

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL**  
**PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

**MURIEL CLÈVE NICOLODI**

**CRITÉRIOS E PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO DO PODER**  
**JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**  
**SOCIAIS PRESTACIONAIS**

**CURITIBA**

**2013**

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL – UNIBRASIL**  
**PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

**MURIEL CLÈVE NICOLODI**

**CRITÉRIOS E PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO DO PODER**  
**JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**  
**SOCIAIS PRESTACIONAIS**

**Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil.**

**Orientador: Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier**

**CURITIBA**

**2013**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

MURIEL CLÈVE NICOLODI

### **CRITÉRIOS E PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (PPGD UniBrasil)

Membros: Prof. Dr. Paulo Ricardo Opuska (PPGD UniCuritiba)

Profa. Dra. Adriana da Costa Ricardo Schier (PPGD Instituto Romeu Felipe Bacellar)

Profa. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza (PPGD UniBrasil)

Curitiba, 21 de março de 2013.



N651

Nicolodi, Muriel Clève.

Critérios e parâmetros para a atuação do poder judiciário na concretização dos Direitos fundamentais sociais prestacionais./ Muriel Clève Nicolodi. – Curitiba: UniBrasil, 2013.

vi, 154p.; 29 cm.

Orientador: Paulo Ricardo Schier

Dissertação (mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, 2013.

Inclui bibliografia.

1. Direito – Dissertação. 2. Direitos fundamentais sociais. 3. Direitos fundamentais sociais prestacionais - Judicialização. 4. Justiciabilidade – Critérios e parâmetros.  
I. Faculdades Integradas do Brasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia.  
II. Título.

CDD 340

Ao meu pai, Jorge Luiz Nicolodi, *in memoriam*, que, para mim, em minha mente e coração, é eternamente vivo!

## AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, e sempre, devo agradecer, aos meus pais Jorge e Christiane, pelo incentivo e apoio constantes, que sempre me deram. E ao meu irmão, Gabriel, por me trazer serenidade e equilíbrio sempre que preciso.

Agradeço também: aos meus avós maternos Jeorling e Dirce, pelo acolhimento diário, que me proporciona momentos de leveza e aprendizado; E aos meus avós paternos, Almiro e Terezinha, pela força e pela fé que me transmitem, bem como pelo colo e carinho nos momentos de agonia.

Ao meu Tio Clèmerson, por todas as oportunidades que me pôs à frente, abrindo portas para o meu crescimento pessoal e acadêmico, para, quiçá, poder carregar comigo uma pontinha de seu brilhantismo.

À minha prima Carol, por, sempre, me dar apoio e suporte, me ajudando a alcançar os meus objetivos.

E, claro, como não poderia faltar, ao Diogo, com amor, pela tolerância diária, pelos momentos de descontração e alegria e pelo apoio quando eu achava que não fosse dar certo.

Agradeço, também, ao Professor Paulo, pelo incentivo e apoio contínuos, bem como pela sabedoria com que soube transmitir seus ensinamentos para condução da pesquisa.

Por fim, agradeço aos demais Mestres da casa, pelos conhecimentos transmitidos, e à Coordenação do Curso, pelo apoio institucional e as facilidades oferecidas.

“A Constituição é norma, mas também é vida, experiência tocada pela dinâmica política”.

Clèmerson Merlin Clève

## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>V</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>VI</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....</b>	<b>4</b>
1.1 OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	4
1.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO DIREITOS DE DEFESA E COMO DIREITOS A PRESTAÇÃO .....	18
1.3 AS PERSPECTIVAS JURÍDICO-SUBJETIVA E JURÍDICO-OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS .....	24
1.4 A PROBLEMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS EM SENTIDO ESTRITO .....	29
1.5 A APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS A PRESTAÇÃO.....	35
<b>2 A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS .....</b>	<b>44</b>
2.1 CRÍTICAS À JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS .....	44
2.2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES .....	47
2.3 O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO .....	51
2.4 O CUSTO DOS DIREITOS E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL .....	58
2.5 A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS .....	64
<b>3 CRITÉRIOS E PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS.....</b>	<b>71</b>
3.1 CRITÉRIOS E PARÂMETROS MATERIAIS .....	72
3.2 CRITÉRIOS E PARÂMETROS PROCESSUAIS .....	80
3.3 UMA BREVE ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS .....	87
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>99</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>102</b>

## RESUMO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, os direitos sociais prestacionais adquiriram status de verdadeiros e autênticos direitos fundamentais, revestidos pela cláusula da aplicabilidade direta e imediata. Pelo fato de serem direitos sociais, estão intimamente relacionados com o princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, fatores como a exclusão social demonstram que a positivação destes direitos não foi suficiente para conferir-lhes concretude plena, vez que dependem de atuação positiva do Estado, isto é, dependem de legislação ulterior e de implementação de políticas públicas para tanto, tarefas típicas dos Poderes Legislativo e Executivo. Quando estes Poderes restam inertes, incumbe ao Judiciário a realização de tais tarefas. Ocorre que, a esta atuação são impostos diversos óbices, entre eles os princípios da separação dos poderes e da legitimidade democrática do Judiciário, bem como a reserva do possível. No entanto, tendo em vista a extrema importância destes direitos, os limites impostos à atuação do Poder Judiciário não podem prevalecer. Por outro lado, a fim de atender aos princípios da separação dos poderes e da soberania popular, é necessário que o Judiciário observe alguns critérios e parâmetros, para que a sua atuação se mostre racional e objetiva.

**PALAVRAS-CHAVE:** direitos fundamentais sociais prestacionais, justiciabilidade, critérios e parâmetros

## **ABSTRACT**

With the advent of the Federal Constitution of 1988, state-provided social rights acquired the status of true and authentic fundamental rights, as provided in the clause of direct and immediate applicability. Due to the fact that they are social rights, they are closely related to the principle of human dignity. However, factors like social exclusion demonstrate that the positivization of these rights has been insufficient to grant them full concrete realization, since they depend on the positive action of the State, that is, they depend on ulterior legislation and the implementation of public policies for their effectiveness; duties typically assigned to the Legislative and Executive branches. When these Powers are inert, it becomes the duty of the Judicial branch to carry out such functions. It so happens that there are various obstacles, among them, the principles of separation of powers and the democratic legitimacy of the Judicial branch, as well as the application of proportionality. Bearing in mind the extreme importance of these rights, the limits imposed on the role of the Judicial Power cannot prevail. To meet the principles of separation of powers and popular sovereignty, it is necessary that the judiciary observe certain criteria and parameters, so that its performance is shown to be rational and objective.

**KEYWORDS:** fundamental state-provided social rights, justiciability, criteria and parameters.

## INTRODUÇÃO

A partir da Constituição Federal de 1988, os direitos sociais adquiriram *status* de autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, passando a integrar o Título II, visto que até então eram previstos nas Ordens Econômica e Social, situação que lhes conferia uma eficácia reduzida e limitada, sendo vistos como simples normas programáticas.

Como direitos sociais, possuem relação direta com os princípios fundamentais previstos na nossa Lei Maior, quais sejam: a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No entanto, fatores como a exclusão social e as desigualdades na distribuição de rendas, entre outros, demonstram que grande parte, senão a maioria, da população brasileira (sobre)vive sem ter acesso sequer às condições mínimas necessárias para o desenvolvimento de uma vida digna. Situação, esta, que fortifica a premissa de que os ideais previstos pela nossa Carta Magna não foram alcançados, motivo por que se pode perceber que a positivação destes direitos não foi o suficiente para conferir-lhes um grau de efetividade significativo, uma vez que necessitam de legislação ulterior para a sua plena concretização.

Ora, é a efetividade dos direitos sociais de cunho prestacional que confere aos cidadãos o suprimento das necessidades básicas (saúde, moradia e educação, por exemplo), sem as quais se torna inviável o desenvolvimento da personalidade e de uma vida digna, bem como a fruição dos direitos fundamentais individuais. Neste diapasão, Clèmerson Merlin CLÈVE afirma que “se é certo que os prestacionais são direitos de eficácia progressiva, isso não significa dizer que possam ser considerados como meras

normas de eficácia diferida, programática, limitada. Certamente que não. São direitos que produzem, pelo simples reconhecimento constitucional, uma eficácia mínima”<sup>1</sup>.

É neste sentido que este trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade de efetivação dos direitos fundamentais sociais prestacionais pelo Poder Judiciário, o qual não escapa do dever crítico e ético de transformação da realidade social tão excludente, tendo em vista que, a partir da Constituição de 1988, os operadores do direito passaram a comprometer-se mais com a “dogmática constitucional emancipatória”, a qual visa “contribuir para a mudança da triste condição que acomete a formação social brasileira”<sup>2</sup>.

Desta forma, o trabalho iniciar-se-á pela análise do regime jurídico dos direitos fundamentais sociais, especialmente daqueles de cunho prestacional, demonstrando a dificuldade em enquadrá-los como direitos subjetivos, bem como da sua aplicabilidade imediata, tendo em vista que dependem de legislação ulterior para que tenham concretude plena (Capítulo I).

Por sua vez, no Capítulo II, busca-se demonstrar o papel e a legitimidade do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional diante da realidade que impõe limites fáticos para a sua atuação. É neste momento, que nos deparamos com os óbices e limites impostos à referida efetivação, quais sejam: (i) o princípio da separação dos poderes, uma vez que a concretização dos direitos prestacionais é dependente de legislação infraconstitucional ulterior e implementação de políticas públicas, tarefas típicas dos Poderes Executivo e Legislativo; (ii) o princípio da legitimidade democrática, tendo em vista que ao contrário do que ocorre com os demais poderes, os membros do Judiciário não são escolhidos diretamente pelo povo; e, por fim, (iii) os limites orçamentários, uma vez

---

<sup>1</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo: Novas Perspectivas para o Desenvolvimento Econômico e Socioambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 106.

<sup>2</sup> Ibidem, p. 96.

que os direitos em questão estariam sujeitos à disponibilidade de recursos nos cofres públicos e à reserva do possível.

Os direitos fundamentais são extremamente importantes, tendo em vista que são pressupostos para uma vida humanamente digna e fruição dos demais direitos fundamentais, não podendo a sua concretização por meio do Poder Judiciário ser prejudicada pela simples imposição destes limites.

Por outro lado, é preciso reconhecer que não são tarefas típicas do Judiciário, mas sim do Executivo e do Legislativo decidir sobre a implementação de políticas públicas e a alocação de recursos. Por este motivo, no Capítulo III, se apresenta uma proposta de critérios e parâmetros objetivos para que concretização judicial dos direitos sociais prestacionais se mostre mais racional e menos subjetiva, atendendo ao princípio da soberania popular.

# 1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

## 1.1 OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Decorridos quase vinte e cinco anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda existem discussões e controvérsias da doutrina e da jurisprudência acerca da fundamentalidade dos direitos sociais, questionando-se se devem ter a sua aplicabilidade de acordo com o regime jurídico específico dos direitos fundamentais, ou “se são normas indicativas de programas a serem adotados pelos poderes públicos, em consonância com a vontade política manifestada em regime de oportunidade, e em estrita dependência da atuação concretizadora do legislador”<sup>3</sup>.

Para Jorge Reis NOVAIS, a discussão acerca da jusfundamentalidade dos direitos sociais é algo surpreendente, tendo em vista a importância material destes direitos para a sociedade<sup>4</sup>. De acordo com a lição do autor, nas Constituições vigentes durante o Estado de Direito Liberal não havia dúvidas de que direitos fundamentais eram somente os direitos negativos de primeira dimensão, conhecidos como direitos de liberdade, que asseguravam a liberdade e a autonomia dos indivíduos<sup>5</sup>.

O Estado de Direito sob a forma do Estado liberal, também chamado de Estado mínimo, tinha por objetivo, apenas, “garantir a liberdade do indivíduo e da sociedade perante o Estado”<sup>6</sup>. Era caracterizado, basicamente, pela autonomia da pessoa e pelo individualismo<sup>7</sup>, limitando-se às funções de “manter a ordem interna e conduzir a política exterior (ou seja, o fim do Estado nesse caso parece ser unicamente

---

<sup>3</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível**. Curitiba, 2006. 378 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná – UFPR.

<sup>4</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 65.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 65-67.

<sup>6</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 34.

<sup>7</sup> SANTOS, Marcelo Fausto Figueiredo. **Teoria Geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 70.

o de promover e manter a segurança necessária para que os indivíduos possam livremente desenvolver as suas potencialidades)”<sup>8</sup>.

Ou seja, o Estado de direito surgiu sob o viés do liberalismo, de maneira que se caracterizava pela submissão ao império da lei, pela divisão de poderes e pelo enunciado e garantia dos direitos individuais<sup>9</sup>. No mesmo sentido, a lição de Clèmerson Merlin CLÈVE:

Ao Estado liberal, sempre juridicamente controlado, não cabe mais do que exercer as seguintes funções: manter a ordem interna e conduzir a política exterior, (ou seja, o fim do Estado nesse caso parece ser unicamente o de promover e manter a segurança necessária para que os indivíduos possam livremente desenvolver as suas potencialidades). Tudo o mais cabe à sociedade civil, dinamizada pela energia da multiplicidade de indivíduos livres e iguais<sup>10</sup>.

Portanto, percebe-se que durante o liberalismo procurava-se garantir a liberdade do indivíduo, de modo que os direitos assegurados pelas Constituições e ordenamentos jurídicos então vigentes eram os direitos civis e políticos (por exemplo, os direitos à vida, propriedade, liberdade e igualdade formal). Ou seja, direitos de titularidade do indivíduo e caracterizados como direitos de resistência ou de oposição frente ao Estado<sup>11</sup>, portanto, direitos de cunho negativo, dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva do Estado<sup>12</sup>. Estes direitos correspondem “a posições jusfundamentais que podem, em suas dimensões básicas, ser satisfeitas pelo simples atuar de seu titular”<sup>13</sup>. Porém, registre-se que, ainda que sejam direitos de cunho negativo, passíveis de satisfação pela iniciativa de seu titular, o Estado tem o dever de

---

<sup>8</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**, p. 35.

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 112-113.

<sup>10</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**, p. 35.

<sup>11</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 563-564.

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 46-47.

<sup>13</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**. p. 98.

atuação no sentido de proteção destes direitos. Neste momento, os direitos sociais, como saúde e educação, até eram considerados essenciais, mas deveriam ser procurados e adquiridos pelo próprio cidadão dentro do mercado<sup>14</sup>.

No entanto, no constitucionalismo do primeiro pós-guerra, a concepção de direitos fundamentais alterou-se profundamente, com o alargamento do conceito de cidadania e da alteração do sentido de dignidade humana, de maneira que algumas Constituições, como, por exemplo, a de Weimar, a do México e a da Finlândia, passaram a acolher os direitos sociais como direitos fundamentais, como uma resposta do Estado de Direito Social à questão social herdada da revolução industrial e às reivindicações do movimento operário<sup>15</sup>.

No Estado Social, os “direitos ligados à promoção da igualdade material passaram a ter assento constitucional e ocorreu uma ampliação notável das tarefas a serem desempenhadas pelo Estado no plano econômico e social”<sup>16</sup>. Ou seja, a própria ideia de direitos fundamentais “sofreu deslocamento”<sup>17</sup>. É que ao contrário dos clássicos direitos fundamentais de primeira dimensão<sup>18</sup>, oriundos do liberalismo, que visam a evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, os direitos fundamentais sociais, são direitos fundados no princípio da igualdade material e dependem de atuações estatais positivas, que buscam propiciar um “direito de participar do bem estar social”<sup>19</sup>. Desta forma, passou-se a cuidar do direito à liberdade por intermédio do Estado, e não mais dele e perante ele.

Percebe-se, portanto, que o Estado social tinha por objetivo atingir a chamada justiça social, atendendo às pressões da sociedade, prestando serviços e a intervindo na

---

<sup>14</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**, p. 67.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 84.

<sup>17</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**, p. 37.

<sup>18</sup> Dentre as várias classificações atribuídas aos direitos fundamentais, destaca-se aquela que os divide em gerações, ou – como prefere a moderna doutrina – dimensões, tendo em vista que o “uso da expressão gerações pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 45).

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 57.

realidade social e econômica<sup>20</sup>. Ou seja, como nos leciona Jorge MIRANDA, o Estado social:

...se trata é de articular *direitos, liberdades e garantias* (direitos cuja função imediata é a proteção da autonomia da pessoa) com *direitos sociais* (direitos cuja função imediata é o refazer das condições materiais e culturais em que vivem as pessoas); de articular igualdade *jurídica* (à partida) com igualdade *social* (à chegada) e segurança jurídica com segurança social; e ainda estabelecer a recíproca implicação entre liberalismo político (e não já, ou não já necessariamente, económico) e democracia, retirando-se do princípio da soberania nacional todos os seus colários (com a passagem o governo representativo clássico à democracia representativa)<sup>21</sup>. [grifos no original]

Porém, a mera positivação destes direitos não significou uma revolução nas condições constitucionais da época, pois todos os direitos fundamentais, até mesmo os direitos de liberdade assegurados pelas Constituições do pós primeira-guerra, eram apenas proclamatórios, programáticos ou sinalizantes de um compromisso político e aspirações sociais, que remetiam para a atuação do legislador ordinário<sup>22</sup>. E, por este motivo, José Afonso da SILVA, sustenta que “o Estado de Direito, quer como Estado Liberal de Direito quer como Estado Social de Direito, nem sempre se caracteriza *Estado Democrático*”<sup>23</sup> [grifos no original].

A situação mudou, somente, no segundo pós-guerra, quando a Europa passou pelo processo de constitucionalização e democratização, direcionando-se à garantia da efetividade e justiciabilidade da Constituição<sup>24</sup>. A partir deste momento, a Constituição passou a ser verdadeira norma jurídica, com caráter supremo enquanto norma e lei fundamental de um dado ordenamento jurídico, e os direitos fundamentais passaram a significar direitos justiciáveis com base no seu valor constitucional, inclusive contra a vontade do legislador democrático<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> SANTOS, Marcelo Fausto Figueiredo. **Teoria Geral do Estado**, p. 77.

<sup>21</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 53.

<sup>22</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**, p. 69-70.

<sup>23</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 117.

<sup>24</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**, p. 70.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 70-71.

Ou seja, em meados do século XX, no pós Segunda Guerra Mundial, desenvolveu-se o chamado Estado Constitucional de direito ou Estado Constitucional democrático, unindo os conceitos de Estado Democrático com Estado de Direito<sup>26</sup>, caracterizando-se, basicamente, pela “subordinação da legalidade a uma Constituição rígida”<sup>27</sup>. Nesta nova forma de Estado, conforme nos leciona Luís Roberto BARROSO:

A validade das leis já não depende da forma de sua produção, mas também da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, às quais se reconhece a imperatividade típica do Direito. Mais que isso: a Constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas lhes determina, também, deveres de atuação. A ciência do Direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos Poderes Públicos, e a jurisprudência passa a desempenhar novas tarefas, dentre as quais se incluem a competência ampla para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar criativamente a Constituição<sup>28</sup>.

Durante este período houve uma reconstitucionalização no território europeu, no qual a Constituição adquiriu *status* de lei normativamente superior, passando a influenciar as instituições contemporâneas, que aproximou os conceitos de constitucionalismo e democracia e deu origem a uma nova forma de organização política, denominada de Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito ou Estado constitucional democrático, entre outras nomeações<sup>29</sup>.

Dentro deste novo contexto constitucional, NOVAIS afirma que deixar a concretização dos direitos sociais nas mãos do legislador ordinário varia de acordo com os sistemas constitucionais, tendo em vista que a positivação constitucional destes direitos pode se dar de diversas formas, desde o reconhecimento como verdadeiros e autênticos direitos fundamentais, até como objetivos ou programas de política. É esta disparidade no acolhimento dos direitos sociais a raiz das contradições e debilidades dogmáticas da história constitucional destes direitos. Por isso, a situação dos direitos

---

<sup>26</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 117.

<sup>27</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, p. 244.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 244-245.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 245.

sociais nos Estados Unidos e na Alemanha, que não positivaram os direitos sociais, é diferente do Brasil e de Portugal, por exemplo, o que os reconheceram constitucionalmente<sup>30</sup>.

A dúvida quanto à natureza fundamental dos direitos sociais tem originou-se no constitucionalismo alemão, que, como já foi dito, a Constituição não consagra expressamente os direitos sociais<sup>31</sup>. Em razão dessa negativa do constituinte, parte da doutrina baseou-se no reconhecimento dos direitos sociais como fundamentais a partir de outros princípios constitucionais, como, por exemplo, o princípio do Estado Social associado ao princípio da igualdade, enquanto outra parte os reconheceu como fundamentais a partir de novas formas de concepção e interpretação dos direitos clássicos de liberdade<sup>32</sup>.

Esta discussão germânica tinha como pano de fundo a necessidade de esclarecer se os direitos sociais eram ou não direitos fundamentais, tendo em vista que esta situação implicaria a sua sindicabilidade perante o Tribunal Constitucional<sup>33</sup>. A par de diferentes argumentações, a doutrina majoritária alemã assentou o entendimento de que apenas o mínimo existencial caracteriza-se como direito subjetivo originário a prestações. Foi neste contexto, que a jurisprudência constitucional alemã, apesar de lidar com uma Constituição sem direitos sociais, foi pioneira no reconhecimento do direito constitucional a um mínimo vital, um direito social de maior alcance, fundado nos princípios do Estado social e da dignidade da pessoa humana, bem como no direito à vida. Posicionamento este que, mais tarde, passou a ser adotado por outras experiências constitucionais<sup>34</sup>.

Ocorre, no entanto, que, mesmo nos países em que as Constituições consagram os direitos sociais, estava-se adotando este entendimento, sem as devidas reflexões. Isto porque, via de regra, nos países em que as Constituições que os

---

<sup>30</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**, p. 72.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 75.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 76-77.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 80-81.

reconhecem e elencam como direitos fundamentais, não há que se discutir a sua fundamentalidade, mas somente o alcance deste reconhecimento<sup>35</sup>. Ou seja, não se trata de reconhecer a natureza jusfundamental dos direitos sociais, tendo em vista que o constituinte originário já os adotou como tal, de forma que vinculam todos os poderes estatais<sup>36</sup>.

O constitucionalismo pátrio inovou ao incluir os direitos sociais no Título II – destinado aos direitos e garantias fundamentais –, pois até a Carta de 1988 eram previstos em outras partes das Constituições brasileiras, como por exemplo, nas Ordens Econômica e Social, situação, esta, que lhes conferia um grau reduzido de eficácia e efetividade, principalmente porque até então eram considerados como simples normas programáticas<sup>37</sup>.

Referida inovação veio com o intuito de “proteger as minorias e os setores mais vulneráveis da sociedade”<sup>38</sup>, tendo em vista que os direitos sociais tratam-se, via de regra, de prestações positivas por parte do Estado, que visam a melhoria das condições de vida dos mais fracos, reduzindo a desigualdade social, motivo por que “valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível como exercício efetivo da liberdade”<sup>39</sup>.

Portanto, o ponto de partida da discussão brasileira, assim como da portuguesa, é diferente da alemã, tendo em vista que os direitos sociais gozam do

---

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 82-83.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>37</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad.: Virgílio José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91. Normas programáticas podem ser entendidas como “aquelas *normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativo), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado*” [grifos no original]. In: SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 138.

<sup>38</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. A Problemática da Efetividade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Plano Nacional. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2006. v. 1. p. 260.

<sup>39</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 287.

regime dos direitos fundamentais enquanto normas jurídicas vinculativas de força normativa superior, e gozam em todo o seu conteúdo, assim como os direitos de liberdade, e não apenas no que se refere ao mínimo existencial<sup>40</sup>.

Cabe, ainda, mencionar que, apesar de a doutrina majoritária reconhecer os direitos sociais como direitos prestacionais, existem entendimentos contrários. A linha seguida, por exemplo, por Ricardo Lobo TORRES e Fernando ÁTRIA, não reconhece a fundamentalidade destes direitos.

