabelecida, como uma exigência de alguma concepção de moralidade crítica ou de algum princípio racional de justiça. A teoria dos direitos de Dworkin é um exemplo – muito controvertido, é verdade – de teoria não-positivista dos direitos. Para Dworkin, a fonte dos direitos não são regras expressas em leis, precedentes judiciais ou costumes sociais estabelecidos, como prega o positivismo jurídico, mas sim princípios jurídicos que pertencem à dimensão da moralidade. Nesse sentido, Dworkin apresenta uma concepção genuinamente oposta à concepção positivista de direitos defendida por Hart.³⁷

Do mesmo modo, a teoria dos direitos fundamentais, quando se pensa uma teoria jusnaturalista, frequentemente não passa de uma concepção que reconhece a confluência entre moral e direito nos direitos fundamentais positivados na constituição, mas não mais do que isso. Porém, como já

³⁵ Tecla Mazzaresse, ob. cit., p. 249.

³⁶ Tecla Mazzaresse, ob. cit., p. 254.

³⁷ Mas é interessante observar que, embora o conceito dworkiniano de princípios e, em menor grau, a sua associação entre princípios e direitos gozem de notável aceitação entre os teóricos dos direitos fundamentais da atualidade, muito poucos se mostram dispostos a acompanhar o filósofo norte-americano na sua tese da origem não-positivista dos direitos, e muitas vezes sequer a referem. Isso talvez se explique pelo fato de que, ao contrário do que ocorre no sistema jurídico norte-americano para o qual escreve Dworkin, na grande maioria dos sistemas jurídicos contemporâneos, as constituições incorporaram ao direito positivo um conjunto tão abrangente de direitos naturais aos catálogos de direitos fundamentais que não resta praticamente nenhum espaço para reivindicar a existência de direitos *verdadeiramente* extra-sistemáticos. Evidentemente que esse fato histórico contingente não soluciona o problema da tese da separação entre direito e moral, mas pode ser que anestesia a motivação para advogar por uma causa tão polêmica e espinhosa como é a teoria jusnaturalista dos direitos.

vimos, embora essa assimilação entre direito e moral coloque realmente em xeque as teses mais rigidamente separatistas do positivismo jurídico, ela não causa maiores transtornos ao positivismo moderado. Pode-se agora dizer que uma parte muito significativa da doutrina constitucionalista contemporânea, mesmo aquela que se considera influenciada pelas idéias de Dworkin, ainda quando se pensa jusnaturalista, na verdade não passa de uma representante inconsciente do positivismo moderado exposto por Hart.³⁸

Como se pode perceber, a teoria dos direitos do positivismo moderado não vê problemas em conviver com os modernos direitos fundamentais e tampouco em funcionar como a teoria jusfilosófica de justificação do chamado neoconstitucionalismo, na medida em que ela admite expressamente a confluência entre direito e moral no âmbito de um sistema jurídico através de direitos com conteúdo moral, desde que a própria regra de reconhecimento deste sistema tenha incorporado, como critério de validade jurídica, princípios e direitos que remetam a valores morais substantivos. Ou seja, o que o exame da concepção de Hart deixa claro é que não há uma contradição insuperável entre o positivismo jurídico e o constitucionalismo de direitos. Pelo contrário, o positivismo jurídico pode produzir um ambiente acolhedor para os direitos fundamentais sem renunciar às suas teses fundamentais.

Talvez isso explique por que a luta pela positivação dos direitos sociais não foi uma luta contra o positivismo jurídico, mas uma luta em direção a ele. E os teóricos dos direitos sociais deveriam também refletir sobre o fato de que, se eventualmente se reivindica a existência de direitos fundamentais liberais não positivados, sob a forma de direitos naturais, a doutrina e os tribunais não ousam sustentar a existência de direitos sociais que não estejam expressamente previstos na constituição ou em textos legais. Vale dizer, os direitos sociais do neoconstitucionalismo são apenas direitos subjetivos previstos em normas do direito positivo.

3. A LUTA PELA NORMATIVIDADE

A positivação dos direitos fundamentais sociais nas constituições editadas a partir da segunda metade do século XX é um fato de extrema importância na história das idéias jurídicas. Sem esse processo de inclusão

³⁸ Contudo, um dos mais influentes teóricos dos direitos fundamentais no âmbito europeu continental, o jusfilósofo alemão Robert Alexy, embora se declare um jusnaturalista (cf. *The Argument from Injustice*, p. 76-81), ao expor a sua teoria dos direitos fundamentais esclarece que se trata de uma teoria jurídica, ou seja, "de uma teoria jurídica geral sobre os direitos fundamentais da Lei Fundamental. Não se trata, pois, de uma filosofia dos direitos fundamentais independente do direito positivo nem tampouco de uma teoria sociológica, histórica ou politológica. O que aqui pode esperar-se pode ser caracterizado – utilizando uma terminologia tradicional – como a parte geral de uma dogmática dos direitos fundamentais"; v. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 24-25.

dos direitos sociais no direito positivo, provavelmente a luta pela efetividade dos direitos sociais não teria nenhum futuro. Entretanto, a positivação dos direitos sociais não foi suficiente para assegurar-lhes o regime jurídico próprio dos direitos subjetivos. O passo seguinte deu-se com a conquista da normatividade, e por esse termo quero significar a tese de que um direito subjetivo “em sentido técnico” implica necessariamente a existência de um dever jurídico correlato. Esse é outro elemento fundacional do conceito positivista de direito subjetivo. Um direito que não é garantido por uma obrigação jurídica correlata, ou (i) nem sequer é um direito, e neste caso o uso dessa expressão é uma licença que a linguagem jurídica concede à filosofia moral e política para que usem – analogicamente – um termo eminentemente legal, ou (ii) é um direito moral ou político, mas não é um direito jurídico.

A teoria de Kelsen sobre o conceito de direito subjetivo é também neste ponto um caso exemplar sobre os elementos constitutivos do direito subjetivo. Kelsen considerava o direito subjetivo um conceito dependente da idéia fundamental de dever. O direito subjetivo é apenas um reflexo do dever imposto pela ordem jurídica a alguém. O autor dizia que “um direito reflexo não pode existir sem o correspondente dever jurídico. Apenas quando um indivíduo é juridicamente obrigado a uma determinada conduta em face de um outro tem este, perante aquele, um ‘direito’ a esta conduta”.³⁹ Para o autor, do ponto de vista de uma descrição cientificamente exata da situação jurídica, o conceito de direito subjetivo é supérfluo, porque bastaria descrever o dever imposto a alguém para explicar o que está em jogo em uma relação jurídica. Quando dizemos que existe um direito subjetivo, queremos dizer que “um determinado indivíduo se encontra juridicamente obrigado, ou mesmo, que todos os indivíduos estão juridicamente obrigados em face de um outro indivíduo, o indivíduo que é titular do direito. A conduta a que um indivíduo é obrigado imediatamente em face do outro pode ser uma conduta positiva ou negativa, isto é, uma determinada ação ou omissão”.⁴⁰ O conteúdo de um direito é apenas a conduta atribuída a um indivíduo que é correlativa à conduta devida do indivíduo obrigado, ou seja, um direito subjetivo consiste no poder de exigir do indivíduo obrigado a conduta devida (tese da correlatividade).⁴¹

Segundo Kelsen, a concepção que reconhece autonomia ao conceito de direito subjetivo e o desvincula do dever é tributária da doutrina do direito natural, que supõe a existência de direitos inatos do homem, existentes antes de toda e qualquer ordem jurídica positiva. No entanto, quando a hipótese dos direitos naturais é afastada e se reconhecem apenas os direi-

³⁹ Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, p. 144.

⁴⁰ Kelsen, ob. cit., p. 141.

