

Índice

Apresentação e agradecimentos	7
A. Introdução	17
I. Objeto da investigação	17
II. Caminho da investigação	20
B. A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy e a problemática dos direitos fundamentais sociais	27
I. Pilares fundamentais do pensamento de alexyano	27
1. O conceito de Direito: a sua natureza dúplice	27
a) O argumento da correção	32
b) O argumento da injustiça	33
c) O argumento de princípio	34
(i) A tese da incorporação	35
(ii) A tese da moral	36
(iii) A tese da correção	37
2. A interpretação jurídica, a criação do Direito e a argumentação jurídica	38
a) A interpretação jurídica como questão hermenêutica	38
b) O desenvolvimento, construção ou criação do Direito (<i>“Rechtsfortbildung”</i>)	42
c) A argumentação jurídica como caso especial	43

3. Os conceitos de constituição, de constitucionalismo e de direito fundamental	47
a) Constituição como ordem fundamental da comunidade e como ordem de valores	47
b) O conceito não positivista de direitos fundamentais	53
c) A interpretação dos direitos fundamentais	54
d) Constitucionalismo vs. legalismo	55
4. A teoria dos direitos fundamentais como modelo interpretativo de uma dogmática geral dos direitos fundamentais para a Lei Fundamental.....	62
a) A relação entre os conceitos de dogmática e de teoria dos direitos fundamentais.....	63
b) O conceito de norma de direito fundamental.....	65
c) A estrutura das normas de direito fundamental	67
(i) Princípios e valores	67
(ii) A distinção entre princípios e regras	68
(iii) Ponderação como modelo argumentativo para aplicação de princípios	71
(iv) Os princípios formais	74
v) A teoria das posições jurídicas fundamentais.....	76
5. A relação entre constituição e legislação no constitucionalismo principiológico	77
a) O conflito entre direitos fundamentais e democracia	77
b) A relação entre jurisdição constitucional e legislador: a jurisdição constitucional como representação argumentativa do povo	78
c) A dogmática dos espaços de atuação	79
II. A problemática dos direitos fundamentais sociais na Alemanha.....	82
1. O conceito de direito fundamental social.....	85
2. Direitos fundamentais sociais na Lei Fundamental alemã?.....	88
a) Objeções teóricas	92
b) Objeções dogmáticas.....	93
c) Objeções metodológicas	93

d) Objeções jurídico-funcionais (de competência)	95
e) A opinião dominante na literatura jurídica.....	95
f) A posição do Tribunal Constitucional Federal alemão.....	97
g) A posição de Robert Alexy: direitos fundamentais sociais como mandamentos de otimização	98
C. A recepção da teoria dos princípios de Robert Alexy no Brasil: uma análise crítica a partir da dogmática dos direitos fundamentais sociais	103
I. A Constituição brasileira de 1988: características importantes	103
1. A positivação difusa da ideia de Estado Social e a multiplicidade de tarefas positivas do Estado	105
2. O amplo catálogo de direitos fundamentais e a positivação de direitos sociais na Constituição brasileira	107
3. A necessidade de se romper com a tradição para reforçar a normatividade constitucional	108
a) A teoria da aplicabilidade das normas constitucionais como modelo dogmático preponderante	109
b) A recepção da(s) teoria(s) dos princípios e a “superação” da ideia de normas constitucionais com eficácia limitada	112
4. Os direitos fundamentais sociais na literatura jurídica brasileira..	113
a. A assim designada “aplicabilidade imediata” dos direitos fundamentais sociais	114
b. Os direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos.....	119
II. A inaptidão da teoria dos princípios como modelo interpretativo para os direitos fundamentais sociais no Brasil.....	121
1. A teoria dos princípios de Alexy em si: objeções teórico-jurídicas, jurídico-constitucionais, metódico-jurídicas e de dogmática dos direitos fundamentais	121
a) O conceito de direito: circularidade ou regresso ao infinito? ..	121
b) O conceito de interpretação jurídica em perspectiva hermenêutico-linguística.....	131
c) O conceito de Direito e o problema da interpretação e da criação do Direito	137
d) O círculo vicioso na teoria da argumentação jurídica	138