ÁTRIA nega a fundamentalidade dos direitos sociais sob o argumento de que não seriam eles direitos subjetivos, já que impossíveis de ser exigidos judicialmente<sup>41</sup>. Já para TORRES, apenas o mínimo existencial se configuraria como direito fundamental, podendo prescindir de lei ordinária. De acordo com o autor, os direitos sociais garantidos pela Carta Magna dependeriam “integralmente da concessão do legislador”, ou seja, seriam meras normas programáticas, sem eficácia vinculante, caracterizando-se como diretivas e orientações para o legislador ordinário<sup>42</sup>. Portanto, para o doutrinador, “os direitos à alimentação, saúde e educação, embora não sejam originariamente fundamentais, adquirem o *status* daqueles no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive”<sup>43</sup>.

No entanto, em que pese estes entendimentos, este trabalho segue a linha da doutrina majoritária, composta por autores como Ingo Wolfgang SARLET, Luís Roberto BARROSO, Paulo BONAVIDES e Clèmerson Merlin CLÈVE, entre outros, que defendem que os direitos sociais são autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, reconhecidos como tal pela Carta Magna.

---

<sup>40</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**, p. 84.

<sup>41</sup> ÁTRIA, Fernando. Existem Direitos Sociais? In: MELLO, Cláudio (org.). **Os Desafios dos Direitos Sociais**. Porto Alegre. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. n. 56, set./dez. 2005. Livraria do Advogado. p. 42.

<sup>42</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e os Desafios de Natureza Orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 73.

<sup>43</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Os Direitos Humanos e A Tributação: Imunidades e Isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 133.

De acordo com José Joaquim Gomes CANOTILHO, recepcionando a doutrina de ALEXY, a fundamentalidade de um direito se relaciona com sua especial dignidade no ordenamento jurídico, a qual assume caráter formal e material<sup>44</sup>.

A concepção de fundamentalidade formal, intimamente ligada ao constitucionalismo positivo, delimita os direitos fundamentais a partir do critério formal, qual seja, “la pertenencia de um derecho a um determinado catálogo de derechos incluido en la Constitución”<sup>45</sup>. Por sua vez, José Joaquim Gomes CANOTILHO assevera que os direitos fundamentais formais “são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional)”<sup>46</sup>.

A fundamentalidade formal dos direitos fundamentais, conforme apresenta CANOTILHO, demonstra-se sob quatro dimensões: (i) as normas consagradoras de direitos fundamentais estão em grau superior do ordenamento jurídico; (ii) em sendo normas constitucionais, submetem-se aos rígidos procedimentos de revisão; (iii) apresentam-se como limites materiais da revisão, pelo fato de consagrarem direitos fundamentais; e, por fim, (iv) constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões e ações do Poder Público<sup>47</sup>.

Adaptando tal concepção para o direito constitucional brasileiro, SARLET afirma que:

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo ordenamento jurídico, de tal sorte que – neste sentido – se cuida de direitos de natureza *supra legal*; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetido aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional

---

<sup>44</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 498

<sup>45</sup> BOROWSKI, Martin. **La Estructura de Los Derechos Fundamentales**. Trad.: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 34.

<sup>46</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 403.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 379.

(art. 60 da CF) (...); c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata às entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da CF)<sup>48</sup>.

Por fim, necessário mencionar a lição de Paulo Ricardo SCHIER que afirma que os direitos fundamentais formais são identificados a partir do critério topográfico, ou seja, são aqueles que fazem parte do catálogo das cláusulas pétreas, submetidos ao regime jurídico especial e imediatamente aplicáveis e invioláveis<sup>49</sup>.

Sob a ótica dos direitos formalmente fundamentais, a Constituição Federal enuncia, como direitos fundamentais sociais, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados (artigo 6º), bem como os chamados direitos fundamentais sociais dos trabalhadores (artigos 7º e seguintes).

O artigo 6º da Lei Maior prevê a proteção dos direitos nele arrolados na “forma desta Constituição”, ou seja, apesar da ausência de sistematização destes direitos no Título II, referente aos direitos e garantias fundamentais, o constituinte remete o intérprete à Ordem Social (Título VIII), a qual regulamenta a efetivação destes direitos<sup>50</sup>.

Todavia, a fundamentalidade formal dos direitos fundamentais não é suficiente, tendo em vista que o rol de direitos previstos no catálogo, ainda que extenso, não é taxativo, o que é perceptível através da disposição do artigo 5º, parágrafo 2º, da Lei Maior. Este dispositivo constitucional abre a possibilidade para existência de outros direitos fundamentais além daqueles previstos pelo catálogo, os quais serão direitos materialmente fundamentais e poderão estar previstos no restante do texto constitucional, nas leis infraconstitucionais ou nos tratados ratificados pelo Brasil.

---

<sup>48</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 74-75.

<sup>49</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais**. Disponível em: <[http://www.unibrasil.com.br/revista\\_on\\_line/artigo%2026.pdf](http://www.unibrasil.com.br/revista_on_line/artigo%2026.pdf)>. Acesso em 18 jul. 2012.

<sup>50</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade Frente à Reserva do Possível**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 34.

Os direitos fundamentais materiais, conforme CANOTILHO, são direitos reconhecidos e protegidos por normas que não possuem forma constitucional, ou seja, “«norma de *fattispecie* aberta», de forma a abranger, para além das positivações concretas, todas as possibilidades de «direitos» que se propõe no horizonte da acção humana”<sup>51</sup> [grifos no original].

Conforme leciona OLSEN, de acordo com a ótica da fundamentalidade material dos direitos fundamentais, “somente poderiam ser considerados direitos fundamentais não expressamente previstos na Constituição aqueles que, materialmente, fossem dotados da mesma dignidade”<sup>52</sup>.

No entanto, o grande problema dos direitos materialmente fundamentais “é o de saber distinguir, dentre os direitos fundamentais sem assento constitucional, aqueles com dignidade suficiente para serem considerados *fundamentais*”<sup>53</sup> [grifos no original], ou seja, a grande questão acerca do tema é a identificação do critério para delimitação dos direitos fundamentais materiais.

Neste sentido, primeiramente, pode-se citar o critério da equiparação, sobre o qual sustenta CANOTILHO que serão direitos materialmente fundamentais todos aqueles que apresentem objeto e importância equiparáveis aos direitos fundamentais formais<sup>54</sup>.

De outro lado, conforme menciona SCHIER, tem-se o critério da vinculação dos direitos fundamentais ao princípio da dignidade da pessoa humana, situação esta que enseja dificuldade em conferir uma definição exata a este princípio<sup>55</sup>. Também

---

<sup>51</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 403-404.

<sup>52</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível**, p. 06

<sup>53</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 404.

<sup>54</sup> Idem.

<sup>55</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais**.

neste sentido, leciona ANDRADE ao asseverar que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais está intimamente correlacionado com a dignidade humana<sup>56</sup>.

Nesta linha, Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO afirma existência de um critério material, substancial e indispensável para a identificação de um direito fundamental implícito, que seria a sua decorrência dos regimes e princípios identificados pela Constituição Federal, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>57</sup>.

Por fim, de acordo com o último critério, o qual é adotado por SCHIER, além da equiparação e da vinculação com a dignidade da pessoa humana, a materialidade dos direitos fundamentais encontra fundamento, igualmente, também nos demais princípios fundamentais do constitucionalismo pátrio, entre eles, os da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo<sup>58</sup>.

Nos ensinamentos de SARLET, os direitos fundamentais consistem em posições jurídicas<sup>59</sup> relativas às pessoas e que, devido ao seu conteúdo e relevância, estão inseridas no rol do Título II, caracterizando-se, desta forma, como direitos fundamentais formais e materiais, bem como em posições que podem ser equiparadas àquelas, integrando-se à Constituição material, conforme previsão do parágrafo 2º, do artigo 5º, os quais são direitos fundamentais apenas materiais<sup>60</sup>.

Parte da doutrina que sustenta que a norma do parágrafo 2º, do artigo 5º da Constituição, restringe-se aos direitos fundamentais de primeira dimensão (direitos individuais). No entanto, é inevitável estender a incidência da norma também para direitos fundamentais de segunda dimensão (direitos sociais).

---

<sup>56</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 385-386.

<sup>57</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 296.

<sup>58</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais**.

<sup>59</sup> Posição jurídica é o direito conferido ao cidadão, em face do Estado, pela norma constitucional. In: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 184-185.

<sup>60</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 77.

Neste sentido, SARLET leciona, primeiramente, que a própria literalidade da norma constitucional refere-se genericamente aos “direitos e garantias expressos nesta Constituição”, sem mencionar qualquer restrição relativa à sua localização textual. Posteriormente, ressalta que os direitos fundamentais sociais passaram a integrar o Título II, ou seja, o catálogo constitucional no qual se encontram os direitos fundamentais, caracterizando-se, assim, como autênticos direitos fundamentais, bem como que, independentemente dos direitos sociais apresentarem estrutura e consequências jurídicas diversas dos direitos tradicionais, ambos se apresentam revestidos pela fundamentalidade.

Além disso, o autor afirma que o artigo 6º da Constituição elenca os direitos sociais básicos “na forma desta Constituição”, motivo pelo qual deixa em aberto uma possível existência de direitos fundamentais, constantes em dispositivos encontrados em todo texto constitucional. E, finalmente, menciona que as linhas gerais da República Federativa do Brasil, que se apresenta como um Estado Social e Democrático de Direito, são traçadas pelos princípios fundamentais (artigos 1º a 4º da Constituição), pelos direitos fundamentais sociais (artigos 6º a 11) e pelos princípios orientadores das Ordens Econômica e Social (artigos 170 e 193). Desta forma, não se pode negar a fundamentalidade dos direitos sociais tendo em vista que são inerentes a um Estado social<sup>61</sup>.

Também Fábio Konder COMPARATO defende a incidência do parágrafo segundo, do artigo 5º, da Constituição Federal sobre os direitos sociais ao asseverar que “a enumeração dos direitos sociais não é exaustiva, [devendo] ser ampliada à luz da disposição de princípio, estabelecida nos arts. 1º e 3º da Constituição”<sup>62</sup>.

Nesta linha, os direitos sociais materialmente fundamentais são aqueles equiparáveis aos formais, de acordo com os critérios da importância e da substância. O

---

<sup>61</sup> Ibidem, p. 92-84.

<sup>62</sup> COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (coords.). **Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 251. (244-260).

critério da importância advém da teoria de ALEXY, que estabelece uma conexão entre os direitos do homem e os direitos fundamentais, afirmando que direitos fundamentais seriam os direitos do homem protegidos de maneira imperativa, ou seja, quando “a sua violação ou não-satisfação significa a morte ou sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia”<sup>63</sup>.

Por sua vez, o critério da substância, cumulativo com o anterior, refere-se ao núcleo essencial protegido do direito assegurado pelo ordenamento jurídico. Conforme ANDRADE os direitos fundamentais sociais apresentam um “conteúdo nuclear”, o qual se propõe de maneira imediata à dignidade da pessoa humana, fundamento tanto dos direitos fundamentais, quanto de todo o ordenamento jurídico, motivo pelo qual se reconhece a este núcleo “uma especial força jurídica”<sup>64</sup>.

O princípio da dignidade da pessoa humana, conforme o artigo 1º, inciso III, da Constituição, trata-se de um princípio fundamental e norteador da República Federativa do Brasil. Portanto, pelo fato de apresentar previsão constitucional, a dignidade humana deixa de ser uma simples aspiração axiológica e passa a apresentar características finalísticas e hermenêuticas. Desta forma, tendo em vista que parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição prevê “que seriam aceitos também como direitos fundamentais outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, por certo fez referência ao princípio da dignidade humana como um dos parâmetros materiais de identificação de direitos fundamentais fora do catálogo – e mesmo implícitos”<sup>65</sup>.

Ainda no tocante ao critério da substancialidade, SCHIER sustenta que os direitos fundamentais sociais têm como fundamento material tanto o princípio da dignidade da pessoa humana, quanto os princípios da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo, todos os quais como

---

<sup>63</sup> ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais o Estado Constitucional Democrático: Para a Relação entre Direitos do Homem, Direitos Fundamentais, Democracia e Jurisdição Constitucional. Trad.: Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999. p. 61.

<sup>64</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p. 385-386.

<sup>65</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**. p. 40.

critérios da materialidade dos direitos fundamentais em igual hierarquia, ao contrário da doutrina majoritária, que atribui ao princípio da dignidade humana uma considerável superioridade hierárquica. E conclui, afirmando que tal concepção permite o reconhecimento de direitos fundamentais em outros aspectos, também importantes da vida contemporânea, tendo em vista a possibilidade do reconhecimento de direitos fundamentais sociais decorrentes dos princípios já mencionados<sup>66</sup>.

De outro lado, ao se analisar o extenso rol dos direitos fundamentais sociais, bem como aqueles análogos a eles, é perceptível que o Constituinte abrangeu normas estruturalmente diversas, dificultando a definição e classificação destes direitos<sup>67</sup>, bem como a definição do regime jurídico a eles aplicável, tendo em vista que nele se encontram tanto direitos objetivos e direitos subjetivos, como direitos de defesa e direitos a prestação.

## 1.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO DIREITOS DE DEFESA E COMO DIREITOS A PRESTAÇÃO

A estrutura dos direitos fundamentais deve ser analisada a partir do critério de funcionalidade, desenvolvido por Georg JELLINEK, que classifica os direitos fundamentais de acordo com o seu *status*. Esta teoria tem como fundamento a posição jurídica do indivíduo na sua relação com o Estado, que pode se apresentar sob quatro *status*, quais sejam: *status* passivo, *status* negativo, *status* positivo e *status* ativo<sup>68</sup>.

O (i) *status* passivo ou *subiectionis* está relacionado com a sujeição do indivíduo ao Poder Público, vinculando-o a determinados mandamentos; o (ii) *status* negativo, também denominado de *status libertatis*, diz respeito às liberdades do indivíduo perante as ingerências do Estado, em uma esfera de permissão; por sua vez, o (iii) *status* positivo, ou *status civitatis*, que confere ao indivíduo o direito de exigir

---

<sup>66</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais**.

<sup>67</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 82-84.

<sup>68</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 254-255.

do Estado o cumprimento de determinadas prestações; e, por fim, o (iv) *status* ativo, que outorga ao indivíduo determinada competência para influir na formação da vontade Estatal<sup>69</sup>.

A partir da concepção de JELLINEK, Robert ALEXY dividiu os direitos fundamentais de acordo com o seu objeto ou a sua função em (i) direitos fundamentais de defesa e (ii) direitos fundamentais a prestação, estes subdivididos em direitos a prestação em sentido amplo (direitos de proteção e os direitos a participação na organização e no procedimento) e direitos a prestação em sentido estrito<sup>70</sup>. São essas funções dos direitos fundamentais que irão ditar, conforme a determinação da proteção, qual o regime jurídico a eles aplicável.

Os direitos fundamentais como direitos de defesa pressupõem um dever de abstenção dos Poderes Públicos, ou seja, de não intervenção, no tocante à liberdade pessoal dos indivíduos, bem como de oprimir interferências ilegítimas e restaurar a situação anterior a estas<sup>71</sup>. Em outras palavras, os direitos de defesa caracterizam-se primordialmente como direitos de cunho negativo (*status libertatis* ou *status negativus*), implicando obrigação de inércia por parte do Estado, o qual tem o dever de respeitar certos interesses individuais, “por meio da omissão de ingerências ou pela intervenção na esfera de liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses e sob determinadas condições”<sup>72</sup>.

Portanto, a função de defesa dos direitos fundamentais apresenta-se sob uma ótica bilateral: (i) no plano jurídico-objetivo, ocupam-se de normas de competência negativa para os Poderes Públicos, pelo que, impedem a ingerência destes no âmbito jurídico individual; (ii) por sua vez, no plano jurídico-subjetivo, pressupõem ao titular do direito fundamental a opção de exercê-lo positivamente (liberdade positiva), bem

---

<sup>69</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 266-269.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 195-196 e p. 444.

<sup>71</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p. 178-180.

<sup>72</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 168.

como o direito de reclamar omissão estatal, visando impedir agressões lesivas por parte dos Poderes Públicos (liberdade negativa)<sup>73</sup>.

Abrindo um parêntese, cumpre mencionar que atualmente a doutrina moderna tem adotado o entendimento de que todos os direitos fundamentais subjetivos cuidam-se, em verdade, de direitos positivos, tendo em vista que “demandam uma prestação positiva do Estado para sua efetivação”<sup>74</sup>. Isto porque a plena realização dos direitos fundamentais depende de regulamentação e proteção proporcionada pelo Estado.

Neste sentido, CRUZ defende que “todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão negativa e uma prestacional e que todos, sem exceção ‘custam recursos do erário’. A perspectiva de que os direitos de primeira geração estariam isentos de um aspecto prestacional é uma herança típica do paradigma liberal e que deve ser afastado”<sup>75</sup>.

Por outro lado, fechado o parêntese, os direitos a prestação impõem ao Estado um dever de atuação, visando tanto à proteção dos bens jurídicos tutelados pelos direitos fundamentais, como à tarefa de promover e garantir meios materiais (fáticos) ou jurídicos (normativos) que assegurem o exercício destes bens jurídicos<sup>76</sup>. Garante-se, desta forma, além da liberdade perante o Estado, a liberdade por intermédio do Estado, tendo em vista que, para conquistar e manter sua liberdade, o indivíduo necessita, em muitos casos, de uma atuação ativa por parte dos Poderes Públicos<sup>77</sup>. Por este motivo, caracterizam-se como direitos de cunho positivo (*status positivus*).

---

<sup>73</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 407-408.

<sup>74</sup> GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos Não Nascem em Árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 215.

<sup>75</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um Olhar Crítico-Deliberativo sobre os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 95. (87-136)

<sup>76</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p. 179.

<sup>77</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 184-185.

Os direitos a prestação subdividem-se ainda em direitos a prestação em sentido amplo e em sentido estrito. Os direitos a prestação em sentido amplo são verificados no plano jurídico-normativo (*status positivus libertatis*), reportados ao Estado de Direito, como garantia da liberdade e da igualdade do *status negativus*, englobando os direitos a proteção e os direitos a participação na organização e no procedimento<sup>78</sup>.

Por sua vez, os direitos fundamentais a prestação em sentido estrito significam, nas palavras de CANOTILHO, “direito do particular a obter algo através do Estado”<sup>79</sup>, ou seja, implicam aos Poderes Públicos obrigação de prestações no plano fático-material aos indivíduos (*status positivus sociales*)<sup>80</sup>. Nas palavras de Martin BOROWSKI, os direitos fundamentais prestacionais são aqueles “cuyas consecuencias, persciendo de la consideración del orden jurídico infraconstitucional o de las actuaciones estatales anteriores, siempre consisten una prestación en el sentido de una actuación estatal positiva, que puede ser la expedición de una ley por parte del Parlamento, un acto administrativo o una actuación fáctica”<sup>81</sup>.

Por fim, os direitos a prestação, tanto em sentido amplo, como em sentido estrito, podem também caracterizar-se como originários ou derivados. Os direitos originários a prestação apresentam uma perspectiva jurídico-subjetiva forte, caracterizados a partir da garantia constitucional e passíveis de reivindicação mesmo perante a ausência de normas reguladoras. Por sua vez, os direitos derivados a prestação apresentam uma dimensão subjetiva fraca, não se concretizando completamente sem regulamentação prévia<sup>82</sup>.

Há, no entanto, que se observar que os direitos fundamentais apresentam-se, simultaneamente sob as dimensões esplanadas, ou seja, como direitos de defesa e

---

<sup>78</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 186-187.

<sup>79</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 408.

<sup>80</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 187.

<sup>81</sup> BOROWSKI, Martin. **La Estructura de Los Derechos Fundamentales**, p. 114.

<sup>82</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**, p. 102-103

como direitos a prestação. E quando se caracteriza um direito fundamental como direito de defesa ou direito a prestação, se está a observar a sua dimensão principal, e não a sua totalidade, tendo em vista que há uma distinção determinante entre o direito como um todo e cada uma das faculdades, pretensões ou deveres particulares que o integram<sup>83</sup>.

Por exemplo, em regra, o direito à vida é considerado como um direito de defesa, no entanto, ele também exige prestações estatais normativas, destinadas à sua proteção e prestações fáticas, condizentes com o mínimo existencial<sup>84</sup>.

Via de regra, entendem-se os direitos fundamentais sociais como direitos a prestação, ou seja, são comumente ligados à ideia de que pressupõe uma atuação positiva, no sentido fático-material, por parte do Poder Público para satisfação do interesse de seu titular<sup>85</sup>. É o que se denota pelo lecionamento de José Afonso da SILVA, que sustenta que os direitos fundamentais sociais “são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciados em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”<sup>86</sup>.

Contudo, não são todos os direitos sociais que se enquadram como tais. É preciso atentar que os direitos sociais podem ser tanto direitos de defesa (*status negativus/libertatis socialis* – liberdades sociais), como direitos a prestação em sentido amplo (*status positivus libertatis* – liberdades sociais positivas) e em sentido estrito (*status positivus socialis*)<sup>87</sup>.

Os direitos fundamentais sociais como direitos de defesa exigem, em tese, apenas uma omissão de seus destinatários, pelo que, via de regra, não têm a aplicabilidade imediata questionada. Ademais, suas normas consagradoras apresentam a normatividade suficiente, independentemente, portanto, de concretização legislativa. Da

---

<sup>83</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**, p. 50-51.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>85</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**, p. 49.

<sup>86</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 286.

<sup>87</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**.

mesma forma, estes direitos possuem eficácia plena, fornecendo ao seu titular um direito subjetivo, sendo diretamente desfrutáveis, pois exigem apenas uma abstenção de seu destinatário. Assim, percebe-se que o disposto no parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição é plenamente aplicável a eles<sup>88</sup>.

Por sua vez, direitos fundamentais sociais prestacionais em sentido amplo, isto é, os direitos a proteção e a participação na organização e no procedimento, trata-se de “direitos subjetivos constitucionais a ações positivas fáticas ou normativas em face do Estado, que têm como objetivo demarcar as esferas dos sujeitos de direito da mesma hierarquia”<sup>89</sup>.

Conforme visto, os direitos a prestação em sentido amplo são verificados no plano jurídico-normativo (*status positivus libertatis*), como forma de garantir a liberdade e a igualdade do *status negativus*<sup>90</sup>. Isto é, verificam-se através do “estabelecimento de determinadas normas procedimentais ou determinada interpretação de aplicação concreta de normas procedimentais. Em suma, eles são direitos a uma proteção jurídica efetiva dos direitos fundamentais por meio de procedimentos”<sup>91</sup>, motivo pelo qual a aplicabilidade imediata deles não apresenta maiores problemáticas.

Desta forma, tendo em vista que as liberdades sociais enquadram-se como direitos de defesa, passíveis de concretização através da atuação de seu titular e abstenção estatal, bem como que os direitos a prestação em sentido amplo podem ser satisfeitos com a simples atuação do Estado, através de prestações jurídico-normativas, identificando-se com os direitos de defesa, a pesquisa limitar-se-á à problemática da eficácia dos direitos sociais a prestação em sentido estrito (prestação fático-material), em especial ao artigo 6º da Constituição.

---

<sup>88</sup> Idem.

<sup>89</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 450.451.

<sup>90</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 187.

<sup>91</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 85.

Nesta linha, direitos sociais prestacionais, dentro da perspectiva de um Estado de Direito Social, os direitos a um mínimo existencial, à saúde, à habitação, à seguridade e assistência social, ao trabalho e ao ensino. Estes direitos são caracterizados como bens escassos, de natureza econômica, social e cultural, ao quais os cidadãos só terão acesso se dispuserem de recursos financeiros, se obtiverem ajuda ou os tiverem prestados por meio de ação estatal<sup>92</sup>. Portanto, as normas constitucionais que os asseguram são aquelas que, na sua dimensão objetiva principal, impõem ao Estado deveres de garantia aos particulares de bens econômicos, culturais e sociais fundamentais a que só se acende mediante contraprestação financeira não negligenciável<sup>93</sup>.

