Universidade de Brasília – UnB

MARCELO REBELLO PINHEIRO

A EFICÁCIA E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS DE CARÁTER PRESTACIONAL: em busca da superação dos obstáculos

BRASÍLIA
2008

MARCELO REBELLO PINHEIRO

A EFICÁCIA E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS DE CARÁTER PRESTACIONAL: em busca da superação dos obstáculos

Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília – UnB, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre

Prof. Orientador:
Gilmar Ferreira Mendes

BRASÍLIA
2008

MARCELO REBELLO PINHEIRO

A EFICÁCIA E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS DE CARÁTER PRESTACIONAL: em busca da superação dos obstáculos

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília – UnB, pela Comissão formada pelos professores:

ORIENTADOR: Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes

Profª. Drª. Ela Wiecko Wolkmer de Castilho

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

Prof. Dr. Marcus Faro de Castro

BRASÍLIA
2008

Dedico este trabalho à minha esposa Denise, à nossa querida filha Beatriz e aos meus pais, Francisco Renato e Tereza Cristina.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, à minha querida esposa Denise pelo auxílio permanente, pelo carinho, pela paciência e pelo companheirismo.

Pelo sorriso lindo e cativante, agradeço à minha filha Beatriz.

Pelo suporte material e amor incondicional, agradeço aos meus pais Francisco Renato e Tereza Cristina.

Pelo exemplo profissional a ser seguido, agradeço ao meu irmão Francisco Renato Filho.

Pela orientação precisa e pelas observações percucientes, agradeço ao Professor Doutor Gilmar Ferreira Mendes.

Pelas aulas memoráveis e pelos debates enriquecedores, agradeço aos Professores Doutores Cristiano Paixão, Márcio Iório, Marcus Faro de Castro e Menelick de Carvalho Netto.

Pelo incentivo e, principalmente, pela licença a mim concedida, agradeço ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na pessoa da Desembargadora Federal Presidente Assusete Magalhães.

Pelo apoio e cooperação, agradeço aos amigos Bruno, Marana, Márcio, Paloma e Paulo José.

RESUMO

O presente trabalho examina os principais obstáculos erigidos à eficácia e à efetividade dos direitos sociais de cunho prestacional, com destaque especial para os seguintes: o conteúdo aberto e indeterminado dos preceitos constitucionais que prevêem direitos sociais; a cláusula da reserva do financeiramente possível e a falta de legitimidade democrática dos juízes. Defende-se que as normas que consagram os direitos sociais devem ser compreendidas como princípios, os quais devem ser realizados na maior medida possível dentro das limitações jurídicas e fáticas do caso concreto. Sustenta-se, ainda, que a alegação estatal de escassez de recursos públicos deve ser rigorosamente apurada pelo magistrado, de modo que possa distinguir a natureza da escassez, a qual poderá ser absoluta ou relativa. Por derradeiro, admite-se que a intervenção do Poder Judiciário deve ser a mínima necessária e desde que comprovado – por dados da realidade (reserva de consistência) – que os poderes políticos se omitiram ou falharam na implementação dos direitos sociais.

Palavras-chave: direitos sociais – eficácia – efetividade – princípios – reserva do possível – legitimação democrática dos juízes – reserva de consistência.

ABSTRACT

The present paper examines the main hindrances for the efficacy and effectiveness of social rights, focusing mainly on the following: the open and indeterminate content of constitutional precepts that foresee social rights; the clause related to reservation of what is financially possible and the lack of democratic legimitacy of judges. It is defended that the norms that consecrate the social rights should be understood as principles that should be executed within the juridical and factual limits of the concrete case. It is also said that the state allegation of public resources scarcity should be rigorously checked by the magistrate, in order to distinguish the nature of such scarcity, which may be absolute or relative. Lastly, it is admitted that the intervention of the Judiciary Power should be the minimum necessary, and proved – by data from reality (consistency reserve) – that the political powers have omitted themselves or have failed on the implementation of social rights.

Key words: social rights – efficacy – effectiveness – principles – reservation of possible – democratic legimitacy of judges – consistency reserve.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	–	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	–	Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AJURIS	–	Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul
AMS	–	Apelação em Mandado de Segurança
APC	–	Apelação Cível
apud	–	citado por
art.	–	artigo
arts.	–	artigos
BNDES	–	Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social
BVerfGE	–	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, amtliche Sammlung – Decisões do Tribunal Constitucional Federal, Coletânea Oficial
CDESC	–	Comitê da ONU sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
CF	–	Constituição Federal
CONASS	–	Conselho Nacional de Secretários de Saúde
Des.	–	Desembargador
DJ	–	Diário de Justiça
DJU	–	Diário de Justiça da União
EC	–	Emenda Constitucional
IDH	–	Índice de Desenvolvimento Humano
inc.	–	inciso
INSS	–	Instituto Nacional de Seguridade Social
LOAS	–	Lei Orgânica da Assistência Social
Min.	–	Ministro
ONU	–	Organização das Nações Unidas
p.	–	página
PCDT	–	Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas
PET	–	Petição
PIB	–	Produto Interno Bruto

PIDESC	–	Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
pp.	–	páginas
PSDB	–	Partido da Social Democracia Brasileira
RDH	–	Relatório de Desenvolvimento Humano
RE	–	Recurso Extraordinário
Rel.	–	Relator
RESP	–	Recurso Especial
RMS	–	Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
ss.	–	seguintes
STF	–	Supremo Tribunal Federal
STJ	–	Superior Tribunal de Justiça
TJDFT	–	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
TJRS	–	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJSC	–	Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
TJSP	–	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TRF	–	Tribunal Regional Federal
UnB	–	Universidade de Brasília
vol.	–	volume
vs.	–	versus

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 16

CAPÍTULO I

ELEMENTOS DA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 20

1.1 – Considerações Gerais 20

1.2 – Identificação Formal e Material dos Direitos Fundamentais 21

1.3 – Classificação dos Direitos Fundamentais 23

1.3.1 – Direitos de Defesa e Direitos a Prestações 23

1.3.1.1 – Direitos a Prestações em Sentido Amplo 26

1.3.1.1.1 – Direitos de Proteção 26

1.3.1.1.2 – Direitos à Organização e ao Procedimento 28

1.3.1.2 – Direito Originários e Derivados a Prestações 29

1.3.2 – Direitos Positivos e Negativos 30

1.4 – Perspectivas Subjetiva e Objetiva dos Direitos Fundamentais 33

1.5 – Regras e Princípios 34

1.6 – Princípio da Proporcionalidade 42

1.6.1 – Considerações Preliminares 42

1.6.2 – Proporcionalidade e Razoabilidade 42

1.6.3 – Subprincípios da Proporcionalidade 45

1.6.3.1 – Princípio da Adequação 45

1.6.3.2 – Princípio da Necessidade 46

1.6.3.3 – Princípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito 47

1.6.4 – Duplo Controle de Proporcionalidade 48

1.6.5 – Proibição do Excesso e Proibição da Insuficiência 49

1.7 – Restrições aos Direitos Fundamentais 50

1.7.1 – Teoria Interna 51

1.7.2 – Teoria Externa 52

1.8 – Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais 55

1.8.1 – Considerações Preliminares 55

1.8.2 – Teoria Absoluta 57

1.8.3 – Teoria Relativa 58

CAPÍTULO II

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DE CARÁTER PRESTACIONAL 61

2.1 – Considerações Gerais 61

2.2 – Influências do Neoliberalismo e da Globalização na Realização dos Direitos Sociais..... 65

2.3 – Dirigismo Constitucional 72

2.4 – Direitos Fundamentais Sociais na Constituição Federal de 1988 76

2.5 – A Fundamentalidade dos Direitos Sociais..... 79

2.6 – Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial .. 81

2.6.1 – Considerações Preliminares 81

2.6.2 – Tentativa de Delimitação do Conteúdo do Mínimo Existencial 83

2.7 – Da Proibição do Retrocesso Social 86

2.8 – Eficácia e Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais de Caráter Prestacional 93

2.8.1 – Considerações Preliminares 93

2.8.2 – Significado e Alcance do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal 96

2.8.3 – Identificação dos Principais Obstáculos à Eficácia e à Efetividade dos Direitos Sociais Prestacionais 99

CAPÍTULO III

NATUREZA ABERTA E INDETERMINADA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUE CONSAGRAM DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS 100

3.1 – Considerações Preliminares 100

3.2 – A Problemática da Caracterização como Normas Meramente Programáticas 101

3.3 – Geram Direitos Subjetivos? 107

CAPÍTULO IV

CLÁUSULA DA RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL 114

4.1 – Considerações Preliminares 114

4.2 – Conceito 117

4.3 – Origem 118

4.4 – Análise Jurídica da Escassez de Recursos 121

4.5 – Hipóteses de Mitigação de Aplicação da Cláusula da Reserva do Financeiramente Possível 126

4.6 – Análise das Correntes Jurisprudenciais 130

CAPÍTULO V

DA LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO 135

5.1 – Considerações Preliminares 135

5.2 – Corrente Procedimentalista 136

5.3 – Corrente Substancialista 140

5.4 – Os Limites da Intervenção do Poder Judiciário diante do Negligenciamento dos Direitos Fundamentais Sociais de Caráter Prestacional 142

CAPÍTULO VI

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DE CARÁTER PRESTACIONAL: ESPÉCIES 156

6.1 – Direito à Saúde 156

6.2 – Direito à Educação 162

6.3 – Direito à Assistência Social 166

6.4 – Direito à Moradia 168

CAPÍTULO VII

EFICÁCIA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS NO DIREITO COMPARADO 172

7.1 – Considerações Gerais 172

7.2 – Estados Unidos 172

7.3 – África do Sul 177

CONCLUSÃO..... 181

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 187

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como foco primordial o estudo a respeito da eficácia e da efetividade dos direitos fundamentais sociais em sua dimensão prestacional, com maior ênfase nos direitos à saúde, à educação, à assistência social e à moradia. Desse modo, o problema específico a ser enfrentado no trabalho consiste em apresentar propostas aptas a superar ou amenizar os empecilhos erigidos em oposição à efetivação desses direitos.

O tema provoca muitas controvérsias na doutrina e também na jurisprudência. De fato, o assunto é complexo, pois não se exige apenas soluções de natureza jurídica, haja vista que a efetividade (eficácia social) dos direitos fundamentais sociais acarretará repercussões também nas esferas da economia e da política. Podemos antecipar, desde já, que tais conseqüências de origens não-jurídicas é que tornam o objeto da pesquisa ainda mais polêmico e árido.

Frise-se, por outro lado, que o estudo realizado não teve a pretensão de atribuir uma solução definitiva acerca de tal problema de tamanha magnitude, mas sim a de trazer uma contribuição a este importante debate que tem sido travado no âmbito dos poderes constituídos do Estado.

Quanto ao aspecto normativo-constitucional, é notório que o Constituinte de 1988 foi generoso ao prever um extenso rol de direitos sociais. Contudo, as normas constitucionais que consagram tais direitos apresentam, em sua maioria, natureza aberta e indeterminada, suscitando, na doutrina, dissenso no que diz respeito ao grau de eficácia de tais preceitos. A partir disso, exsurge o questionamento se as referidas normas teriam o condão de gerar direitos subjetivos, ou, melhor dizendo, se os indivíduos poderiam exigir em juízo a realização destes direitos sociais quando negligenciados pelo Estado.

Os pontos acima aludidos irão merecer percuciente reflexão, mormente no que se refere à natureza de tais normas fundamentais. Desse modo, será imprescindível o exame dessas a fim de se apurar se elas revelam a qualidade de princípios ou de regras. Estas importantes questões serão enfrentadas com o suporte doutrinário fornecido por Robert Alexy, sobretudo quanto à sua compreensão dos

princípios como normas jurídicas aplicáveis dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

No tocante às conseqüências econômicas advindas do cumprimento dos direitos fundamentais sociais, será indispensável uma análise cuidadosa da tão controvertida cláusula da reserva do financeiramente possível. Pode-se dizer que tal tópico é o mais intrincado, uma vez que trata da escassez dos recursos financeiros em confronto com a necessidade de se executar políticas sociais eficazes.