⁴¹ Kelsen, ob. cit., p. 142.

tos criados por uma ordem jurídica positiva, como exige a teoria positivista dos direitos, verifica-se que um direito subjetivo pressupõe um correspondente dever jurídico; mais do que isso, um direito jurídico “é mesmo este dever jurídico”.⁴²

A tese kelseniana de que o direito subjetivo é apenas um reflexo do dever jurídico instituído por uma norma jurídica e que por isso é um conceito supérfluo à ciência do direito é sabidamente polêmica, e meu propósito aqui não é examinar as críticas que lhe foram dirigidas, mas apenas salientar que a normatividade é um aspecto comum às análises sobre o conceito de direito subjetivo.⁴³ Ao estudar as teses de Bentham sobre os direitos legais, Hart expõe algumas ambigüidades daquele filósofo sobre essa questão e afirma que não é de modo algum claro que os juristas possam falar de direitos desprovidos da obrigação correlata ou que uma tal noção possa ter qualquer propósito útil para a teoria do direito.⁴⁴ Para Ross, “o direito subjetivo será sempre o correlato de um dever, isto é, uma restrição ao próximo”.⁴⁵

Poder-se-ia pensar que a mera incorporação dos direitos sociais às constituições e a textos legais garantiria a eles a inferência de deveres jurídicos correlatos, vale dizer, de obrigações jurídicas devidas pelo devedor das prestações que satisfazem os direitos sociais, o Estado. Ou seja, em um primeiro momento pareceria natural pensar que a positivação implica a normatividade dos direitos sociais. A inclusão no direito positivo lhes garantiria o regime jurídico típico dos direitos subjetivos. Não foi isso, contudo, o que aconteceu. Por muito tempo – e ainda hoje – um segmento significativo da doutrina jurídica tem rejeitado que os direitos sociais acarretem qualquer obrigação jurídica positiva ao Estado.⁴⁶ Embora sejam direitos positivados na ordem jurídica, os direitos sociais não imporiam ao Estado um dever jurídico de adotar as condutas necessárias para a satisfação

⁴² Kelsen, ob. cit., p. 145. Esta tese é mantida na Teoria Geral das Normas, onde o autor afirma que “não são possíveis atribuições de Direito a um, especialmente Direito em sentido técnico, sem deveres de outros”; ver Kelsen, *Teoria Geral das Normas*, p. 175.

⁴³ Ver Rodolfo Arango, *El concepto de derecho sociales fundamentales*, p. 12-14: “não existe um direito subjetivo sem uma obrigação jurídica correlativa que obrigue um outro ('obrigado') a fazer ou deixar de fazer algo (objeto do direito)”.

⁴⁴ Hart, “Legal Rights”, *Essays on Bentham*, p. 173.

⁴⁵ Ross, *Direito e Justiça*, p. 210.

⁴⁶ Um testemunho importante da insuficiência da positivação para o reconhecimento da normatividade dos direitos sociais encontra-se na excepcional obra de Norbert Foulquier, *Les droits subjectifs des administrés*, p. 556: “A idéia fundamental da doutrina era de que os princípios do Preâmbulo (da Constituição francesa de 1958) que proclamavam os direitos sociais provocavam uma desnaturação do Direito. Esses princípios levavam a uma instrumentalização do Direito, contrária ao ideal do Estado de Direito. Vislumbrava-se nela a expressão de um certo jusnaturalismo, que fazia do Direito uma realidade objetiva. Para ‘salvar o Direito’ era necessário descartar os ‘direitos econômicos, sociais e culturais ... que fazem parte da nebulosa dos direitos do homem, mas não se inscrevem no campo do Direito’. Quando muito a proclamação desses direitos devia ser considerada como um conjunto de direções dadas pelo Constituinte ao legislador”.

dos direitos. Essa doutrina admite que os direitos sociais constitucionalizados imponham um dever de editar as leis e implementar as medidas administrativas necessárias para a satisfação dos direitos, mas trata-se de um dever meramente político, que deve ser cobrado do Estado mediante métodos e argumentos políticos e nas instâncias políticas da sociedade, sobretudo nos parlamentos.⁴⁷

A tese da ausência de normatividade dos direitos sociais, que se traduzia na afirmação do caráter exclusivamente político ou moral dos deveres correlatos, passou a ser atacada sobretudo na literatura jurídica dos países que incorporaram direitos sociais nas constituições editadas após a Segunda Guerra. O estudo das chamadas normas programáticas das constituições envolveu a investigação sobre a eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos sociais. No primeiro estágio desses estudos teóricos, a doutrina passou a reconhecer que as normas programáticas não se restringiam a definir programas políticos, econômicos e sociais cuja implementação ficava à mercê do juízo discricionário de oportunidade e conveniência das instâncias parlamentar e administrativa do Estado, mas consistiam em imposições normativas que vinculam de formas e em medidas diversas os poderes públicos.

Essas chamadas imposições normativas, em que pese cercadas de muita retórica literária, gradativamente alcançaram objetividade jurídica através do reconhecimento de algumas eficácias jurídicas concretas para as normas programáticas. Nesse ponto, o estudo de José Afonso da Silva sobre a aplicabilidade das normas constitucionais no direito brasileiro, cuja primeira edição é de 1967, registra com exatidão esse momento da evolução da luta pela normatividade dos direitos sociais.⁴⁸ Um dos temas-chave e uma das reivindicações teóricas centrais da sua obra encontra-se justamente na defesa da eficácia das normas programáticas e, por conseqüência, dos direitos fundamentais sociais. Mas Afonso da Silva não se sente confortável para ir além de propor que ambos se beneficiam apenas de uma eficácia jurídica *limitada*. Com isso ele queria dizer que as normas programáticas de modo geral, e os direitos sociais em particular, possuem *normatividade objetiva*, ou seja, emanam efeitos jurídicos objetivos, mas em geral não possuem *normatividade subjetiva*, vale dizer, ordinariamente não geram direitos subjetivos individuais.

Entre os efeitos objetivos de cunho jurídico Afonso da Silva conta: (1) a *eficácia interpretativa*, pela qual os direitos sociais expressam valores que determinam a hermenêutica do sistema normativo constitucional e dão

⁴⁷ O que significa, então, que estaríamos frente a uma destas duas hipóteses: a) os direitos sociais são direitos jurídicos assegurados por deveres políticos ou morais; b) os direitos sociais são apenas direitos políticos ou morais assegurados por deveres políticos ou morais.

⁴⁸ José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 135-178.

sentido teleológico para a interpretação, a integração e a aplicação das normas jurídicas; (2) a *eficácia revocatória*, segundo a qual as normas de direitos fundamentais sociais revogam por inconstitucionalidade normas legais pré-constitucionais que com elas conflitem; (3) *eficácia invalidante*, através da qual os direitos sociais vinculam positivamente o legislador, causando a nulidade por inconstitucionalidade material das normas infraconstitucionais que lhes forem contrárias. Para além dessa eficácia propriamente jurídica, o autor acrescenta outros efeitos normativos nitidamente políticos e morais: as normas programáticas e os direitos sociais (i) estabelecem um dever (legiferante) para o legislador, (ii) “informam a concepção de Estado e de sociedade e inspiram sua ordenação jurídica” e (iii) “condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário”.⁴⁹

A obra de Afonso da Silva é um bom exemplo de como a doutrina teve e ainda tem dificuldade de conceber os direitos sociais como direitos subjetivos no sentido técnico. Mesmo quando procura sustentar uma posição “progressista” quanto à *normatividade subjetiva* dos direitos sociais, o autor encontra dificuldades para ir além de afirmações como esta: “se não se tem o direito subjetivo no seu aspecto positivo, como poder de exigir uma prestação fundada numa norma constitucional programática, surge ele, porém, em seu aspecto positivo, como possibilidade de exigir que o Poder Público não pratique atos que a contravenham”.⁵⁰ A dificuldade do autor, compartilhada por boa parte da doutrina, é admitir a justiciabilidade ou a exigibilidade judicial individual dos direitos sociais, aspecto que será examinado no item seguinte.⁵¹ Sem embargo, essa dificuldade não deve obscurecer uma avanço importante em direção à normatividade dos direitos sociais.

Mais acima destacamos o fato de que Kelsen somente aceitava considerar os direitos fundamentais como direitos subjetivos naqueles sistemas em que os indivíduos pudessem questionar no poder judiciário a validade de normas infraconstitucionais conflitantes com direitos fundamentais, ou seja, ele admitia que os direitos fundamentais são direitos subjetivos em sentido técnico sempre que o sistema jurídico assegurar a proteção de uma situação subjetiva do indivíduo através do controle de constitucionalidade das leis.⁵² Essa concepção estava atrelada à associação que Kelsen fazia

⁴⁹ José Afonso da Silva, ob. cit., p. 164.