### 1.3 AS PERSPECTIVAS JURÍDICO-SUBJETIVA E JURÍDICO-OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Os direitos fundamentais apresentam-se, simultaneamente, sob as perspectivas jurídico-subjetiva e jurídico-objetiva, motivo por que ao mesmo passo em que se apresentam como elementos essenciais do sistema constitucional, conferem direitos subjetivos aos cidadãos<sup>94</sup>.

De acordo com a perspectiva jurídico-objetiva, os direitos fundamentais “além de outorgarem determinadas posições jurídicas exigíveis pelos indivíduos, vincula os Poderes Públicos – Executivo, Legislativo e Judiciário – fornecendo diretrizes materiais para todo o ordenamento jurídico”<sup>95</sup>. Ou seja, esta perspectiva vincula os poderes constituídos com os deveres de respeito e compromisso com os direitos

---

<sup>92</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**, p. 40-41.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>94</sup> BIAGI, Cláudia Perotto. **A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 35.

<sup>95</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**, p. 156.

fundamentais<sup>96</sup>. Faz-se necessário salientar que esta perspectiva não é excludente da perspectiva jurídico-subjetiva, mas sim uma nova função autônoma destes direitos, que reconheceu outros elementos, além daqueles elementos subjetivos, vinculando todo o sistema jurídico<sup>97</sup>.

Os direitos fundamentais, sob esta perspectiva, apresentam as seguintes características: (i) como garantias institucionais, os direitos fundamentais vinculam o legislador ao âmbito jurídico-normativo, e não à realidade social, proibindo-lhe a destruição de seu núcleo essencial; (ii) as normas que os preveem, como normas constitucionais e valores comunitários, apresentam uma eficácia irradiante (externa), ou seja, uma eficácia nas relações entre os particulares, para além do Estado – enquanto na dimensão subjetiva, apresentam eficácia interna, apenas nas relações entre Estado e particular; (iii) a perspectiva objetiva também reconheceu o dever de proteção dos direitos fundamentais por parte do Estado – contra ações ou omissões do próprio Poder Público (Legislativo, Executivo e Judiciário), de terceiros ou mesmo de outros Estados; (iv) por fim, as normas relativas a direitos fundamentais implicam organização e procedimento adequados à sua efetividade<sup>98</sup>. Logo, pode-se afirmar que, por meio desta perspectiva, “o conjunto dos direitos fundamentais corresponderia como um todo a um sistema unitário de valores, e a cada direito individualmente consistiria numa decisão de valor objetiva e vinculativa”<sup>99</sup>.

Ou seja, a perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais apresenta-se de maneira relevante, auxiliando na compreensão da fundamentalidade material destes direitos, admitindo a relação entre eles e os valores da comunidade e possibilitando a dedução do fundamento de legitimidade de restrição destes direitos na dimensão jurídico-subjetiva<sup>100</sup>. Esta perspectiva também admite a eficácia dirigente dos direitos

---

<sup>96</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**, p. 100.

<sup>97</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**, p. 91.

<sup>98</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p. 153.

<sup>99</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**, p. 90.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 91-92.

fundamentais relativamente ao Poder Público, ordenando-lhe a sua permanente realização, concretização e proteção, bem como a eficácia irradiante, vinculando a interpretação e a aplicação de todo o ordenamento jurídico com base nos direitos fundamentais.

No tocante aos direitos sociais, Daniel SARMENTO afirma que a dimensão objetiva lhes confere: (i) força irradiante, “que os torna diretrizes importantes, para interpretação de outras normas e atos jurídicos”; (ii) o dever de proteção, por parte do Estado perante terceiros, dos “bens e valores subjacentes a tais direitos”; e (iii) “a obrigação estatal de instituir organizações e procedimentos aptos à realização dos mesmos direitos”<sup>101</sup>.

E, especialmente, em relação aos direitos fundamentais sociais a prestação em sentido estrito, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais vincula os Poderes Públicos à criação de estruturas institucionais e procedimentos adequados para a sua concretização<sup>102</sup>. Por este motivo, CANOTILHO afirma que os direitos sociais são imposições legiferantes que obrigam o legislador a criar instituições e leis que lhes garantam efetividade, ao mesmo tempo em que estabelecem a realização de políticas públicas direcionadas aos seus objetivos, fornecendo “*prestações* aos cidadãos, densificadoras da dimensão subjetiva essencial destes direitos e executoras do cumprimento das imposições institucionais” [grifos no original]<sup>103</sup>.

Por sua vez, a perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais é representada através de posições jurídicas subjetivas individuais, universais e fundamentais: (i) subjetivas, pois implicam “um *poder* ou uma *faculdade* para a realização *efectiva* de *interesses* que são reconhecidos por *norma* jurídica como

---

<sup>101</sup> SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial Dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 568.

<sup>102</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 150.

<sup>103</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 476.

*próprios* do respectivo titular”<sup>104</sup> [grifos no original]; (ii) individuais, tendo em vista que, via de regra, apenas os indivíduos podem ser titulares dos direitos fundamentais, ainda que, em alguns casos específicos, os direitos fundamentais sejam de titularidade de pessoas coletivas; (iii) universais e permanentes porque visam a garantir a igualdade a todos os indivíduos e não a alguns em especial (embora aqueles direitos fundamentais dirigidos a um grupo determinado de pessoas – por exemplo, os direitos sociais – também pretendam a igualdade, entretanto, não apenas a formal, mas sim a material); (iv) e, por fim, fundamentais, tanto do ponto de vista formal, quanto do ponto de vista material, conforme exposto anteriormente<sup>105</sup>.

Em outras palavras, como afirma Clèmerson Merlin CLÈVE, de acordo com a dimensão subjetiva, os direitos fundamentais exercem, ao menos, as funções: (i) de defesa, pois “situam o particular em condição de opor-se à atuação do Poder Público em desconformidade com o mandamento constitucional”; (ii) de prestação, tendo em vista que “exigem do Poder Público a atuação necessária para a realização destes direitos”; e (iii) de não-discriminação, porque “reclamam que o Estado coloque à disposição do particular, de modo igual, sem discriminação (exceto daquelas necessárias para bem cumprir o princípio da igualdade), os bens e serviços indispensáveis ao seu cumprimento”.

Por fim, BARROSO defende que, segundo a dimensão subjetiva, os preceitos definidores de direitos fundamentais possuem como características o dever jurídico, a violabilidade e a pretensão, e que, portanto, os direitos fundamentais subjetivos resultam em “situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem materializadas em prestações positivas ou negativas. Tais prestações são exigíveis do Estado ou de qualquer outro evento destinatário da norma (dever jurídico) e, se não foram entregues espontaneamente (violação do direito), conferem ao titular do direito a possibilidade de postular-lhes o cumprimento (pretensão), inclusive e especialmente por meio de

---

<sup>104</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p. 118-119.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 114-134.

uma ação judicial”<sup>106</sup>, exceto, o caso de discriminação que busque assegurar a igualdade material.

Portanto, o caráter subjetivo dos direitos fundamentais “determina e assegura a situação jurídica do particular”, conferindo-lhe “*direitos básicos jurídico-constitucionais*”<sup>107</sup>. Já o caráter objetivo insere os direitos fundamentais na qualidade de elementos fundamentais, isto é, de objetivos “da ordem democrática e estatal-jurídica”<sup>108</sup>. Isto é, os direitos fundamentais apresentam-se simultaneamente sob as dimensões objetiva e subjetiva, de modo que, vinculam a interpretação constitucional e de todo o ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que conferem ao seu titular a faculdade de reivindicá-lo, inclusive judicialmente, em caso de descumprimento, em especial por parte do Estado.

A caracterização dos direitos sociais de defesa como direitos subjetivos é frequentemente aceita pela doutrina, vez que basta ao seu titular exigir a abstenção do Estado para concretização do seu direito. Da mesma maneira ocorre com os direitos a prestação em sentido amplo, bastando a reivindicação do seu titular para que o Estado atue, através de uma prestação jurídico-normativa, realizando seu direito.

Há, no entanto, uma discussão em relação à caracterização dos direitos fundamentais sociais prestacionais como direitos subjetivos, tendo em vista que sua efetivação é, sem dúvidas, mais complexa que a dos demais direitos fundamentais.

Nesta seara, bem assevera Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, ao afirmar que, enquanto os direitos fundamentais de liberdade visam impor limitações à ação estatal, os direitos fundamentais sociais aspiram bens materiais, os quais pressupõem uma ação positiva a ser prestada pelo Estado, motivo por que a sua peculiaridade reside no fato de que dependem de medidas legislativas e administrativas, que regulamentem

---

<sup>106</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 104-105.

<sup>107</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. 20. ed. Trad.: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. p. 230 e p. 232.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 230.

suas condições, sua dimensão e seu financiamento, para que, em tese, se tornem verdadeiros direitos subjetivos<sup>109</sup>.

Assim, a problemática posiciona-se relativamente aos direitos sociais a prestação em sentido estrito, ou seja, se o titular do direito pode ou não exigir do Estado a prestação fático-material mencionada pela norma.

#### 1.4 A PROBLEMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS EM SENTIDO ESTRITO

Parcela da doutrina entende que os direitos fundamentais sociais prestacionais em sentido estrito não constituem direitos fundamentais, tratando-se de meros programas governamentais, isto porque “dependem da concessão do legislador, estão despojados do *status negativus*, não geram por si sós a pretensão às prestações positivas do Estado, carecem de eficácia *erga omnes* e se subordinam à idéia de justiça social”<sup>110</sup> [grifos no original]. No entanto, “o fato de uma regra constitucional contemplar determinado direito cujo exercício dependa de legislação integradora não a torna, por si só, programática”<sup>111</sup>.

Neste sentido, deve-se partir do pressuposto de que o estabelecido pela Constituição é vinculativo, motivo por que o artigo 6º da Constituição não elenca normas programáticas, mas sim verdadeiros direitos fundamentais<sup>112</sup>.

---

<sup>109</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Los Derechos Fundamentales Sociales en la Estructura de la Constitución. In: \_\_\_\_\_. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Trad.: Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. p. 76.

<sup>110</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul./set. 1989. p. 33-34

<sup>111</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**, p. 122.

<sup>112</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**, p. 100.

Conforme José Afonso da SILVA, as normas programáticas encontram-se no grupo das normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, pois são “*normas através das quais o constituinte, em vez de regular direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, judiciais e administrativos), como programas das respectivas atividades*”<sup>113</sup> [grifos no original].

Para BARROSO, estas normas não conferem ao cidadão um direito subjetivo, isto é, não são judicialmente exigíveis quando negadas, pois não vinculam o Estado à adoção de condutas específicas, mas apenas princípios a serem adotados por ele, indicando apenas os fins e não os meios<sup>114</sup>.

Nesta mesma seara, Vital MOREIRA e CANOTILHO sustentam que as normas programáticas apresentam grande relevância no sistema constitucional, tendo em vista que tanto “podem constituir fundamento constitucional de acções e medidas estaduais que, sem elas, poderiam não ser constitucionalmente lícitas”, quanto “consustanciam valores constitucionais que não podem deixar de ser relevantes em sede de interpretação de outras normas constitucionais (e legais)”. No entanto, afirmam, também, que estas normas não outorgam direitos aos cidadãos, dirigem-se exclusivamente ao Estado<sup>115</sup>.

Por sua vez, quanto aos direitos sociais, os autores sustentam que são verdadeiros direitos fundamentais subjetivos do cidadão, motivo por que implicam obrigações ao Estado. Até mesmo porque entender os direitos prestacionais como meras normas programáticas seria o equivalente a “deixá-los desprotegidos diante das omissões estatais, o que não se compatibiliza nem com o texto constitucional, que consagrou a aplicabilidade imediata a *todos* os direitos fundamentais (art. 5º, Parágrafo

---

<sup>113</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, p. 138.

<sup>114</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**, p. 120.

<sup>115</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 127-128.

1º), nem com a importância destes direitos para a vida das pessoas” [grifos no original]<sup>116</sup>.

No entanto, apesar de se assemelharem com os clássicos direitos de defesa em virtude da natureza jurídico-constitucional, diferem no que diz respeito ao objeto, visto que são direitos primordialmente positivos a uma prestação, pelo que a sua violação dá-se com a omissão Estatal relativamente à prestação, a qual não é menos inconstitucional do que a violação do direito negativo<sup>117</sup>.

Ainda distinguindo os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional das normas programáticas, OLSEN afirma que:

A atuação do Estado assume caráter técnico e instrumental, pois a matéria objeto da norma já está definida no próprio dispositivo, não cabendo uma definição *a posteriori*. Ainda que não sejam “*exequíveis por si mesmas*”, por dependerem da edição de leis, a inércia do legislador dá lugar ao controle de inconstitucionalidade por omissão, já que o titular do direito está investido no direito subjetivo a prestação normativa necessária à realização do seu direito. Já no caso das normas programáticas a atuação do Estado tem caráter “*logicamente essencial*”, na medida em que deve o Estado agir para determinar quais condutas sejam capazes de atingir o fim previsto abstratamente na norma. E o legislador, nestas condições, teria liberdade de tempo e escolha dos meios para editar a legislação complementar necessária<sup>118</sup> [grifos no original].

Por outro lado, há, ainda, quem entenda que apesar de não se caracterizarem como normas programáticas, os direitos prestacionais também não seriam verdadeiros direitos fundamentais porque não apresentam a dimensão subjetiva, não sendo, portanto, exigíveis. Nesta linha, Fernando ATRIA, entende que, ao contrário dos direitos de defesa que se caracterizam como individuais, naturais, unilaterais e determinados<sup>119</sup>, os direitos prestacionais seriam direitos coletivos, e secundários, não determinados e não unilaterais, tendo em vista que a sua norma previsora não apresenta “uma especificação completa do conteúdo de seu aspecto passivo, nem de

---

<sup>116</sup> SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais**, p. 567.

<sup>117</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**, p. 129.

<sup>118</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**, p. 103.

<sup>119</sup> ATRIA, Fernando. **Existem Direitos Sociais?** p. 19-20.

qual é o conteúdo da sua obrigação; ela não inclui informação sobre quem é o sujeito obrigado”<sup>120</sup>.

Ou seja, para o doutrinador, os direitos prestacionais não são exigíveis, pois (i) dependem de sistemas que não podem ser criados pelo Judiciário; (ii) não determinam de quem é a obrigação; e (iii) são demandas apontadas para comunidade como um todo, que não têm como ser atendidas sem que prejudiquem o direito de outro<sup>121</sup>.

Também nesta seara Fábio Konder COMPARATO defende que direitos sociais de cunho prestacional não apresentam caráter subjetivo, de forma que não seriam reivindicáveis individualmente perante o Poder Judiciário, mas tão somente submetidos ao controle de constitucionalidade das políticas públicas implementadas pela Administração<sup>122</sup>.

Nesta medida, os direitos prestacionais seriam mais do que meros programas de governo porque permitiriam, ao menos em parte, controle estatal em sua concretização. No entanto, este entendimento ainda não é suficiente, uma vez que não conferem “aos titulares destes direitos uma proteção adequada”. Ademais, se os direitos prestacionais são direitos fundamentais, eles apresentam titularidade e radicam na pessoa humana, sendo, portanto, direitos subjetivos<sup>123</sup>.

Caracterizando os direitos fundamentais sociais prestacionais estritos como direitos subjetivos, CANOTILHO entende que “são compreendidos como autênticos direitos subjectivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas”<sup>124</sup>.

---

<sup>120</sup> Ibidem, p. 20.

<sup>121</sup> Ibidem, p. 30-34.

<sup>122</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. p. 244-260.

<sup>123</sup> SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais**, p. 566-567.

<sup>124</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 434. As regras são normas que sempre serão, ou não serão, integralmente satisfeitas, motivo por que contém “contêm (...) *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” [grifos no original]. Por sua vez, os princípios são adotados de acordo com o caso concreto, no sistema de sopesamento, prevalecendo aquele que apresentar o peso maior, o que não significa em caso de não adoção o princípio será considerado inválido. In: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 91 e p. 94.

Neste diapasão, José Afonso da SILVA afirma que os direitos sociais prestacionais são “direitos fundamentais do *homem-social*”<sup>125</sup> [grifos no original], ao lado dos demais, “e até se estima que, mais que uma categoria de direitos fundamentais, constituem meio positivo para dar conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades”.

Desta forma, ainda que os preceitos definidores de direitos fundamentais sociais prestacionais prescindam de regulamentação ulterior, trata-se de imposições constitucionais dirigidas ao Poder Público, pelo que “esses direitos são regras jurídicas diretamente aplicáveis, vinculativas de todos os órgãos do Estado”<sup>126</sup>.

No entanto, insta ressaltar o entendimento de ANDRADE, lecionando que, apesar da impossibilidade de negar a qualidade de direitos subjetivos aos direitos fundamentais prestacionais (em sentido estrito), faz-se necessário diferenciá-los dos direitos fundamentais de defesa e de prestação em sentido amplo, visto que, via de regra, não conferem ao seu titular certo comportamento do Poder Público<sup>127</sup>.

Neste sentido, por tratar-se de figura nova e autônoma, o autor designa os direitos fundamentais prestacionais como pretensões jurídicas, que visam satisfazer interesses do seu titular, ainda que não se caracterizem como direitos subjetivos perfeitos, pelo fato de o seu conteúdo não ser determinável num primeiro momento, mais dependerem de legislação ulterior. E, uma vez emitida a lei, é que estes direitos se tornarão direitos subjetivos perfeitos e plenos, ainda que não tenham previsão constitucional<sup>128</sup>.

Vale, ainda, mencionar o posicionamento de OLSEN que leciona que “a fim de dar a máxima justiciabilidade aos direitos fundamentais sociais, concebê-los como direitos subjetivos significa reconhecer a possibilidade do titular do direito exigir diretamente do Estado a adoção de determinada conduta, a realização de certa

---

<sup>125</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, p. 151.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 152.

<sup>127</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p. 388-389.

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 390-391.

prestação material que satisfaça seu interesse ou necessidade jusfundamentalmente protegida”<sup>129</sup>.

Ademais, é preciso ressaltar que os direitos fundamentais sociais prestacionais, possuem a mesma dignidade dos demais direitos fundamentais, baseada na dignidade da pessoa humana, prevista pelo artigo 1º, inciso III, da Constituição. Portanto, um não é mais relevante que outro, sendo assim, direitos complementares e não excludentes. Desta forma, pode-se entender que os direitos fundamentais de maneira geral buscam garantir igual dignidade a todos, lastreados no princípio da igualdade material e não meramente formal<sup>130</sup>.

No entanto, conforme leciona Daniel SARMENTO, os direitos prestacionais, em sua maioria, não se constituem direitos subjetivos definitivos, mas sim direitos subjetivos *prima facie*, com natureza principiológica, tendo em vista que dependem do orçamento público e da atuação do legislativo:

(...) considero inviável conceber os direitos sociais – ou pelo menos a maior parte deles – como direitos subjetivos definitivos. Esta possibilidade deve ser afastada diante do reconhecimento da escassez de recursos e da existência de diferentes formas de realização dos direitos sociais, bem como da primazia do legislador para adoção das decisões competentes sobre o que deve ser priorizado e sobre como deve ser concretizado cada direito. Tal primazia decorre tanto do princípio democrático como da separação dos poderes<sup>131</sup>.

Por fim, pode-se concluir pelo não enquadramento das normas definidoras de direitos fundamentais prestacionais como normas programáticas, tendo em vista que não estabelecem simples programas, mas sim verdadeiros direitos aos seus titulares, os quais, em alguns casos (a maioria deles) serão abstratos e dependerão da interpretação do aplicador, que definirá o direito definitivo conforme o caso concreto, e em outros

---

<sup>129</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**, p. 108.

<sup>130</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**.

<sup>131</sup> SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial Dos Direitos Sociais**, p. 567.

serão definitivos *prima facie*, pois suas normas serão verdadeiras regras ou apresentam princípio de maior peso<sup>132</sup>.

## 1.5 A APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS A PRESTAÇÃO

O parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição prevê a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Quanto ao significado da norma, destaque-se que as normas definidoras de direitos fundamentais, do ponto de vista da sua aplicabilidade, são observadas a partir da existência, da validade, da eficácia e da efetividade. Neste sentido, cumpre mencionar que José Afonso da SILVA distingue eficácia (eficácia jurídica) de efetividade (eficácia social), afirmando que a primeira refere-se à qualidade de produzir efeitos jurídicos, sendo, portanto, imediatamente aplicável, enquanto a segunda consiste na real aplicação da norma aos fatos<sup>133</sup>.

Conforme BARROSO, tanto a eficácia (jurídica), quanto à efetividade (eficácia social) referem-se à capacidade da norma de gerar efeitos, de irradiar as suas consequências. Cabe registrar, ainda, que a eficácia é pertinente a todas as normas constitucionais, as quais são aplicáveis no limite do seu teor normativo, enquanto a efetividade “significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”<sup>134</sup>.

---

<sup>132</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**, p. 107.

<sup>133</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, p. 65-66.

<sup>134</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**, p. 83-85.

Nesta seara, conforme Eros Roberto GRAU, as normas de direitos fundamentais, às quais o preceito em comento se refere, apresentam vigência<sup>135</sup> e eficácia jurídica, motivo por que devem ser aplicadas imediatamente, cabendo aos particulares o seu cumprimento e aos Poderes Públicos o dever de torná-la exequível e obrigar o seu cumprimento. Portanto, caso o Judiciário seja acionado, deverá dar-lhe eficácia. Entretanto, cumpre ressaltar que segundo o doutrinador a Constituição não garante que o Poder Judiciário confira efetividade a estas normas<sup>136</sup>.

Por outro lado, tendo em vista a localização do dispositivo em comento, logo após o rol dos direitos de primeira dimensão (direitos individuais), surge a questão de sua abrangência. Isto é, indaga-se se os demais direitos fundamentais gozam ou não de aplicabilidade imediata.

Conforme entendimento de Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, “o constituinte não quis fazer aplicável o inaplicável, nem quis deixar ao juiz – a pretexto de cobrir lacuna – o arbítrio de dar esta ou aquela feição a um direito ou garantia incompletamente caracterizados na Constituição”<sup>137</sup>.

Entretanto, a maior parte da doutrina moderna tem entendido que referida disposição abrange igualmente todas as dimensões dos direitos fundamentais. Neste sentido, cumpre mencionar que, segundo a concepção de SARLET, apesar da localização topográfica de a norma indicar, em tese, certa restrição aos direitos fundamentais do artigo 5º, a sua literalidade, demonstra a abrangência de todos os preceitos definidores de direitos e garantias fundamentais, ou seja, de todos os incluídos no rol constitucional (artigos 5º a 17), bem como os constantes no restante do texto da Constituição, em leis infraconstitucionais e em tratados internacionais.

---

<sup>135</sup> Vigência entendida “no seu sentido técnico formal de norma que foi regularmente promulgada e publicada”, portanto, referente à “qualidade da norma que a faz existir juridicamente e a torna de observância obrigatória”. In: SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, p. 52.

<sup>136</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 325-326.

<sup>137</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os Direitos Fundamentais: Questões Jurídicas, particularmente em face da Constituição Brasileira de 1988. In: \_\_\_\_\_. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 289.

Ademais, desta forma, a norma em comento concilia-se com a fundamentalidade material dos direitos fundamentais, prevista no parágrafo 2º, do artigo 5º, da Constituição<sup>138</sup>.

Portanto, pode-se concluir que a norma em comento é aplicável a todas as categorias dos direitos fundamentais. Todavia, é importante atentar que, ainda assim, não o será da mesma forma, pelo que é conveniente invocar a lição de José Afonso da SILVA, que afirma que a norma não soluciona completamente a questão, tendo em vista que o próprio texto constitucional faz com que algumas normas definidoras de direitos fundamentais dependam de legislação ulterior para sua efetiva aplicabilidade<sup>139</sup>.