Outro ponto que deve ser obrigatoriamente abordado diz respeito ao papel do Poder Judiciário em tal contexto. Assim, poderia um magistrado, que não tem legitimidade democrática conferida pelo voto popular, interferir na formulação e execução das políticas públicas de responsabilidade dos Poderes Executivo e Legislativo? A indagação exposta, a qual será amplamente discutida mais à frente, constitui uma celeuma que tem merecido reflexões por vários países, tanto os já desenvolvidos, como aqueles ainda em processo de desenvolvimento, como o Brasil. Tais temas acima alinhavados irão demandar um exame denso da complexa relação entre o Direito e a Política.

Portanto, em breve síntese, estas são as principais questões que serão exploradas no decorrer da exposição. Vejamos, a seguir, a forma adotada para estruturar a dissertação.

Para se atingir o objetivo principal do trabalho, é indispensável abordar preambularmente alguns elementos alusivos à teoria geral dos direitos fundamentais, tais como: a identificação formal e material, a classificação, as perspectivas subjetiva e objetiva, a distinção entre regras e princípios, o princípio da proporcionalidade, as restrições aos direitos fundamentais, o núcleo essencial e outras questões preliminares relevantes.

No segundo capítulo, serão aprofundados alguns aspectos diretamente relacionados aos direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, a crise do Estado Social, o mínimo existencial, o significado e alcance da norma inserta no art. 5°, § 1°, da Constituição Federal, o princípio da proibição do retrocesso social e outros pertinentes.

No transcorrer da dissertação, serão identificados e enfrentados os principais óbices erguidos em face da efetivação dos direitos fundamentais sociais prestacionais.

Neste intróito, no intuito apenas de conferir clareza à apresentação da problemática, vejamos objetivamente quais são os obstáculos apontados com maior freqüência: a) o conteúdo aberto e indeterminado dos preceitos constitucionais; b) a cláusula da reserva do financeiramente possível e; c) a falta de legitimidade democrática dos juízes. Com isso, a partir desta identificação, serão desenvolvidos capítulos específicos para analisar cada item acima aduzido.

Dessa forma, no capítulo terceiro, será examinada a questão concernente à natureza aberta e indeterminada dos preceitos constitucionais que consagram direitos fundamentais sociais de caráter prestacional, momento em que, será alçada à discussão a possibilidade de tais normas gerarem direitos subjetivos aos indivíduos.

No capítulo quarto, será analisada a cláusula da reserva do financeiramente possível, com especial ênfase para a distinção entre a escassez absoluta de recursos e a escassez decorrente das decisões estatais alocativas de recursos (escassez relativa). Ademais, serão ainda estudados o conceito, a origem e as hipóteses de mitigação da claúsula da reserva do possível.

No capítulo seguinte, serão perquiridos os limites do Poder Judiciário ao atribuir eficácia aos direitos fundamentais de cunho prestacional. Considerando que os juízes não são eleitos pelo povo, além de que, em regra, não têm conhecimento técnico sobre o orçamento, nem responsabilidade política perante seus eleitores, o questionamento que se levanta diz respeito ao verdadeiro papel do Judiciário diante das demandas sociais que diariamente lhe são propostas. Assim, qual seria o papel do Poder Judiciário em face da ostensiva inexecução de políticas sociais? Deve o Judiciário ser protagonista ou platéia em tal cenário? Qual é o limite de sua atuação no exercício de um papel contramajoritário? Em suma, estes são os principais pontos que vão merecer reflexões neste capítulo.

No sexto capítulo, serão estudadas algumas espécies de direitos fundamentais sociais prestacionais, como, por exemplo, os direitos à saúde, à educação, à assistência social e à moradia, enfatizando-se, ainda, a visão dos tribunais quanto aos temas aludidos.

No sétimo capítulo, será relatado como a questão referente à eficácia e à efetividade dos direitos fundamentais sociais prestacionais tem sido abordada no âmbito do Direito Comparado, com destaque para os Estados Unidos e a África do Sul.

Por derradeiro, serão apresentadas as principais conclusões extraídas do presente trabalho.

1 – ELEMENTOS DA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 – Considerações Gerais

Desde o final do século XVIII, os direitos fundamentais vêm se solidificando nos regimes democráticos, de modo que, atualmente, alcançamos uma cultura de respeito a tais direitos, ao menos em relação àqueles que exigem exclusivamente uma abstenção por parte do Estado. Todavia, no que tange aos direitos fundamentais que impõem um dever positivo ao Estado, pode-se dizer que há ainda uma miríade de deficiências quanto à sua consolidação, sobretudo naqueles países de baixo nível de desenvolvimento econômico[1].

Portanto, a partir do reconhecimento dos direitos naturais do homem nas constituições dos Estados soberanos - processo encetado a partir do século XVIII -, os direitos fundamentais vêm atingindo um grau de autoridade cada vez maior, inclusive com reconhecimento internacional (*v.g.*: a Declaração da ONU de 1948).

Quanto à Constituição Brasileira de 1988, é nítida a especial importância conferida aos direitos fundamentais, considerando que o catálogo de tais direitos foi inserido logo no início do texto, diferentemente das outras constituições brasileiras[2].

É relevante observar, ainda, que a Constituição Federal de 1988, erigida sob uma ordem democrática, foi o resultado de uma assembléia constituinte de caráter claramente heterogêneo, a qual buscou abrigar postulações de várias camadas da população, de modo que acolheu de forma ampla, mas não absoluta, a liberdade de iniciativa dos cidadãos e empresas e, ao mesmo tempo, consignou uma série de direitos sociais, inclusive os direitos a prestações estatais.

---

[1] Este ponto específico será tratado com maior profundidade no próximo capítulo.

[2] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.* 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 01.

Assim, na visão de Gomes Canotilho e Vital Moreira, a Constituição Federal de 1988 foi estruturada de forma “compreensiva”, de modo a conciliar os valores do Estado Liberal e do Estado Social[3].

1.2 - Identificação Formal e Material dos Direitos Fundamentais

A identificação dos direitos fundamentais, tanto sob o aspecto formal quanto material, revela-se indispensável ao desenvolvimento do trabalho, na medida em que a caracterização da fundamentalidade de determinado direito implica importantes conseqüências jurídicas, tais como a aplicabilidade imediata do direito (art. 5º, § 1º, da CF) e a proteção em face do Poder Constituinte Derivado (art. 60, § 4º, inc. IV, da CF).

Quanto à identificação de um direito como fundamental, sob o ponto de vista formal, Paulo Bonavides apresentou dois critérios elaborados por Carl Schmitt:

> Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional.
>
> Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis (*unabaenderliche*) ou pelo menos de mudança dificultada (*erschwert*), a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição[4].

Embora seja relevante a identificação dos direitos fundamentais sob o aspecto formal, é válido lembrar, na esteira de Ingo Sarlet, que tal critério não permite uma inteira identificação dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, pois, como é cediço, nossa Constituição previu uma série de direitos fundamentais fora do catálogo expresso do Título II, como, por exemplo, os direitos fundamentais sociais descritos no título da Ordem Social[5].

---

[3] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 105.
[4] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 515.
[5] SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 89-90.

Por isto, em relação aos direitos não previstos no rol do título II do texto constitucional, será indispensável a utilização de critérios materiais para identifificar os dispositivos que desnudam a natureza de direito fundamental.

Quando a Constituição Federal de 1988, no § 2° do art. 5°, admite como direitos fundamentais outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, podemos inferir que o princípio da dignidade da pessoa humana se apresenta como um importante parâmetro material de identificação de direitos fundamentais.

Registre-se que boa parte da doutrina reconhece o princípio da dignidade da pessoa humana como um relevante critério material para identificação dos direitos fundamentais. Neste sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco sustenta que "os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade da pessoa humana"[6].

Na acepção de José Carlos Vieira de Andrade, os direitos fundamentais, no aspecto material, seriam aqueles identificados com o princípio da dignidade da pessoa humana que atribuíssem aos indivíduos direitos subjetivos e que tivessem a função protetora de determinados bens jurídicos individuais ou coletivos[7]. Assim, o autor lusitano, malgrado admita o princípio da dignidade da pessoa humana como critério material de reconhecimento dos direitos fundamentais, acaba, no entanto, por restringir demasiadamente o conceito material dos direitos fundamentais, visto que limita a sua caracterização à concepção de direito subjetivo exigível.

No que se reporta à identificação dos direitos fundamentais sociais – tema sobre o qual incide nosso estudo –, é relevante notar que a dignidade da pessoa humana também é considerada como um importante elemento que atribui fundamentalidade material a tais direitos.

---

[6] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 336.
[7] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, pp. 82-83.

1.3 - Classificação dos Direitos Fundamentais

1.3.1 – Direitos de Defesa e Direitos a Prestações

Seguindo a orientação de Canotilho e Alexy, podemos classificar os direitos fundamentais em dois grandes grupos: os que estão na condição de direitos de defesa e aqueles tidos como direitos a prestações.

Estes últimos ainda podem ser desdobrados em dois subgrupos: direitos a prestações em sentido amplo, incluindo os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e procedimento; e os direitos a prestações em sentido estrito.

Os direitos fundamentais de defesa, por sua vez, geram uma obrigação para o Estado de se abster, ou seja, implicam numa postura de natureza negativa do Poder Público. Assim, impõe-se ao Estado um dever de abstenção em relação à liberdade, à intimidade e à propriedade do cidadão, permitindo-se a intervenção estatal apenas em situações excepcionais, onde haja, ainda, o pleno atendimento dos requisitos previamente estabelecidos nas normas. Como exemplo, cite-se a proteção conferida ao sigilo das comunicações telefônicas, o qual só poderá ser restringido mediante prévia autorização judicial e desde que satisfeitas as condições estabelecidas na Lei n° 9.296/96.

Dentro da classificação dos quatro *status,* estabelecida por Jellinek, os direitos fundamentais de defesa podem ser classificados como *status negativus ou libertatis.*

Neste contexto, convém explicitar os principais aspectos da teoria dos *status* formulada por Jellinek. Segundo o autor, deve-se analisar a posição jurídica do indivíduo frente ao Estado. Com isso, Jellinek apresentou quatro *status* do homem na sua relação com o Estado: passivo*,* negativo, positivo e o ativo[8].

No *status* passivo, o indivíduo encontra-se obrigado ao cumprimento dos deveres impostos pelo Estado. No *status* negativo ou *libertatis*, o homem se apresenta

---

[8] *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira*;* COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 245.

livre para agir ou não, não havendo proibição ou obrigação imposta pelo Estado. No *status* positivo, os sujeitos de direito se colocam em posição de exigir do Estado o implemento de certas prestações positivas. E, por fim, no *status* ativo, são conferidos aos cidadãos direitos de participação na formação da vontade estatal.

Os direitos fundamentais sociais a prestações, dentro da teoria dos *status* de Jellinek, podem ser classificados como *status positivus socialis.* Ricardo Lobo Torres, por seu turno, apresenta uma classificação parcialmente modificada, onde reconhece o *status positivus socialis* nas prestações estatais que visam à proteção dos direitos sociais e o *status positivus libertatis* nas prestações estatais que se destinam a proteção do mínimo existencial[9].

Assim, conforme já visto, enquanto os direitos fundamentais de defesa implicam ao Estado uma abstenção de conduta, os direitos fundamentais a prestações exigem uma postura ativa do Estado, no sentido de fornecer aos indivíduos prestações materiais (fáticas) ou jurídicas.

É importante sublinhar que há uma clara interdependência entre as categorias de direitos fundamentais, de modo que um direito de defesa pode ter também uma conotação positiva, assim como um direito à prestação também pode assumir uma dimensão negativa. O direito à moradia, por exemplo, introduzido pela Emenda Constitucional n° 26, de 14 de fevereiro de 2000, tem uma acepção tipicamente positiva, na medida em que impõe ao Estado ações tendentes a satisfazer as necessidades materiais relacionadas à habitação adequada. Por outro lado, o mesmo direito também guarda uma feição negativa, pois protege o titular do direito em face de eventuais agressões, provenientes do Estado ou de particulares.

Noutro giro, é mister deixar claro que os direitos a prestações não podem ser confundidos com os direitos sociais, uma vez que os direitos a prestações em sentido amplo (direito de proteção e; direito de participação nas organizações e procedimento) não correspondem aos direitos sociais.

Da mesma forma, os direitos sociais não correspondem apenas às prestações. Exemplos disso são os artigos 8° e 9° da Constituição Federal, que

---

[9] TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: _____ (org.) *Teoria dos direitos fundamentais.* 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 296.

prevêem, respectivamente, o direito de associação sindical e o direito à greve. Percebe-se claramente que estes dispositivos constitucionais descrevem direitos sociais que não implicam em direitos a prestações, pois, na verdade, se consubstanciam como verdadeiros direitos de defesa e se qualificam como de natureza negativa, sendo denominados pela doutrina como "liberdades sociais"[10].