⁵⁰ José Afonso da Silva, ob. cit., p. 177.

⁵¹ Pode-se dizer que a publicação da 1ª edição do livro de Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, em 1998, fotografa o ponto de mutação a partir do qual a doutrina constitucional brasileira passa a afirmar a idéia de que os direitos fundamentais sociais podem ser concebidos, ao menos em algumas hipóteses, como direitos subjetivos individuais. Nessa obra, o Prof. Ingo W. Sarlet confronta a tese até então dominante, segundo a qual “os direitos sociais carecem de plena justiciabilidade, razão pela qual, são merecedores do qualificativo de *leges imperfectae*, devendo, de acordo com outros, ser considerados como direitos relativos, porquanto geram direitos subjetivos apenas com base e nos termos da legislação concretizadora” (ob. cit., p. 279).

entre a obrigação jurídica e a existência de uma sanção aplicável àquele que descumpra a conduta à qual está obrigado por uma norma do direito positivo.⁵³ Como para o autor a invalidação é uma forma de sanção, a possibilidade de anular uma lei inconstitucional garante a normatividade do direito fundamental porque impõe ao Estado a obrigação *jurídica* de tutelá-lo.

Assim, a possibilidade de o indivíduo propor uma ação visando a declarar a inconstitucionalidade de leis e medidas administrativas por violação a um direito social é um nítido avanço na direção da *normatividade subjetiva* desses direitos, e, portanto, na afirmação da sua natureza de direitos subjetivos individuais no sentido técnico, independentemente da aceitação da exigibilidade judicial de uma prestação diretamente satisfativa do direito. Por isso a doutrina tende hoje a incluir a eficácia invalidade também como espécie de *situação jurídica subjetiva* decorrente de um direito fundamental social, ao menos nos sistemas jurídicos que acolhem o controle difuso de constitucionalidade das leis.⁵⁴

Esse é um ponto que merece destaque. As primeiras análises teóricas sobre os direitos sociais desqualificavam-nos como direitos jurídicos, a despeito da sua incorporação nas constituições. Um primeiro sinal de avanço consistiu na afirmação de que os direitos sociais são imposições constitucionais que vinculam o legislador a editar as leis e os administradores públicos a instituir as medidas administrativas necessárias para assegurar a efetividade prática desses direitos. Muito do esforço e do mérito da obra de Gomes Canotilho no cenário jurídico luso-brasileiro esteve em reivindicar a existência desses deveres de legislar e instituir programas administrativos de garantia dos direitos sociais.⁵⁵ Porém, a existência de um dever sem qualquer consequência jurídica não tem nenhum significado para a teoria e a prática do direito. Que um texto legal diga que eu devo ser solidário com meus concidadãos, mas não se extraia desse dever qualquer efeito jurídico, não produz qualquer diferença prática no sentido jurídico em relação à afirmação desse mesmo dever em um texto religioso. Até que se emprestem consequências propriamente jurídicas a este dever, ele não tem qualquer valor jurídico, ainda que possa ter um importante valor político e moral.⁵⁶

⁵² Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, p. 161-162. Como, aliás, reconhece o próprio Afonso da Silva, *ob. cit.*, p. 177.

⁵³ V. Carlos Miguel Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen*, p. 35.

⁵⁴ Neste sentido, a posição de José Carlos Vasconcellos dos Reis, *As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*, p. 148-149: "No que diz respeito às *situações negativas*, o que se observa, em primeiro lugar, é que das normas programáticas deriva um vínculo para os órgãos legisladores do Estado, que têm o *dever* de não editar normas que contrariem os enunciados programáticos (...) Em qualquer caso, porém, não há dúvida de que a violação das normas constitucionais programáticas será motivo de invalidade, no todo ou em parte, do ato normativo infraconstitucional".

⁵⁵ Sobretudo em Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*.

⁵⁶ Estou plenamente de acordo com os autores que ressaltam a enorme importância dos direitos fundamentais como princípios éticos do debate político em uma democracia constitucional moderna. Ver,

Por conseqüência, o primeiro avanço verdadeiramente relevante na direção da normatividade jurídica subjetiva dos direitos sociais consistiu no reconhecimento da eficácia invalidante, ou seja, da possibilidade de que o titular de um direito social – ou uma entidade pública ou privada que substitua ou represente um indivíduo, um grupo ou uma coletividade titular de direitos sociais – mova um processo judicial no qual um juiz ou um tribunal possa declarar a nulidade por inconstitucionalidade da lei ou da medida administrativa por violação de um direito fundamental social.

É verdade que o reconhecimento da eficácia invalidante não foi acompanhado do desenvolvimento de técnicas processuais capazes de assegurar a efetividade da tutela judicial dos direitos sociais. Um bom exemplo disso foi o completo fracasso do instituto do mandado de injunção no direito constitucional brasileiro, que pode ser tributado ao enorme prestígio da tese de que a jurisdição constitucional deve limitar-se a exercer a função de legislador negativo, elaborada por Hans Kelsen ainda na década de 20 do século passado. Porém, o desenvolvimento recente da tese da *proibição do retrocesso social* reforçou este aspecto da normatividade dos direitos sociais, já que ela se propõe a fundamentar a nulidade por inconstitucionalidade de leis que reduzam ou eliminem injustificadamente o âmbito de proteção do conteúdo essencial dos direitos já assegurado na própria constituição ou na legislação ordinária. Conforme resume Ingo Wolfgang Sarlet,

após a sua concretização em nível infraconstitucional, os direitos fundamentais sociais assumem, simultaneamente, a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais na (plena) esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante infração ao princípio da confiança (por sua vez, diretamente deduzido do princípio do Estado de Direito), que, de sua parte, implica a inconstitucionalidade de todas as medidas que inequivocamente venham a ameaçar o padrão de prestações já alcançado.⁵⁷

À margem dos problemas de fundamentação que a tese do retrocesso social possa ter em uma democracia constitucional, sobretudo no que concerne à legitimidade democrática do poder judiciário para invalidar escolhas políticas feitas pelo legislador no espaço de livre conformação legislativa, é certo que o seu acolhimento, ainda que restrito a situações

a respeito, Fernando Atria, "Existem Direitos Sociais?", publicado neste número, e Amartya Sen, "Elements of a Theory of Human Rights". O ponto destacado no texto não é a diferença prática em termos ético-políticos, portanto, mas em termos jurídicos. Infelizmente, a discussão dessa distinção não pode ser feita neste estudo. Também não posso examinar aqui a compatibilidade da tese de que os direitos sociais são apenas direitos políticos com a própria cultura política que buscou na positivação e sobretudo na constitucionalização desses direitos um modo de conferir-lhes um tipo de garantia que a mera disputa política parecia incapaz de assegurar.

⁵⁷ Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 5ª ed., p. 420. Ver, a propósito, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª ed., p. 476-477.

excepcionais de insuportável redução ou extinção da proteção social outorgada por um quadro normativo, evidencia uma confirmação da normatividade jurídica dos direitos sociais para além da mera existência de um dever político de tutela, normatividade que é identificada na possibilidade de obter uma sentença anulando por inconstitucionalidade a lei que viola um direito social por retroceder injustificadamente no *status* da sua proteção jurídica.⁵⁸

4. A LUTA PELA JUSTICIABILIDADE

A derradeira conquista na luta pela efetividade dos direitos sociais foi a da justiciabilidade, e por justiciabilidade quero significar a exigibilidade judicial da prestação que satisfaz o bem tutelado pelo direito social,⁵⁹ tese que remonta à idéia de que a cada direito corresponde uma ação que o assegura. Não há dúvida de que a luta pela justiciabilidade foi a que conheceu a mais sólida e duradoura resistência teórica e prática no processo de afirmação histórica dos direitos fundamentais sociais como espécies de direitos subjetivos. Muito depois da positivação dos direitos sociais e inclusive da aceitação da sua normatividade jurídica, a doutrina e os tribunais permaneceram rejeitando a possibilidade de reivindicar-se judicialmente o cumprimento das prestações correspondentes aos direitos sociais, e mesmo que hoje sejam muitos os sinais de que a resistência começa a ser vencida, são ainda muitos e variados os argumentos lançados contra a justiciabilidade.