Relembre-se, aqui, que os direitos fundamentais cumprem as funções de defesa e de prestação (em sentido amplo e estrito), apresentando, cada qual, características específicas, bem como que os direitos fundamentais de cunho prestacional, em relação à sua positivação e eficácia, derivam de normas carentes de regulação legislativa.

Ou seja, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, as normas definidoras de direitos apresentam-se de duas maneiras: (i) aquelas que “delimitam com exatidão o conteúdo do direito, porque a dicção constitucional se vale de expressões inelásticas, isto é, de significado preciso”<sup>140</sup>, que via de regra estabelecem direitos defesa; e (ii) as que “delimitam aproximadamente o conteúdo do direito, porque a dicção constitucional vale-se de expressões elásticas, isto é, de significado algo fluido, altanto impreciso”<sup>141</sup>, as quais preveem os direitos prestacionais e urgem de legislação regulamentadora.

---

<sup>138</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/pdf/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2012

<sup>139</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 180.

<sup>140</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 26.

<sup>141</sup> Idem.

A norma do parágrafo 1º do artigo 5º, conforme afirma Flávia PIOVESAN, trata-se de norma principiológica, que visa destacar a força normativa dos preceitos definidores de direitos e garantias fundamentais, prevendo, para eles, um regime jurídico específico, por meio do qual, o Estado (por meio dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário) deverá conferir-lhes a máxima e imediata eficácia. Ou seja, a norma principiológica busca garantir a força dirigente e vinculante dos direitos fundamentais, tornando-os prerrogativas direta e imediatamente aplicáveis<sup>142</sup>.

Neste sentido, conforme ensinamento de CANOTILHO, os direitos fundamentais são regras e princípios, diretamente aplicáveis e imediatamente eficazes, por meio constitucional, e não de atuação legislativa, ou seja, trata-se de normas que visam regular as relações jurídicas e materiais, e não, somente, produzir outras normas<sup>143</sup>.

Portanto, deve-se entender que a referida norma possui natureza principiológica, devendo, “ser considerada como uma espécie de mandado de otimização”<sup>144</sup>. Isto é, a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais deve se dar na maior medida possível, motivo por que a sua norma previsora é entendida como um mandamento de otimização ou maximização, vez que depende tanto de fatores fáticos, quanto de fatores jurídicos, podendo ser satisfeita em graus diversos<sup>145</sup>.

O direito constitucional pátrio, ao contrário de outros – como, por exemplo, o português – não dispõe, expressamente, um regime jurídico específico para os direitos fundamentais de defesa e outro para os direitos prestacionais. Ou seja, em tese, o regime jurídico a eles aplicável é o mesmo, pelo que a previsão dos parágrafos

---

<sup>142</sup> PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: \_\_\_\_\_. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 57.

<sup>143</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 438.

<sup>144</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**.

<sup>145</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 90-91.

constantes no artigo 5º da Constituição, em especial aquele que se refere à aplicabilidade imediata, é destinado a ambos os grupos<sup>146</sup>.

No entanto, é preciso reconhecer que esses direitos decorrem de disposições normativas estruturalmente diferentes, que levam à questão da efetivação dos direitos fundamentais<sup>147</sup>.

Neste sentido, deve-se reconhecer que, na prática, uma distinção decorre naturalmente da “singularidade das estruturas normativas dos direitos”<sup>148</sup>, tendo em vista que as normas que dispõem acerca dos direitos de defesa possuem grau de determinabilidade maior do que as que preveem os direitos prestacionais, pelo que aqueles são mais passíveis de aplicabilidade imediata maior do que estes. Ademais, é importante salientar que os direitos de defesa exigem apenas a atuação de seu titular e a abstenção do Estado, enquanto os direitos prestacionais dependem inicialmente de prestação legislativa e posteriormente material por parte do Estado, sem as quais o direito não poderá ser satisfeito.

Ou seja, conforme lição de Álvaro Ricardo de Souza CRUZ, a problemática da implementação dos direitos sociais prestacionais reside no discurso liberal, que afirma que por dependerem de recursos financeiros, estes direitos não poderiam ser implementados e efetivados com a mesma facilidade dos direitos de liberdade. No entanto, o autor ainda destaca que atrás deste discurso reside a exclusão da cidadania dos mais desfavorecidos<sup>149</sup>.

Ou seja, pelo fato de se constituírem como verdadeiros direitos fundamentais, os direitos sociais prestacionais submetem-se à regra do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição. Convém ressaltar que, assim como as demais normas constitucionais, as

---

<sup>146</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**, p. 99.

<sup>147</sup> Idem.

<sup>148</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=441](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=441)>. Acesso em: 25 maio 2012.

<sup>149</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Um Olhar Crítico-Deliberativo sobre os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito**, p. 94.

normas definidoras destes direitos possuem capacidade de gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo nesta medida, diretamente aplicáveis.

Relativamente a esta questão, ANDRADE aponta duas situações. Primeiramente, pelo fato das normas definidoras de direitos sociais não se tratarem de normas programáticas, mas sim de verdadeiros direitos subjetivos, o legislador tem a obrigação de lhes dar efetivo cumprimento. Logo, suas normas definidoras têm força jurídica imperativa, comum a todos os preceitos constitucionais. Em segundo lugar, a Constituição prevê um conteúdo mínimo das normas e das suas pretensões, conteúdo este que só pode ser ampliado pelo legislador ordinário, e não através da interpretação judicial, ao contrário do que acontece com os direitos fundamentais de primeira dimensão<sup>150</sup>.

Em síntese, o doutrinador afirma que a força jurídica dos direitos fundamentais sociais a prestações materiais manifesta-se sob seguintes aspectos: (i) determinação para que seja editada legislação adequada para possibilitar a execução das normas constitucionais, sob pena de inconstitucionalidade por omissão; (ii) determinação do conteúdo mínimo imperativo, submetido ao controle judicial de inconstitucionalidade por ação e base de interpretação que deverá sempre favorecer a concretização do direito fundamental; (iii) “fundamento constitucional de restrição ou de limitação de outros direitos fundamentais”; e, por fim, (iv) “força irradiante, conferindo uma certa capacidade de resistência, variável em intensidade, dos direitos derivados a prestações, enquanto direitos decorrentes das leis conformadoras, às mudanças normativas que impliquem uma diminuição do grau de realização destes direitos”<sup>151</sup>.

Por sua vez, SARLET atribui às normas definidoras dos direitos sociais prestacionais uma eficácia limitada, que não causa maiores controvérsias, produzindo os seguintes efeitos: (i) possibilidade de revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo da norma definidora de direito fundamental,

---

<sup>150</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p. 392.

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 387.

independentemente de declaração de inconstitucionalidade; (ii) vinculação do legislador a concretizar a previsão normativa, baseando-se sempre no seu conteúdo; (iii) imposição da declaração de inconstitucionalidade de todos os atos posteriores à Constituição e contrários ao seu conteúdo; (iv) constituição de parâmetro para interpretação, integração e aplicação de todo o ordenamento jurídico; (v) geração de um direito subjetivo, possibilitando que o titular exija que o Estado se abstenha de atuar de maneira contrária ao conteúdo da norma; (vi) proibição de retrocesso em relação aos direitos sociais já concebidos pelo legislador ordinário; e, por fim, (vii) faculdade ao titular de certos direitos prestacionais de exigí-los na medida em que se assemelham aos direitos de defesa<sup>152</sup>.

De outro lado, no que se refere ao restante dos seus efeitos, é mister reconhecer que, apesar de serem verdadeiros direitos fundamentais, os direitos sociais prestacionais não podem ser tratados como se tivessem a mesma estrutura dos direitos individuais<sup>153</sup>. É necessário atentar para o fato de que “os direitos sociais a prestações (...) encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitam”<sup>154</sup>.

Pelo fato destes direitos necessitarem de legislação reguladora e dependerem de circunstâncias sociais e da disponibilidade de recursos orçamentários, são “positivados de forma vaga e aberta, deixando ao legislador a indispensável liberdade de conformação na sua tarefa concretizadora”<sup>155</sup>.

Nesta seara, portanto, em relação à prestação material propriamente dita, a questão da eficácia e da efetividade mostra-se mais delicada, pois justamente por dependerem de legislação ulterior, são apontados como direitos relativos, tendo em

---

<sup>152</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 295-298

<sup>153</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 597.

<sup>154</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 284.

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 298.

vista que seriam exigíveis tão somente após a promulgação desta, bem como são submetidos à reserva do possível (e conseqüentemente ao princípio da separação dos poderes)<sup>156</sup>.

Também Andreas Joachim KRELL sustenta que os direitos fundamentais prestacionais caracterizam-se como direitos subjetivos, submetidos à norma previsora da aplicabilidade imediata dos preceitos definidores de direitos fundamentais, sustentando que “esse dispositivo serve para salientar o caráter preceptivo e não-programático dessas normas, deixando claro que os direitos fundamentais podem ser imediatamente invocados, ainda que haja falta ou insuficiência de lei”<sup>157</sup>.

Por este motivo, LEIVAS concebe “os direitos a ações positivas como princípios, ou seja, como obrigações a serem otimizadas dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, eles exigem *prima facie* o cumprimento de *todas* as ações que favorecem a sua realização”, sendo classificados como “mandados de ações universais”<sup>158</sup>.

Neste sentido, SARLET afirma que a solução da questão só poderá ser dada em face de cada caso concreto e do direito fundamental em discussão, tendo em vista a necessidade de se ponderar os bens e valores envolvidos<sup>159</sup>:

Assim, em todas as situações em que o argumento da reserva da competência do legislador (assim como a separação dos poderes e as demais objeções habituais aos direitos sociais a prestações como direitos subjetivos) implicar grave agressão (ou mesmo o sacrifício) do valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Gomes Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações,

---

<sup>156</sup> SARLET Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 298.

<sup>157</sup> KRELL, Andreas Joachim. **Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos: Uma Visão Comparativa**. Disponível em: <<http://static.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/06/Direitos-sociais-Andreas-Krell.pdf>> Acesso em: 02 jul. 2012.

<sup>158</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao Mínimo Existencial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 281. (279-312)

<sup>159</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**.

admitindo-se, onde tal mínimo for ultrapassado, tão somente um direito “prima facie”, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos lógicos do tudo ou nada. Esta solução impõe-se até mesmo em homenagem à natureza eminentemente principiológica da norma contida no art. 5º, § 1º, da CF e das próprias normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais<sup>160</sup>.

Nesta linha, SARMENTO afirma que os direitos sociais fundamnetais prestacionais possuem natureza principiológica, caracterizando-se como, inicialmente, direitos subjetivos *prima facie*. Passam a definitivos apenas diante do caso concreto, após submeterem-se ao processo de ponderação, em face, especialmente, dos princípios democrático e da separação dos poderes:

Os direitos sociais são direitos subjetivos, que, contudo, possuem natureza principiológica, sujeitando-se a um processo de ponderação no caso concreto, anterior ao seu reconhecimento definitivo. Nessa comparação, comparece, de um lado, o direito social em jogo, e, de outro, princípios como os da democracia e da separação dos poderes, além de eventuais direitos de terceiros que seriam afetados pela garantia do contraposto. A possibilidade da tutela judicial, bem como o seu conteúdo, dependerão do resultado da ponderação, que, como sói acontecer, deve ser pautado pelo princípio da proporcionalidade. Esta solução é profundamente comprometida com a efetivação dos direitos sociais, mas leva em consideração todas as dificuldades fáticas e jurídicas envolvidas neste processo, bem como a existência de uma ampla margem de liberdade para os poderes políticos neste campo, decorrente não só da sua legitimidade democrática, como também da sua maior capacidade funcional<sup>161</sup>.

Portanto, denota-se que os direitos fundamentais sociais prestacionais conferem verdadeiros direitos ao seu titular, motivo por que são passíveis, pelo menos em certa medida, de aplicabilidade imediata. De outro lado, quanto à efetividade relacionada com a prestação material, a aplicabilidade imediata dar-se-á de acordo com o caso concreto, sempre com observância ao conteúdo essencial destes direitos, composto pela dignidade da pessoa humana e pelo mínimo existencial, sem ofensa aos princípios da separação dos poderes e da democracia.

---

<sup>160</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**.

<sup>161</sup> SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial Dos Direitos Sociais**, p. 567-568.

## 2 A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS

Conforme visto no capítulo anterior, os direitos fundamentais sociais prestacionais conferem verdadeiros direitos aos cidadãos, motivo por que se submetem à previsão do parágrafo 1º, do artigo 5º, da Constituição, sendo imediatamente aplicáveis, independentemente de legislação reguladora.

A partir de agora, analisa-se a legitimidade do Poder Judiciário na efetivação e concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais, independentemente da existência de lei infraconstitucional regulamentadora de seu conteúdo e de previsão orçamentária, bem como os critérios para esta atuação.

### 2.1 CRÍTICAS À JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS

A norma do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição, previsora da aplicabilidade imediata dos preceitos definidores de direitos fundamentais, apresenta incidência sobre todas as suas categorias, inclusive sobre os direitos fundamentais sociais a prestação material, de maneira inquestionável. Assim, de acordo com a lição de José Afonso da SILVA:

O art. 5º, § 1º, por seu lado, estatui que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Isso abrange, pelo visto, as normas que revelam os direitos sociais, nos termos dos arts. 6º a 11. Isso, contudo, não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos<sup>162</sup> [grifos no original].

No entanto, o autor sugere que os preceitos definidores de direitos fundamentais sociais prestacionais seriam de eficácia limitada, ou seja, não

---

<sup>162</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, p. 165.

produziriam todos os efeitos enquanto a legislação regulamentadora ulterior não fosse editada para torná-lo plenamente exequível, motivo pelo qual sustenta que a atuação do Poder Judiciário limitar-se-ia àquilo que está regulamentado<sup>163</sup>.

Deste modo, tendo em vista que os preceitos constitucionais dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional apresentam caráter vago e aberto, dependem da edição de lei para sua regulamentação e pressupõem disponibilidade financeira para sua concretização. É por este motivo que se defende que a sua plena concretização dar-se-á somente após a promulgação da lei, bem como que a sua efetividade limita-se à disponibilidade de recursos financeiros.

De acordo com esta corrente doutrinária, a efetividade dos direitos fundamentais sociais prestacionais estaria na dependência “da vontade política dos governantes e da vinculação legislativa para a sua implementação”<sup>164</sup>, cabendo ao Judiciário, tão somente, pronunciamentos acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da sua legislação concretizadora.

Neste diapasão, mencione-se que, conforme o posicionamento de ANDRADE, de um lado, o atendimento dos direitos fundamentais a prestação depende da disponibilidade e da existência de recursos financeiros por parte do Poder Público e, de outro, a Constituição não estabeleceu o conteúdo exato destes direitos, restando a definição destas prestações a cargo do Poder Legislativo, isto é, dos “órgãos (politicamente responsáveis) competentes para a definição das linhas gerais das econômicas, sociais e culturais ou para a sua «implementação»”<sup>165</sup> [grifos no original], e não do Poder Judiciário, ao qual incumbiria somente a função aplicadora e interpretativa. Por fim, o autor conclui que “o conteúdo dos direitos sociais a prestações é, portanto, em última análise, determinado pelas disposições do legislador

---

<sup>163</sup> Idem.

<sup>164</sup> KELLER, Arno Arnoldo. Perspectivas para a Efetividade do Direito. In: \_\_\_\_\_. **A Exigibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p. 197.

<sup>165</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p. 192.

ordinário, actuando por delegação constitucional. A ele se destinam as directrizes constitucionais estabelecidas a propósito de cada um dos direitos a prestações”<sup>166</sup>.

Portanto, de acordo com o doutrinador, cabe ao Poder Legislativo a tarefa de concretizar e definir o conteúdo dos direitos fundamentais prestacionais através da edição de lei regulamentadora, enquanto a atuação do Poder Judiciário limita-se a aplicar e interpretar o que está estipulado por meio legislativo, motivo porque a concretização destes direitos pelo Judiciário implicaria na interferência sobre a alocação de recursos e, conseqüentemente, na ofensa ao princípio da separação dos poderes (artigo 2º da nossa Constituição).

Numa observância ao princípio da separação dos poderes e da democracia maneira absoluta, a definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais ficaria exclusivamente a cargo do Legislativo, cabendo atuação do Judiciário somente após a decisão do Legislativo, tendo em vista que em caso de exigência destes direitos perante o Judiciário, haveria, além do exercício de uma atividade legislativa pelo Judiciário, também “uma determinação jurídico-constitucional de grande parte da política orçamentária”<sup>167</sup>.

Na doutrina brasileira, SARLET defende que a vinculação do Judiciário em relação aos direitos prestacionais apresenta uma intensidade menor do que a propósito dos direitos de defesa, afirmando que os preceitos definidores de direitos prestacionais possuem eficácia limitada, devendo levar em conta a discricionariedade do Legislativo, não sendo, portanto, justificada uma atuação judicial que vá além do grau mínimo que é previsto pela norma constitucional<sup>168</sup>.

No entanto, conforme leciona Virgílio Afonso da SILVA, apesar de ser necessário reconhecer que os direitos sociais são estruturalmente diferentes dos direitos individuais, de forma que os “juízes não podem ignorar as políticas públicas já existentes nessas áreas, concedendo, de forma irracional e individualista,

---

<sup>166</sup> Idem.

<sup>167</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 508.

<sup>168</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 397.

medicamentos, tratamentos de saúde ou vagas em sala de aula a todo aquele que recorrer ao Judiciário”, os direitos sociais prestacionais assegurados pela Carta Magna não podem ser vistos como uma mera promessa ou “lógica constitucional”, sendo, portanto, impossível que “não haja nenhuma consequência jurídica concreta para esta previsão”<sup>169</sup>.

Portanto, devido à grande importância dos direitos fundamentais, e em especial dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional – visto que são eles essenciais para assegurar a existência de uma vida digna e o alcance da igualdade material, bem como necessários para assegurar o exercício dos direitos fundamentais individuais – não é possível admitir que fiquem à mercê da boa vontade dos Poderes Executivo e Legislativo para que editem legislação com a finalidade de concretizar o seu conteúdo e disponibilizar recursos financeiros para sua efetivação.

## 2.2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A ofensa ao princípio da separação dos poderes é um dos argumentos mais fortes de oposição à atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional. Isto porque “a atuação do Judiciário no campo social representaria uma usurpação de competências do Legislativo e do Executivo. O Judiciário deveria apenas aplicar as normas que disciplinam o modo como os direitos sociais devem ser providos pelo Estado. Não lhe caberia determinar a execução de políticas públicas”<sup>170</sup>.

No entanto, a nova mentalidade, exigida do Judiciário na sua função de concretização dos direitos fundamentais, necessita uma revisão acerca da clássica ideia

---

<sup>169</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O Judiciário e as Políticas Públicas**, p. 588.

<sup>170</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: \_\_\_\_\_; SARMENTO, Daniel (Coords). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 520.

da tripartição dos poderes, que impede sua atuação como legislador positivo em face das omissões legislativas<sup>171</sup>.

Neste sentido, KRELL afirma pela necessidade de uma releitura do princípio da separação dos poderes, visando garantir a proteção dos direitos fundamentais tanto contra o arbítrio, quanto em face da omissão estatal:

O vetusto princípio da separação dos poderes, idealizado por Montesquieu, está produzindo, com sua grande força simbólica, um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servir ao seu escopo original de garantir direitos fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a *omissão* estatal. O Estado Social moderno requer uma reformulação funcional dos poderes no sentido de uma distribuição para garantir um sistema eficaz de “freios e contrapesos”<sup>172</sup> [grifos no original].

O princípio da separação dos poderes tem sua origem com Aristóteles, que defendia a impossibilidade de se atribuir todo o poder a uma única pessoa, tendo em vista o perigo, a injustiça e a falta de eficiência. Posteriormente, Montesquieu concebeu a separação dos poderes numa teoria que conjugava harmônica e independentemente os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Por sua vez, a moderna concepção deste princípio surge, gradativamente, em razão da evolução do Estado e dos conflitos político-sociais<sup>173</sup>.

De acordo com o referido princípio – consagrado em nosso sistema pelo artigo 2º da Constituição –, cabe ao Poder Legislativo a tarefa de legislar, inovando o ordenamento jurídico, ao Executivo compete a atividade de administrar, aplicando a lei de ofício e ao Judiciário incumbe a função de julgar, aplicando a lei de forma contenciosa. No entanto, tendo em vista que o constitucionalismo pátrio não adotou o

---

<sup>171</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário**. Disponível em: <[http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista\\_2009/2009/aprovados/2009a\\_Tut\\_Col\\_Arenhart%2001.pdf](http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf)>. Acesso em: 15 de jun. 2012.

<sup>172</sup> KRELL, Andreas Joachim. **Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos**.

<sup>173</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. A Separação dos Poderes e as Funções do Estado. In: \_\_\_\_\_. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 217-219.

princípio de maneira absoluta, mas sim relativa, as mencionadas funções não são exercidas exclusivamente<sup>174</sup>.

A este propósito, mencione-se que o Legislativo, no direito pátrio, além de legislar, exerce atividade administrativa, ao organizar o seu pessoal (artigos 5º, inciso LV e 52, inciso XIII, da Constituição), e judicial, ao processar e julgar os crimes de responsabilidade (artigo 52, incisos I e II da Constituição); também o Executivo, fora administrar, atua na tarefa legislativa, por meio das medidas provisórias (artigo 62 da Constituição) e dos decretos (artigo 153, parágrafo 1º, da Constituição), e na judicial, nos casos de processos administrativos (artigo 5º, inciso LV, da Constituição); ao passo que ao Poder Judiciário incumbe, além da tarefa de julgar, as funções de administrar, gerenciando o seu pessoal (artigos 93, inciso X e 96, da Constituição), e de legislar, quando os Tribunais elaboram os seus regimentos internos (artigo 96, inciso I, alínea “a”, da Constituição)<sup>175</sup>.

Ademais, incumbe a todos os poderes a tarefa de fiscalizar uns aos outros, constituindo um sistema de freios e contrapesos. A título de exemplo, cite-se que os membros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça são nomeados pelo Chefe do Poder Executivo e aprovados pelos membros do Legislativo, bem como que ao Judiciário incumbe a análise acerca da constitucionalidade e legalidade dos atos produzidos pelos demais poderes, invalidando-os se necessário, restando, portanto, nítida a interferência de um poder sobre o outro (artigos 5º, inciso LXIX; 102, inciso I, alínea “a”; e 125, parágrafo 2º, da Constituição)<sup>176</sup>. Logo, denota-se que os poderes não apresentam uma independência absoluta, mas sim uma relação de interdependência, motivo pelo qual o constitucionalismo pátrio não adotou um sistema rígido de separação, mas sim um sistema de balanceamento dos poderes<sup>177</sup>.

---

<sup>174</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 222.

<sup>175</sup> Idem.

<sup>176</sup> Ibidem, p. 223-224.

<sup>177</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário**.

Portanto, o arquétipo de separação dos poderes, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, “não é o de atribuição estanque das funções legislativa, executiva e jurisdicional a diferentes ramos do Estado”, mas sim um sistema de freios e contrapesos, que envolve implicações e limitações mútuas, possibilitando que um Poder desempenhe funções típicas de outro<sup>178</sup>. Logo, quando o Poder Judiciário atua na efetivação dos direitos sociais prestacionais, determinando que o Estado forneça determinados bens e/ou serviços ao cidadão, está agindo de acordo com o modelo de separação dos poderes adotado pelo Brasil, dentro da “rede de implicações recíprocas”<sup>179</sup>.

Por outro lado, é essencial ter em mente que a separação dos poderes surgiu em virtude da necessidade de garantir o respeito aos direitos e liberdades individuais contra o exercício de um poder arbitrário, que pode existir quando este é exercido de forma concentrada, em razão da ausência de limites e controle<sup>180</sup>. Saliente-se que não há direitos e liberdades individuais a serem protegidos sem que estejam asseguradas e garantidas as condições mínimas de vida digna ao cidadão, as quais são conferidas a partir da efetividade dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional. Neste diapasão, a lição de KRELL:

No Estado moderno, os direitos fundamentais clássicos ligados à liberdade estão cada vez mais fortemente dependentes da prestação de determinados serviços públicos, sem os quais o indivíduo sofre sérias ameaças. Os direitos fundamentais de defesa somente podem ser eficazes quando protegem, ao mesmo tempo, as condições materiais mínimas necessárias para a possibilidade da sua realização<sup>181</sup>.