Saliente-se, ainda, que os direitos sociais a prestações (saúde, educação, assistência social e moradia) proporcionam aos indivíduos o pleno gozo das liberdades, ou seja, possibilita o que se denomina de "liberdade real". Desse modo, é válido constatar que não adiantaria ter liberdade sem saúde para gozá-la, ou, então, sem alimentação adequada que propicie energia suficiente para usufruí-la. A respeito da liberdade real, Böckenförde apregoa:

> Se a liberdade jurídica deve converter-se em liberdade real, seus titulares necessitam de uma participação básica nos bens sociais materiais; e essa participação básica nos bens materiais faz parte da liberdade, dado que é um pressuposto necessário para sua realização[11].

Nesta perspectiva, Cristina Queiroz arremata afirmando que "a liberdade não é apenas a ausência de interferência ou coacção por parte dos poderes públicos. É também a "ausência de dependência", de tal sorte que um indivíduo incapaz de se "auto-governar" deve ser considerado um cidadão não-livre"[12].

Fechando este tópico, cumpre-nos deixar claro que não há antagonismo entre os direitos de defesa e os direitos a prestações, pois, na verdade, tais direitos se complementam, visto que os direitos a prestações propiciam que os cidadãos desfrutem a liberdade em sua plenitude. Nesta medida, poder-se-ia dizer que os direitos de defesa conferem liberdade aos cidadãos perante o Estado, ao passo que os direitos sociais de cunho prestacional atribuem liberdade aos cidadãos através do Estado.

---

[10] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 229.

[11] Tradução livre do autor. Texto original: "Si la libertad jurídica debe poder convertirse en libertad real, sus titulares precisam de uma participación básica em los bienes sociales materiales; incluso esta participación em los bienes materiales es una parte de la libertad, dado que es um presupuesto necesario para su realización." (BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales.* Traduzido por Juan Luis Requejo Pagés e Ignácio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993, pp. 74-75).

[12] QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais Sociais,* Coimbra: Coimbra, 2006, p. 35.

1.3.1.1 – Direitos a Prestações em Sentido Amplo

Neste subitem, serão abordados de modo superficial os direitos a prestações em sentido amplo, apenas no intuito de fornecer uma exata compreensão da classificação dos direitos fundamentais, pois, na verdade, conforme já dito alhures, o objeto de estudo específico está concentrado nos direitos a prestações em sentido estrito (prestações fáticas). Quanto a estes direitos, por ser o objeto principal da presente dissertação, será dedicada uma análise percuciente em capítulo próprio.

Os direitos a prestações, consoante já assinalado, não estão limitados às prestações sociais (sentido estrito), mas também a outras relacionadas aos direitos à proteção e aos direitos à participação na organização e procedimento (direitos a prestações em sentido amplo). Nesta perspectiva, Gilmar Ferreira Mendes realça que as prestações "tanto podem referir-se a prestações fáticas de índole positiva *(faktische positive Handlungen)* quanto a prestações normativas de índole positiva *(normative Handlungen*)"[13].

É interessante notar que os direitos a prestações em sentido estrito - que correspondem às prestações materiais fáticas concedidas aos cidadãos - são considerados como verdadeira faceta do Estado Social. Já os direitos a prestações em sentido amplo, que correspondem ao direito à proteção, bem como aos direitos de participação na organização e procedimento, são destinados à proteção da liberdade e da igualdade na vertente defensiva, guardando identidade, dessa forma, com o Estado Liberal.

Veremos, a seguir, os direitos a prestações em sentido amplo, que são os direitos de proteção e os direitos de participação na organização e procedimento.

1.3.1.1.1 – Direitos de Proteção

Os direitos de proteção podem ser conceituados como posições jurídicas fundamentais que atribuem ao cidadão o direito de exigir perante o Estado a proteção de bens jurídicos em face de possíveis violações perpetradas por terceiros.

---

[13] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.* 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 02-03.

Considerando que o Estado deve zelar pelo resguardo dos direitos fundamentais dos indivíduos, ainda que em caráter preventivo, cabe, então, ao Poder Público o dever de proteção, que se dará, por exemplo, por meio da aprovação pelo Parlamento de normas penais incriminadoras[14], pela atuação da polícia ostensiva para coibir crimes, pelo exercício do poder de polícia estatal com o fim de impedir obras irregulares que possam prejudicar os demais cidadãos, além de várias outras medidas protetivas.

Portanto, o direito à proteção envolve a atuação positiva do Estado com o fim específico de proteger o cidadão contra atos de terceiros, incluindo atos de outros Estados soberanos. Recorde-se, outrossim, que o direito de proteção não abriga apenas o direito à vida e à integridade física, mas também à liberdade, à propriedade e à honra das pessoas[15].

Quanto aos deveres de proteção do Estado, bem observa Gilmar Ferreira Mendes:

> A concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a idéia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – *Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*).
>
> (...)
>
> A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger esses direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros.
>
> Tal interpretação do *Bundesverfassungsgericht* empresta sem dúvida uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de adversário (*Gegner*) para uma função de guardião desses direitos (*Grundreschtsfreund oder Grundrechtsgarant*)[16].

---

[14] QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais Sociais,* Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 50.
[15] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 222.
[16] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.* 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p.11.

Ainda em relação aos deveres de proteção do Estado, deve-se questionar se o particular tem direito subjetivo público à proteção na hipótese de omissão do Poder Público. Sobre tal ponto, Ingo Sarlet apresenta o posicionamento de Konrad Hesse:

> De acordo com o entendimento de Konrad Hesse, o reconhecimento de um direito subjetivo a uma atividade protetiva do Estado se encontra, contudo, na dependência de uma previsão suficientemente detalhada por parte do direito objetivo, limitando-se, de regra, ao dever de agir do Estado, sem que lhe seja, no entanto, imposto o "como", de tal sorte que uma pretensão individual somente poderá ser acolhida nas hipóteses em que o espaço de discricionariedade estiver reduzido a zero[17].

Desse modo, segundo tal concepção, só haverá direito subjetivo à proteção estatal quando já houver no direito objetivo norma expressa que consagre a proteção reivindicada.

Apesar das controvérsias existentes, esta questão não será aprofundada no presente trabalho, considerando que desborda do conteúdo específico da dissertação.

1.3.1.1.2 – Direitos à Organização e ao Procedimento

Dentro do grupo referente aos direitos a prestações em sentido amplo, encontram-se os direitos à organização e ao procedimento. Vale notar, desde logo, a distinção entre os direitos de participação na organização e no procedimento e os direitos à criação das estruturas organizacionais e à elaboração de normas procedimentais. É fácil observar que apenas o segundo grupo de direitos apresenta caráter prestacional, razão pela qual, em virtude da maior correção técnica, é preferível o termo "direitos à organização e ao procedimento" em vez de "direitos à participação na organização e procedimento"[18].

É mister realçar a íntima conexão entre os direitos fundamentais, a organização e o procedimento, de modo que os direitos fundamentais servem de parâmetro para a concepção da organização e do procedimento. De outro lado, convém notar que, em muitos casos, a organização e o procedimento são imprescindíveis para

---

[17] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 223.
[18] *Idem, ibidem,* pp. 225-226.

a defesa dos direitos fundamentais, pois o gozo do direito fundamental pode não ser viável, ou então, perder em eficácia, quando não existe ainda a organização e/ou o procedimento[19].

Em relação aos direitos à organização e ao procedimento, a doutrina tem elaborado críticas quanto à imprecisão técnica de tais termos, não sendo, portanto, tarefa segura a identificação do objeto dos aludidos direitos, que, como se nota, apresentam uma notória diversificação[20].

Da mesma forma que já discutimos em relação ao dever de proteção do Estado, aqui se questiona se o particular tem direito subjetivo público às prestações estatais referentes à criação de estruturas administrativas (organização) e à elaboração de procedimentos. Ou seja, indaga-se se o cidadão tem o direito subjetivo de exigir do Estado a criação ou conformação de determinado órgão público ou, então, o estabelecimento de normas procedimentais que garantam o acesso à justiça, com as devidas garantias processuais-constitucionais.

O tema suscita acirrada controvérsia na doutrina, havendo quem se manifeste pela possibilidade e também outros pela impossibilidade. No entanto, o Tribunal Federal Constitucional Alemão tem declarado a impossibilidade de reconhecimento de direitos subjetivos a prestações jurídicas em face do legislador[21].

Conforme já mencionado, esta questão específica não será objeto de maior reflexão, uma vez que extrapola o objetivo proposto na dissertação.

1.3.1.2 – Direitos Originários e Derivados a Prestações

Os direitos a prestações podem ser classificados também em derivados e originários. Estes últimos decorrem diretamente das normas constitucionais que os prevêem, ou seja, o direito à prestação independe de prévia atuação estatal. Sobre o tema, convém trazer lição de Canotilho, que reconhece a existência dos direitos originários a prestações quando:

---

[19] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 223-224.
[20] *Idem, ibidem*, pp. 224-225.
[21] *Idem, ibidem,* p. 228.

> (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos[22].

Diferentemente, os direitos derivados a prestações não resultam imediatamente do preceito constitucional, sendo necessária uma preambular ação estatal, como, por exemplo, a concretização da norma constitucional por intermédio do legislador ordinário[23].

Quanto à possibilidade da norma constitucional contemplar automaticamente direitos subjetivos a prestações, independentemente da conformação elaborada pelo Poder Legislativo, observa-se que tal ponto será objeto de estudo específico no capítulo terceiro.

1.3.2 – Direitos Positivos e Negativos

A classificação dos direitos fundamentais em positivos e negativos tem sido alvo de críticas por parte da doutrina, sendo que os autores partidários de tal censura defendem, na verdade, que todos os direitos fundamentais teriam o caráter positivo, uma vez que sempre geram algum tipo de custo para o Estado e impõem, ainda que indiretamente, um "agir estatal". Em seguida, veremos com maiores detalhes as críticas erigidas a tal classificação.

O direito de propriedade, por exemplo, exige tanto a atuação negativa do Estado – no sentido de respeito à propriedade privada, ao se abster de restringir tal direito do indivíduo –, como positiva – na forma de prestações a fim de assegurar ao indivíduo o pleno exercício da propriedade. À guisa de ilustração desta vertente positiva, destaca-se que cabe ao Estado o dever de proteger a propriedade privada em face da atuação ilegal de terceiros, por meio do exercício da força policial. Dessa forma, pode-se constatar que o exercício pleno do direito de propriedade também gera custos ao Estado.

---

[22] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 554.
[23] QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais Sociais,* Coimbra: Coimbra, 2006, p. 41.

Neste particular, calha citar o entendimento de Stephen Holmes e Cass Sunstein segundo o qual todos os direitos são positivos. Os autores deixam claro que inclusive os direitos tidos como negativos também geram custos ao Estado, conforme já explicitado acima[24].

Os doutrinadores norte-americanos apresentam um exemplo prático para corroborar suas afirmações. Assim, lembram de um grande incêndio ocorrido em Westhampton, em agosto de 1995, em que o direito de propriedade – que é reconhecido tradicionalmente como um direito de defesa – foi protegido por meio de prestações positivas do Estado (Corpo de Bombeiros) que lograram êxito em apagar o fogo e assegurar a integridade do imóvel[25].

Dentro deste contexto, Flávio Galdino defende que deve ser desconsiderada a classificação dos direitos fundamentais em positivos e negativos, pois entende que todos os direitos fundamentais, em última análise, assumem uma dimensão positiva[26].

Pontes de Miranda, por sua vez, afirma que os direitos de liberdade também exigem uma prestação positiva estatal, pois a garantia de efetividade de tais direitos irá demandar uma tutela jurisdicional[27]. Neste contexto, não é demais lembrar que, para assegurar o manejo eficaz dos *writs* constitucionais, por exemplo, torna-se necessária a alocação específica de recursos para a manutenção e funcionamento do Poder Judiciário[28]. Dessa forma, rompe-se com o tradicional pensamento de que os direitos de liberdade não geram custos ao Estado.