A literatura jurídica de matriz positivista sempre sustentou que a exigibilidade judicial é uma característica constitutiva do conceito de direito subjetivo. Ela funcionou como um dos elementos de distinção entre direitos jurídicos e direitos morais ou políticos. Em Hobbes é a coercitividade monopolizada pelo soberano que distingue um direito legal (como o direito à propriedade, por exemplo) de um direito natural.⁶⁰ Grotius e depois Pufendorf diferenciavam direitos perfeitos de direitos imperfeitos: direitos perfeitos são aqueles em que está autorizado o uso da força para proteger o exercício do poder que lhe é inerente, e, dentro de sociedades políticas organizadas, a autorização para usar a força significa o poder de recorrer a um tribunal para garantir o direito; direitos imperfeitos são aqueles que, por definição, não permitem que o seu detentor exija o seu cumprimento me-

⁵⁸ V., a propósito, Victor Abramovich e Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 96-116.

⁵⁹ Trata-se, portanto, de uma tese *forte* da justiciabilidade, que apóia a sua exigibilidade no sentido positivo, em contraste com a tese *débil*, a qual aceita apenas que os direitos sociais funcionem como direitos negativos, vale dizer, como proibições de interferência ou como imunidades, no sentido de W. Hohfeld (*Fundamental Legal Conceptions*).

⁶⁰ V. Norberto Bobbio, *O Positivismo Jurídico*, p. 34-35.

diante o uso da força.⁶¹ Essa distinção foi depois entronizada pelos teóricos positivistas como uma das chaves para a compreensão da natureza dos direitos subjetivos jurídicos.

Também quanto a esse aspecto a exposição de Kelsen é exemplar a respeito dos elementos constitutivos do conceito técnico de direito subjetivo. Para ele, o fator diferencial ou “a essência do direito subjetivo, que é mais do que o simples reflexo do dever jurídico, reside em que uma norma confere a um indivíduo o poder jurídico de fazer valer, *através de uma ação*, o não-cumprimento de um dever jurídico correspondente” (grifei).⁶² Contestando o que chama de teoria tradicional, segundo a qual a todo direito subjetivo corresponde uma pretensão (*Anspruch*), isto é, uma pretensão à realização da conduta correspondente ao dever, Kelsen sustenta que a pretensão só tem relevância jurídica quando está fundada no poder jurídico implicado no conceito de direito subjetivo em sentido técnico, o qual só existe quando o indivíduo está autorizado pela ordem jurídica a ajuizar uma ação judicial para forçar o cumprimento do dever jurídico correspondente. Como já vimos, Kelsen só admite que os direitos fundamentais sejam considerados direitos subjetivos naqueles sistemas jurídicos em que o indivíduo tem o poder de instaurar, através de uma ação ou um recurso, o processo judicial que conduz à anulação da lei inconstitucional que fere o seu direito. Nesse caso, o seu poder jurídico de provocar a anulação desta norma individual não se distingue em nada de qualquer direito subjetivo.⁶³

A associação entre direito subjetivo e exigibilidade judicial pertence ao senso comum do pensamento jurídico moderno. Para Alf Ross, por exemplo, “o conceito de direito subjetivo pressupõe que o titular do direito dispõe de uma *faculdade* relativamente à pessoa obrigada, isto é, que está aberta para ele a possibilidade de fazer valer o seu direito instaurando um processo”.⁶⁴ Ou ainda: “Considerado puramente à luz de sua função jurídica, todo direito subjetivo consiste nas faculdades jurídicas que o titular do direito pode fazer valer por processos”.⁶⁵ Ross afirma que à própria idéia de dever em sentido jurídico corresponde uma faculdade de ajuizar uma ação judicial para obrigar o devedor a cumprir o dever. Quando dizemos que ao dever de A corresponde a faculdade de B, assumimos que B tem uma faculdade de acionar a maquinaria jurídica para obter uma sentença contra A.⁶⁶ E Hart, no estudo sobre os direitos jurídicos em Bentham, aceita que a justiciabilidade é um dos elementos constitutivos do conceito de di-

⁶¹ V. J.B. Schneewind, *A invenção da autonomia*, p. 161.

⁶² Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, p. 152.

⁶³ Kelsen, ob. cit., p. 161.

⁶⁴ Alf Ross, *Direito e Justiça*, p. 210.

⁶⁵ Ross, ob. cit., p. 231.

⁶⁶ Ross, ob. cit., p. 194.

reitos. Segundo ele, um dos elementos que caracterizam os direitos é o poder ou a faculdade de que o seu titular goza de escolher entre ajuizar ou deixar de ajuizar, em caso de violação ou ameaça de violação do dever, uma ação judicial para obter a compensação do direito ou, em certos casos, uma injunção ou uma ordem mandamental para inibir a continuação, ou impedir a futura violação ao dever.⁶⁷

Assim, para a concepção de direito subjetivo que se desenvolve na modernidade, não faz sentido falar de um direito jurídico desprovido do atributo da exigibilidade judicial, ainda que aceitemos a existência de direitos não-jurídicos (morais ou políticos) injusticiáveis. A própria linguagem dos direitos subjetivos poderia ser reconstruída, a partir tanto da experiência do direito romano quanto da tradição do *common law*, como “remédios judiciais que protegem certos interesses humanos”, conforme destaca Geoffrey Samuel.⁶⁸ Embora essa conexão entre direito subjetivo e ação judicial não tenha ficado imune à polêmica, ela é, como já vimos, uma característica central do conceito técnico elaborado no âmbito do direito privado. E o desafio fundamental que os direitos sociais puseram à teoria do direito foi o de aplicar, nas relações entre indivíduo e Estado, um conjunto de idéias que foi desenvolvido exclusivamente para as relações jurídicas entre particulares.⁶⁹

Por isso se explica que a recusa do atributo da justiciabilidade tenha sido o acento tônico da doutrina constitucionalista que se seguiu ao processo de positivação dos direitos sociais na segunda metade do século XX. Aos direitos sociais recusava-se exigibilidade judicial porque a sua concretização exigia necessariamente uma lei que instituisse previamente a estrutura normativa básica para a sua satisfação no âmbito administrativo, e o momento e o conteúdo dessa lei dependia de escolhas políticas do legislador que não podiam ser invalidadas ou substituídas por juízes. Böckenförde, um dos grandes expoentes dessa tese, realça a diferença de “estrutura normativa” entre os direitos fundamentais de liberdade e os direitos sociais: os primeiros podem ser garantidos judicialmente diretamente mediante interpretação do texto constitucional; os segundos somente podem ser assegurados por meio de juízos políticos de alocação de recursos escassos, exclusivos do legislador. Em passagem que se tornou um clássico da interpretação liberal dos direitos fundamentais e que tem hoje grande valor histórico, Böckenförde sustenta:

⁶⁷ Hart, “Legal Rights”, *Essays on Bentham*, p. 184.

⁶⁸ Geoffrey Samuel, “‘Le droit subjetif’ and English Law”, p. 273.

⁶⁹ N. Foulquier mostra que não apenas a ligação necessária entre direito subjetivo e ação judicial não esteve imune à polêmica no direito francês, como foi fortemente contestada pela doutrina publicista francesa que elaborou a teoria dos direitos subjetivos públicos. V. *Les droits subjectifs des administrés*, p. 295-308.

A conseqüência é que os direitos fundamentais sociais – no marco de um ordenamento constitucional democrático e baseado no princípio do Estado de Direito, que não faz do juiz um legislador – não podem fundamentar diretamente pretensões reclamáveis judicialmente; é próprio de sua natureza que não representem direito imediato (para os cidadãos) quando estão na Constituição e antes de sua conformação pelo legislador.⁷⁰

O argumento kelseniano era de que direitos subjetivos são aqueles em que a *ordem jurídica positiva* autoriza – expressa ou implicitamente⁷¹ – o titular a ajuizar uma ação judicial para obrigar o devedor da prestação correlata a cumpri-la sob coação em caso de incumprimento espontâneo do direito. Quando a ordem jurídica não autoriza o recurso ao poder judicial para forçar o cumprimento do dever, não existe direito subjetivo. O argumento da teoria liberal dos direitos fundamentais, ilustrada nessa passagem de Böckenförde, é, no entanto, diferente. Ele desenvolve-se em dois níveis: *Primeiro*, os direitos sociais não são justiciáveis não porque a *ordem jurídica positiva* não autorize o recurso judicial, mas porque a sua estrutura normativa não permite que eles sejam diretamente exigidos na justiça mediante simples interpretação dos textos. *Segundo*, como os direitos sociais não são justiciáveis, eles não são direitos subjetivos.