Também nesta linha, Cláudio Pereira de SOUZA NETO afirma que “os direitos sociais são condições da liberdade”<sup>182</sup>, de modo que “ao concretizar os direitos

---

<sup>178</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A Justiciabilidade dos Direitos Sociais**, p. 520.

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 521.

<sup>180</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**, p. 215.

<sup>181</sup> KRELL, Andreas Joachim. **Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos**.

<sup>182</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A Justiciabilidade dos Direitos Sociais**, p. 521.

sociais, o Judiciário está promovendo a liberdade individual, garantindo as condições materiais para sua manifestação concreta”<sup>183</sup>.

Ressalte-se que não se está ignorando que a competência para legislar e determinar a realização de públicas não é do Poder Judiciário, mas sim do Legislativo e do Executivo<sup>184</sup>, mas somente sugerindo que o princípio da separação dos poderes não pode ensejar a não observância da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais prestacionais. O que ocorre é que as suas normas previsoras apenas necessitam que o Judiciário realize sua tarefa de garantir e efetivar os direitos fundamentais, atuando com maior empenho em sua complementação, quando os demais poderes restarem inertes<sup>185</sup>.

### 2.3 O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

No tocante à legitimidade do Poder Judiciário para legislar e dispor de políticas públicas, cumpre referir que o princípio da legitimidade democrática tem como valor concretizar o princípio da igualdade no exercício do poder político<sup>186</sup>. Sob uma concepção absoluta, o princípio concretizar-se-ia através dos Poderes Executivo e Legislativo, que têm seus representantes eleitos diretamente pela maioria da população. Defende-se, portanto, que “a concretização judiciária dos direitos sociais seria antidemocrática por ser conduzida por agentes que não passaram pelo crivo do voto popular”<sup>187</sup>.

---

<sup>183</sup> Ibidem, p. 522.

<sup>184</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional**. [S.l.]: JusPodivm, 2006. p. 256.

<sup>185</sup> Idem.

<sup>186</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**, p. 226.

<sup>187</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A Justiciabilidade dos Direitos Sociais**, p. 522.

No entanto, o princípio democrático não pode ser aplicado sob este viés, sob pena de exclusão de uma minoria extremamente necessitada, que também deve ter a sua dignidade respeitada<sup>188</sup>. Deve-se ter em mente que a democracia não significa aplicação absoluta da regra majoritária, mas sim uma harmonização entre esta e a concretização dos direitos fundamentais de todos os cidadãos, e não apenas daqueles que compõem a maioria, uma vez que são eles “condições pressupostas do regime democrático e é nesse ponto que a regra majoritária, longe de ser absoluta, encontra limites”<sup>189</sup>.

Neste diapasão, CANOTILHO leciona que, apesar da democracia ter como suporte primordial a escolha majoritária, a minoria não pode ser ignorada, sob pena de jamais ser reconhecida: “a democracia tem como suporte ineliminável o princípio majoritário, mas isso não significa qualquer ‘absolutismo da maioria’ e, muito menos, o domínio da maioria. O *direito da maioria* é sempre um *direito em concorrência* com o *direito das minorias* com o conseqüente reconhecimento de estas se poderem tornar maiorias”<sup>190</sup> [grifos no original].

Assim, Carlos Santiago NINO sustenta a possibilidade de efetivação judicial dos direitos fundamentais, pois eles têm por objetivo a proteção das minorias contra decisões majoritárias arbitrárias, tendo em vista que “o processo democrático não pode ser o último recurso para a proteção de direitos individuais”<sup>191</sup>.

Também neste sentido é o lecionamento de CLÈVE ao asseverar que o Judiciário é o delegado do Poder Constituinte, motivo por que este invoca a atuação daquele para garantir a observância dos direitos fundamentais protegendo “a maioria permanente (constituente) contra a atuação desconforme da maioria eventual,

---

<sup>188</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**, p. 227-228.

<sup>189</sup> Ibidem, p. 227.

<sup>190</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 329.

<sup>191</sup> NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of deliberative democracy*. New Haven: Yale University Press, 1996. p. 196 *apud* BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Democracia Procedimental e Jurisdição Constitucional**. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/estefania\\_maria\\_de\\_queiroz\\_barboza.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/estefania_maria_de_queiroz_barboza.pdf)>. Acesso em: 29 jul. 2011.

conjuntural e temporária (legislatura)”<sup>192</sup>, possibilitando, desta maneira, que a minoria um dia possa tornar-se a maioria.

Ainda, conforme posicionamento de Miguel Gualano de GODOY, os direitos sociais e políticos apresentam uma grande afinidade, de modo que condições econômicas e sociais adequadas constituem um requisito essencial para uma efetiva participação da população no processo democrático:

Da mesma forma, também o ativismo judicial na área de direitos sociais pode ser bastante relevante levando-se em conta a íntima relação existente entre direitos sociais e participação política. Conforme visto, uma adequada situação social, econômica e educacional constitui pré-condição necessária para uma participação livre e igualitária no processo político. Com isso, a ausência de políticas públicas destinadas a pôr em prática os direitos sociais dificulta o envolvimento político das pessoas mais carentes e, portanto, socava o valor total do processo democrático. Logo, não existem razões para se pensar que uma atuação jurisdicional nessa área esteja em conflito com a democracia. Ao contrário, também nesse âmbito os juízes podem ter um importante papel a cumprir<sup>193</sup>.

Desta forma, pode-se perceber que “a crítica de que a atuação judiciária no campo dos direitos sociais é antidemocrática desconsidera que Judiciário pode exercer importante papel na garantia das condições para que a deliberação pública se instaure adequadamente”, tendo em vista que estas condições abrangem tanto os direitos civis e políticos, quanto os direitos sociais e que, ao garantir a efetividade destes direitos o Poder Judiciário “capacita o cidadão para uma participação pública efetiva e, com isso, qualifica o debate público”<sup>194</sup>.

Ora, se o Judiciário é guardião da democracia e que os direitos sociais condições procedimentais da desta, ele tem o dever de efetivá-los, especialmente quando o Executivo e o Legislativo restarem inertes. Conforme assevera Cláudio Pereira de SOUZA NETO:.

---

<sup>192</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**, p. 100.

<sup>193</sup> GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e Democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. Curitiba, 2011. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná – UFPR. p. 115.

<sup>194</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A Justiciabilidade dos Direitos Sociais**, p. 523.

A questão central é a seguinte: se considerarmos que certos direitos sociais são condições procedimentais da democracia – como fazem, p.ex., Habermas, Gutmann e Thompson -, então o judiciário, como seu guardião, possui também o dever de concretizá-los, sobretudo quanto tem lugar a inércia dos demais ramos do estado na realização dessa tarefa. Note-se bem: se o Poder Judiciário tem legitimidade para invalidar normas produzidas pelo Poder Legislativo, mais facilmente pode se afirmar que é igualmente legítimo para agir diante da inércia dos demais poderes, quando essa inércia implicar um óbice ao funcionamento regular da vida democrática. Vale dizer: a concretização judicial de direitos sociais fundamentais, independentemente de mediação legislativa, é um *minus* em relação ao controle de constitucionalidade<sup>195</sup> [grifos no original].

Neste diapasão, Reinaldo de Lima LOPES afirma que além de garantir os direitos sociais mínimos, o Estado deve promover reformas sociais, como “condição de possibilidade e eficácia do Estado de Direito [para] que entre os cidadãos não se abra um fosso insuperável de vantagens e oportunidades distintas”, a fim de não desestabilizar a democracia. Logo, além de defender o *status quo*, por meio do direito adquirido, o Judiciário tem o dever de promover reformas institucionais e legais, a fim de fazer valer a vontade constitucional<sup>196</sup>.

Portanto, os defensores do ativismo judicial na concretização dos direitos prestacionais, que implica na judicialização da política, sustentam que a democracia é diferente de regra da maioria, pois as minorias possuem proteções legais que nem mesmo uma assembleia democraticamente eleita pode mudar e, como a carta de direitos é parte da lei fundamental e juízes não sofrem pressões política partidárias, eles são responsáveis pela garantia dos direitos das minorias<sup>197</sup>.

Demais disso, a legitimidade democrática dos Poderes Executivo e Legislativo deve ser analisada com certa ressalva, tendo em vista que, embora considerados eleitos diretamente pela população, nem sempre alcançam a vontade da maioria governada, ao contrário do Poder Judiciário, que representa um “perfeito paradigma da democracia

---

<sup>195</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira; et al. **Teoria da Constituição**: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 45.

<sup>196</sup> LOPES, José Reinaldo Lima. **Judiciário, democracia, políticas públicas**. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 31, n. 122, p. 255-265. abr./jun., 1994. p. 263.

<sup>197</sup> HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism**. Massachusetts: Harvard University Press, 2004. p. 03

representativa”<sup>198</sup>, tendo em vista que no exercício do poder político, o Executivo e o Legislativo, estabelecem alianças e apoios que não se referem às decisões majoritárias.

Por outro lado, o Mauro CAPPELLETTI defende que o Poder Judiciário é provido de certa representatividade, pois os juízes dos tribunais superiores são nomeados pelo Executivo e aprovados pelo Legislativo, motivo por que estão de acordo com a ideologia daqueles que foram eleitos diretamente pelo povo<sup>199</sup>.

Mencione-se, por necessário, que o Poder Judiciário, ao revés dos demais, tem o dever de fundamentar publicamente as suas decisões, buscando o convencimento do público a propósito da legitimidade da sua decisão, mantendo “o seu valor enquanto tentativa de assegurar ao público que as decisões dos tribunais não resultam de capricho ou idiosincrasias e predileções subjetivas dos juízes, representando, sim, o seu empenho em se manterem fiéis ‘ao sentimento de justiça e de equidade da comunidade’”<sup>200</sup>.

Por fim, necessário mencionar o posicionamento de ALEXY, o qual afirma que o Poder conferido pelo povo para que o Estado o represente, abrange, além do parlamento, exercente de uma representação política, também o tribunal constitucional, o qual realizará uma representação argumentativa, motivo pelo qual apresenta um cunho mais idealístico do que aquela. Ademais, o doutrinador preceitua que a representação política apresenta o risco de que as majorias se imponham em desfavor das minorias, razão por que a representação argumentativa exercida pelo Judiciário faz-se necessária para proteger os cidadãos contra seus representantes políticos, sendo, portanto, o Judiciário “uma instância de reflexão do processo político”. Desta forma, quando houver uma estabilidade entre as reflexões da população, dos Poderes Executivo e Legislativo e do Poder Judiciário, “pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado

---

<sup>198</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad.: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. p. 94-95.

<sup>199</sup> *Ibidem*, p. 96-97.

<sup>200</sup> *Ibidem*, p. 98.

constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados”<sup>201</sup>.

Portanto, denota-se que a democracia não pode visar simplesmente a satisfação da maioria, sob pena de afronta ao princípio da igualdade material, motivo por que a minoria também deve ter seus direitos garantidos, o que só é possível através do processo judicial. Assim, pode-se concluir que a garantia dos direitos fundamentais sociais prestacionais pelo Poder Judiciário não afronta o princípio democrático, mas sim o protege<sup>202</sup>.

Neste mesmo sentido, o jusfilósofo Ronald DWORKIN admite a possibilidade do ativismo judicial na concretização dos direitos fundamentais, pois, para ele “os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos”<sup>203</sup>.

O doutrinador sustenta, ainda, que se todo o poder político fosse transferido para o Judiciário, seria o fim da democracia, mas quando se fala da proteção de direitos fundamentais das minorias em face de decisões majoritárias e, muitas vezes, arbitrárias, há que se considerar que “alguns cidadãos ganham mais do que perdem”<sup>204</sup>:

Sem dúvida, é verdade, como descrição do bem geral, que numa democracia o poder está nas mãos do povo. Mas é por demais evidente que nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político. Muitos cidadãos, por um motivo ou outro, são inteiramente destituídos de privilégios. (...) Essas imperfeições no caráter igualitário da democracia são bem conhecidas e, talvez, parcialmente irremediáveis. Devemos levá-las em conta ao julgar quanto os cidadãos individualmente perdem de poder político sempre que uma questão sobre direitos individuais é tirada do legislativo para o judiciário. (...) Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais são efetivamente fundamentadas<sup>205</sup>.

---

<sup>201</sup> ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático**, p. 66.

<sup>202</sup> SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais**, p. 561.

<sup>203</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 27.

<sup>204</sup> *Ibidem*, p. 30-31.

<sup>205</sup> *Ibidem*, p. 31-32.

Desta forma, Ana Paula de BARCELLOS defende a legitimidade democrática do Poder Judiciário sob os argumentos de que: o Judiciário foi instituído pela Constituição, a qual foi criada e concebida pelos representantes do povo; os órgãos superiores do Judiciário têm seus membros escolhidos e nomeados pelos Poderes Executivo e Legislativo, que, por sua vez, têm seus representantes escolhidos pelo povo; os grupos minoritários, não ouvidos pelo processo legislativo, terão a via do processo judicial para recorrer, que devido ao contraditório, apresenta uma maior participação das partes; a atuação do Judiciário tem como fundamento e limite a Constituição, criada pelos representantes da população; as decisões judiciais são públicas, motivadas e revisáveis, e, assim, acessíveis a todos<sup>206</sup>.

Assim, pode-se concluir que tanto o princípio da separação dos poderes, quanto o da democracia majoritária não são absolutos, tendo em vista que têm por finalidade a proteção da dignidade da pessoa humana, alcançada tão somente com a efetividade dos direitos fundamentais, em especial os sociais, que visam garantir uma vida minimamente digna para o ser humano, sendo essenciais para fruição dos direitos fundamentais individuais.

Neste sentido, Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA defende que apesar de os membros do Judiciário não serem eleitos diretamente pelo povo, ele representa um importante papel na concretização dos direitos fundamentais, pois o modelo de democracia constitucional, adotado pelo Brasil, limita o campo de atuação do Legislativo, estabelecendo os direitos fundamentais como cláusulas pétreas, deixando-os de fora dos debates deliberativos:

É certo também que o Judiciário não é eleito pelo povo, e que, em tese, caberia ao Parlamento dizer a vontade do povo, como pensavam os teóricos franceses pós-revolucionários. Mas, no Brasil, adotou-se o modelo constitucional democrático, e este modelo por sua natureza já limita o Parlamento, especialmente por meio dos direitos fundamentais que ficam fora dos debates deliberativos. E o modelo constitucional, quer seja formal, quer puramente material, vem dando papel de importância tanto ao Judiciário por sua

---

<sup>206</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**, p. 231-232.

Suprema Corte, quanto a uma Corte Constitucional, especialmente para que se garanta a supremacia dos direitos humanos<sup>207</sup>.

Demais disso, a democracia não pode reduzir-se à ideia majoritária, envolvendo também participação, tolerância e liberdade, tendo em vista a impossibilidade de sua resistência numa sistemática em que estejam ausentes formas de proteção aos direitos e garantias fundamentais<sup>208</sup>. Logo, a atuação do Judiciário na efetivação destes direitos não pode ser considerada como ilegítima.

## 2.4 O CUSTO DOS DIREITOS E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

É pelo fato dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional exigirem prestações materiais por parte do Estado, que geram custos, que se coloca outro óbice a propósito de sua efetivação pelo Poder Judiciário, sob o argumento de que ele não estaria apto a interferir na seara da alocação de recursos orçamentários.

É bem verdade que “os limitados recursos e bens existentes são insuficientes para satisfazer as ilimitadas necessidades humanas”<sup>209</sup>. Assim, em razão da escassez de recursos, os conflitos individuais deverão ser ponderados, tendo em vista que “a alocação de recursos em uma sociedade está sempre associada a um sistema de atribuição de direitos”. Nem todos os objetivos sociais do Estado poderão ser atendidos, de maneira que a realização de alguns, implicará no sacrifício de outros, pressupondo escolhas trágicas por parte da Administração Pública<sup>210</sup>.

---

<sup>207</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare Decisis, integridade e segurança jurídica*: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law* na sociedade contemporânea. Curitiba, 2011. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia universidade Católica do Paraná – PUC-PR. p. 15.

<sup>208</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* p. 106-107.

<sup>209</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*, p. 155.

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 159.

Aferir os custos dos direitos possibilita que o Estado dê maior qualidade à suas escolhas trágicas, permitindo uma melhor escolha de onde e como se gastar as limitadas verbas públicas, atendendo aos valores da sociedade<sup>211</sup>.

Sustenta-se que os direitos prestacionais, ao contrário dos direitos individuais, políticos e até mesmo aqueles sociais que se caracterizam como direitos de defesa, geram custos para o Poder Público, pressupondo grande disponibilidade financeira, motivo pelo qual se limitam àquilo que o Estado possui nos cofres públicos. Ou seja, conforme ensina SARLET:

Justamente pelo fato de os direitos sociais na sua condição (como vimos, não exclusiva!) de direitos a prestações terem por objeto prestações estatais vinculadas diretamente à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais, aponta-se, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante. Já os direitos de defesa, por serem, na sua condição de direitos subjetivos, em primeira linha dirigidos a uma conduta omissiva (atuando como proibições de intervenção), são geralmente considerados destituídos desta dimensão econômica, na medida em que o bem jurídico que protegem (vida, intimidade, liberdade, etc.) pode ser assegurado, na dimensão negativa ora em destaque – como direito subjetivo exigível em Juízo – independentemente das circunstâncias econômicas, ou, pelo menos, sem a alocação direta, por força de decisão judicial, de recursos econômicos para este efeito<sup>212</sup>.

No entanto, tal corrente não deve prevalecer, após o lançamento da obra de Stephen HOLMES e Cass SUSTEIN<sup>213</sup>, acerca do custo dos direitos, a doutrina contemporânea vem entendendo que todos os direitos fundamentais são, em verdade, direitos positivos, inclusive aqueles tidos como direitos de defesa, tendo em vista que exigem algum tipo de proteção e garantia por parte do Estado, motivo pelo qual

---

<sup>211</sup> Ibidem, p. 205.

<sup>212</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filtchtiner. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 27.

<sup>213</sup> HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The Costs of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: WW Norton & Company, 1999.

também necessitam de recursos orçamentários; a título de exemplo, cite-se o direito de propriedade que pressupõe manutenção e proteção contra possíveis violações<sup>214</sup>.

Isto é, a efetividade dos direitos fundamentais, sejam eles tidos como direitos de defesa ou como direitos prestacionais, implica investimentos por parte do aparato estatal<sup>215</sup>, vez que a concretização dos direitos civis e políticos pressupõe a criação de condições institucionais por parte do Estado, ou seja, “existencia e mantenimiento de tribunales, establecimiento de normas y registros que hagan jurídicamente relevante la decisión nupcial o el acto de asociación, convocatória de elecciones, organización de um sistema de partidos políticos, etc.”<sup>216</sup>.

Neste ínterim é o ensinamento de NOVAIS, ao asseverar que “qualquer direito negativo só é efectivamente protegido se tiver um remédio, se tiver um sistema administrativo, instituições e um sistema judicial, significam encargos financeiros avultados; logo, os direitos negativos também custam, os direitos de liberdade são também, tal como os sociais, bens públicos pagos pelos contribuintes”<sup>217</sup>.

Portanto, os direitos sociais exigem atuação positiva por parte do Estado, tanto quanto os direitos civis e políticos, sendo errônea e simplificada a ideia de que apenas os direitos sociais prestacionais demandariam atuação positiva do Estado, enquanto os direitos civis e políticos exigiriam tão somente atuações negativas e abstenções estatais<sup>218</sup>. Logo, apesar da efetivação dos direitos civis e políticos também exigir grande disponibilidade orçamentária por parte do Estado, não deixam de se

---

<sup>214</sup> GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**, p. 215; BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz. **Jurisdição Constitucional: Entre Constitucionalismo e Democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 182-185.

<sup>215</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O Judiciário e as Políticas Públicas**, p. 591.

<sup>216</sup> Demais disso, os direitos sociais de cunho prestacional apresentam também uma dimensão negativa, que impõe ao Poder Público um dever de abstenção, a título exemplificativo, pode-se mencionar que o direito a saúde pressupõe do Estado a abstenção de qualquer atitude que venha a lhe danificar. In: ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles**. Madrid: Trotta, 2002. p. 22-23.

<sup>217</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**, p. 96.

<sup>218</sup> PIOVESAN, Flávia. Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 245.

concretizar<sup>219</sup>, razão pela qual o Estado não pode se escusar da implementação dos direitos prestacionais apenas por este motivo.

No entanto, em face da necessidade de uma prestação fática, é possível que os direitos fundamentais prestacionais acarretem em um custo maior aos cofres públicos quando comparados aos direitos de defesa. Isto é, existe a possibilidade de os direitos sociais exigirem maior disponibilidade orçamentária do Estado para sua efetivação do que os direitos individuais, o que “não significa que estes apresentem custo zero”. Portanto, resta insustentável o argumento de que a efetividade daqueles é prejudicada pela necessidade de recursos financeiros, tendo em vista que “também a proteção dos direitos individuais tem os seus custos, apenas se está muito acostumado a eles”<sup>220</sup>.

Neste sentido, vale mencionar que os recursos orçamentários exigidos para efetivação dos direitos civis e políticos ou de defesa são também exigidos para implementação dos direitos sociais prestacionais, uma vez que os gastos institucionais, isto é, aqueles destinados para a manutenção das instituições políticas e judiciárias são necessários para “efetivação de *qualquer tipo de direito*, [motivo por que] devem ser deixados de lado quando se comparam os custos dos direitos sociais e econômicos, de um lado, com os custos dos direitos civis e políticos, de outro”<sup>221</sup> [grifos no original]. Assim, é inegável que o custo da efetivação dos direitos prestacionais é mais oneroso aos cofres públicos, razão pela qual as decisões judiciais acerca das políticas públicas implicam significativa alocação de recursos orçamentários.

Portanto, conforme Virgílio Afonso da SILVA afirma, os “direitos sociais e econômicos distinguem-se, sim, dos direitos civis e políticos pelos gastos que a sua realização pressupõe. Embora seja correta a tese de que a realização e a garantia de

---

<sup>219</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **A Problemática da Efetividade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Plano Nacional**, In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2006. v. 1. p. 272.

<sup>220</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**, p. 238-239.

<sup>221</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O Judiciário e as Políticas Públicas**, p. 593.

qualquer direito custa dinheiro, também é verdade que a realização dos direitos sociais e econômicos custa *mais dinheiro*” [grifos no original]<sup>222</sup>.

Por outro lado, tem-se a questão da disponibilidade financeira por parte dos cofres públicos, razão pela qual parte da doutrina sustenta que a efetivação dos direitos fundamentais limita-se à chamada reserva do possível, o que significa, nas palavras de CANOTILHO, “que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos”<sup>223</sup>. Por sua vez, de acordo com BARCELLOS, a reserva do possível pode ser definida como:

...o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo<sup>224</sup> [grifos no original].

Certo é que os recursos do Estado não são infinitos, motivo por que o argumento da reserva do possível não pode ser ignorado, devendo ser levado em conta pelo Poder Judiciário quando da concretização dos direitos fundamentais<sup>225</sup>. Neste sentido, PIOVESAN e Renato Stanzola VIEIRA afirmam que, quando da efetivação dos preceitos constitucionais definidores de direitos fundamentais, a temática referente

---

<sup>222</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O Judiciário e as Políticas Públicas**, p. 593.

<sup>223</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 481.

<sup>224</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**, p. 236-237. A reserva do possível pode, ainda, ser considerada fática ou jurídica. Aquela se refere à limitação de recursos orçamentários – isto é, ao contingenciamento financeiro –, enquanto esta diz respeito com a alocação errônea e precária do montante público In: GOUVÊA, Marcos Maselli. **O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos**. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id2.htm>>. Acesso em: 18 jun. 2012.