Deve-se concluir, portanto, que os clássicos direitos de defesa também geram elevados custos ao Estado[29], sobretudo se considerarmos, por exemplo, os gastos com a manutenção e funcionamento do Poder Judiciário, das Polícias em geral,

---

[24] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights*: Why Liberty Depends on Taxes. New York: Norton & Co., 1999, pp. 35-48.

[25] *Idem, ibidem*, pp. 13-14.

[26] GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) *Legitimação dos Direitos Humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.182.

[27] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 661.

[28] Segundo estudo realizado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, o custo total da função judiciária no âmbito dos Estados representou a cifra de R$ 9,8 bilhões no ano de 1999, sendo que, no Judiciário Federal, o valor total foi de R$ 6,5 bilhões. (BNDES. Estados: quanto custam as funções legislativas e judiciárias. In: *Informe da Secretaria para Assuntos Fiscais do BNDES*, Brasília, nº 22, 2000, p. 03).

[29] ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Trotta, 2002, pp. 23-24.

do Corpo de Bombeiros e outras instituições. Nesta direção, a autora lusitana Cristina Queiroz afirma que:

> Os clássicos direitos de defesa, desde a liberdade de expressão, o direito de acesso ao direito e aos tribunais, até ao direito de voto, requerem, por parte da esfera pública, não apenas proibições de interferências dos poderes públicos, mas ainda obrigações de prover a numerosas e complexas condições institucionais do respectivo exercício e garantia[30].

Contudo, apesar da pertinente afirmação dos citados autores norte-americanos, não vislumbramos motivo para desconsiderar por completo tal classificação. O que realmente parece ser equivocada é a compreensão de que os direitos de defesa não gerariam dispêndios ao Poder Público.

Embora Ingo Sarlet reconheça a interdependência entre os direitos fundamentais de cunho positivo e negativo, continua, por outro lado, defendendo um dualismo relativo entre os mesmos, considerando a diferença entre o objeto e a função de tais direitos e não a sua relevância econômica. Neste sentido, adverte o autor:

> Mesmo assim, se de fato parece inglória a tentativa de advogar uma dicotomia entre os direitos negativos e positivos (coisa que, aliás, nunca fizemos), calcada estritamente no critério da sua relevância econômica (na verdade, critério da relevância econômica do objeto da prestação), seguimos convictos de que a relação entre os direitos de cunho negativo e positivo pode, a despeito da também por nós reconhecida indivisibilidade dos direitos fundamentais, ser traduzida como revelando uma espécie de dualismo relativo, caracterizado essencialmente por uma diferença de objeto e de função entre as duas importantes distinções, mas jamais por uma lógica da exclusão recíproca e do antagonismo[31].

Logo, consoante o justificado posicionamento do autor, não há razão para se ignorar a classificação dos direitos fundamentais em positivos e negativos, desde que não esteja relacionada com os custos para implementação dos direitos.

---

[30] QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais,* Coimbra: Coimbra, 2006, p. 07.

[31] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 236.

1.4 - Perspectivas Subjetiva e Objetiva dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais podem ser reconhecidos tanto como direitos subjetivos dos indivíduos quanto como elementos objetivos que devem direcionar as ações dos poderes públicos.

Sob a perspectiva subjetiva, os direitos fundamentais outorgam aos indivíduos posições jurídicas exigíveis do Estado, ao passo que, na perspectiva objetiva, os direitos fundamentais representam uma matriz diretiva de todo o ordenamento jurídico, bem como vinculam atuação do Poder Público em todas as esferas. Nesta direção, bem observa Gilmar Ferreira Mendes:

> Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático[32].

Peres-Lunõ destaca, com precisão, que os direitos fundamentais passaram a representar um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos Poderes Públicos, e não somente garantias negativas dos interesses individuais[33].

Na mesma acepção, Ingo Sarlet evoca o importante julgamento do caso *Lüth*, em que o Tribunal Federal Constitucional Alemão, em 1958, reconheceu que os direitos fundamentais não se restringem à condição de direitos subjetivos dos indivíduos frente ao Estado, mas também como decisões valorativas que influenciam todo o ordenamento jurídico e estabelecem diretrizes para a atuação dos Poderes Públicos[34].

Ao se estabelecer que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais se refere às decisões valorativas do Constituinte que vão direcionar o modo de agir de

---

[32] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.* 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 02.

[33] PÉRES-LUÑO, Antonio-Enrique. *Los Derechos Fundamentales.* 6. ed. Madrid: Techos S.A, 1995, pp. 20-21, *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n° 1, 2001, p. 12. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 14 de junho de 2007.

[34] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 167.

toda a comunidade, incluindo os Poderes Públicos, é crível constatar que tal perspectiva objetiva constitui elemento de legitimação das restrições aos direitos fundamentais na sua dimensão subjetiva, haja vista que o implemento de um direito fundamental de um indivíduo poderá afetar direitos e bens jurídicos de toda a sociedade. Com isso, observa-se que o conteúdo e o alcance das normas de direitos fundamentais deverão ser considerados não apenas a partir de uma perspectiva subjetiva do titular do direito, mas também em face dos direitos assegurados a todos os cidadãos[35].

1.5 – Regras e Princípios

Passemos, agora, à análise dos aspectos centrais da teoria dos princípios, os quais serão adotados mais adiante para se enfrentar os problemas alçados à discussão pela presente dissertação.

Conforme ressalta Humberto Ávila, a norma corresponde ao resultado da interpretação do texto legal, não se igualando ao seu enunciado. Com isso, um dispositivo legal pode gerar variadas normas em conseqüência da atividade do exegeta[36]. Complementa o autor, ainda, que o resultado da interpretação do dispositivo legal poderá apresentar tanto uma regra, quanto um princípio, que são espécies de normas[37].

A respeito da natureza das regras e dos princípios, não podemos olvidar dos valiosos ensinamentos de Ronald Dworkin. O autor norte-americano, apesar de sustentar que ambos são modalidades normativas, ressalta, no entanto, a presença de algumas distinções.

Conforme Dworkin, as regras são aplicáveis à maneira do “tudo-ou-nada”, sendo cabível apenas uma perquirição a respeito da validade ou não da regra. No que concerne aos princípios, Dworkin enfatiza que estes não funcionam à base do “tudo-ou-

---

[35] OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 89.
[36] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22.
[37] *Idem*, *ibidem*, p. 26.

nada", uma vez que devem ser aplicados conforme uma dimensão de peso ou importância[38]. Em que pese a diferença acima apontada, o autor deixa claro que tanto as regras quanto os princípios são de aplicação obrigatória e vinculam o juiz[39].

Note-se que o caráter normativo e vinculativo das regras e dos princípios também foi adotado por Robert Alexy[40]. Segundo o autor germânico, há uma diferença de grau e qualidade entre as regras e os princípios. Aquelas só podem ser aplicadas ou afastadas integralmente (tudo ou nada), ao passo que estes são mandados de otimização, ou seja, são normas que devem ser empregadas na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas do caso concreto[41].

Ainda segundo Alexy, algumas regras poderiam deixar de ser aplicadas em determinados casos concretos em decorrência de cláusulas de exceção, sem, contudo, deixar de existir no mundo jurídico. A partir desta compreensão, seria possível, portanto, estabelecer um conflito entre regras e princípios[42].

Para se identificar com clareza a hipótese acima aventada, vejamos o seguinte exemplo: imaginemos um incêndio de grande proporção em uma cidade pequena, onde existe um efetivo reduzido de bombeiros; neste contexto, consideremos, ainda, a regra constitucional prevista no art. 7º, inc. XIII, da Constituição Federal que limita a jornada diária de trabalho a oito horas; nesta situação hipotética, seria plenamente aceitável estender a jornada de trabalho dos bombeiros além do limite previsto na regra constitucional, no intuito de preservar a vida das pessoas daquela diminuta urbe, bem como os respectivos patrimônios[43].

Portanto, tendo em vista o conflito entre a ameaça ao direito à vida daquelas pessoas e o direito à limitação da jornada de trabalho, é evidente que o primeiro deve prevalecer nesta situação específica. Assim, a regra deixará de ser aplicada em face de

---

[38] DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério.* Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 39-43.
[39] *Idem*, *ibidem*, p. 61.
[40] ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 83.
[41] *Apud* AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. Esboços e críticas. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 42, n. 165, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, jan/mar 2005, pp.125-126.
[42] *Idem, ibidem*, pp. 126-127.
[43] OLSEN, Ana Carolina Lopes, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 60.

situação peculiar que imponha a preferência por outro bem ou posição jurídica mais relevante. É importante frisar, todavia, que a regra não perderá sua validade, pois apenas deixará de ter aplicação em determinado caso concreto.

Desse modo, vários autores passaram a ver os direitos fundamentais como regras e princípios e, a partir daí, começa a surgir uma nova escola de direito, denominada como neoconstitucionalismo ou pós-positivista[44].

Na doutrina portuguesa, Canotilho adota as principais idéias concebidas por Alexy no tocante à distinção entre regras e princípios. Canotilho afirma que "os princípios são normas jurídicas impositivas de uma optimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos*".* Quanto às regras, ressalta o autor lusitano que não são admitidos graus de efetividade das mesmas, isto é, ou são cumpridas ou violadas[45].

Ainda sobre o tema, Ana Paula de Barcellos acrescenta outro critério distintivo, o qual tem como parâmetro os efeitos engendrados pelas normas. Assim, segundo a autora, as regras produziriam efeitos determinados, ao passo que os resultados produzidos pelos princípios teriam um maior grau de indeterminação e também uma variedade de meios para atingir sua concretização. Contudo, o grau de indeterminação teria um limite, que seria o núcleo duro do princípio, insuscetível de ponderação[46].

Alexy reconhece, ainda, a possibilidade de colisão entre os princípios, de modo que um deles deverá ceder em favor do outro em face das peculiaridades do caso concreto.

Note-se que a colisão de princípios deriva justamente da estrutura aberta que possuem tais normas, sendo que, por conta de tal natureza, podem transmitir uma considerável variedade de significados[47], que, eventualmente, podem vir a colidir com

---

[44] OLSEN, Ana Carolina Lopes, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, pp. 53-54.

[45] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1035.

[46] BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 51-57.

[47] Cristina Queiroz se refere a uma "complexa polivalência semântica" das normas que consagram direitos fundamentais. (*Direitos Fundamentais Sociais,* Coimbra: Coimbra, 2006, p. 06).

os significados trazidos por outros princípios. Nesta perspectiva, Daniel Sarmento afirma que:

> (...) pela própria estrutura aberta e flexível dos princípios, que não possuem um campo de incidência rigidamente delimitado, torna-se por vezes muito árdua, senão impossível, a tarefa de estabelecer *a priori* as fronteiras dos seus âmbitos normativos com seus congêneres [48].

Portanto, diante de um extenso rol de normas jusfundamentais previstas na Constituição Federal de 1988, torna-se ineludível a colisão de princípios que veiculam direitos fundamentais.

Destarte, considerando a possibilidade de colisão, acolhemos a concepção de que a restrição à efetividade de um princípio só se tornará legítima após a devida ponderação com os princípios ou bens jurídicos colidentes, sendo que a proporcionalidade é que poderá trazer os contornos seguros da respectiva ponderação.

Ressalte-se que a ponderação guarda relação com o princípio de hermenêutica constitucional da concordância prática, que, diante de bens jurídicos em conflito, procura conciliar os mesmos, com o escopo de evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros.

A técnica da ponderação ganhou força no começo do século XX, constituindo, assim, uma resistência à jurisprudência dos conceitos. O método foi desenvolvido a partir de alguns julgamentos proferidos pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, que passou a acolher a idéia de ponderação consagrada pela jurisprudência dos valores[49].

De acordo com Karl Larenz, “a ponderação de bens em cada caso é um método de complementação do direito, que visa a solucionar as colisões de normas”[50].

---

[48] SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 39.

[49] TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. In: _____ (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 421-423.

[50] LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft.* Berlin: Springer Verlag, 1983, p. 397, a*pud* TORRES, Ricardo Lobo. *op. cit*., p. 423.

Neste contexto, Daniel Sarmento deixa assentado que a ponderação de bens equivale a uma "técnica de decisão que, sem perder de vista os aspectos normativos do problema, atribui especial relevância às suas dimensões fáticas"[51].