Esse argumento produziu assim uma dificuldade a mais para a efetividade dos direitos sociais: mesmo que um sistema constitucional prescrevesse expressamente a exigibilidade judicial dos direitos sociais, havia uma teoria francamente hegemônica que sustentava a sua inexigibilidade judicial intrínseca. A positivação dos direitos sociais foi neutralizada porque a tese da inexigibilidade associou o argumento dogmático da “estrutura normativa” insuficiente, que impede a concretização dos direitos sociais por meio de interpretação, ao argumento político que sustenta a necessidade de juízos políticos para a concretização de direitos sociais.⁷²

A luta pela justiciabilidade requer, portanto, pelo menos duas linhas de argumentação. Em relação à tese por assim dizer kelseniana, de ausência de fundamento normativo, pode-se hoje sustentar que a inexigibilidade é no máximo uma característica contingente dos direitos sociais, já que algumas constituições modernas prevêm expressamente a exigibilidade judicial dos direitos sociais. Certamente a ausência de previsão normativa clara pode condicionar a discussão teórico-jurídica e as decisões judiciais. É

⁷⁰ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, p. 78.

⁷¹ Como diz N. Foulquier, *Les droits subjectifs des administrés*, p. 296, “a existência de uma ação (depende) seja de uma disposição expressa da legislação, seja de uma interpretação construtiva do juiz em caso de silêncio legislativo”.

⁷² Sobre os argumentos políticos contra a justiciabilidade dos direitos sociais, v. Frank I. Michelman, “The constitution, social rights, and liberal justification”. Por outro lado, para um histórico interessante sobre a *hostilidade* inicial da doutrina e da jurisprudência francesa à tese da exigibilidade judicial dos direitos sociais com base em argumentos políticos, e a sua gradual superação, v. Norbert Foulquier, *ob. cit.*, p. 542-569.

possível que a dificuldade em aceitar a justiciabilidade dos direitos sociais da doutrina constitucional portuguesa – sempre avançada no estudo da teoria jusfundamental – encontre explicação no art. 18/1 da Constituição de 1976, que restringe expressamente a cláusula da aplicabilidade direta às normas que tutelam os direitos, liberdades e garantias, excluindo do “regime especial” os direitos econômicos, sociais e culturais.⁷³

Outras constituições contemporâneas, porém, possuem normas permitindo a tutela judicial dos direitos sociais. É o caso do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe genericamente que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, norma que não distingue entre as espécies de direitos fundamentais positivadas no texto constitucional. Um exame panorâmico da doutrina jusfundamental brasileira produzida desde a edição da Constituição revela forte tendência a sustentar a tese da justiciabilidade com base neste dispositivo.⁷⁴ Já a Constituição da África do Sul de 1996 prevê, no art. 8 (1), que “A Declaração de Direitos aplica-se a todo o Direito e vincula o legislador, o executivo, o judiciário e todos os órgãos do Estado”, e o art. 38 legitima não apenas o indivíduo a ajuizar uma ação judicial para reparar a violação ou a ameaça de um direito fundamental, como legitima qualquer pessoa a defender em juízo um direito fundamental em representação de uma associação, de um grupo ou uma classe, ou ainda na defesa do interesse público, cláusula que inclui os direitos sociais previstos nos arts. 26 a 29.

Além disso, embora a existência ou a ausência de uma norma positivada prevendo expressamente a exigibilidade judicial dos direitos sociais possa influenciar e em alguns casos determinar o debate sobre a tese da justiciabilidade, ela não é de modo algum decisiva. Como demonstra Rodolfo Arango,⁷⁵ é perfeitamente possível elaborar o suporte fático hipoté-

⁷³ V, por exemplo, José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 300-311; “A não inclusão destes preceitos (sobre direitos sociais) no regime de aplicabilidade imediata dos direitos, liberdades e garantias, a limitação dos casos de inconstitucionalidade por omissão ao incumprimento de imposições legiferantes concretas (com exclusão das normas programáticas) e, indirectamente, o próprio carácter de mera notificação em que se concretiza o juízo de censura da inconstitucionalidade indiciam o reconhecimento constitucional de um poder (competência) de conformação do legislador que, se não é livre, está escassamente vinculado pela directivas materiais da constituição” (p. 306). Gomes Canotilho adota um tom ligeiramente crítico dessa concepção: “Uma das maiores dificuldades surgidas na determinação dos elementos constitutivos dos direitos fundamentais é esta: os direitos sociais existem quando as leis e as políticas sociais os garantirem. Por outras palavras: é o legislador ordinário que cria e determina o conteúdo de um direito social. Este é o discurso saturado da doutrina e da jurisprudência” (*Direito Constitucional e Teoria Constitucional*, 6ª edição, p. 478-480). Esse discurso “saturado” funda-se em dois argumentos básicos: (i) a reserva do possível, segundo a qual “os direitos sociais só *existem* quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos” (grifo acrescentado), e (ii) “a indeterminabilidade jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais”. Todavia, apesar do tom de censura, o autor não avança uma posição favorável à justiciabilidade subjetiva dos direitos sociais.

⁷⁴ Ver, por todos, Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 5ª ed., p. 307-359.

⁷⁵ Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, p. 153-236.

tico de um direito fundamental social a partir da interpretação sistemática de uma constituição democrática de um Estado social de direito. Ademais, o suporte fático proposto por Arango permite a abertura e a adaptação da justiciabilidade à diversidade e à peculiaridade de cada direito social. Isso porque ele inclui a análise, em face das circunstâncias concretas do caso, da limitação de recursos econômicos do Estado e da eventual invasão à competência funcional dos órgãos políticos do Estado na configuração infraconstitucional dos direitos fundamentais, sem com isso renunciar à exigibilidade judicial *prima facie* dos direitos sociais. Ou seja, *primeiro* é possível reconhecer a exigibilidade judicial dos direitos sociais a partir da análise do seu suporte fático hipotético, independentemente da existência de uma norma positiva que prescreva a aplicabilidade direta; *segundo* é possível desenvolver as condições formais⁷⁶ e materiais dos direitos sociais sem transformar o seu suporte fático hipotético em uma estrutura normativa impermeável às restrições econômicas e às objeções políticas que lhe são razoavelmente opostas.

Uma segunda linha de argumentação deve tornar evidente que o argumento político não é mais do que um produto de uma teoria particular do direito, e que portanto pode ser derrotado tanto no plano teórico geral, como no plano de uma teoria adequada a um ordenamento jurídico particular. Esse é um ponto deste debate teórico em que se torna reveladora a tese de Dworkin, de que todas as teorias do direito são teorias normativas e comprometidas.⁷⁷ A afirmação de que os direitos sociais impõem apenas deveres políticos e não são justiciáveis não pode ser feita desde um ponto de vista arquimediano ou teoricamente neutro, de alguém que apenas descreve descomprometidamente o sistema jurídico de um Estado constitucional de direito cuja lei fundamental incorporou ao seu catálogo de direitos fundamentais uma lista de direitos sociais. Essa afirmação é sempre uma tomada de posição no debate entre teorias jurídico-políticas sobre os direitos sociais.

Esse argumento propõe que a verdadeira resistência à tese da justiciabilidade é política, e não técnica, como alerta Luigi Ferrajoli.⁷⁸ Com efeito,

⁷⁶ R. Arango define assim as condições formais: “para que um indivíduo possa exigir uma ação estatal (direito subjetivo público) tem que se encontrar em uma situação na qual a omissão estatal (obrigação objetiva) sujeite-lhe a um dano iminente e o faça sem justificação, vale dizer, na qual a omissão estatal leve a infringir uma norma jusfundamental” (ob. cit., p. 154).