e) O conceito ideal de constituição e de direitos fundamentais....	142
f) A falsa dicotomia entre constitucionalismo e legalismo	145
g) O conceito de dogmática jurídica pensada a partir da natureza dúplice do Direito	147
aa. A relação turva da dogmática com a filosofia do Direito ..	147
bb. A preponderância potencial das dimensões normativa e ana- lítica sobre a dimensão empírica da dogmática.....	148
h) O conceito semântico de norma	151
aa. A norma (de direito fundamental) diretamente estatuída ...	151
bb. A norma (de direito fundamental) atribuída como regra...	154
i) O conceito de regra como quimera	155
aa. O conceito de regra como normas (de direito fundamental) imediatamente estatuídas por proposições normativas	156
bb. O conceito de regra como norma (de direito fundamental) atribuída	158
j) Objeções ao conceito alexyano de princípio	159
aa. Objeções teórico-jurídicas.....	159
bb. Objeções metodológico-jurídicas	164
cc. Objeções de dogmática dos direitos fundamentais.....	167
2. Problemas jurídico-funcionais: o papel do Legislativo e do Execu- tivo no âmbito dos direitos sociais e a hipertrofia do Judiciário..	172
a. A relação entre direitos fundamentais sociais e a legislação: conflito entre direitos fundamentais e democracia?	173
b. O Judiciário como primeiro endereçado na concretização dos direitos fundamentais à prestação	176
c. A aplicabilidade direta da Constituição e a confusão entre os níveis da ordem jurídica	177
d. A invisibilização do controle de constitucionalidade por omissão previsto na Constituição brasileira	178
3. Críticas à teoria dos princípios de Alexy como dogmática para os direitos fundamentais sociais da Constituição brasileira de 1988.	179
a. Diferenças contextuais entre a Constituição brasileira e a Lei Fundamental alemã como problema interpretativo	179

b. A Constituição brasileira como ordem moldura ou ordem fundamental?.....	180
c. Direitos fundamentais sociais não são princípios	182
d. Interpretação e aplicação de disposições normativas constitucionais com densidades de regulação distintas através da teoria dos princípios e do método da ponderação	186
e. Sobre a necessidade de um modelo dogmático que não parta da ideia de colisão	190
f. As dogmáticas da restrição e da conformação sob perspectiva da teoria dos princípios	191
D. Desenvolvimento de uma dogmática dos direitos fundamentais sociais sem princípios ou ponderações: o exemplo do direito fundamental à previdência social.....	193
I. A dogmática da conformação como categoria própria no contexto dos direitos fundamentais sociais	193
1. A problemática conformação dos direitos fundamentais na Alemanha.....	194
a) Linhas fundamentais para o desenvolvimento de uma dogmática: limitação e conformação de direitos fundamentais.....	194
b) O conceito de conformação (“ <i>Ausgestaltung</i> ”).....	196
c) Tentativas dogmáticas de contorno da figura da conformação ..	197
aa. Peter Häberle.....	198
bb. Robert Alexy.....	201
cc. Christian Bumke.....	202
dd. Martin Gellermann.....	205
ee. Matthias Cornils	207
d) A recepção da noção de conformação na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão: o caso do direito fundamental ao mínimo existencial como carente de conformação..	209
2. O que significa pensar a figura da conformação no âmbito dos direitos fundamentais sociais no Brasil?.....	213
a) De volta à teoria da “aplicabilidade das normas constitucionais”?.....	214