A respeito da ponderação de valores na jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional Alemão, Gilmar Ferreira Mendes assim leciona:

> Ressalte-se, porém, que o Tribunal não se limita a proceder a uma simplificada ponderação entre princípios conflitantes, atribuindo procedência ao de maior hierarquia ou significado. Até porque, como observado, dificilmente se logra estabelecer uma hierarquia precisa entre direitos individuais e outros valores constitucionalmente contemplados. Ao revés, no juízo de ponderação indispensável entre os valores em conflito, contempla a Corte as circunstâncias peculiares de cada caso. Daí afirmar-se, correntemente, que a solução desses conflitos há de se fazer mediante a utilização do recurso à concordância prática (*praktische Konkordanz*), de modo que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe realidade[52].

Em palestra proferida na Fundação Casa Rui Barbosa, no Rio de Janeiro, Alexy ressaltou que:

> As colisões dos direitos fundamentais (...) devem ser consideradas segundo a teoria dos princípios, como uma colisão de princípios. O processo para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderações são dois lados do mesmo fenômeno. O primeiro refere-se ao aspecto normativo; o outro, ao aspecto metodológico[53].

Entre nós, Raquel Denize Stumm realça o caráter de princípio das normas de direito fundamental e admite a possibilidade de colisão entre os mesmos, pois a proibição prescrita por um princípio pode coincidir com a permissão outorgada por outro. É o caso, por exemplo, da inviolabilidade da honra dos indivíduos e o direito de liberdade de expressão. Revela, ainda, a autora, que a melhor maneira para se resolver uma colisão de princípios deve ser diante do caso concreto, considerando ser a ocasião em que os princípios expõem seus diferentes pesos[54].

---

[51] SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 55.
[52] MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 336.
[53] *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.* 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 26.
[54] STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 77.

Desse modo, após breve exposição do pensamento doutrinário quanto às distinções entre regras e princípios, pode-se notar que o critério positivista de subsunção apresenta algumas deficiências para devida aplicação do direito, sobretudo no que se reporta aos casos concretos, considerando as especificidades que nem sempre o legislador consegue alcançar. Assim, não é crível e nem esperado que o legislador possa antever todas as possibilidades de conflitos entre direitos fundamentais e, a partir daí, elaborar leis para qualquer situação imaginável no campo fático.

Com efeito, há situações fáticas que a lei não regula e que, por outro lado, necessitam de respostas, as quais só poderão ser fornecidas diante do caso concreto, com devido sopesamento dos princípios aplicáveis. Logo, a distinção apresentada entre regras e princípios oferece uma justificativa racional para devida aplicação das normas de direitos fundamentais.

É imperioso enfatizar a importância da distinção entre regras e princípios para o presente trabalho, uma vez que os direitos fundamentais sociais de caráter prestacional se apresentam, em sua grande maioria, na qualidade de princípios.

Portanto, a aplicação das normas de direitos fundamentais sociais aos casos concretos se observa com maior efetividade se emoldurada em uma concepção aberta de regras e princípios, pois a natureza dos princípios permitiria a sua aplicação em diferentes graus, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas da situação posta. Ao revés, se fossem consideradas apenas como regras, com o regime de aplicação do "tudo ou nada", as normas de direito fundamental social decerto ficariam desprovidas de eficácia, haja vista a dificuldade de se conferir uma aplicação absoluta a tais direitos.

Assim, as normas de direitos fundamentais sociais podem albergar tanto princípios como regras (*v.g.*: licença-gestante). Na qualidade de princípios, que representam a grande maioria, são capazes de configurar direitos subjetivos *prima facie,* que, após a devida ponderação com os princípios contrapostos, podem gerar direitos subjetivos definitivos[55]. Neste contexto, frise-se que tais normas não possuem natureza absoluta, mas relativa, porquanto estarão subordinadas à técnica da ponderação diante dos casos concretos.

---

[55] OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 59.

Considerando a ordem constitucional alemã, onde os direitos fundamentais sociais não se encontram positivados no texto constitucional, Alexy enquadra tais direitos como princípios[56]. Nesta perspectiva, Böckeförde também assinala que os direitos fundamentais sociais configuram normas objetivas de princípio (*Grundsatznorme*)[57].

Portanto, na Alemanha, os direitos fundamentais sociais são extraídos do modelo previsto na Lei Fundamental de Bonn, que consagrou o Estado Social e também o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 consagrou expressamente os direitos fundamentais sociais, de modo que, conforme já dito alhures, as normas definidoras dos direitos fundamentais sociais assumem ora a estrutura de regras, ora a de princípios.

Destarte, os direitos fundamentais sociais – quando representam princípios – constituem posições jurídicas subjetivas *prima facie,* que podem se tornar definitivas após um processo de ponderação, onde se promove um balanceamento com os outros princípios contrapostos em face de determinada situação concreta. Nas precisas palavras de Böckenförde:

> As normas de princípio correspondem a mandatos de optimização, que podem ser cumpridos em diferente medida. A medida do respectivo cumprimento depende não só de possibilidades fácticas, mas também jurídicas. Estas normas têm tendência para a optimização, sem que por isso se encontrem sujeitas a um conteúdo determinado. São necessariamente susceptíveis de ponderação[58].

Não podemos olvidar, todavia, que o critério da ponderação é alvo de críticas ácidas provenientes de vários autores de peso. Desta forma, convém, neste momento, apresentar tais censuras erigidas em face de tal método.

---

[56] ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 483.

[57] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Grundrechte als Grundstatznormen. Zur gegenwärtige Lage der Grundrechtsdogmatik. In: _____(ed.). *Staat, Verfassung, Demokratie.* Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 2. ed., Francoforte sobre o Meno, 1992, pp. 159 e ss, *apud* QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais Sociais,* Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 125.

[58] *Idem, ibidem,* pp. 159 e ss, *apud* QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais Sociais,* Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 125-126.

A primeira crítica erigida destaca que a técnica da ponderação conduz a uma fragilidade da norma de direito fundamental, pois sempre se estaria à mercê de uma reserva de ponderação, ou seja, apenas após esse juízo é que seria possível a identificação do direito fundamental a ser protegido[59].

A segunda insurgência diz respeito à possibilidade de o critério da ponderação gerar resultados diversos quando aplicados por diferentes pessoas. Assim, diante de uma mesma situação fática, seria possível que duas pessoas, por exemplo, atingissem resultados bem distantes, até mesmo em sentidos opostos e contraditórios. Com isso, sustentam alguns autores que o método seria inconsistente para enfrentar a colisão de princípios.

A terceira censura dirigida ao critério da ponderação, na verdade, é uma decorrência da segunda, e se refere à extensa margem de discricionariedade conferida aos juízes por tal método. Desse modo, os magistrados teriam a liberdade para eleger os princípios que deveriam ser acolhidos no caso concreto.

As críticas apontadas são relevantes, pois é inegável que tal método de aplicação dos princípios confere aos juízes certa dose de discricionariedade, bem como torna possível a existência de decisões diferenciadas em um mesmo caso, acarretando, conseqüentemente, uma insegurança jurídica.

Contudo, considerando o contexto do sistema jurídico contemporâneo, bem como a necessidade de se apurar as singularidades de cada situação posta, não vislumbramos solução jurídica melhor, como já advertiu Martin Borowski[60].

Ademais, a técnica da ponderação não é aplicada com total liberdade pelo intérprete, uma vez que está sujeita a critérios racionais, de acordo com um juízo de proporcionalidade, o qual iremos analisar mais detidamente no item seguinte.

---

[59] OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 70

[60] BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los Derechos Fundamentales.* Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 57.

1.6 - Princípio da Proporcionalidade

1.6.1 – Considerações Preliminares

O estudo do princípio da proporcionalidade será um importante instrumento jurídico para podermos enfrentar, mais adiante, o problema da reserva do financeiramente possível quando colocado em confronto com a busca pela efetividade dos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional.

Note-se, inicialmente, que o aludido princípio não foi previsto expressamente na Constituição Federal de 1988. Contudo, apesar da ausência de positivação, ele foi acolhido abertamente pela doutrina e pela jurisprudência nacional.

Vale observar, por outro lado, que alguns países, como Portugal e Alemanha, fizeram constar em seus textos constitucionais o postulado da proporcionalidade. Quanto à Constituição Portuguesa, merece destaque o art. 18º, 2, que assim dispõe: "A lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos"[61].

1.6.2 – Proporcionalidade e Razoabilidade

A doutrina tem discutido a respeito da distinção entre os institutos da proporcionalidade e da razoabilidade. Com isso, há autores que compreendem a proporcionalidade como um instrumento da razoabilidade. Por outro lado, há também outros que identificam a razoabilidade como um aspecto da proporcionalidade. Por fim, uma terceira vertente defende a equiparação dos termos[62].

---

[61] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.* 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 49.

[62] SAMPAIO, José Adércio Leite. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. *In*: _____ (Coord.) *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 63.

Apoiando esta última corrente, Luís Roberto Barroso defende que os termos razoabilidade e proporcionalidade podem ser empregados como sinônimos. Consoante observa o constitucionalista carioca:

> De logo é conveniente ressaltar que a doutrina e a jurisprudência, assim na Europa continental como no Brasil, costumam fazer referência, igualmente, ao princípio da proporcionalidade, conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade[63].

Suzana de Toledo Barros também iguala os aludidos conceitos, pois afirma que o princípio da proporcionalidade, de origem alemã, "corresponde a nada mais do que o princípio da razoabilidade dos norte-americanos"[64].

Diferentemente, Luís Virgílio Afonso da Silva defende a distinção entre os princípios, sustentando, ainda, que a regra da proporcionalidade é muito mais complexa e precisa do que o princípio da razoabilidade. Nas palavras do autor:

> A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade[65].

Em acepção oposta, José Adércio Leite Sampaio compreende a razoabilidade num sentido mais amplo do que a proporcionalidade. Segundo o autor, a razoabilidade se refere ao conceito abstrato de "justiça" e "correção" da forma de agir do Poder Público, sendo a proporcionalidade apenas um dos aspectos da razoabilidade[66].

---

[63] BARROSO, Luís Roberto. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 23, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/jun. 1998, p. 69.

[64] BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais.* Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 57.

[65] SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. In: *Revista dos Tribunais*, v. 798, abril 2002, p. 30.

[66] SAMPAIO, José Adércio Leite. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In: _____ (Coord.) *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 64-65.

Diante da divergência acima descrita, filiamo-nos à corrente que concebe o princípio da proporcionalidade como um instrumento da razoabilidade, uma vez que esta apresenta um aspecto mais genérico, consoante bem delineado pelo professor José Adércio Leite Sampaio.

Quanto à origem do princípio da razoabilidade, Luís Virgílio Afonso da Silva defende que estaria num julgamento proferido pela Corte Inglesa, em 1948, a qual decidiu que deveriam ser desacolhidas as medidas consideradas irrazoáveis. Conforme o autor, trata-se da "fórmula Wednesbury", a qual prescreve que "se uma decisão (...) é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a Corte intervir"[67].

Ainda no que tange ao princípio da razoabilidade, devemos fazer menção ao julgamento da Suprema Corte norte-americana proferido no famoso caso *Lochner vs. New York*, em 1905. Neste caso, a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade de lei que limitava a jornada de trabalho dos padeiros em 60 (sessenta) horas semanais, sob o argumento de que a lei violava a liberdade de iniciativa, bem como seria irrazoável. Com a mesma fundamentação, a Corte Constitucional declarou também a inconstitucionalidade de várias outras leis, incluindo a que estabelecia um salário mínimo para as mulheres[68].

Este período ficou conhecido como era *Lochner* e representou uma época de expansão do *judicial review* sobre os atos normativos não razoáveis e arbitrários. A respeito da era *Lochner*, David P. Currie assinalou, em tom de crítica, que a Corte Constitucional se tornou o censor supremo da razoabilidade da ação governamental[69].

Com a posse de Franklin Roosevelt na presidência dos Estados Unidos (1932), o mesmo propôs uma série de leis que tinham como escopo a recuperação da economia, a qual enfrentava sérias dificuldades desde a crise de 1929. No entanto, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de tais leis de cunho econômico.

---

[67] SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. In: *Revista dos Tribunais*, v. 798, abril 2002, p. 29.
[68] *Adkins vs. Children's Hospital,* 261 U.S. 525 (1923).
[69] CURRIE, David P. Lochner Abroad: Substantive Due Process and Equal Protection in the Federal Republic of Germany. In: *The Supreme Court Review*. Chicago: The University of Chicago Press, 1989, p. 336.