<sup>225</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**, p. 245.

aos seus custos financeiros não pode ser ignorada, pois a exegese da Constituição deve ser baseada na realidade social, cultural e política que a cerca<sup>226</sup>.

Todavia, o argumento da reserva do possível não pode ser levantado como simples obstáculo e desculpa para a não efetivação dos direitos fundamentais prestacionais pelo Poder Judiciário sem que haja, ao menos, um estudo detalhado acerca do tema. Neste sentido, BARCELLOS assevera que:

Na ausência de um estudo mais aprofundado acerca do tema, a *reserva do possível* funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais. A iminência do terror econômico, anunciada tantas vezes pelo Executivo, cuidava de reservar ao Judiciário o papel de vilão nacional, caso determinadas decisões fossem tomadas<sup>227</sup>.

Demais disso, há que se considerar que a teoria da reserva do possível surgiu na Alemanha, numa sociedade desenvolvida, motivo por que não pode ser simplesmente transmutada para o Brasil, que possui uma sociedade periférica e em constante crise. Isto é, não é possível adotá-la “levar-se em conta os condicionamentos sócio-culturais e econômico políticos a que estão sujeitos”<sup>228</sup> o modelo jurídico pátrio.

Necessita-se, portanto, estabelecer uma prioridade na aplicação dos recursos orçamentários. Para tanto, deve-se dar preferência aos objetivos estimados como indispensáveis pela Carta Magna<sup>229</sup>, ou seja, na realização do bem-estar do cidadão, na garantia de uma vida digna, a qual abrange igualmente a garantia dos direitos individuais e dos bens fáticos considerados essenciais para existência humana<sup>230</sup>. Por

---

<sup>226</sup> PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. **A Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil.**

<sup>227</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**, p. 237.

<sup>228</sup> KRELL, Andreas Joachim. **Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos.**

<sup>229</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**, p. 242.

<sup>230</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**, p. 246.

sua vez, os recursos restantes “haverão de ser destinados de acordo com as opções políticas que a deliberação democrática apurar em cada momento”<sup>231</sup>.

Também na mesma seara, PIOVESAN e VIEIRA posicionam-se no sentido de que “a Constituição Federal não depende do orçamento público para a efetivação dos direitos fundamentais (sejam eles individuais ou sociais). Ao contrário, o orçamento, ou as receitas, é que, a partir da preferência constitucional que se deu aos direitos fundamentais, merecem reformulação, caso os recursos financeiros sejam escassos à cobertura geral da demanda financeira do Estado”<sup>232</sup>.

## 2.5 A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS

Visto que não há como se conceber os direitos fundamentais prestacionais como normas não-vinculantes, não sujeitas ao controle jurisdicional, bem como que apresentam imensa relevância perante o ordenamento jurídico, “a decisão sobre garanti-los ou não garanti-los não pode ser simplesmente deixada pela maioria parlamentar simples”<sup>233</sup>.

Neste sentido, PIOVESAN, ao lecionar sobre o tema, afirma que “está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. [Logo,] A idéia de não-acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica. São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis, e demandam séria e responsável observância”<sup>234</sup>.

Para tanto, a doutrinadora afirma que o Poder Legislativo tem os deveres de, em prazo razoável, concretizar tais direitos mediante legislação regulamentadora,

---

<sup>231</sup> Ibidem, p. 242.

<sup>232</sup> PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. **A Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil**.

<sup>233</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 511.

<sup>234</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: LEITE, George Salmão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em Torno das Normas Princiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 183-184.

tendo em vista a necessidade de garantir a exequibilidade dos preceitos constitucionais, bem como de regulamentá-los de acordo com a disposição da norma constitucional, de maneira que não diminua a sua força normativa, nem a contrarie formal e materialmente. Por sua vez, caberia ao Judiciário, ao aplicar as normas constitucionais previsoras de direitos fundamentais, a tarefa de interpretá-las com observância no princípio da máxima efetivação, intensificando as normas constitucionais previsoras de direitos fundamentais, de maneira que lhes possibilite a aplicabilidade imediata independentemente da promulgação de legislação ulterior que a regule<sup>235</sup>.

Nesta seara, GRAU sustenta que incumbe tanto ao Poder Judiciário, quanto aos Poderes Executivo e Legislativo, conferir efetividade aos direitos fundamentais, ainda que, para tanto, perante a ausência de normas reguladoras, o Judiciário tenha que criar o direito, indo, portanto, além da mera aplicação e interpretação:

O juiz não é, tão-somente (...) a boca que pronuncia as palavras da lei. Está, ele também, tal qual a autoridade administrativa – e, bem assim, membro do Poder Legislativo –, vinculado pelo exercício de uma *função*, isto é, de um *dever-poder*, neste exercício, que é desenvolvido em clima de *interdependência* e não de *independência* de Poderes, a ele incumbe, sempre que isso se imponha como indispensável à efetividade do direito, integrar o ordenamento jurídico, até o ponto, se necessário, de inová-lo primariamente. O processo de aplicação do direito mediante da tomada de decisões judiciais, todo ele – aliás – é um processo de perene recriação e mesmo de renovação (atualização) do direito. Por isso que, se tanto se tornar imprescindível para que um direito com aplicação imediata constitucionalmente assegurada possa ser exequível, deverá o Poder Judiciário, caso por caso, nas decisões que tomar, não apenas *reproduzir*, mas *produzir* direito – evidentemente pelos princípios jurídicos<sup>236</sup> [grifos no original].

Por sua vez, BARROSO defende que a ausência de norma regulamentadora dos direitos prestacionais não deve obstar a sua aplicação imediata, motivo por que, quando reivindicado um direito fundamental perante o Poder Judiciário, este deverá

---

<sup>235</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 90-91.

<sup>236</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, p. 321.

concretizá-lo, tendo em vista a disposição do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil:

Ainda quando se afigure pouco lógica a existência de uma regra afirmando que as normas constitucionais são aplicáveis, parece bem a sua inclusão no Texto, diante de uma prática que reiteradamente nega tal evidência. Por certo, a competência para aplicá-las, se descumpridas por seus destinatários, há de ser do Poder Judiciário. E mais: a ausência de lei integradora, quando não se inviabilize a aplicação do preceito constitucional não é empecilho à sua concretização pelo juiz, mesmo à luz do direito positivo vigente, consoante se extrai do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil<sup>237</sup>.

Assim, deve-se ter em conta que a previsão do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição, que comanda a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais é válida a todas as categorias destes, independentemente “de qualquer intermediação concretizadora, assegurando, em última instância, a *plena justiciabilidade* destes direitos, no sentido de sua imediata exigibilidade em juízo, quando omitida qualquer providência destinada à sua efetivação”<sup>238</sup> [grifos no original].

Portanto, o Poder Judiciário tem o “poder-dever” de atuar, quando provocado, para conferir aplicabilidade imediata aos preceitos previsores destes direitos, independentemente de regulação legal, de forma a garantir a repleta satisfação do direito subjetivo consagrado pela norma constitucional, em observância à vinculação dos órgãos públicos, à norma consagradora da aplicabilidade imediata e à inafastabilidade do controle judiciário, prevista pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição. Neste sentido, Dirley da CUNHA JÚNIOR assevera:

Aliás, convém asseverar que a ausência de concretização jamais poderá representar óbice à aplicação imediata das normas de direitos fundamentais pelos juízes e tribunais, uma vez que, segundo aqui defendemos, o Judiciário, amparado no que dispõe o art. 5º, § 1º, combinado com esse mesmo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não apenas está investido do indeclinável dever de garantir a plena eficácia dos direitos fundamentais, como está autorizado a remover eventual lacuna decorrente da falta de concretização, podendo se valer, para tanto, dos meios fornecidos pelo próprio sistema jurídico positivado, que

---

<sup>237</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**, p. 144-145.

<sup>238</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível**, p. 255.

contempla norma do art. 4º da LICC. Portanto, o argumento de que a norma constitucional definidora de direitos fundamentais, carente de regulação, só opera seus efeitos quando editada a lei que a torne efetiva, significa, em última instância, admitir a transferência da função constituinte do legislador para o legislador constituído ou ordinário, já que a sua omissão retiraria de vigência a norma constitucional<sup>239</sup>.

Neste mesmo contexto, vale mencionar o posicionamento de BARBOZA, que defende que “o Judiciário – na ausência de implementação dos direitos sociais pelos poderes eleitos –, por meio do ativismo judicial da interpretação substantiva dos direitos sociais, deve buscar realização, nem que isso implique opções políticas”<sup>240</sup>.

Demais disso, há que se considerar que, conforme lecionamento da jurista, a efetivação de uma norma pelo Judiciário e sua solidificação por meio de um processo de interpretação implica uma leitura moral dela:

Essa concretização da norma pela Jurisdição Constitucional envolverá, por sua vez uma leitura moral da mesma, na medida em que, por serem normas de textura aberta e dotadas de plasticidade, será necessário definir seu conteúdo por meio de um processo interpretativo que envolverá o estudo da moralidade política da comunidade. A interpretação de textos abstratos, vagos e ambíguos como aqueles que estabelecem os direitos fundamentais e princípios constitucionais levam a uma interpretação se há justiça ou não, como, por exemplo, casos que venham a envolver o direito ao aborto e à privacidade, de um lado, e o direito à vida e à dignidade de outro, ou questões acerca da igualdade entre homens e mulheres no âmbito privado ou na representação política, ou ainda questões ligadas a políticas afirmativas para inclusão de minorias historicamente desprotegidas<sup>241</sup>.

Conforme visto, o Poder Judiciário apresenta legitimidade para efetivar os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional. No entanto, tal atuação não se pode dar de forma extensa, ou seja, o juiz não pode fixar amplamente políticas públicas ou discricionariamente escolher uma solução política para o caso quando há várias e a maioria já optou por uma, motivo por que a sua atuação possui limites<sup>242</sup>.

---

<sup>239</sup> Ibidem, p. 256.

<sup>240</sup> BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz. **Jurisdição Constitucional: Entre Constitucionalismo e Democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 182.

<sup>241</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare Decisis, integridade e segurança jurídica**, p. 118.

<sup>242</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**, p. 232.

Assim, “os habituais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciais para decidirem sobre alocação e destinação de recursos públicos, não (...) [devem] prevalecer, ainda mais nas hipóteses em que se está em jogo a preservação do bem maior da vida humana”<sup>243</sup>.

Ora, a convivência harmônica entre o princípio da democracia majoritária e da separação dos poderes com o princípio da dignidade humana está em “atribuir-se eficácia jurídica positiva apenas ao núcleo da dignidade, ao chamado *mínimo existencial*”<sup>244</sup> [grifos no original], de modo que este seja garantido mesmo perante a mudança dos representantes escolhidos pelo povo e suas opções políticas, tendo em vista que este núcleo essencial sempre poderá ser reivindicado pela via judiciária.

Portanto, ainda que as decisões acerca de políticas públicas caibam primordialmente aos Poderes eleitos diretamente pelo povo, os direitos fundamentais apresentam um conteúdo mínimo essencial, o qual não está à disposição da maioria, razão por que a atuação do Poder Judiciário que vise proteger esse núcleo essencial não pode ser considerada ilegítima, mesmo nos casos em que implique alocação de recursos orçamentários<sup>245</sup>.

Ocorre, no entanto, que ao concretizar dos direitos fundamentais sociais prestacionais em pleitos individuais, como por exemplo, no caso do direito à saúde, o Judiciário concede o tratamento e/ou medicamento pleiteado pelo cidadão fundamentando-se somente na garantia do mínimo existencial, sem se preocupar com a questão do orçamento público. Porém, quando se trata de ações coletivas, verifica-se

---

<sup>243</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 346.

<sup>244</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**, p. 233.

<sup>245</sup> MENDONÇA, Eduardo. A Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 233.

uma autocontenção do Judiciário, sustentado que “lhe faltariam competência e legitimidade para interferir em seara administrativa tipicamente discricionária”<sup>246</sup>.

Há que se considerar, todavia, que se os direitos sociais prestacionais são verdadeiros e autênticos direitos fundamentais, assegurados constitucionalmente e que as decisões em sede de tutela coletiva seriam mais céleres, universais e, até mesmo, efetivas, de modo que não haveria justificativa para estes posicionamentos contraditórios e, em certa medida, reacionários do Judiciário.

É que, em geral, o Judiciário trata da questão dos direitos sociais prestacionais em diferentes casos “como se fossem problemas iguais ou semelhantes àqueles relacionados à direitos individuais”, ignorando que aqueles direitos têm caráter coletivo e que exigem “políticas que são pensadas coletivamente, algo que os juízes não fazem”<sup>247</sup>. Nesta linha, Virgílio Afonso da SILVA assevera:

É possível defender uma forma de ativismo judicial – ou seja, defender que os juízes são legítimos para defender políticas públicas – e, mesmo assim, sustentar que esse ativismo é limitado por uma série de razões estruturais. Isso significa que, embora o ativismo judicial seja uma possibilidade, ele depende de uma série de mudanças estruturais na educação jurídica, na organização dos tribunais e, sobretudo, nos procedimentos judiciais, para ser possível tratar e os direitos sociais e sobre eles decidir de forma coletiva<sup>248</sup>.

Ou seja, conforme ensina Loiane Prado VERBICARO, a atuação no Poder Judiciário na esfera política, para garantir a efetividade dos direitos fundamentais, é legítima, decorrente das disposições própria Constituição Federal<sup>249</sup>.

Portanto, o Judiciário apresenta competência para decidir na esfera dos direitos fundamentais sociais prestacionais. No entanto, para que esta atuação seja

---

<sup>246</sup> HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 827-858.

<sup>247</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **O Judiciário e as Políticas Públicas**, p. 596.

<sup>248</sup> Idem.

<sup>249</sup> VERBICARO, Loiane Prado. **Um Estudo sobre as Condições Facilitadoras da Judicialização da Política no Brasil**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a03v4n2.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2012.

legítima, racional e não abusiva, atendendo ao princípio da soberania popular estabelecimento de critérios e parâmetros.

### 3 CRITÉRIOS E PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS

Diante de todo o exposto até aqui, apesar de posicionamentos contrários, pode-se concluir que mesmo dependendo da promulgação de legislação ulterior e da implementação de políticas públicas, os direitos sociais prestacionais são sindicáveis perante o Poder Judiciário, nas hipóteses em que o Executivo e o Legislativo restarem inertes ou omissos. Ocorre, no entanto, que a atuação do Judiciário na concretização destes direitos vem sendo desmedida.

É que, via de regra, em sede de tutela coletiva, o Judiciário mostra-se receoso, negando-se a assegurar os direitos coletivos, ao afirmar que tomar decisões nesta área significaria decidir questões acerca de políticas públicas e interferir na esfera da alocação de recursos. Porém, ao mesmo tempo, concede os serviços e/ou bens pleiteados pelos cidadãos em sede de tutela individual, sem preocupar-se com as consequências dessas decisões, em especial ao fato de que os recursos orçamentários do Estado são limitados e que, ao conceder um benefício para um único indivíduo, em diversos casos, está a colocar a Administração Pública em uma saia justa. É que, pelo número elevado destas decisões, o Estado acaba encontrando-se em uma situação delicada, de muitas vezes ter que retirar verbas de suas políticas públicas, para atender as decisões judiciais.

Ora, os recursos financeiros e orçamentários são limitados, não havendo condições de o Estado prover todas prestações reivindicadas pelos cidadãos. É preciso, portanto, estabelecer critérios e parâmetros justos e igualitários para que o Judiciário possa garantir este direito fundamental racional e mais fundamentada, garantido o acesso universal e igualitário<sup>250</sup>, evitando o voluntarismo e a supervalorização do

---

<sup>250</sup> LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à Saúde e Critérios de Aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 237.

Judiciário, sem usurpar a competência ou desorganizar estruturalmente os demais Poderes.

Estes critérios e parâmetros sugeridos têm por objetivo motivar as decisões concessivas de direitos prestacionais, que abrangem o controle das escolhas públicas, em razão da limitação de recursos, representando “uma prestação de contas à sociedade do *porquê* preferiu-se atender a uma situação e não à outra”<sup>251</sup>.

### 3.1 CRITÉRIOS E PARÂMETROS MATERIAIS

Os direitos prestacionais sociais são direitos efetivados por meio de políticas pública e, por este motivo, ficam na dependência da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, sendo mais complicados de serem concretizados do que os demais. Esta situação provoca, em muitos casos, o seu postergamento e o consequente esvaziamento da Constituição.

Mas, se de um lado, como guardião da Constituição, o Judiciário tem o dever de contribuir para a realização das promessas constitucionais, de outro, a sua atuação na esfera política provoca um embate com os demais Poderes e com o princípio democrático. A construção de parâmetros materiais pode contribuir para uma atuação do Judiciário de forma mais concatenada e menos subjetiva.

Nesta linha de entendimento, BARROSO leciona que o controle judicial das políticas públicas abrange, simultaneamente, a necessidade de delimitação da “matéria constitucional e [da] matéria a ser submetida ao processo político majoritário”. É que a Constituição garante os direitos fundamentais, que deverão ser concretizados por meio de políticas públicas adequadas, ao mesmo tempo em que determina que as opções

---

<sup>251</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas. 2. ed. E-book. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 31.

políticas e as decisões acerca da alocação de recursos são tarefas de competência do Executivo e do Legislativo<sup>252</sup>.

Desta forma, é necessário o estabelecimento de critérios materiais objetivos para o controle das políticas públicas, de modo a garantir a supremacia da Constituição, mas não a hegemonia judicial.

### 3.1.1 Garantia do Mínimo Existencial aos Hipossuficientes

Se é certo os direitos prestacionais são direitos de eficácia progressiva, não seria competência do Judiciário concretizá-los em toda a sua plenitude. Decisões neste sentido seriam antidemocráticas e inexecutáveis. Mas se os direitos prestacionais são justiciáveis, porém não plenamente, é necessário estabelecer um limite.

A realidade, em especial a escassez de recursos, impõe limites à plena concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais, motivo pelo qual CLÈVE defende que são direitos de eficácia progressiva<sup>253</sup>, o que, todavia, não pode ensejar uma eficácia mínima a estes direitos, que visam a igualdade material, e a este propósito, surge o mínimo existencial.

Neste sentido, SOUZA NETO afirma que, “a atuação do Judiciário na concretização dos direitos sociais deve se circunscrever à garantia das ‘condições necessárias’ para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participar do processo de formação da vontade coletiva (autonomia pública)<sup>254</sup>”.

Ainda que o mínimo existencial não possua garantia expressa pela nossa Constituição, é fato que se trata de um direito subjetivo, conforme bem asseverou

---

<sup>252</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.** Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acesso em: 17 dez. 2012.

<sup>253</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**, p. 102.

<sup>254</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A Justiciabilidade dos Direitos Sociais**, p. 535.

ALEXY, ao afirmar que “não é nenhuma obviedade que, sob uma Constituição que não o garante expressamente, a existência de um direito subjetivo ao mínimo existencial, em nível constitucional, seja maciçamente sustentada pela jurisprudência e pela doutrina”<sup>255</sup>.

Ainda no escopo da teoria de ALEXY, cumpre mencionar que “o programa minimalista tem como objetivo garantir ‘ao indivíduo o domínio de um espaço vital e de um *status* social mínimos’, ou seja, daquilo que é chamado de ‘direitos mínimos’ e ‘pequenos direitos sociais’”<sup>256</sup>.

Para CLÈVE, o mínimo existencial implica ao Estado uma obrigação de respeito, resultante tanto dos direitos fundamentais sociais, quanto da irradiação do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesta seara, o autor sustenta que sem os bens mínimos necessários à existência humana, não há dignidade, bem como que “o mínimo existencial implica, desde logo, o respeito a uma dimensão prestacional mínima dos direitos sociais”<sup>257</sup>.

Portanto, o mínimo existencial deve ser encarado como o mínimo de eficácia que se deve atribuir aos direitos fundamentais sociais prestacionais, sobre o qual o Poder Judiciário apresenta legitimidade para atuar, quando os demais restarem inertes.

Cumprido, no entanto, destacar que, existem hipóteses em que o Judiciário está também legitimado a garantir além do mínimo existencial. Estes casos seriam as ocasiões em que o Legislativo e o Executivo já determinaram a garantia de determinado direito prestacional por meio da implementação de políticas públicas, mas se mostraram ineficientes em sua execução.

Por outro lado, cumpre mencionar a necessidade de comprovação da hipossuficiência do requerente, de modo que não tenha condições de arcar com as prestações pretendidas sem prejuízo das suas necessidades básicas. É que se os recursos orçamentários do Estado são limitados, não faz sentido que um particular que

---

<sup>255</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 437.

<sup>256</sup> *Ibidem*, p. 502.

<sup>257</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**, p. 106.

apresente condições financeiras de arcar com os custos da prestação pretendida venha reivindicá-la perante o Judiciário<sup>258</sup>.

### 3.1.2 Possibilidade de Universalização da Medida

O segundo critério a permitir a judicialização dos direitos sociais é a possibilidade de universalização da medida para todos os hipossuficientes. É impossível determinar que o Estado forneça ao cidadão uma casa ou um emprego, sob a alegação de que estes são direitos imediatamente aplicáveis, sob pena de ofender o princípio da igualdade, tendo em vista a impossibilidade de universalização desta medida, o que implicaria em uma redistribuição de renda não justificada<sup>259</sup>.

Conforme leciona Cláudio Pereira de SOUZA NETO estas “medidas não são passíveis de universalização, razão pela qual, ao concedê-las, o Judiciário violaria o princípio da igualdade. O atendimento das necessidades individuais sem considerar a possibilidade de universalização da medida para os hipossuficientes representa redistribuição de renda não informada por critérios publicamente justificáveis”<sup>260</sup>.

Ao decidir um caso o juiz deve considerar a posição de fato e as pretensões dos reclamantes, bem como considerar que as reivindicações daqueles envolvidos no caso podem ser abusivas, e não ter relação com a situação concreta, sendo apenas decorrente do caráter abstrato e genérico das leis. Qualquer um pode reivindicar um direito com fundamento apenas na legislação, que, em tese, garantiria a sua pretensão. Porém, as normas gerais não são aplicáveis a todos os casos, mas somente àqueles que apresentem sinais de injustiça. Por isso, todos os casos são complexos, devem ser

---

<sup>258</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A Justiciabilidade dos Direitos Sociais**, p. 539.

<sup>259</sup> *Ibidem*, p. 540

<sup>260</sup> *Idem*.

analisados à luz dos fatos concretos e decididos de forma fundamentada, a fim de apresentar consistência e racionalidade<sup>261</sup>.

Ao não analisar os fatos de forma coerente, o Judiciário acaba por assegurar direitos que não podem ser universalizados, em razão do orçamento limitado do Estado e da necessidade de garantir outros direitos igualmente importantes, já assegurados por meio de programas governamentais. E, quando estas decisões se multiplicam, o Judiciário acaba por comprometer a racionalidade das políticas públicas, dando preferência para que apenas algumas pessoas tenham acesso a bens escassos, sem observância de parâmetros éticos e jurídicos<sup>262</sup>.

Ou seja, conforme leciona SARMENTO, ao analisar um caso concreto, o juiz deve verificar a possibilidade de universalização da medida, de acordo com o orçamento público:

Por este critério, se, por exemplo, um portador de determinada doença grave postular a condenação do Estado a custear seu tratamento no exterior, onde, pelo maior desenvolvimento tecnológico, a sua patologia tiver maiores chances de cura, o juiz não deve indagar se o custo decorrente daquela específica condenação judicial e ou não suportável para o Erário. A pergunta correta a ser feita é sobre a razoabilidade ou não da decisão do Poder Público de não proporcionar esse tratamento fora do país, para todos aqueles que se encontrem em situação similar à do autor. Trata-se, em suma, de avaliar a legitimidade constitucional de uma omissão em matéria de política pública, o que demanda um olhar focado não só na árvore, mas em toda a floresta<sup>263</sup>.