b) Os direitos fundamentais na Constituição brasileira: o conteúdo de defesa e o conteúdo prestacional dos direitos fundamentais sociais	216
c) Os direitos fundamentais sociais colidem com outros direitos ou com competências?	217
d) A reflexividade dos direitos fundamentais sociais: mandamentos de legislação (“ <i>Gesetzgebungsgebot</i> ”) ao invés de mandamentos de otimização (“ <i>Optimierungsgebot</i> ”)	219
e) A exigência de conformação como característica comum a todos direitos fundamentais sociais: unidade na multiplicidade	220
f) O legislador não como inimigo, mas como condição de possibilidade dos direitos fundamentais sociais: a relação harmônica entre os direitos fundamentais e a legislação	222
g) Os direitos fundamentais sociais, o conteúdo objetivo dos direitos fundamentais e o dever de conformar	223
h) Parâmetros para o legislador configurador: âmbito nuclear (“ <i>Kernbereich</i> ”), padrão mínimo (“ <i>Mindeststandard</i> ”) medida mínima (“ <i>Mindestmass</i> ”) ao invés de otimização	226
II. Dogmática dos direitos fundamentais centrada no texto constitucional: o caso do direito fundamental à previdência social.....	230
1. A multidimensionalidade dos direitos fundamentais sociais na Constituição brasileira: questões acerca de uma parte geral de uma dogmática dos direitos fundamentais sociais.....	233
a) Direitos fundamentais sociais como disposições constitucionais meramente programáticas	235
b) Direitos fundamentais sociais como direitos de defesa	235
c) O conteúdo jurídico prestacional dos direitos fundamentais sociais	236
d) Direitos fundamentais sociais como determinações de objetivos do Estado (“ <i>Staatszielbestimmungen</i> “).	237
e) Direitos fundamentais sociais como direitos à prestação originária e direitos à prestação derivada (direitos de participação)	241
f) Interpretação jurídico-funcional dos direitos fundamentais sociais: um pensar a partir das competências	244
g) Algumas conclusões parciais	251

2. Necessidade de uma dogmática específica dos diferentes direitos fundamentais sociais: multiplicidade na unidade	252
3. O conteúdo jurídico prestacional do direito fundamental à previdência social: dogmática especial como multiplicidade na unidade	253
a) A relação entre os direitos fundamentais sociais e a Ordem Social na Constituição brasileira: densidade de regulação horizontal como diretiva	254
b) O direito fundamental à previdência social como parte da seguridade social: saúde, assistência e previdência	256
c) Teleologia do direito fundamental à previdência social (teleologia imanente)	257
d) Constitucionalização, “legalidade da Constituição” e historicidade do direito à previdência	258
e) O direito fundamental à previdência social e o mínimo existencial	261
f) O direito fundamental à previdência social e a garantia da liberdade e da igualdade fática (igualdade de oportunidades)	262
g) O direito fundamental à previdência social e a reserva do possível	263
h) A jurisprudência sobre direito fundamental à previdência social. A influência genérica da teoria dos princípios	266
aa. Prorrogação do salário-maternidade	266
bb. Adicional de 25% nas aposentadorias por invalidez	270
cc. Desaposentação	273
i) A jurisprudência do STF sobre direito à previdência: a não adoção dos pressupostos da teoria dos princípios	276
j) Algumas conclusões parciais	279
4. A conformação do direito fundamental à previdência social	282
5. Reconformação (“ <i>Umgestaltung</i> ”) ou reforma no âmbito do direito fundamental à previdência social	289
III. A densidade de regulação horizontal e a densidade de regulamentação vertical: a vinculação à Constituição e à legislação como problema de controle de constitucionalidade	299

1. A jurisdição constitucional vista a partir da relação entre o direito fundamental à previdência social e as competências constitucionais	300
a) Como se configura uma inconstitucionalidade por omissão? O problema das lacunas no âmbito do direito fundamental à previdência social	300
b) Controle de constitucionalidade de omissões: quem possui competência?.....	304
c) Mandado de injunção e o direito fundamental à previdência social como direito à prestação originária e/ou derivada.....	309
d) Proibição de medida insuficiente (“ <i>Untermaßverbot</i> ”) e o controle de omissões: o caso dos direitos sociais no Brasil	310
e) O controle de evidência e a inconstitucionalidade por omissão no âmbito dos direitos fundamentais sociais	315
2. A vinculação da Administração pública prestacional e da jurisdição comum ao direito fundamental à previdência hierarquicamente organizado	321
a) Semelhanças e diferenças entre o papel da Administração pública prestacional e da jurisdição comum.....	322
b) O controle de normas feito pela jurisdição comum no âmbito do direito fundamental à previdência social	323
c) Interpretação e criação do direito fundamental à previdência social.....	324
E. Conclusão	327
Bibliografia	333