A partir daí, instaurou-se uma delicada disputa entre os Poderes Executivo e Judiciário. Assim, em 1936, com a reeleição de Roosevelt, o mesmo propôs um aumento no número de *justices* da Suprema Corte com a finalidade de obter a maioria no colegiado. Este projeto de lei, conhecido como *court-packing plan*, não chegou a ser aprovado pelo Parlamento, mas teve o condão de pressionar a Suprema Corte, a qual modificou substancialmente sua postura ativista e passou a abdicar de realizar um exame sobre a razoabilidade das leis.

Com efeito, no julgamento do caso *West Coast vs. Parrish*, o Tribunal reverteu posicionamento sustentado no caso *Adkins vs. Children's Hospital* e reconheceu a constitucionalidade de lei estadual que previa salário mínimo para as mulheres. Desse modo, o caso *West Coast vs. Parrish* é considerado um marco na superação da era *Lochner*[70].

1.6.3 – Subprincípios da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, apresenta três subprincípios, quais sejam: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.

1.6.3.1 – Princípio da Adequação

De acordo com o princípio da adequação, os meios empregados pelo Estado devem ser aptos a atingir os fins pretendidos pela norma constitucional. Wilson Antônio Steinmetz resume com precisão os objetivos do mencionado princípio: "Trata-se de investigar se a medida é apta, útil, idônea, apropriada para atingir o fim perseguido"[71].

---

[70] BARROSO, Luís Roberto. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 23, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 68.

[71] STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 149.

Desse modo, se o meio escolhido não for capaz de satisfazer o fim almejado pela norma, será prescindível apurar o segundo critério, concernente à necessidade da medida.

1.6.3.2 – Princípio da Necessidade

O princípio da necessidade impõe a apuração quanto à inexistência de outros meios menos gravosos aos direitos fundamentais dos indivíduos e que, além disso, sejam também idôneos para alcançar os fins almejados pela norma fundamental. Cristina Queiroz assinala que, diante de dois meios igualmente adequados, deve ser escolhido "o mais benigno face ao direito fundamental afetado"[72].

No que se refere a este subprincípio, Gilmar Ferreira Mendes elucida:

> Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado. Pieroth e Schlink ressaltam que a prova da necessidade tem maior relevância do que o teste da adequação. Por outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste de adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final[73].

Apenas para melhor compreensão do aludido subprincípio, vejamos um exemplo prático: um cidadão enfermo exige do Estado que este pague os custos de uma cirurgia a ser realizada no exterior, em hospital que é considerado um dos melhores do mundo. Por outro lado, é sabido que a mesma cirurgia é realizada freqüentemente em nosocômio de seu município, com o mesmo sucesso e com os custos bem reduzidos[74]. Dessa forma, verifica-se que o pleito do paciente não atende ao subprincípio da necessidade, pois há outro meio bem menos oneroso de se atender seu direito fundamental à saúde.

---

[72] QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais,* Coimbra: Coimbra, 2006, p. 167.
[73] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.* 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 50.
[74] LIMA, George Marmelstein. *Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.* Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005, p. 188.

1.6.3.3 – Princípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito

E, por último, temos o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual impõe um balanceamento dos bens e direitos em conflito, configurando, desse modo, uma regra de ponderação. De acordo com este subprincípio, quanto mais atingido for um direito fundamental, maior deve ser a importância do princípio contraposto.

Acerca da regra de ponderação, Gilmar Ferreira Mendes faz alusão à lúcida definição trazida por Robert Alexy:

> Para Alexy, a ponderação realiza-se em três planos. No primeiro, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, então se realiza a ponderação em sentido específico e estrito. Alexy enfatiza que o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma "lei de ponderação" segundo a qual, "quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes hão de ser os fundamentos justificadores dessa intervenção[75].

Ainda segundo Gilmar Ferreira Mendes, "a proporcionalidade em sentido estrito assumiria, assim, o papel de um controle de sintonia fina (*Stimmigkeitskontrolle*), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão"[76].

Em síntese, de acordo com o princípio da proporcionalidade, uma restrição a um direito fundamental, para ter validade, deverá ser adequada, necessária e estritamente proporcional. É relevante ressaltar que estes três vértices do princípio da proporcionalidade conservam uma relação de subsidiariedade entre si. Assim, a medida restritiva do direito será submetida inicialmente ao crivo da adequação, para, no momento seguinte, ser avaliada quanto ao critério da necessidade e, por fim, ser examinada em face da proporcionalidade em sentido estrito.

Observe-se que, se o exame da adequação não for atendido, então, não haverá sequer a necessidade de se apurar os demais critérios. Da mesma forma, se o

---

[75] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.* 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 94.
[76] *Idem*, *ibidem*, p. 51.

subprincípio da necessidade não for satisfeito, também será prescindível aferir se a medida é estritamente proporcional. Logo, só haverá proporcionalidade se a medida atender cumulativamente aos três requisitos.

1.6.4 – Duplo Controle de Proporcionalidade

O exame da proporcionalidade deve incidir não apenas em face das restrições impostas pelo preceito normativo em abstrato, mas também diante das decisões do Poder Judiciário ou do Administrador Público quando aplicam a norma ao caso concreto. Daí se falar em duplo controle de proporcionalidade. Por oportuno, cabe citar a análise do professor Gilmar Ferreira Mendes:

> A Corte Constitucional alemã entende que as decisões tomadas pela Administração ou pela Justiça com base na lei aprovada pelo Parlamento submetem-se ao controle de proporcionalidade. Significa dizer que qualquer medida concreta que afete os direitos fundamentais há de mostrar-se compatível com o princípio da proporcionalidade.
>
> Essa solução parece irrepreensível na maioria dos casos, sobretudo naqueles que envolvem normas de conformação extremamente abertas (cláusulas gerais; fórmulas marcadamente abstratas). É que a solução ou fórmula legislativa não contém uma valoração definitiva de todos os aspectos e circunstâncias que compõem cada caso ou hipótese de aplicação[77].

Desse modo, o juiz, diante do caso concreto, também deverá se ater ao princípio da proporcionalidade. Com efeito, ao proferir uma decisão, o magistrado deverá atentar para que sua ordem seja adequada, necessária (não excessiva) e estritamente proporcional, constituindo, assim, o princípio da proporcionalidade, em verdadeiro limitador às decisões judiciais[78]. Esta conclusão será de suma importância quando formos enfrentar a questão concernente à cláusula da reserva do financeiramente possível.

---

[77] MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 326-327.
[78] LIMA, George Marmelstein. *Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.* Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005, p. 189.

1.6.5 – Proibição do Excesso e Proibição da Insuficiência

Inicialmente, vale ressaltar que o princípio da proporcionalidade pode se manifestar tanto sob o aspecto da proibição do excesso quanto sob o da proibição da insuficiência. No presente trabalho, será dado maior ênfase à vertente relacionada à proibição da insuficiência *(untermaβverbot)*.

Quanto à proibição do excesso, o princípio da proporcionalidade revela uma dimensão negativa, pois trata da proteção dos indivíduos em face da intervenção estatal na liberdade, de modo que restariam vedadas ao Estado ações excessivas de restrição à liberdade do indivíduo[79].

No que se reporta à proibição da insuficiência, é necessária uma análise prévia concernente ao dever de proteção do Estado *(Schutzpflitcht)*.

Claus-Wilhelm Canaris, em sua obra "Direitos Fundamentais e Direito Privado", abordou a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e também o papel do Estado dentro deste contexto. Segundo o autor alemão, o Estado deve atuar de modo suficiente no intuito de conferir efetiva proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos em face de agressões de terceiros[80].

Como exemplo desse dever de proteção do Estado, podemos citar a obrigação estatal de criar e aparelhar as polícias ostensivas, que devem proteger a vida e o patrimônio das pessoas contra violações perpetradas por terceiros.

Desse modo, Canaris reconhece no dever de proteção do Estado uma prestação positiva para resguardar os indivíduos contra agressões praticadas por terceiros. A partir disso, desenvolve o autor a idéia de proibição da proteção estatal insuficiente, de modo que a prestação estatal deve ser satisfatória para amparar o direito fundamental suscetível de violação. Portanto, a norma constitucional não admitiria uma proteção estatal que fosse aquém de um nível mínimo aceitável[81].

Logo, o princípio da proibição da insuficiência foi desenvolvido para balizar o dever de proteção do Estado, que, conforme já assinalado, assume uma dimensão de

---

[79] OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 77.
[80] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p. 58.
[81] *Idem ibidem*, pp. 59-60.

natureza prestacional. A partir de tais considerações, revela-se admissível, portanto, que tal vertente do princípio da proporcionalidade também seja aplicável aos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional.

Assim, sob o aspecto da proibição da insuficiência, o princípio da proporcionalidade assume uma feição positiva, pois impõe ao Estado um dever de agir de modo satisfatório ou suficiente. Por conseguinte, o Estado deverá atuar de modo a conferir efetiva proteção aos indivíduos em face de atos de terceiros *(Schutzpflitcht).* Sob outro prisma, mas também em relação à proibição da insuficiência, é possível estender tal raciocínio aos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional, na medida em que o Poder Público também deve agir de modo suficiente para garantir aos indivíduos o mínimo de prestações materiais necessárias para uma existência digna.

Em suma, quando se trata da proteção dos direitos fundamentais de defesa, o princípio da proporcionalidade assume a feição de "proibição do excesso", ao passo que, no caso de direitos fundamentais prestacionais, o aludido princípio desnuda a condição de "proibição de insuficiência"[82].

1.7 - Restrições aos Direitos Fundamentais

Ao se identificar os direitos fundamentais dentro de um modelo normativo de regras e princípios, a conclusão que exsurge é a da inexistência de direitos fundamentais absolutos, ou seja, eles poderão ser limitados em face das impossibilidades jurídicas e fáticas.

Desse modo, ante as possíveis limitações aos direitos fundamentais, a doutrina tem discutido se estas seriam consideradas como restrições autônomas ou, então, apenas uma delimitação do âmbito normativo do direito fundamental. Com isso, a doutrina se divide entre as teorias externa e interna, as quais serão analisadas nos itens abaixo.

---

[82] QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais Sociais,* Coimbra: Coimbra, 2006, p. 09.

1.7.1 - Teoria Interna

Segundo a teoria interna, não seria admissível uma categoria autônoma de restrição a direito fundamental. Acolhe-se, apenas, uma demarcação do conteúdo do direito (limite imanente), mas não com a natureza de restrição. Nesta medida, rejeita-se a existência de duas categorias distintas: uma concernente ao direito fundamental e outra consistente na restrição a este direito.

Gilmar Ferreira Mendes, ao se referir à teoria interna, descreve que "não existem os conceitos de direito individual e de restrição como categorias autônomas, mas sim a idéia de direito individual com determinado conteúdo. A idéia de restrição (*Schranke*) é substituída pela de limite (*Grenze*)"[83].

De acordo com os partidários da teoria interna, o direito fundamental tem um conteúdo jurídico previamente demarcado, de tal sorte que toda posição jurídica que ultrapasse seu âmbito normativo não pode ser considerada como albergada por este direito. Além disso, sendo a restrição algo que abrevia o âmbito de proteção do direito, quando incorporada à norma, não seria considerada como restrição, mas, sim, delimitação do campo normativo do direito[84].

Alexy sustenta que o posicionamento adotado quanto às restrições aos direitos fundamentais está diretamente ligado ao modelo normativo que se acolhe[85]. Dessa forma, na teoria interna, pode-se observar uma vinculação com o modelo normativo das regras ("tudo ou nada"), pois ela estabelece que não há restrições aos direitos fundamentais que possam ser consideradas válidas, na medida em que a pretensão se situa ou dentro do âmbito normativo do direito ou fora dele, não havendo que se falar em grau intermediário.

---

[83] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 25.

[84] OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 119

[85] ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 269.

Destaca-se, ainda, que Vieira de Andrade revelou-se partidário da teoria interna, assumindo, assim, que os direitos fundamentais possuem limites imanentes, os quais seriam demarcados pela própria norma constitucional[86].

1.7.2 - Teoria Externa

Em oposição à teoria interna, a teoria externa estabelece uma clara distinção entre direitos fundamentais e as restrições a estes direitos, reconhecendo, portanto, dois elementos apartados, entre os quais pode existir um vínculo de restrição[87]. Nesta direção, bem observa Gilmar Ferreira Mendes: "Se direito individual e restrição são duas categorias que se deixam distinguir lógica e juridicamente, então existe, a princípio, um direito não limitado, que, com a imposição de restrições, converte-se num direito limitado (*eingeschränktes Recht*)"[88].