⁷⁷ Cf. Ronald Dworkin, “Hart’s Postscriptum and the Character of Political Philosophy”, p. 13: “Nós não podemos razoavelmente afirmar que a análise política de um valor é conceitual, neutra e descomprometida (*desengaged*). Mas nós podemos afirmar que eles são normativos, comprometidos (*engaged*) e conceituais”.

⁷⁸ Luigi Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, p. 31-32: “Deve-se distinguir, a propósito, entre realizabilidade (*realizzabilità*) técnica e realizabilidade política. Sob o plano técnico, nada autoriza a dizer que os direitos sociais não podem ser garantidos como os demais direitos porque os atos necessários para a sua satisfação seriam inevitavelmente discricionários, não formalizáveis e não suscetíveis de controle e coerção jurisdicional”. Adiante Ferrajoli adverte que “a tese da não-justiciabilidade destes direitos é

não há nada na estrutura normativa dos direitos sociais que o impeça *conceitualmente* de ser uma espécie de direito subjetivo e, portanto, que o impeça *por definição* de beneficiar-se do regime jurídico próprio dos direitos subjetivos em sentido técnico. O fato de que nem todos os direitos sociais sejam judicialmente exigíveis diretamente do Estado (o direito ao trabalho, por exemplo), ou que alguns não o sejam individualmente exigíveis (o direito à moradia, por exemplo), e que uma argumentação especial deva ser desenvolvida⁷⁹ para que o poder judiciário possa impor ao Estado a sua satisfação em cada caso concreto, significa apenas que os direitos sociais são direitos subjetivos *prima facie*⁸⁰ e não que não são direitos subjetivos *tout court*. O argumento da injusticiabilidade *por definição* ou *conceitual*, apresentado frequentemente como uma tese dogmático-jurídica, pertence na verdade a uma determinada teoria política, a teoria liberal dos direitos fundamentais, que na sua forma pura não é compatível com o sistema constitucional de grande parte dos Estados democrático-constitucionais contemporâneos – e seguramente não com o brasileiro.⁸¹

5. A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: O TRIUNFO DOS DIREITOS SOCIAIS?

As anotações precedentes pretenderam mostrar que houve uma longa história de lutas conceituais até que o Supremo Tribunal Federal brasileiro pudesse afirmar – de forma quase panfletária, é verdade⁸² – a doutrina de que “o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição” e que “o sentido de fundamentalidade do direito à saúde impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional”.⁸³ As milhares de decisões judiciais das cortes brasilei-

desmentida pela própria experiência jurídica mais recente, que por vias diversas (tutela de urgência, ação de dano e similares) viram ampliar-se a sua forma de tutela jurisdicional, particularmente no que se refere aos direitos à saúde, à previdência e à igual distribuição”.

⁷⁹ V. Luis Prieto Sanchís, “El constitucionalismo de derechos”, p. 70.

⁸⁰ Cf. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 494-501.

⁸¹ Defendi essa tese em *Democracia constitucional e direitos fundamentais*, especialmente no cap. II.

⁸² Cf. José Carlos Vasconcellos dos Reis, *As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado*, p. 183.

⁸³ STF, AI 547758/RS, Rel. Ministro Celso de Mello, j. em 22/06/2005. Observe-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre direito à saúde restringe-se a prestações individuais. Mas na jurisprudência dos tribunais estaduais encontram-se precedentes de tutela coletiva do direito à saúde, como no julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Apelação Cível n. 70000438135, de 22.03.2000, no qual o tribunal condenou o Município de Porto Alegre a comprar leitos hospitalares na rede privada de hospitais sempre que crianças e adolescentes necessitarem de internação imediata e não houver leitos disponíveis pelo Sistema Único de Saúde.

ras, assegurando prestações de saúde em ações individuais, que contam com o já consolidado respaldo do Supremo Tribunal Federal, ocultam – às vezes irrefletidamente – um árduo processo de reconstrução do conceito técnico de direito subjetivo a fim de adaptá-lo ao direito constitucional moderno.⁸⁴

Um exemplo paradigmático da conversão plena de alguns direitos sociais em direitos subjetivos em sentido técnico encontra-se na fundamentação do voto-condutor do Ministro Luiz Fux em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça que admitiu a existência de um direito público subjetivo à educação pré-escolar. Nesta ação, o Ministério Público defendia a existência de um direito social coletivo à creche e pretendia condenar o Município de Santo André a criar vagas para crianças em instituições pré-escolares, nos termos do art. 208, IV, da Constituição Federal. Segundo o Ministro Fux,

o direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define como dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, por outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Conseqüentemente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo.⁸⁵

Neste importante precedente confrontaram-se as duas teses opostas. O relator original, Ministro José Delgado, defendeu claramente a tese da inexigibilidade judicial. Já o Ministro Teori Zavascki sustentou que em princípio os direitos sociais não podem ser tutelados em juízo: “A tutela jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais é, em regra, menos intensa do que aquela à que se sujeitam os direitos, liberdades e garantias,⁸⁶ em função da sua qualidade típica de direitos a prestações, que dependem na maioria das vezes, de conformações de natureza política ou administrativa e, em muitos casos, da existência ou da disponibilidade de recursos materiais escassos. Presentes tais circunstâncias, não se afigura a existência de direitos subjetivos imediatamente tuteláveis pelo Poder Judiciário”. Sem embargo, o Min. Zavascki reconheceu que

por mais elástico que possa ser o campo de atuação conformadora do Município em matéria de educação, é razoável identificar a presença, no conteúdo normativo, de

⁸⁴ Por outro lado, as decisões deixam a desejar no que se refere a uma série de questões fundamentais na afirmação da eficácia jurídica do direito à saúde. Algumas dessas questões são levantadas por Bertrand Mathieu, “La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel”, p. 59: “As escolhas sanitárias necessariamente operam em um sistema onde os recursos disponíveis são limitados. Essa situação conduz então os poderes públicos a realizar escolhas. É necessário prolongar a vida de doentes crônicos e condenados? É necessário favorecer a prevenção e a pesquisa das doenças? Necessita-se preconizar a utilização de tratamentos aprovados ou vincular-se à experimentação de tratamentos inovadores? É necessário favorecer os cuidados médicos com pessoas jovens em detrimento do prolongamento da vida de pessoas idosas?”.

⁸⁵ STJ, Recurso Especial n. 575.280-SP, Rel. Ministro Luiz Fux, j. em 02.09.2004.

⁸⁶ Observe-se, neste ponto, a influência da linguagem usada no direito constitucional positivo português.

um mínimo essencial que escapa a qualquer poder de discricção administrativa ou política. Há um núcleo mínimo essencial de densidade apto a assegurar, desde logo, o cumprimento do dever de atendimento em creche, senão a todas, ao menos às crianças completamente carentes, desprovidas de qualquer outra espécie de proteção, financeira ou social.

Perceba-se que a aceitação da justiciabilidade do direito à educação (na forma de um direito coletivo à creche) neste precedente do Superior Tribunal de Justiça reconstrói a própria concepção sobre a estrutura normativa do direito associando dois discursos: (1) uma argumentação típica dos direitos subjetivos de direito privado no voto do Ministro Luiz Fux, extraindo a normatividade do direito social da sua mera positividade e recorrendo à idéia clássica de que “a todo direito corresponde uma ação que o assegura”; e (2) uma argumentação desenvolvida pela teoria dos direitos fundamentais no voto do Ministro Teori Zavascki, reconhecendo os limites materiais e funcionais da justiciabilidade dos direitos sociais, mas admitindo que eles podem ser protegidos pelo poder judiciário pelo menos com relação às prestações estatais que garantam um conteúdo mínimo essencial à dignidade da pessoa humana.