Também nesta linha, Gustavo AMARAL afirma que “a justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de se quebrar a isonomia”<sup>264</sup>

Por outro lado, cabe destacar que a universalização da medida deve se dar em favor dos hipossuficientes, conforme demonstrado no item anterior. Por certo que o

---

<sup>261</sup> NETTO, Menelick de Carvalho. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: LEITE, José Adércio (org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 160

<sup>262</sup> SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais**, p. 585.

<sup>263</sup> *Ibidem*, p. 572.

<sup>264</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**, p. 32.

legislador ordinário pode estender a prestação social para a população como um todo, caso assim deseje, mediante estudo detalhado e a criação de estrutura administrativa própria e competente para fiscalizar a concessão da prestação. O que se está a defender é que “não é possível estender a todos, independentemente da renda, a exigibilidade judicial das prestações sociais, pois, na prática, isso não é sustentável”<sup>265</sup>.

Portanto, ao decidir um caso em que se pleiteia a concretização de um direito social prestacional, o Judiciário deve verificar a possibilidade de universalização da medida para todos os hipossuficientes, bem como justificar a sua decisão, a fim de garantir a racionalidade.

### 3.1.3 Consideração do Sistema dos Direitos Fundamentais em sua Unidade

O segundo parâmetro a ser observado pelo Judiciário é o dever de considerar o sistema dos direitos sociais em sua unidade. Isto é, “a concretização judicial dos direitos sociais deve considerá-los como unidade, de modo a garantir condições dignas de vida para os hipossuficientes, não necessariamente a observância de cada direito social em espécie”<sup>266</sup>.

Quando o Judiciário examina uma pretensão em matéria de direitos sociais, deve verificar qual a relação do direito requerido com os demais direitos garantidos pela Constituição, tendo em vista que o essencial é a assegurar ao cidadão uma existência digna e não “a incidência do teor literal de todos os preceitos de direitos social”<sup>267</sup>. Por exemplo, a autoridade judicial não tem condições de condenar a Administração Pública a fornecer emprego a um cidadão, com fundamento no direito ao trabalho, mas pode determinar que o Estado garanta o acesso à prestações previdenciárias ou assistenciais.

---

<sup>265</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A Justiciabilidade dos Direitos Sociais**, p. 540.

<sup>266</sup> *Ibidem*, p. 541.

<sup>267</sup> *Ibidem*, p. 542.

Conforme ensina SOUZA NETO, os direitos sociais são intercambiáveis, de maneira que “ao examinar demandas por prestações públicas, o Judiciário deve conceber os direitos sociais como unidade, constituída em torno das noções de *hipossuficiência* e de *dignidade humana*” [grifos no original]<sup>268</sup>.

É legítima, portanto, a atuação do Judiciário quando em matéria de direitos sociais prestacionais quando a decisão puder se fundamentar nos direitos sociais como um todo, a fim de garantir uma vida digna aos mais necessitados.

### 3.1.4 Prioridade para as Prestações Ofertadas pela Administração Pública

O quarto critério escolhido é o fato de que o Judiciário deve priorizar as prestações ofertadas pela Administração. Isto é, as escolhas técnicas formuladas pelo Estado devem ser preferidas em relação à escolha do requerente. Por exemplo, há oferta pelo sistema público de saúde de determinado procedimento ou medicamento eficaz para o tratamento de uma doença, não existem motivos para que o Judiciário condene o Estado a arcar com os custos de tratamento diferente, porque preferido pelo demandante<sup>269</sup>.

Nesta linha de entendimento, BARROSO afirma que, quando sindicado determinado medicamento perante o Judiciário, este deve optar pelas escolhas que a Administração Pública fez quando formulou as listas de medicamentos ofertados, sob pena de ofensa aos princípios da universalidade e da isonomia. E acrescenta que uma decisão em contrário significa impor “ao Estado a necessidade permanente de tomar decisões difíceis: investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros”, já que o orçamento estatal é finito<sup>270</sup>.

---

<sup>268</sup> Ibidem, p. 541.

<sup>269</sup> Ibidem, p. 541.

<sup>270</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para Atuação Judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 897.

Além do fato de que nem sempre os indivíduos que postulam judicialmente uma prestação são de classes mais desfavorecidas, há que se considerar que a autoridade judicial não informações técnicas suficientes para avaliar, especialmente em sede de tutela individual, “a realidade da ação estatal como um todo”. Assim, ao deferir um pedido, sem analisar as condições técnicas, o magistrado acaba por provocar “um deslocamento de recursos das políticas públicas gerais – que, em tese, deveriam beneficiar os mais necessitados de forma direta – para as demandas específicas daqueles que detém informação e capacidade de organização”<sup>271</sup>.

O que, certamente, não significa que o Judiciário não tenha condições de qualificar tecnicamente as suas decisões, até mesmo porque pode contar com o auxílio de peritos e de instituições independentes e imparciais com capacidade técnica própria para tanto<sup>272</sup>.

Apenas se está afirmando que “a Administração dispõe de ‘capacidades institucionais’ mais apropriadas” e especializadas para tanto<sup>273</sup>, de maneira que as suas opções devem ser observadas pelo Judiciário. Nesta linha, assevera Flávio Dino de Castro e COSTA:

Duas atitudes são imprescindíveis para o juiz: em primeiro lugar, não olvidar as regras de imparcialidade procedimental, assegurando a apresentação de argumentos por parte da Administração e a produção de provas que os sustentem; em segundo lugar, confrontar a consistência de tais argumentos com a consistência da fundamentação que pode ser exposta na decisão judicial. Este juízo de ponderação eliminará muitas hipóteses de alteração do mérito do ato administrativo, em face da superioridade comparativa dos argumentos expendidos pela Administração<sup>274</sup>.

---

<sup>271</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 115.

<sup>272</sup> SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais**, p. 582.

<sup>273</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A Justiciabilidade dos Direitos Sociais**, p. 541.

<sup>274</sup> CASTRO E COSTA, Flávio Dino de. A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil. In: MONTECO, Cláudio Jose; FREITAS, Marco Antônio de; BORGES, Maria de Fátima Coelho (orgs.). **Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois**. São Paulo. LTr, 2008. p. 167.

Portanto, se a Administração Pública apresenta política pública eficiente para concretizar a pretensão do requerente, o magistrado deve optar por conceder esta, em lugar daquela que o particular considera mais eficaz.

### 3.1.5 Prioridade para a Solução mais Econômica

Por fim, o quarto parâmetro material para a exigibilidade judicial dos direitos prestacionais sociais é o dever do Judiciário em priorizar a solução mais econômica, dentre aquelas eficazes, a fim de possibilitar a universalização da demanda. Por exemplo, se o requerente pleiteia medicamento de determinada marca, mas existe oferta, no mercado, de um genérico ou similar, de igual eficácia, o Judiciário deve optar por conceder este. Do mesmo modo, se o particular pretende uma vaga em escola particular, mas há vaga remanescente em escola pública, o Judiciário deve deferir esta vaga em lugar daquela. Ou seja, em havendo duas soluções para o mesmo caso, o Judiciário deve optar por aquela que implique menor gastos aos cofres públicos<sup>275</sup>.

Ocorre, no entanto, que os parâmetros materiais apresentados são insuficientes para garantir a racionalidade e reduzir a subjetividade das decisões em acerca dos direitos sociais prestacionais. Assim, é necessário, também, analisar alguns critérios processuais, que contribuam para a legitimação destas decisões.

## 3.2 CRITÉRIOS E PARÂMETROS PROCESSUAIS

Apesar de os direitos sociais prestacionais apresentarem uma forte dimensão subjetiva, é impossível deixar de reconhecer também o seu aspecto processual, importante para auxiliar na sua concretização judicial. Nesta linha, importante a lição de Christian COURTIS:

---

<sup>275</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A Justiciabilidade dos Direitos Sociais**, p. 542.

Embora os DESC [direitos econômicos, sociais e culturais] sejam comumente identificados com aspectos substantivos, também possuem inegável dimensão processual, a qual constitui base sólida para prestação jurisdicional. A idéia de devido processo legal foi originalmente concebida para a proteção de direitos civis tradicionais, tal como o direito de propriedade. Entretanto, não há impedimento conceitual que impeça a extensão de proteções procedimentais aos DESC. Garantias procedimentais podem adquirir múltiplas formas. Podem ser colocadas como pré-requisitos para a adoção de certas medidas gerais e políticas pelo Estado (esse é o caso do direito à audiência pública, ou o direito a ser consultado previamente antes da adoção dessas medidas ou políticas). Também podem estabelecer os passos que o Estado está obrigado a dar antes de conceder, negar ou expropriar indivíduos em particular ou grupos de algum desses direitos. Garantias procedimentais também podem objetivar estabelecer as bases para o controle administrativo ou judicial de decisões adotadas por autoridades administrativas ou por outras autoridades políticas<sup>276</sup>.

### 3.2.1 Prioridade para as Ações Coletivas

O primeiro parâmetro processual para a judicialização dos direitos sociais é priorizar as ações coletivas. Neste sentido, SOUZA NETO, afirma que, apesar da grande quantidade de decisões judiciais proferidas em sede de tutela individual, deve ser dada preferência para as ações coletivas, tendo em vista que (i) as decisões que concedem direitos em ações coletivas asseguram a universalização da prestação e (ii) desorganizam menos a Administração Pública; (iii) há maior possibilidade de se discutir e analisar os aspectos técnicos relacionados com a prestação pleiteada, bem como (iv) o seu impacto no orçamento público; (iv) estimula a mobilização da sociedade para uma atuação em conjunto; e, ainda, (v) evita que apenas um grupo de cidadãos, privilegiado, tenha acesso à justiça.

Ademais, conforme ensina Luciano Benetti TIMM, os direitos sociais são direitos coletivos, que devem ser garantidos a todos aqueles que se encontrem na mesma situação fática, e as ações coletivas são mais eficazes a para atingir a coletividade:

---

<sup>276</sup> COURTIS, Christian. Critérios de Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma Breve Exploração. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 495-496.

A ação coletiva é [o] mecanismo que permite atingir todas as pessoas que se encontrem na mesma situação fática sem a necessidade de recorrer a um sem número de processos iguais que abarrotam as cortes com discussões idênticas. É também a ação coletiva que enseja a consideração dos efeitos da decisão para a sociedade. Vários interesses em jogo poderiam ser ponderados com a participação de vários entes políticos e sociais como se daria por meio do instituto do *amicus curiae* (...)<sup>277</sup>.

Por outro lado, considerando o argumento de que os recursos estatais são limitados, as “decisões explicitamente alocativas de recursos são implicitamente desalocativas, o foco centrado nas ações individuais pode acabar funcionando como uma espécie de ‘Robin Wood às avessas’, ao sugar recursos de políticas públicas que atingiriam mais os pobres para transferi-los para a classe média”<sup>278</sup>.

Já em ações coletivas, SARMENTO sustenta, que a autoridade judicial não pode escapar da reflexão, que deveria ser realizada toda vez em que se depara com um pedido prestacional que envolve os recursos escassos do Estado: as consequências da: universalização da medida. É que ao decidir uma ação civil pública, por exemplo, o magistrado não tem como se esquivar da análise das políticas públicas e da questão orçamentária, tendo em vista a elevada proporção que a decisão irá alcançar, por atender grande parte da população. Ou seja, “o julgamento força uma análise de ‘macrojustiça’, que envolve legitimidade do atendimento de determinados pleitos num quadro de escassez de recursos”<sup>279</sup>.

Apesar de dever analisar este impacto também nas ações individuais, o juiz, muitas vezes, ao se deparar com o caso concreto, acaba colocando uma venda nos olhos e decidindo com o coração, concedendo a prestação pleiteada, tendo em vista que os impactos causados “sobre o orçamento público costumam ser diminutos e existe um apelo emocional que inclina os magistrados a decidirem com maior

---

<sup>277</sup> TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. Disponível em: <<http://www.cmted.com.br/restrito/upload/artigos/33.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2012. p. 67.

<sup>278</sup> SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais**, p. 584.

<sup>279</sup> Idem.

generosidade em favor das pessoas concretas, de carne e osso, cujas carências e necessidades foram explicitadas no processo”<sup>280</sup>.

Porém, este tipo de decisão tende a se multiplicar, prejudicando a racionalidade das políticas públicas e favorecendo apenas alguns privilegiados em detrimento de outros cidadãos, o que certamente não elimina a questão da escassez de recursos. Ademais, a multiplicação destas decisões em tutela individual, prejudica o trabalho do administrador público, que se depara com a difícil situação de ter que escolher entre cumprir estas decisões ou a política pública já programada<sup>281</sup>.

Assim, as ações coletivas devem ser priorizadas, já que permitem uma melhor instrução processual e, conseqüentemente, uma análise mais detalhada acerca da implementação de políticas públicas<sup>282</sup>. Ademais, a preferência pelas ações coletivas permite a garantia de alguns dos critérios materiais elencados: a universalização da medida e a consideração dos direitos sociais como um sistema.

Por certo que não se está a defender que um direito prestacional não possa ser objeto de demanda individual. Mas somente que as ações coletivas devem ser priorizadas e que as individuais devem ser exceções.

### 3.2.2 Legitimidade nas Hipóteses de Dano Irreversível ou de Omissão da Administração Pública e Atribuição do Ônus da Prova à Administração

Por isso, é importante estabelecer o segundo critério processual: em regra, as ações individuais só terão legitimidade nas hipóteses (i) em que o não fornecimento da prestação possa causar dano irreversível ou (ii) em que houver inobservância dos programas prestacionais já estabelecidos pela Administração<sup>283</sup>.

---

<sup>280</sup> Idem.

<sup>281</sup> Ibidem, p. 584-585.

<sup>282</sup> Ibidem, p. 585.

<sup>283</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A Justiciabilidade dos Direitos Sociais**, p. 544.

Assim, as ações individuais serão legítimas quando “a não garantia do direito social tende a causar prejuízos irreversíveis”, como a concessão de ensino pré-escolar na idade adequada e o fornecimento de medicamento para manutenção da saúde<sup>284</sup>.

Da mesma forma, as demandas individuais terão legitimidade nas situações em que o Estado deixar de cumprir os compromissos que estabeleceu por meio de políticas pública. Quando, por exemplo, não negar o benefício do programa bolsa família ou não fornecer medicamentos constantes em lista do SUS a quem tem direito.

Por outro lado, é necessário destacar que a Administração pode não ter concedido a prestação devida em razão da falta de recursos financeiros. Mas o argumento da reserva do possível não pode ser arguido em abstrato, é necessário que o Estado comprove não teve condições de arcar com as despesas necessárias para a universalização da prestação. Se o Poder Público demonstrar a escassez de recursos, mesmo que estiverem presentes os outros critérios, a demanda deve ser indeferida, tendo em vista ser impossível executar a prestação. Este é o ensinamento de SOUZA NETO:

O argumento da reserva do possível não é admissível quando formulado abstratamente. Contudo, se, no caso em exame, a administração prova que não possui recursos para universalizar a prestação, o magistrado deve decidir pelo não provimento, nada obstante eventualmente estivesse legitimado para determinar a providência requerida, considerando os parâmetros materiais acima apresentados. O problema é de exequibilidade, não de legitimidade. É, todavia, a própria Administração que tem a obrigação de provar não possuir os recursos disponíveis para prover a prestação<sup>285</sup>.

### 3.2.3 Necessidade de Ampliação do Diálogo Institucional

Já o quarto critério trata-se da necessidade de ampliação do diálogo institucional. Talvez este seja um dos critérios mais importantes para justificar a incursão do Poder Judiciário na esfera política, tendo em vista que aproxima os

---

<sup>284</sup> Idem.

<sup>285</sup> Ibidem, p. 545.

diálogos jurídico e político, possibilitando que a decisão do magistrado esteja de acordo com a realidade social e com as prerrogativas democráticas.

Via de regra, a atuação do Judiciário na seara das políticas públicas é criticada por não ser este um Poder eleito diretamente pelo povo, ao contrário do Legislativo e do Executivo, que teriam legitimidade democrática. Porém, a doutrina moderna tem sustentado a possibilidade de uma atuação jurisdicional nesta área, desde que pautada na ampliação do diálogo institucional.

Neste contexto, Peter HÄRBELE defende que, no processo constitucional, a interpretação dos juízes deve ser ampliada e aperfeiçoada por meio de uma comunicação efetiva entre estes e a sociedade (cidadãos, grupos de interesse, órgãos estatais, sistema público e opinião pública), de modo a constituir uma jurisdição constitucional aberta<sup>286</sup>.

Por meio deste diálogo, amplia-se o rol dos intérpretes da Constituição, legítimos por representarem um pedaço da publicidade e da realidade constitucional, integrando a realidade ao processo de interpretação<sup>287</sup>. Isto garante que a interpretação seja influenciada pela teoria democrática, sendo “impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas”<sup>288</sup>.

Esta ampliação da interpretação constitucional, possibilitando uma jurisdição constitucional aberta, com a participação da sociedade e das instâncias oficiais e institucionais, permite uma maior e mais eficaz atuação judicial pautada na soberania popular<sup>289</sup>. Mas, para que isso seja possível, é necessária a pré-disposição por parte dos intérpretes oficiais e a “construção de espaços efetivamente argumentativos dentro do processo, isto é, especialmente em se tratando de questões constitucionais que

---

<sup>286</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição**: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 09-10.

<sup>287</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>288</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>289</sup> LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Jurisdição Constitucional Aberta**: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – Uma Abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 203.

envolvem temas fundamentais, o magistrado precisa abrir espaço para o diálogo e, principalmente, estar aberto a ele”<sup>290</sup>.

Neste sentido, SOUZA NETO afirma que:

A judicialização das políticas sociais depende de decisões construídas mais horizontalmente, a partir da interlocução permanente entre magistrados administradores, técnicos, universidades e associações da sociedade civil. Não raro se exigirá que o magistrado que visite escolas e hospitais e dialogue, no local, como usuários e servidores. Nesta última seção não se formula propriamente um parâmetro de decisão, mas uma diretriz institucional para a atuação judiciária: As decisões que determinam a entrega de prestações públicas devem ser constituídas a partir de um diálogo que envolva não apenas as partes formalmente incluídas no processo, mas também a ampla gama de profissionais e usuários que se inserem no contexto em que a decisão incidirá<sup>291</sup>.

Além disso, conforme ensina BARBOZA, se os Poderes Públicos dialogarem terão a possibilidade de “verificar as necessidades mais urgentes dos cidadãos, que muitas vezes ficam esquecidas nos debates políticos do dia a dia, e procurar, assim, paralelamente à proteção imediata garantia pelo Poder Judiciário, promover políticas sociais em longo prazo para garantir os direitos sociais ao máximo de cidadãos possível”<sup>292</sup>.

É que em uma sociedade com comunicação política autônoma, que apresente mecanismos de visibilidade plena e inclusiva, os institutos da democracia ganham força e relevo, de modo que: o Poder Legislativo “resgata sua dimensão de formulador das ações voltadas ao atendimento dos interesses comunitários”; o Executivo “mantém-se adstrito às suas funções concretizadoras do projeto de vida eleito pela Sociedade”; e o Judiciário “opera a sua condição republicana, no sentido de dar

---

<sup>290</sup> Ibidem, p. 205.

<sup>291</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A Justiciabilidade dos Direitos Sociais**, p. 546.

<sup>292</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a03.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2012.

guardada às regras do jogo das ações e tensões vigentes no espaço público da vida cotidiana”<sup>293</sup>.

Verifica-se que é de extrema importância que o Judiciário analise as consequências que a sua decisão provocará, sob pena de contrariar os princípios constitucionais que a norteiam, como, por exemplo, o princípio da isonomia. E, para evitar estes efeitos indesejados, é essencial que o Judiciário estabeleça um diálogo tanto com os Poderes o Executivo e Legislativo, quanto com a sociedade, especialmente na seara de execução das políticas públicas.

Conforme afirmado, o Judiciário apresenta competência para decidir na esfera dos direitos fundamentais sociais prestacionais. No entanto, faz-se necessária a observação dos critérios e parâmetros sugeridos, para que esta atuação possa ser considerada legítima.

### 3.3 UMA BREVE ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS

Para finalizar, é interessante uma breve análise de como o Judiciário vem atuando na concretização dos direitos sociais prestacionais reivindicados perante ele, no entanto, tendo em vista que a concretização de cada um dos direitos prestacionais se dá de maneira diversa e que impossível a análise de todos eles neste trabalho, por motivos metodológicos, optou-se pela análise dos direitos prestacionais mais reivindicado perante o Poder Judiciário: o direito à saúde e o direito à educação.

#### 3.3.1 A atuação do Poder Judiciário na Concretização do Direito à Saúde

---

<sup>293</sup> LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: Uma Perspectiva Procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 62-63.

No que se refere à atuação do Poder Judiciário na concretização do direito a prestações de saúde, verifica-se que até 2007, o Supremo Tribunal Federal (STF) concedia os medicamentos ou tratamentos pleiteados pelos impetrantes, não havendo nenhum voto divergente nas decisões, de maneira que não levava em consideração “a escassez de recursos como um argumento aceitável para impedir a concessão de um medicamento ou tratamento médico”<sup>294</sup>.

Em geral, o Supremo alegava que o direito à saúde tratava-se de um “direito jurisdicionalmente tutelável e que caberia ao Poder Judiciário atuar quando o poder público fosse omissivo de forma ‘arbitrária’, ‘intolerável’ e por comportamento ‘desviante’” (grifos no original)<sup>295</sup>.

Isto é, de acordo com a Suprema Corte, apesar de ser um direito fundamental, o direito à saúde seria tutelável pelo Judiciário quando houvesse uma omissão, uma atitude intolerável ou um desvio de comportamento do Poder Público. Neste sentido, vale destacar a decisão monocrática proferida pelo Min. Celso de Mello, na Petição n.º 1.246, que foi citada em inúmeras outras decisões do STF<sup>296</sup>:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida<sup>297</sup>.

Seguindo esta linha, na decisão proferida no Recurso Extraordinário n.º 393.175, em 2006, o STF salienta que o direito à saúde é indissociável do direito à vida e nem sequer aborda a questão da escassez de recursos:

---

<sup>294</sup> WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 353.

<sup>295</sup> Ibidem, p. 354.

<sup>296</sup> Idem, p. 354.

<sup>297</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Petição n. 1.246. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Diário da Justiça da União: 13 fev. 1997.

(...) Pessoas destituídas de recursos financeiros – Direito à vida e à saúde – Necessidade imperiosa de se preservar, por razões de caráter ético-jurídico, a integridade desse direito essencial – Fornecimento gratuito de medicamentos indispensáveis em favor de pessoas carentes – Dever constitucional do Estado (CF, arts. 5º, *caput*, e 196) (...) O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida<sup>298</sup>.

Portanto, visualiza-se que até o ano de 2007, o STF não levava em consideração, nas suas decisões, o custo para a efetivação destes direitos e a escassez de recursos, mas apenas a omissão dos Poderes Executivo e Legislativo. Isto porque, o direito à vida sempre prevalecia na ponderação entre ele e questões financeiras. Porém, como a ideia não era aprofundada, a Corte Suprema deixava diversas questões em aberto, tais como: (i) afirmar que nesta ponderação sempre havia de prevalecer o direito à saúde é negar a própria ideia de ponderação; bem como, (ii) o fato de que causa estranheza dizer que a disponibilidade de recursos é uma questão secundária para o Estado, pois o direito à saúde depende das questões financeiras para sua efetivação<sup>299</sup>.

Ademais, percebe-se que o Judiciário não analisava quais seriam os impactos das suas decisões no orçamento público, pois não apresentava preocupação com a universalização da medida.

Por outro lado, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 45<sup>300</sup>, que apesar de não analisar um pedido de medicamento ou tratamento, aborda o direito à saúde e se difere das demais, porque se trata de controle concentrado e analisa o princípio da reserva do possível,<sup>301</sup> visualiza-se que o Supremo Tribunal Federal passou a atuar de forma a afastar a visão radical de que o direito à saúde é absoluto.

---

<sup>298</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso extraordinário n. 393.175. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça da União: 02 fev. 2007.