Desse modo, segundo a teoria externa, admite-se uma posição jurídica *prima facie,* decorrente da norma de direito fundamental*,* sobre a qual poderá incidir posteriormente uma restrição. A partir da concepção acolhida pela teoria externa, depreende-se, portanto, uma forte ligação com o modelo normativo de regras e princípios. Neste sentido, Gilmar Ferreira Mendes escreve:

> Se se considerar que os direitos individuais consagram posições definitivas (*Regras: Regel*), então é inevitável a aplicação da teoria interna. Ao contrário, se se entender que eles definem apenas posições *prima facie* (*prima facie Positionem*: princípios), então há de se considerar correta a teoria externa.
>
> Para os termos deste trabalho, entendemos que os direitos fundamentais hão de ser concebidos, primordialmente, como princípios[89].

Logo, na esteira de Gilmar Ferreira Mendes, defendemos a adoção da teoria externa das restrições, visto que compatível com o sistema de regras e princípios, o

---

[86] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 285.
[87] ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 268.
[88] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 25.
[89] *Idem*, *ibidem*, pp. 26-27.

qual, conforme já visto, é o mais adequado para aquilatar o alcance das normas de direitos fundamentais.

Além disso, é relevante realçar que a restrição que irá incidir sobre o direito fundamental se justifica exatamente pela necessidade de compatibilização com os direitos e bens de outros indivíduos, daí a se falar em teoria externa, pois a restrição vem de fora do direito fundamental.

Gilmar Ferreira Mendes, ao se manifestar a respeito da teoria externa, assim dispôs: "Essa teoria, chamada de teoria externa (*Aussentheorie*), admite que entre a idéia de direito individual e a idéia de restrição inexiste uma relação necessária. Essa relação seria estabelecida pela necessidade de compatibilização entre os direitos individuais e os bens coletivos"[90].

Neste sentido, Gomes Canotilho e Vital Moreira prelecionam:

> Por conseguinte, a restrição de direitos fundamentais implica necessariamente uma relação de conciliação com outros direitos ou interesses constitucionais e exige necessariamente uma tarefa de ponderação ou de concordância prática dos direitos ou interesses em conflito. Não pode falar-se em restrição de um determinado direito fundamental em abstracto, fora da sua relação com um concreto direito fundamental ou interesse constitucional diverso. (...)
>
> Os direitos fundamentais não nascem já com limites inerentes ou naturais não escritos, fora daqueles que a própria Constituição estabelece ou consente. A restrição é sempre *a posteriori*, face à necessidade de proceder à conciliação com outro direito fundamental ou interesse constitucional suficientemente caracterizado e determinado, cuja satisfação não possa deixar de passar pela restrição de um certo direito fundamental[91].

Seguindo a mesma direção, Konrad Hesse faz alusão à necessidade de coordenação entre as condições de vida asseguradas aos indivíduos pelos direitos fundamentais e outros bens jurídicos essenciais para a coletividade[92].

No que diz respeito à abrangência do conceito de restrição a direitos fundamentais, cabe acentuar que não está adstrita apenas à norma jurídica, pois a restrição pode advir também de um ato concreto ou, inclusive, de uma circustância

---

[90] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 25.

[91] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, pp. 134-135.

[92] HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.* Tradução (da 20ª Edição Alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1998, p. 255.

fática. Portanto, a partir desta concepção ampla de restrição, pode-se visualizar a escassez de recursos financeiros, por exemplo, como uma verdadeira restrição aos direitos fundamentais sociais de caráter prestacional.

Alguns autores, por outro lado, defendem que não há que se falar em restrição quanto aos direitos fundamentais de natureza prestacional. Nesta linha, perfilham Canotilho e Vital Moreira, que sustentam não haver restrição nestes casos, mas, apenas, concretização débil da norma constitucional. Nesta perspectiva, só haverá restrição a direito fundamental quando o Poder Público agir no sentido de limitar o alcance de determinada norma, e não quando somente se omite[93]. Para os doutrinadores portugueses, a restrição aos direitos fundamentais prestacionais estaria jungida à hipótese de ato do Poder Público que venha a suprimir ou reduzir direito social já concretizado[94].

Em acepção divergente, Jorge Reis Novais admite, em algumas situações, a omissão estatal como restrição a direito fundamental. Neste contexto, vale transcrever o conceito amplo de restrição fornecido pelo autor:

> Acção ou omissão estatal que, eliminando, reduzindo, comprimindo ou dificultando as possibilidades de acesso ao bem jusfundamentalmente protegido e a sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental ou enfraquecendo os deveres e obrigações, em sentido lato, que dele resultam para o Estado, afecta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental.
>
> (...)
>
> As restrições também ocorrem, aceitando os pressupostos da definição proposta, nos âmbitos dos direitos sociais e dos direitos de liberdade positivos (direitos a prestações normativas derivados dos deveres de proteção estatal, direitos a organização e procedimento)[95].

A partir do que foi exposto, sustentamos que a restrição ao direito fundamental pode advir tanto da ação estatal, quanto da omissão, exsurgindo daí a conclusão de que o negligenciamento do Poder Público quanto à implementação dos

---

[93] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 133.

[94] Este ponto será melhor desenvolvido no tópico 2.7, quando tratarmos do princípio da proibição do retrocesso social.

[95] NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição.* Coimbra: Coimbra, 2003, p. 247.

direitos fundamentais sociais também deve ser compreendido como restrição e não apenas como um déficit de concretização.

1.8 – Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais

1.8.1 – Considerações Preliminares

A garantia do núcleo essencial surgiu na Alemanha como um mecanismo de amparo aos direitos fundamentais, haja vista que a atividade conformadora de tais direitos, executada pelo legislador, era considerada extremamente restritiva, a ponto do direito fundamental regulado se tornar praticamente inócuo[96].

Ademais, não havia, à época, a possibilidade de controle de constitucionalidade dessas leis conformadoras, o que aumentava ainda mais o caráter frágil dos direitos fundamentais.

Sendo assim, a doutrina alemã buscou elementos teóricos no intuito de conferir maior proteção aos direitos fundamentais e, como resultado, construiu a teoria do núcleo essencial, que tinha como base o reconhecimento de um conteúdo mínimo do direito fundamental o qual não estaria sujeito a qualquer restrição[97].

Posteriormente, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, acabou por positivar a proteção ao núcleo essencial no art. 19, inc. II: "Em nenhum caso pode ser um direito fundamental atingido em seu conteúdo essencial"[98].

Em comentário ao dispositivo acima referido da Constituição germânica, Gilmar Ferreira Mendes sublinha que pode ser configurado como "uma tentativa de fornecer resposta ao poder quase ilimitado do legislador no âmbito dos direitos fundamentais, tal como amplamente reconhecido pela doutrina até o início do século

---

[96] OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 163.

[97] LOPES, Ana Maria D'Ávila. A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 41, n. 164, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, out-dez 2004, p. 13.

[98] *Apud* MARTINS, Leonardo (org.). *Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.* Montevideo: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 960.

passado”[99]. Complementa, ainda, o autor, que a disposição constitucional “pode ser considerada uma reação contra os abusos cometidos pelo nacional-socialismo”[100].

A proteção do núcleo essencial também foi acolhida expressamente por outros ordenamentos constitucionais, como a Constituição Portuguesa de 1976 (art. 18º, III), a Constituição Espanhola (art. 53.1), a Constituição da África do Sul (art. 30.4), a Constituição da Suíça (art. 36), dentre outras.

No Brasil, a Constituição de 1988 não previu expressamente a garantia de proteção ao núcleo essencial, no entanto, é possível inferir do nosso sistema constitucional a referida garantia, pois, conforme salienta Gilmar Ferreira Mendes, “é fácil ver que a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais deriva da supremacia da Constituição e do significado dos direitos fundamentais na estrutura constitucional dos países dotados de Constituições rígidas”[101].

Noutro passo, é importante esclarecer que não há uma necessária identidade entre o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana e o núcleo essencial dos direitos fundamentais, uma vez que, dependendo do direito fundamental em causa, o respectivo núcleo essencial pode representar uma proteção maior do que a dignidade da pessoa humana. Como exemplo, basta analisarmos o direito social previsto no art. 7º, inc. XI, da Constituição Federal, que confere aos trabalhadores o direito de participação nos lucros. Com efeito, nesta hipótese, o núcleo essencial desse direito fundamental não guardará identidade com o princípio da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, no caso do direito à saúde, podemos constatar que o núcleo essencial se confunde com a necessidade de se garantir uma existência digna aos indivíduos.

Quanto à delimitação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, a doutrina se divide entre as teorias absoluta e relativa, cujos elementos serão analisados nos itens seguintes.

---

[99] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.* 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 41.
[100] *Idem*, *ibidem*, p. 42.
[101] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 1. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 35.

1.8.2 - Teoria Absoluta

De acordo com esta teoria, admite-se um núcleo essencial absolutamente intangível, concebido em abstrato e, por isso mesmo, independente das especificidades do caso concreto. Desse modo, o núcleo essencial consistiria em limite absoluto à atividade restritiva do legislador. É o que observa Gilmar Ferreira Mendes:

> Os adeptos da chamada teoria absoluta (*absolute Theorie*) entendem o núcleo essencial dos direitos fundamentais (*Wesensgehalt*) como unidade substancial autônoma (*substantieller Wesenskern*) que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa. Essa concepção adota uma interpretação material segundo a qual existe um espaço interior livre de qualquer intervenção estatal. Em outras palavras, haveria um espaço que seria suscetível de limitação por parte do legislador; outro seria insuscetível de limitação. Neste caso, além da exigência de justificação, imprescindível em qualquer hipótese, ter-se-ia um "limite do limite" para a própria ação legislativa, consistente na identificação de um espaço insuscetível de regulação[102].

Alexy, ao descrever a teoria absoluta, adverte que a mesma concebe a existência de um núcleo intangível do direito fundamental, que seria insuscetível de qualquer atividade restritiva, ainda que esta se revestisse de proporcionalidade[103].

José Carlos Vieira de Andrade, por seu turno, mostra-se partidário da teoria absoluta, uma vez que considera inaceitável que a restrição alcance o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Segundo o autor, "há aí uma proibição absoluta, um limite fixo, um mínimo de valor inatacável"[104].

Em síntese, a teoria absoluta reconhece um núcleo essencial do direito fundamental insuscetível de qualquer medida restritiva, independentemente das peculiaridades que o caso concreto possa fornecer. A partir daí, pode-se inferir uma conexão desta teoria com o sistema absoluto de regras ("tudo-ou-nada"), pois não se admite diferença de grau na aferição do núcleo essencial, sendo este preestabelecido.

---

[102] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 43.
[103] ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 288.
[104] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 305.

1.8.3 - Teoria Relativa

Conforme a teoria relativa, o conteúdo essencial de um direito fundamental é resultado de uma técnica de ponderação de acordo com os postulados da proporcionalidade. Com isso, o núcleo essencial poderá ser mais ou menos elástico a depender das particularidades do caso concreto, pois deverão ser aquilatados os pesos dos princípios ou bens jurídicos em oposição[105].

Juan Carlos Gavara de Cara destaca que, de acordo com a teoria relativa, "o conteúdo essencial não é uma medida preestabelecida e fixa, uma vez que não se trata de um elemento autônomo ou parte dos direitos fundamentais"[106].

Conquanto a teoria admita certa maleabilidade do conteúdo essencial, é importante constatar que o direito fundamental não ficará sem proteção, uma vez que eventual restrição deverá atender aos critérios racionais da proporcionalidade[107].

Assim, os adeptos da teoria relativa se posicionam contra definições abstratas do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, pois defendem que as mesmas podem se revelar incompletas e imprecisas diante das peculiaridades do caso concreto.

Neste contexto, revela-se elucidativa a análise de Gilmar Ferreira Mendes:

> Os sectários da chamada teoria relativa (*relative Theorie*) entendem que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo. O núcleo essencial seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins (*Zweck-Mittel-Prüfung*), com base no princípio da proporcionalidade. O núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação[108].

Canotilho, por sua vez, ao afirmar que os direitos fundamentais são sempre direitos *prima facie*, admite também que, em algumas hipóteses, um direito fundamental possa vir a ser completamente sacrificado tendo em vista o peso do direito fundamental

---

[105] OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 158.