Esses precedentes revelam um dos aspectos mais importantes da jurisprudência sobre direitos sociais que vem se desenvolvendo nas cortes brasileiras nos últimos anos. O poder judiciário brasileiro começa a consolidar o uso genérico do conceito de direito subjetivo tanto na forma de ações individuais, ou seja, de direitos subjetivos individuais, quanto na forma de ações coletivas, que veiculam pretensões titularizadas por grupos ou classes de pessoas, individualizáveis ou não. Nesse ponto, a jurisprudência brasileira dos direitos sociais distingue-se, por exemplo, da influente jurisprudência da Corte Constitucional Sul-Africana, que expressamente recusa a possibilidade de assegurar direitos sociais na forma de prestações individuais, e com isso rejeita o recurso ao modo clássico de tutela judicial dos direitos subjetivos.⁸⁷

Na tutela judicial dos direitos sociais, na forma de pretensões individuais, o poder judiciário brasileiro tem usado esquema argumentativo ba-

⁸⁷ No caso *Minister of Health and others v. Treatment Action Campaign and Others*, decidido em 5 de julho de 2002, no qual se discutia demanda coletiva movida por uma organização não-governamental para obter a condenação do poder público a distribuir a medicação Nevirapina em hospitais, a Corte Constitucional Sul-Africana reafirmou doutrina que já expusera no caso *The Government of the Republic of South Africa and others v. Grootboom and others*, de 4 de outubro de 2000, dizendo que “os direitos sociais e econômicos da Constituição não devem ser interpretados como autorizando qualquer um a exigir o conteúdo mínimo que lhes pode satisfazer. O conteúdo mínimo deve ser tratado como sendo possivelmente relevante à [ao critério da] razoabilidade nos termos do artigo 26 (2), e não como um direito auto-suficiente conferido a todos pelo artigo 26 (1)” (“the socio-economic rights of the Constitution should not be construed as entitling everyone to demand that the minimum core be provided to them. Minimum core was thus treated as possibly being relevant to reasonableness under section 26(2), and not as a self-standing right conferred on everyone under section 26(1)”). Sobre o caso, v. Mark S. Kende, “The South African Constitutional Court’s Embrace of Socio-economic Rights: A Comparative Perspective”.

seado na configuração clássica dos direitos subjetivos privados, sobretudo dos direitos de crédito.⁸⁸ Isso significa que os direitos sociais, na sua dimensão individual, têm sido tratados como direitos definitivos ou auto-suficientes, que operam como *razões protegidas*, no sentido definido por Joseph Raz, ou seja, razões para agir de determinado modo e, ao mesmo tempo, razões para desconsiderar razões concorrentes.⁸⁹ Assim, um direito social como o direito à saúde pode ser plenamente exigido em juízo sempre que uma pessoa determinada (o titular do direito) necessita de um determinado medicamento ou procedimento cirúrgico (a prestação devida) que ele não pode prover com recursos próprios, pressupondo-se que o devedor é sempre o Estado (o sujeito passivo da obrigação).

O raciocínio judicial utilizado para o reconhecimento de direitos sociais individuais na justiça brasileira tende, portanto, a basear-se na aplicação de uma metodologia jurídica tradicional, centrada na interpretação literal e sistemática dos textos legais e no uso de conceitos jurídicos que permitem a aplicação subsuntiva a casos concretos. A única abertura que esses precedentes concedem aos argumentos “políticos” é a uma fundamentação parcialmente consequencialista nas decisões, isto é, uma fundamentação que avalia exclusivamente as consequências que a negação da tutela do direito traria para o titular (no exemplo do direito à saúde, em geral o sacrifício da vida), sem incluir na decisão as consequências sistêmicas ou políticas da medida judicial.

Já na tutela coletiva dos direitos sociais nitidamente os juízes não se sentem à vontade para valer-se exclusivamente desse tipo de argumentação. Ao contrário do raciocínio judicial necessário para a tutela individual dos direitos sociais, que pode relegar para um segundo plano argumentos de justiça distributiva, o processo judicial de tutela coletiva dos direitos sociais não consegue evitar o protagonismo dos argumentos de justiça distributiva e dos critérios políticos na definição das políticas públicas e programas governamentais que serão impostos aos órgãos do Estado em nome da proteção dos direitos fundamentais sociais.

O que parece claro, no entanto, é que, embora a evolução da teoria dos direitos sociais esteja fortemente ligada à sua assimilação ao conceito de

⁸⁸ Um exemplo particularmente expressivo da aplicação de uma argumentação privatista aos direitos sociais encontra-se em julgamento do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, na AC 208164, Relatora Desembargadora Regina Peixoto, julgada em 24.02.2003. Nessa decisão, de conteúdo avançado no panorama nacional da proteção judicial ao meio ambiente, a Relatora sustentou que “padece de fragilidade o argumento de que o Governo Estadual do Rio de Janeiro encontra-se em má situação financeira, eis que tal não constitui argumento juridicamente relevante, pois, se assim fosse, não haveria processo de execução, uma vez que todos os executados alegariam insuficiência de recursos”.

⁸⁹ Joseph Raz, *The Authority of Law*, p. 17-18. Isso significa que, no âmbito da tutela individual dos direitos sociais, não tem prevalecido a tese de que os direitos sociais devem ser aplicados como princípios, e não como regras, conforme postula, com base em R. Alexy, Ingo W. Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 5ª edição, p. 345-359.

direito subjetivo, os discursos de aplicação judicial dos direitos sociais não poderão limitar-se a reproduzir a argumentação típica dos direitos subjetivos do direito privado do liberalismo. Isso porque o raciocínio jurídico necessário para a concretização judicial de direitos sociais envolve sempre, em alguma medida, uma apreciação sobre a relação entre bens individuais e bens coletivos, contrariamente ao que se passa na generalidade dos direitos privados. E essa proposição vale tanto para a tutela individual dos direitos sociais, quanto para a tutela coletiva, ainda que se possa aceitar que, no primeiro caso, haja uma adaptação menos problemática ao conceito clássico de direito subjetivo.

Por um lado, a tutela judicial dos direitos sociais, em qualquer das suas formas, exige o recurso a argumentos morais. O dever de prover serviços e políticas públicas que garantam direitos sociais é apenas imediatamente do Estado. O devedor mediato é sempre a comunidade. A justificativa moral desse dever é o princípio da solidariedade comunitária, hoje um princípio do sistema constitucional brasileiro (art. 3º, I, da Constituição Federal). Porém, é preciso definir, por exemplo, qual a medida de comprometimento da comunidade em relação à totalidade dos interesses dos seus membros. A tendência é de rejeitar o maximalismo moral e adotar uma concepção minimalista para o dever de solidariedade comunitária.⁹⁰ Com isso, admite-se que os direitos sociais devem assegurar apenas o “mínimo existencial” para garantir a dignidade da pessoa humana. Mas a expressão “mínimo existencial” não é auto-explicativa.⁹¹ É preciso saber se, para determinar o seu significado, bastará recorrer ao sistema de princípios, regras e valores positivados no sistema jurídico nacional, ou se serão necessários critérios independentes de moralidade crítica, através dos quais se possam definir quais são os direitos sociais justificáveis e quais são os níveis de proteção imprescindíveis para assegurar a dignidade humana e a justiça política da comunidade.⁹²

⁹⁰ Nesse sentido, v. Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, capítulo IV; Cláudio Ari Mello, *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 141-143.

⁹¹ A idéia do mínimo existencial tem sido frequentemente invocada nos tribunais brasileiros, como mostram a decisão do STJ sobre o direito à creche citada no texto e a manifestação do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, onde ele fez constar que “a meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível”.

⁹² Usando teorias da justiça “universais”, como as de John Rawls e Robert Nozick, ou desenvolvendo teorias da justiça apropriadas ao contexto socioeconômico brasileiro, como seria preferível.