<sup>299</sup> WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF**, p. 355.

<sup>300</sup> Interposta perante o STF, em face do veto presidencial ao art. 55, § 2º, da proposta legislativa que se converteu na Lei de Diretrizes Orçamentárias n.º 10.707/2003, sob a alegação de ofensa ao preceito fundamental decorrente da Emenda Constitucional 29 de 2000, a qual estabeleceu uma destinação mínima de recursos financeiros aos serviços destinados à área de saúde.

<sup>301</sup> WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF**, p. 356.

Assim, em que pese a perda do objeto da referida ação,<sup>302</sup> a decisão do caso “serve de importante paradigma ao exercício que se entende possível e desejável da jurisdição constitucional brasileira com vistas à proteção dos direitos sociais e econômicos”.<sup>303</sup> A decisão em comento restou assim ementada:

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A **questão** da legitimidade constitucional do **controle e da** intervenção do poder judiciário **em tema** de implementação de políticas públicas, **quando** configurada hipótese de abusividade governamental. **Dimensão política** da jurisdição constitucional **atribuída** ao supremo tribunal federal. **Inoponibilidade** do arbítrio estatal **à efetivação** dos direitos sociais, econômicos e culturais. **Caráter relativo** da liberdade de conformação do legislador. **Considerações** em torno da cláusula da “*reserva do possível*”. **Necessidade** de preservação, **em favor** dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “*mínimo existencial*”. **Viabilidade instrumental** da arguição de descumprimento **no processo de concretização** das liberdades positivas (direitos constitucionais de **segunda** geração) (grifos no original)<sup>304</sup>.

Inicialmente, o STF reconheceu que a competência para implantar políticas públicas não é do Poder Judiciário, mas sim dos Poderes Executivo e Legislativo, os quais tiveram seus membros investidos pelo povo, via eleição direta. No entanto, admitiu que a referida delegação não pode ser tida como absoluta, vez que a inércia ou o comportamento abusivo destes não pode ensejar o comprometimento da efetividade dos direitos fundamentais, inclusive nos casos em que sejam “derivados de cláusulas revestidas de cunho programático”, motivo por que a atuação do Judiciário, além de ser plenamente justificável, é necessária como forma de garantir o “núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo”<sup>305</sup>.

Ademais, o STF reconheceu que os direitos fundamentais de segunda dimensão, inclusive o direito à saúde, se concretizam de maneira gradual, bem como

---

<sup>302</sup> Já que o dispositivo vetado foi convertido no art. 59 da mesma lei, o qual foi aprovado pelo Presidente da República.

<sup>303</sup> PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. **A Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: desafios e perspectivas**. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/282/28281509.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2012.

<sup>304</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça da União: 04 maio 2004.

<sup>305</sup> Idem.

dependem dos recursos financeiros estatais, de forma que a escassez de recursos é um argumento que deve ser levado em consideração<sup>306</sup>.

Portanto, vislumbra-se que a decisão proferida na ADPF n.º 45, é inovadora em relação às decisões anteriores do STF, “pois considera a questão da limitação de recursos e traz entendimento de que o direito à saúde não é absoluto”,<sup>307</sup> deixando claro que (i) a formulação e implementação de políticas públicas não é tarefa típica do Judiciário; (ii) os direitos de segunda dimensão se concretizam de maneira gradual, bem como apresentam “um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades financeiras do Estado”; e, por fim, (iii) que a reserva do possível é algo que não se pode ignorar<sup>308</sup>.

Nesta linha de entendimento, o Supremo, a partir de 2007 passou a levar em consideração o argumento da escassez de recursos e o fato de que decidir sobre a alocação de recursos é tarefa típica da Administração Pública e não do Judiciário, sem, no entanto, apresentar uma coerência em suas decisões.

É que a Ministra Ellen Gracie proferiu decisões que negavam os pedidos de medicamentos e/ou tratamentos da saúde, sob os argumentos da escassez de recursos e da necessidade de racionalização do orçamento público para o atendimento do maior número de pessoas possível, destacando-se as decisões proferidas na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n.º 91 e nas Suspensões de Segurança (SS) n.º 3073 e 3263, nas quais os pedidos de medicamentos foram negados.

Ou seja, no tocante à disposição de políticas públicas e alocação de recursos orçamentários, verifica-se que a Corte Constitucional obedeceu aos parâmetros sugeridos no presente trabalho, pois na decisão proferida na STA n.º 91 reconheceu que o Estado somente teria o dever de fornecer que somente os medicamentos previstos na Portaria 1318 do Ministério da Saúde, respeitando a escolha técnica da

---

<sup>306</sup> WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF**, p. 356.

<sup>307</sup> Idem.

<sup>308</sup> Idem.

Administração<sup>309</sup>. Da mesma forma, negou os medicamentos pleiteados nas SS n.º 3073 e 3263, por não constar na lista de medicamentos do SUS.

A Corte Superior também proferiu decisões em que deferiu os pedidos de medicamentos com fundamento nos critérios apontados acima, tendo em vista que verificou a hipossuficiência das partes e a irreversibilidade do dano causado, em razão da gravidade das doenças e da necessidade urgente de continuidade dos tratamentos e gravidade de sua interrupção, bem como a escolha técnica da Administração, já que os medicamentos estavam previstos nas listas de dispensação de medicamentos elaboradas pela Administração, dentre as quais vale citar as SS n.º 3231 e 3452 e a STA 181<sup>310</sup>.

Porém nestas decisões, foi determinado também o fornecimento dos materiais necessários para aplicação dos medicamentos, como seringas e agulhas, o que não constava nos programas ofertados pelo Estado, sob o argumento de que os casos deveriam ser analisados de forma concreta, e não abstrata e genérica, e que as “decisões proferidas em pedido de suspensão se restringem ao caso específico analisado, não se estendendo os seus efeitos e suas razões a outros casos”<sup>311</sup>, do que se verifica que não houve preocupação da Corte Constitucional com os efeitos da multiplicação deste tipo de decisão, bem como com a universalização da medida.

Já nas decisões proferidas nas STA n.º 238, 268 e 277, pelo Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal admitiu que o direito à saúde encaixa-se em um contexto de políticas públicas em que recursos escassos são distribuídos, reconhecendo o cunho prestacional deste direito, que implica custos, necessitando considerar a reserva do possível, a escassez de recursos e a necessidade de se fazer escolhas alocativas.

Já quanto à atuação do Judiciário, restou o entendimento de que “a garantia judicial da prestação individual de saúde, *prima facie*, estaria condicionada ao não

---

<sup>309</sup> Ibidem, p. 357.

<sup>310</sup> Ibidem, p. 356-357.

<sup>311</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Suspensão de Tutela Antecipada n. 181. Relator: Ministra Ellen Gracie. Diário da Justiça da União: 31 ago. 2008.

comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde”<sup>312</sup>, não havendo interferência quando o Judiciário determina a prestação de tratamento ou medicamento já previsto pelo SUS, pois está priorizando a escolha técnica do administrador público e atuando mediante a sua omissão em cumprir política pública já estabelecida por ele.

Por outro lado, também se observou em algumas decisões a preocupação do Judiciário com a universalização da medida, tendo em vista que quando não houvesse essa previsão por meio de políticas públicas, seria preciso ponderar o objeto do pedido com a capacidade do SUS de arcar “com as despesas da parte, mas também com as despesas de todos os cidadãos que se encontrarem em situação idêntica”.<sup>313</sup> Nesta linha vale destacar a decisão proferida na STA n.º 175:

Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento<sup>314</sup>.

Ademais, ainda que timidamente, o Judiciário vem priorizando a tutela coletiva dos direitos prestacionais e o diálogo com a sociedade. O que pode ser inferido pelo reconhecimento, no Recurso Extraordinário (RE) n.º 566.471, da repercussão geral sobre a obrigação do poder público fornecer medicamento de alto custo, convocando Audiência Pública para discussão e esclarecimento de questões técnicas, científicas, políticas, administrativas e econômicas envolvidas na matéria, com profissionais especializados de diversas áreas:

---

<sup>312</sup> WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF**, p. 358.

<sup>313</sup> Idem.

<sup>314</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Suspensão de Tutela Antecipada n. 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Diário da Justiça da União: 29 abr. 2010.

SAÚDE - ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo<sup>315</sup>.

Portanto, no que se refere ao direito à saúde, verifica-se que, até 2007, a escassez de recursos e a reserva do possível eram abordadas de maneira superficial, pela Corte Suprema, como se não trouxessem consequências relevantes, de modo que, via de regra, os medicamentos e/ou tratamentos pleiteados eram concedidos com fundamento na prevalência do direito à saúde e à vida quando este se confrontava com as questões financeiras do Estado.

Mas a partir do julgamento da ADPF n.º 45 pode-se visualizar uma mudança no posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que apesar de passar a analisar melhor os casos concretos e demonstrar maior preocupação com a questão da escassez de recursos e com a necessidade de estabelecer critérios, os quais, apesar de ainda não terem sido uniformizados, caminham para este sentido.

### 3.3.2 A Atuação do Poder Judiciário na Concretização do Direito à Educação

Quanto ao direito à educação, vale destacar as decisões proferidas no RE-AgR 410.715, no RE-AgR 436.996, no AI 658.491 e no AI 677.274, acerca de pedidos de vagas em creches ou escolas. Estas decisões reconhecem a importância do direito à educação e o dever do Estado em garantir o acesso à creches e pré-escolas, bem como que o descumprimento desta obrigação “configura-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impõe o próprio texto da Constituição Federal”<sup>316</sup>.

---

<sup>315</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 566.471, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Diário da Justiça da União: 07.12.2007.

<sup>316</sup> WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF**, p. 360.

As quatro decisões mencionadas remetem à ADPF 45, destacando que os direitos sociais são direitos de concretização gradual, dependendo da disponibilidade orçamentária do Estado, “admitindo que o pedido de imediata efetivação de um direito social só deve ser concedido quando razoável e quando houver disponibilidade econômico-financeira do poder público”<sup>317</sup>. Ainda fazendo referência à ADPF n.º 45, as decisões lembram que o argumento da reserva do possível não pode ser levantado pelo Estado com o objetivo de escusar-se de suas obrigações constitucionais, bem como que, mesmo não sendo função do Judiciário a formulação de políticas públicas, incumbe a ele tal tarefa quando a omissão estatal comprometer a integridade e eficácia dos direitos sociais<sup>318</sup>.

Além disso, é recorrente a afirmação do Supremo de que a concretização do direito à educação não se submete a avaliações discricionárias da Administração, nem ao pragmatismo governamental, de forma que a educação infantil não permite que o Poder Público disponha de ampla discricionariedade:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA – EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) – RECURSO IMPROVIDO – A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). – Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. – A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. – Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente

---

<sup>317</sup> Idem.

<sup>318</sup> Idem.

vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”<sup>319</sup>.

Denota-se, portanto, que estes julgados citam como precedentes decisões sobre o direito à saúde que ignoravam a reserva do possível, do custo dos direitos e da escassez de recursos, do que se pode extrair que, no tocante ao direito à educação, o entendimento jurisprudencial da Suprema Corte não leva em consideração as questões de ordem orçamentária.

De forma geral, verifica-se, nos julgados do Supremo Tribunal Federal em matéria de direito à educação, que o custo dos direitos, a limitação de recursos e a reserva do possível “não foram óbices para se obrigar o Estado a concretizar o direito à educação nos casos em que a tutela jurisdicional foi pedida e, em muitos casos, foram completamente ignorados na decisão ou tratados com menosprezo”<sup>320</sup>.

Ou seja, nas hipóteses em que foi pleiteado o acesso à educação infantil, o Judiciário não se preocupou em estabelecer parâmetros ao proferir suas decisões, tendo em vista que nem sequer abordou as consequências da universalização da medida e não verificou a hipossuficiência das partes, bem como que considerou o direito à educação infantil como um direito absoluto, sem fazer qualquer ponderação no caso concreto.

---

<sup>319</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 410.715. Relator Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça da União: 03 fev. 2006.

<sup>320</sup> WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF**, p. 362.

Já no controle concentrado do direito à educação, vale destacar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 3324, na qual se discutiu a constitucionalidade da Lei n.º 9.536/1997, que possibilitava a transferência *ex officio* entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino (públicas ou privadas), em qualquer época do ano e independente da existência de vaga, quando se tratasse de servidor público federal civil ou militar estudante, ou seu dependente estudante, se requerida em razão de comprovada remoção ou transferência de ofício, que acarretasse mudança de domicílio para o município onde se situe a instituição recebedora, ou para localidade mais próxima desta.

O requerente alega que as instituições públicas de ensino não devem ser obrigadas a aceitar alunos provenientes de universidades privadas, sob pena de afronta ao princípio da isonomia, além do fato de que esta situação poderia levar a faculdade a ofertar vagas extras, além daquelas que teria condições financeiras de arcar.

O posicionamento de que o direito à educação não é absoluto e que depende de verbas orçamentárias prevalece apenas no entendimento dos Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes, os seus votos lembram que o direito à educação é um direito social de cunho prestacional, que depende da disponibilidade orçamentária do Estado que devem ser levadas em consideração.

Portanto, no tocante ao direito à educação, verifica-se, inicialmente, que em controle difuso os argumentos da reserva do possível, do custo dos direitos e da escassez de recursos não têm papel relevante na fundamentação dos votos. Os argumentos financeiros tiveram maior destaque apenas em sede de controle concentrado, pois nas decisões de controle concentrado analisadas as questões, além de discutidas e reconhecidas, também foram utilizadas na fundamentação das decisões, o que demonstra que em sede de controle concentrado o Judiciário possui maior preocupação com as consequências econômicas decorrentes das suas decisões, bem como com o estabelecimento de critérios e parâmetros que demonstram a

racionalidade da decisão, ao contrário dos casos em que o direito a educação é pedido concretamente, de forma difusa<sup>321</sup>.

---

<sup>321</sup> Ibidem, p. 364.

## CONCLUSÃO

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais sociais passaram a caracterizar-se como verdadeiros e autênticos direitos fundamentais, motivo por que estão revestidos de aplicabilidade direta e imediata, conforme previsão constante no artigo 5º, parágrafo 1º, da Carta Magna.

Todavia, tendo em vista que os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional exigem do Estado uma atuação positiva, visando conferir ao seu titular prestações fático-materiais, bem como que os preceitos constitucionais os prevêm de maneira vaga e aberta, a plena efetivação destes direitos depende de legislação ulterior e disposição de políticas públicas, tarefas que incumbem, prioritariamente, aos Poderes Executivo e Legislativo. É pela extrema importância destes direitos para a fruição de uma vida digna e dos demais direitos fundamentais que se busca a concretização deles pelo Poder Judiciário, quando os demais Poderes restam omissos.

Ocorre, no entanto, que vários óbices são levantados contra esta atuação. Entre eles, os princípios da separação dos poderes e da legitimidade democrática, bem como a reserva do possível, os quais, em razão da “dogmática constitucional emancipatória”<sup>322</sup>, devem ser vistos sob uma nova ótica.

Desta forma, tendo em vista que o princípio da separação dos poderes surgiu como forma de proteção dos direitos fundamentais contra o exercício arbitrário do poder por uma única pessoa, não pode ser hoje utilizado como óbice para concretização destes, sejam eles civis e políticos, sejam sociais, motivo por que o princípio em comento deve ser visto de forma relativa, e não mais absoluta.

Por sua vez, o argumento do princípio da legitimidade democrática também não deve proceder, uma vez que, conforme demonstrado, o Poder Judiciário é revestido de legitimidade democrática, que os Poderes Executivo e Legislativo vêm atuando de forma a ensejar o descrédito da população, bem como que a democracia não é imposição da vontade da maioria, sem observância dos direitos da minoria, os

---

<sup>322</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**, p. 96.

quais devem ser respeitados e concretizados a fim de possibilitar que um dia esta minoria venha a tornar-se maioria.

E, finalmente, tem-se o argumento da reserva do possível, o qual também deve ser relativizado, pois a concretização de todos os direitos fundamentais, sejam eles individuais ou sociais, acarreta custos aos cofres públicos, ainda que a efetivação dos prestacionais exija o dispêndio de recursos mais elevados. Porém este argumento não pode ser levantado, abstratamente, como óbice para atuação Jurisdicional na seara política sem que haja um estudo detalhado do tema, a fim de verificar se o Estado possui, ou não, condições financeiras de arcar com os custos para a efetivação de determinado direito.

Por outro lado, restou demonstrado que não se pode negar que a competência para dispor sobre políticas públicas e alocação de recursos não é do Judiciário, mas sim dos Poderes Executivo e Legislativo, motivo por que a interferência daquele na concretização dos direitos prestacionais deve dar-se de maneira racional e objetiva.

Mas por que essa atuação deve ser racional e objetiva? Ora, se os direitos sociais são direitos que ligados à riqueza nacional, significa que não são ilimitados e, por isso, são escassos. Entretanto, ao mesmo tempo, são essenciais para fruição de uma vida digna, sendo dever do Judiciário, na sua atuação contramajoritária, prestar contas à coletividade, explicando porque acolheu uma reivindicação e não outra. Ou seja, tendo em vista que os recursos financeiros do Estado são finitos, os direitos prestacionais não podem ser tratados de forma absoluta, havendo necessidade de se fazer escolhas, incumbindo ao Judiciário o dever de motivar as suas decisões, ponderando entre a essencialidade da pretensão e a excepcionalidade do caso concreto, a fim de conferir maior clareza às suas opções, atendendo aos princípios da universalidade e da isonomia.

Para racionalizar a atuação do Judiciário, faz-se necessária a adoção de critérios e parâmetros, com o propósito de evitar a subjetividade, o voluntarismo, o superheroísmo do Judiciário e desorganizar os demais Poderes, bem assim buscando melhor fundamentar as suas decisões, por meio de uma argumentação racional.

Desta forma, sugeriu-se no presente trabalho, a adoção de critérios processuais e materiais, para a legitimação da atuação do Judiciário na efetivação dos direitos sociais prestacionais. Os critérios materiais são: (i) a garantia do mínimo existencial aos hipossuficientes; (ii) a possibilidade de universalização da medida; (iii) a consideração do sistema dos direitos fundamentais em sua unidade; (iv) a prioridade para as prestações ofertadas pela Administração Pública; e (v) a preferência pela a solução mais econômica. Já os processuais são: (vi) a prevalência das ações coletivas; (vii) a legitimidade apenas nas hipóteses de dano irreversível ou de omissão do Estado, bem como a atribuição do ônus da prova à Administração Pública; e, por fim, (viii) a necessidade de ampliação do diálogo institucional.

A adoção destes parâmetros, que, certamente, não são exaustivos, mas apenas uma sugestão para o início do debate, tem por objetivo reduzir a subjetividade, a fim de aproximar o Judiciário da participação social, para que possa atuar na seara das políticas públicas de forma racional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los Derechos Sociales como Decretos Exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais o Estado Constitucional Democrático: Para a Relação entre Direitos do Homem, Direitos Fundamentais, Democracia e Jurisdição Constitucional. Trad.: Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad.: Virgílio José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas. 2. ed. E-book. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ARENHART, Sérgio Cruz. **As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário**. Disponível em: <[http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista\\_2009/2009/aprovados/2009a\\_Tut\\_Col\\_Arenhart%2001.pdf](http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf)>. Acesso em: 15 de jun. 2012.

ATRIA, Fernando. Existem Direitos Sociais? In: MELLO, Cláudio (org.). **Os Desafios dos Direitos Sociais**. Porto Alegre. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. n. 56, set./dez. 2005. Livraria do Advogado.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. A Problemática da Efetividade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Plano Nacional. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2006. v. 1. p. 259-276.

\_\_\_\_\_. **Democracia Procedimental e Jurisdição Constitucional**. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/estefania\\_maria\\_de\\_queiroz\\_barboza.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/estefania_maria_de_queiroz_barboza.pdf)>. Acesso em: 29 jul. 2011.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional: Entre Constitucionalismo e Democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

\_\_\_\_\_. **Stare Decisis, Integridade e Segurança Jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law* na sociedade contemporânea.

Curitiba, 2011. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia universidade Católica do Paraná – PUC-PR.

\_\_\_\_\_; KOZICKI, Katya. **Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a03.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 101-132.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para Atuação Judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 865-903.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acesso em: 17 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BIAGI, Cláudia Perotto. **A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Los Derechos Fundamentales Sociales en la Estructura de la Constitución. In: \_\_\_\_\_. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Trad.: Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOROWSKI, Martin. **La Estructura de Los Derechos Fundamentales**. Trad.: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad.: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CASTRO E COSTA, Flávio Dino de. A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil. In: MONTESCO, Cláudio Jose; FREITAS, Marco Antônio de; BORGES, Maria de Fátima Coelho (orgs.). **Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois**. São Paulo. LTr, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo: Novas Perspectivas para o Desenvolvimento Econômico e Socioambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 95-108.

\_\_\_\_\_. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **O Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=441](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=441)>. Acesso em: 25 maio 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (coords.). **Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 244-260.

COURTIS, Christian. Critérios de Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma Breve Exploração. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um Olhar Crítico-Deliberativo sobre os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 87-136.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional**. [S.l.]: JusPodivm, 2006. p. 247-292.

DALLARI, Dalmo de Abreu. A Separação dos Poderes e as Funções do Estado. In: \_\_\_\_\_. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. Os Direitos Fundamentais: Questões Jurídicas, particularmente em face da Constituição Brasileira de 1988. In: \_\_\_\_\_. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos Não Nascem em Árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e Democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. Curitiba, 2011. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná – UFPR.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos**. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id2.htm>>. Acesso em: 18 jun. 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 827-858.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. 20. ed. Trad.: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*. Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The Costs of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: WW Norton & Company, 1999.

KELLER, Arno Arnaldo. Perspectivas para a Efetividade do Direito. In: \_\_\_\_\_. **A Exigibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

KRELL, Andreas Joachim. **Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos: Uma Visão Comparativa**. Disponível em: <<http://static.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/06/Direitos-sociais-Andreas-Krell.pdf>> Acesso em: 02 jul. 2012.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – Uma Abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: Uma Perspectiva Procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao Mínimo Existencial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 279-312.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à Saúde e Critérios de Aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 237-253.

LOPES, José Reinaldo Lima. **Judiciário, democracia, políticas públicas**. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 31, n. 122, p. 255-265. abr./jun., 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDONÇA, Eduardo. A Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 231-278.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NETTO, Menelick de Carvalho. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: LEITE, José Adércio (org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of deliberative democracy*. New Haven: Yale University Press, 1996.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2010.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível**. Curitiba, 2006. 378 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná – UFPR.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade Frente à Reserva do Possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: \_\_\_\_\_. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 65-120.

\_\_\_\_\_. Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: LEITE, George Salmão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 181-197.

\_\_\_\_\_. Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 233-262.

\_\_\_\_\_. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_; VIEIRA, Renato Stanzola. **A Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: Desafios e Perspectivas**. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/282/28281509.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2012.

SANTOS, Marcelo Fausto Figueiredo. **Teoria Geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/pdf/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2012

\_\_\_\_\_; FIGUEIREDO, Mariana Filtchtiner. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 13-50.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial Dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 553-586.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais**. Disponível em: <[http://www.unibrasil.com.br/revista\\_on\\_line/artigo%2026.pdf](http://www.unibrasil.com.br/revista_on_line/artigo%2026.pdf)>.

Acesso em 18 jul. 2012.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 587-599.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: \_\_\_\_\_; SARMENTO, Daniel (Coords). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 515-551.

\_\_\_\_\_; et al. **Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. Disponível em: <<http://www.cmted.com.br/restrito/upload/artigos/33.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul./set. 1989.

\_\_\_\_\_. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e os Desafios de Natureza Orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 63-78.

\_\_\_\_\_. **Os Direitos Humanos e A Tributação: Imunidades e Isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

VERBICARO, Loiane Prado. **Um Estudo sobre as Condições Facilitadoras da Judicialização da Política no Brasil**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a03v4n2.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2012.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs). **Direitos Fundamentais:** orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.