Por outro lado, a tutela judicial dos direitos sociais também não poderá evitar a inclusão de juízos políticos, como os de justiça distributiva, ainda que essa seja uma necessidade muito mais evidente na forma da tutela coletiva. Recentemente, José Reinaldo de Lima Lopes mostrou que o deslocamento de decisões sobre justiça distributiva para o poder judiciário não é uma novidade histórica, já que foi extensamente praticado até o século XIX. A sua rejeição na teoria do direito produzida a partir de então tem uma forte ligação com a emergência de uma concepção de direito contra a qual se volta agora a luta pela efetividade dos direitos sociais.⁹³ Mas como também destaca o autor, a readmissão de juízos de justiça distributiva nas decisões de órgãos judiciais requer tanto a superação da ausência de critérios claros de justificação e de recursos institucionais de poder distributivo, quanto a promoção de uma mudança estrutural nas próprias instituições judiciárias.⁹⁴

Em síntese, a experiência judicial de tutela dos direitos sociais tem revelado que é possível aplicar a eles a mesma estrutura conceitual básica desenvolvida originalmente para os direitos subjetivos privados, mas o tipo de raciocínio judicial necessário para dar-lhes efetividade nos casos concretos não pode limitar-se à metodologia subsuntiva da dogmática jusprivatista, como hoje frequentemente ocorre nos tribunais brasileiros. O raciocínio jurídico exigido para a tutela judicial dos direitos sociais não deve omitir ou esquivar-se de argumentos morais e políticos na definição sobre quais são os direitos sociais justiciáveis, qual a forma processual adequada para a sua tutela judicial (individual ou coletiva) e em que extensão eles podem ser garantidos pelo poder judiciário (conseqüencialismo particular ou geral, perfeccionismo ou minimalismo moral, etc).

CONCLUSÃO

A essa altura pode-se concluir que o conceito de direitos fundamentais sociais está realizando uma bem-sucedida integração ao conceito de direito

⁹³ José Reinaldo de Lima Lopes, *As palavras e a lei*, p. 197-255. Sobre esse aspecto, J.R. Lima Lopes ressalta que "Dentro do Estado social de direito o que veio a surgir foi, finalmente, a experiência da judicialização dos conflitos. Uma vez que os direitos de distribuição ou de redistribuição foram inseridos nas constituições do pós-guerra e da democratização (no sul da Europa e da América do Sul) dos anos 70 e 80, o passo seguinte foi exigí-los judicialmente" (p. 272). Contudo, assinala o Prof. Lima Lopes que a divisão entre política e direito realizada pelo pensamento moderno foi tão bem-sucedida que "a teoria do direito não parece preparada para lidar com esse tipo de questão. Seria preciso ter uma idéia mais clara da estrutura dos conflitos (plurilaterais, distributivos, de soma não zero)." (ibidem)

⁹⁴ José Reinaldo Lima Lopes, ob. cit., p. 273. Conforme sustentei em *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 193-198, a legitimidade da proteção de direitos fundamentais pela jurisdição constitucional está a exigir um aprofundamento da democratização dos próprios processos judiciais, que não devem mais manter a lógica do processo civil pensada para a solução de conflitos entre indivíduos inseridos em uma relação bilateral de direito privado. A referência teórica primária da proposta de democratização da justiça constitucional é Peter Häberle, *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição*.

subjetivo em sentido técnico. Revertendo uma oposição sólida da teoria do direito e dos tribunais, a luta pela efetividade dos direitos sociais parece ter conquistado todos os três atributos essenciais do direito subjetivo: a positividade, a normatividade e a justiciabilidade. As adaptações e modificações que foram necessárias para essa evolução não os impediram de gozar do *status* de direitos subjetivos e parecem hoje conduzir para uma alteração do próprio modo de conceber o conceito jurídico de direito subjetivo, que foi um dos grandes produtos da era de ouro do positivismo jurídico.

O receio de introduzir argumentos morais e políticos no raciocínio jurídico utilizado na proteção judicial dos direitos traz a marca de uma idéia de direito subjetivo vinculada ao dogma da pureza e neutralidade dos conceitos da ciência jurídica. O conceito de direito subjetivo não respeita essa pretensão de pureza. Ele exige um comprometimento moral e político do intérprete com uma determinada concepção de pessoa e de comunidade que encontra respaldo nas democracias constitucionais contemporâneas. Não se pode ignorar que a inclusão de argumentos morais e políticos no raciocínio jurídico sobre direitos sociais restabelece uma série de problemas teóricos fundamentais sobre a legitimidade do poder judiciário para decidir questões dessa natureza. Porém, esses problemas não devem ser interpretados como uma negação absoluta da justiciabilidade, e sim como uma advertência permanente sobre os limites da atuação judicial na garantia dos direitos sociais. Pensando sobre isso, não posso deixar de lembrar aquela bela canção do grupo inglês Pink Floyd: “running over the same old ground we have found the same old fears”.

BIBLIOGRAFIA REFERIDA

- ABRAMOVICH, Victor, e COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- . *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*. Oxford: Clarendon Press, 2002.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005.
- ATRIA, Fernando. “Existem Direitos Sociais?”. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, neste número.
- BENTHAM, Jeremy. “Anarchical Fallacies”. In: Jeremy Waldron (ed.). *Nonsense upon Stilts*. London: Methuen & Co., 1987.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone Editora, 1995.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993.
- BURLEY, Justine. *Dworkin and His Critics*. London: Blackwell Publishers, 2004.

- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- . *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- COLEMAN, Jules. "Negative and Positive Positivism". In: Marshall Cohen. *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. New Jersey: Rowman & Allanheld, 1984, p. 28-48.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- . *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- . "Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy". *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, n. 1 (2004), p. 1-37.
- FERRAJOLI: Luigi. *Diritti Fondamentali*. Roma : Laterza, 2001.
- FIGUEROA, Alfonso García. *Princípios y positivismo jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford : OUP, 1980.
- FOULQUIER, Norbert. *Les droits publics subjectifs des administrés*. Paris: Dalloz, 2003.
- HART, H.L.A. *The Concept of Law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- . *Essays in Philosophy and Law*. Oxford: Clarendon Press, 1983.
- . *Essays on Bentham*. Oxford: Clarendon Press, 1982.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.
- HERBERT, Gary. *A Philosophical History of Rights*. New Jersey: Transaction Publishers, 2002.
- HERRERA, Carlos Miguel. *Théorie Juridique et Politique chez Kelsen*. Paris : Kimé, 1997.
- . *La Philosophie du Droit de Hans Kelsen : une Introduction*. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 2004.
- HOHFELD, Welsey Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions. As Applied in Judicial Reasoning*. New Jersey: Lawbook Exchange, 2001.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- . *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1986.
- . *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Oxford: OUP, 1997.
- KENDE, Mark S. "The South African Constitutional Court's Embrace of Socio-economic Rights: A Comparative Perspective". 6 *Chapman Law Review*, 137 (2003).
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei*. São Paulo: Editora 34, 2004.
- MACCORMICK, Neil. "Natural Law and the Separation of Law and Morals". In: Robert George. *Natural Law Theory: Contemporary Essays*. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- MATHIEU, Bertrand. " La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel", *Les Cahiers de la Cours Constitutionnel*, n. 6 (1999), p. 59.
- MAZZARESE, Tecla. "Towards a Positivist Reading of Neo-Constitutionalism". *Journal for Legal and Social Theory*, vol. 6, 2002, n. 2, p. 233-261.
- MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- MICHELMAN, Frank I. "The constitution, social rights, and liberal political justification". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, n. 1 (2003), p. 13-34.
- PARCERO, Juan Antonio Cruz. *El concepto de derecho subjetivo*. Mexico: Fontamara, 2004.
- PINTORE, Anna. "Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático". 23 *Doxa* (2000), p. 119-144.
- RAZ, Joseph. *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1979.

- REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- RODRIGUEZ, César. *La Decisión Judicial. El Debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Uniandes, 1997.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: EDIPRO, 2000.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- SAMUEL, Geoffrey. "Le droit subjetif" and English Law". *Cambridge Law Journal*, 46 (2), July 1987, p. 264-286.
- SANCHÍS, Luis Prieto. "El constitucionalismo de los derechos". *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 71, mayo/agosto 2004, p. 47-72.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SCHNEEWIND, J. B. *A invenção da autonomia*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2001.
- SEN, Amartya. "Elements of a Theory of Human Rights". *Philosophy and Public Affairs*, vol. 32, n. 4 (2004), p. 315-356.
- SILVA, José Afonso da. *A Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SIMMONDS, N. E. "Rights at the Cutting Edge". In: Kramer, Simmonds e Steiner. *A Debate over Rights*. Oxford: OUP, 1998.
- SOPER, Philip. "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute". In: Marshall Cohen. *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. New Jersey: Rowman & Allanheld, 1984, p. 3-27.
- WALUCHOW, W. J. *Inclusive Legal Positivism*. London: Clarendon Press, 1994.