[106] GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos Fundamentales y Desarrolo legislativo.* Madrid: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 1994, p. 331, a*pud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 44.

[107] OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Op. Cit.*, p. 163.

[108] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 43-44.

colidente. Para esclarecer o posicionamento, o autor lusitano apresenta o exemplo do direito à vida do nascituro, que pode, em alguns casos, vir a ser integralmente imolado, como na hipótese de gravidez decorrente de estupro. Nesta situação - a qual também se verifica na legislação penal brasileira -, foi o próprio legislador quem efetuou a ponderação dos valores em conflito[109].

É imperioso ressaltar, portanto, que os direitos fundamentais não se revestem de caráter absoluto, nem mesmo o direito à vida.

Diante da análise das teorias acima descritas, é possível apontar críticas a ambas, conforme será pormenorizado a seguir.

Quanto à teoria absoluta, é importante notar que a identificação em abstrato de um núcleo essencial intangível pode se revelar muito difícil ou até mesmo impossível[110]. Desse modo, o direito fundamental, o qual se pretendia contemplar uma proteção especial, pode vir a ficar sem a garantia de um núcleo duro insuscetível de restrição, pois, consoante afirmado, seria extremamente dificultosa essa identificação fora do caso concreto.

Noutro vértice, ressalte-se que a adoção da teoria relativa pode gerar uma insegurança quanto à delimitação do âmbito de proteção especial do direito fundamental, pois, como já visto, a extensão do conteúdo essencial seria maleável ante as peculiaridades da situação posta[111].

Apesar das críticas erigidas às duas teorias, é fácil perceber que ambas buscam conferir proteção mais efetiva aos direitos fundamentais, na medida em que visam preservá-los em face de medidas restritivas excessivas[112].

Quanto às teorias acima expostas, defendemos que a teoria relativa é a que melhor se adapta ao sistema constitucional contemporâneo, uma vez que se pode inferir uma relação entre a teoria absoluta e o sistema do “tudo ou nada” (regras) e, de outro lado, uma conexão da teoria relativa com o sistema de regras e princípios. Portanto, considerando que o sistema de regras e princípios é o que melhor se verifica

---

[109] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.140.

[110] MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. *La Garantia del Contenido Essencial de los Derechos Fundamentales.* Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997, p. 30.

[111] *Idem, ibidem*, p. 28.

[112] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 44.

para se aquilatar o alcance dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira, tem-se, assim, como conseqüência lógica, que a opção pela teoria relativa do conteúdo essencial será a mais adequada.

2 – DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DE CARÁTER PRESTACIONAL

2.1 – Considerações Gerais

Inicialmente, é mister sublinhar que a noção de Estado Social foi erigida como uma reação aos exageros do Estado Liberal, pois muitos indivíduos não desfrutavam da liberdade assegurada no texto constitucional em virtude de não terem garantido pelo Estado as condições materiais mínimas de sobrevivência. Dentro deste contexto, é pertinente a observação de Konrad Hesse:

> Para os desempregados, a liberdade de profissão é inútil. Liberdade de aprender e livre escolha dos centros de formação ajudam somente àquele que está financeiramente em condição de terminar a formação desejada e ao qual tais centros de formação estão à disposição. A garantia da propriedade somente tem significado real para os proprietários, a liberdade de habitação somente para aqueles que possuem uma habitação. Se essas e outras liberdades devem ser mais do que liberdades sem conteúdo, então elas também pressupõem mais do que uma proibição de intervenções estatais, ou seja, aquele sistema de medidas planificadoras, fomentadoras e conservadoras da política econômica e social, da política cultural e educacional, da política sanitária e familiar, que caracteriza o estado social atual, por exemplo, em prêmios de poupança para construção, subsídio de habitação e familiar por filhos ou de apoio estatal de formação e aperfeiçoamento profissional[113].

Na mesma direção, o art. 22 da Declaração Universal dos Direitos do Homem[114], de 1948, deixa implícita a idéia de que os direitos sociais têm como escopo a promoção do livre desenvolvimento da personalidade humana, por intermédio da ação estatal[115].

---

[113] HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.* Tradução (da 20ª Edição Alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1998, pp. 176-177.

[114] "Todo o homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indipensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade."

[115] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 233.

Dessa forma, o surgimento do Estado Social de Direito, após o Estado Liberal do Direito, revelou uma evolução das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas[116].

Consoante já assinalado, os direitos fundamentais sociais têm como importante função a busca pela efetiva fruição do direito de liberdade dos indivíduos. Por isto, de nada adiantaria a garantia de liberdade se o indivíduo não dispusesse de condições materiais mínimas que assegurassem a sua existência com dignidade.

Desse modo, não basta que o indivíduo tenha liberdade perante o Estado, pois é necessário que lhe seja assegurada liberdade também por intermédio do Estado, com o fornecimento de prestações materiais mínimas que lhe assegurem o exercício do direito de liberdade real. Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes:

> (...) a visão dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa (*Abwehrrecht*) revela-se insuficiente para assegurar a pretensão de eficácia que dimana do texto constitucional. Tal como observado por Krebs, não se cuida apenas de ter liberdade em relação ao Estado (*Freiheit vom*...), mas de desfrutar essa liberdade mediante atuação do Estado (*Freiheit durch*...)[117].

Pode-se afirmar que os direitos fundamentais sociais se apegam à noção de igualdade no sentido material, ao contrário dos direitos de liberdade (primeira dimensão), que pregam a igualdade apenas no sentido formal.

Considerando o objetivo maior dos direitos sociais, que é a efetivação da igualdade material, convém transcrever, neste momento, os valiosos escólios de José Eduardo Faria sobre o tema:

> (...) os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios (...)[118].

---

[116] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 57.

[117] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.* 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 06.

[118] FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: _____ (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça.* São Paulo: Malheiros, 1998, p.105.

Nesta perspectiva, vale recordar, ainda, o art. 13 da Constituição Portuguesa de 1976, que prevê igual dignidade social para todos, revelando, assim, os princípios da igualdade material, não sendo suficiente, portanto, a igualdade formal.

É possível inferir que os direitos de defesa buscam a manutenção de uma determinada posição jurídica, ao passo que os direitos às prestações sociais implicam uma atividade de modificação da situação atual, em busca da igualdade material. Assim, como já afirmou Gilmar Ferreira Mendes, as pretensões a prestações de índole positiva "estão voltadas mais para a conformação do futuro do que para a preservação do *status quo*"[119].

A partir dos elementos acima delineados, podemos identificar os direitos fundamentais sociais de caráter prestacional como aqueles que visam a realização da igualdade no seu sentido material, de modo a propiciar aos indivíduos uma equalização de oportunidades de acesso aos bens da vida, com a conseqüente redução das desigualdades sociais[120].

Jorge Miranda trouxe, ainda, uma importante conceituação aos direitos fundamentais sociais quando os denominou como direitos à libertação da opressão social e da necessidade[121].

Na Constituição Brasileira de 1988 e também na Constituição Portuguesa de 1976 houve uma junção de características do Estado Liberal e do Estado Social, de modo que restasse assegurado o exercício dos direitos de liberdade concomitante com as garantias materiais mínimas necessárias à manutenção da dignidade dos indivíduos. Neste contexto, bem observou Canotilho que a Constituição Portuguesa de 1976 "recolhe daquelas duas concepções as suas principais características, integrando-as num conjunto unitário, numa teoria original, cuja característica principal é a unidade e a tensão dialética entre os tradicionais direitos negativos e os novos direitos positivos"[122].

---

[119] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.* 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 07.

[120] LIMA, George Marmelstein. *Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.* Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005, p. 25.

[121] MIRANDA, Jorge. Os Direitos Fundamentais – Sua Dimensão Individual e Social. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* nº 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez 1992, p. 201.

[122] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 104.

Quanto ao enfoque histórico dos direitos fundamentais sociais, ressalte-se que, apesar de haver previsão nas constituições francesas de 1793 e 1848 e também na Constituição Brasileira de 1824, na verdade, tais direitos apenas se consolidaram de modo especial nas constituições do segundo pós-guerra[123].

Conforme assinalado, alguns direitos a prestações foram consignados – ainda que de forma acanhada – na Constituição Brasileira de 1824. Como exemplo, temos a garantia dos socorros públicos (art. 179, inc. XXXI) e a obrigatoriedade do ensino público gratuito (art. 179, inc. XXXII). Dessa forma, conquanto a fase histórica correspondesse ao Estado Liberal, houve uma preocupação do Constituinte com prestações de índole social[124].

No Brasil, a Constituição de 1934, a qual teve como inspiração as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), introduziu efetivamente uma fase social no constitucionalismo pátrio, inclusive com a positivação de alguns direitos a prestações[125].

Na seara do direito internacional, compete salientar que os direitos sociais prestacionais foram reconhecidos no pacto internacional da ONU sobre direitos econômicos, sociais e culturais de 1966 (PIDESC), sendo imperioso enfatizar que tal pacto foi ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.

Quanto ao direito português, importa sublinhar que a Constituição de 1976 é assaz avançada em matéria de direitos sociais. Nesta perspectiva, é conveniente trazer à lume o estudo organizado pelos israelenses Avi Ben-Bassat e Momi Dahan, que, no intuito de analisar o regramento constitucional dos direitos econômicos, sociais e culturais no direito comparado, examinaram a Constituição de 68 países e, como resultado da pesquisa, elaboraram um *ranking* com o objetivo de apontar quais as constituições foram mais pródigas na positivação dos direitos sociais. Após a pesquisa, Portugal ficou na primeira colocação, seguido imediatamente pelo Brasil. Atrás destes

---

[123] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 57.
[124] *Idem, ibidem*, p. 216.
[125] *Idem*, *ibidem,* p. 216.

países, destacaram-se, em ordem seqüencial, a Polônia, o Paraguai, o Uruguai e a Colômbia[126].

Entretanto, apesar destes países terem consagrado em abundância os direitos sociais em suas constituições, é possível notar, com exceção de Portugal, que, na prática, eles ainda estão muito longe de atingir um patamar mínimo aceitável em políticas públicas que efetivamente concretizem os direitos sociais.

2.2 – Influências do Neoliberalismo e da Globalização na Realização dos Direitos Sociais

Os sopros do pensamento neoliberal, bem como a globalização, acarretaram uma diminuição do Estado, marcada especialmente pela desnacionalização, desestatização, desregulação e redução gradativa da intervenção estatal na economia e na sociedade. Tais efeitos infundiram uma debilidade da soberania interna e externa dos Estados Nacionais e, de outro lado, um fortalecimento dos grandes grupos econômicos multinacionais[127].

Dentro deste contexto globalizado, o Poder Público deixou de ser, portanto, a principal instância deliberativa quanto à adoção de políticas econômicas, visto que o Estado nacional encontra-se dependente das práticas econômicas internacionais[128]. Desse modo, uma crise econômica ocorrida do outro lado mundo, por exemplo, traz conseqüências quase que imediatas no Brasil, sendo necessária a adoção interna de algumas ações de modo a amenizar os seus efeitos deletérios.

Assim, torna-se mais evidente a dificuldade do Estado em assegurar a efetividade dos direitos fundamentais sociais de índole prestacional, visto que estes

---

[126] BEN-BASSAT, Avi; DAHAN, Momi. Social Rights in the Constitution and in Pratice. In: *School of public policy working paper*, n. 05-03, p. 30. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=407260>. Acesso em: 28 de agosto de 2007, *apud* LIMA, George Marmelstein. *Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.* Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005, p. 147.

[127] SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n° 1, 2001, p. 06. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 14 de junho de 2007.

[128] *Idem, ibidem*, pp. 06-07.

geram custos elevados ao erário e, em contrapartida, o Poder Público, como já visto, não tem plena autonomia quanto à definição das políticas econômicas.

Em 1944, foram realizados nos Estados Unidos os acordos de Bretton Woods, os quais fixaram a cartilha básica do pensamento político-econômico neoliberal, calcados, portanto, em três vértices principais, como bem destacou Abili Lázaro Castro de Lima: "1) acabar com a inflação, 2) privatizar e 3) deixar o mercado regular a sociedade, através da redução do papel do Estado, sendo os seus principais protagonistas as grandes corporações internacionais, sobretudo as norte-americanas"[129].

Em período mais recente, os mandamentos defendidos pelo famoso "Consenso de Washington"[130], os quais não se diferenciavam muito dos acordos de Bretton Woods, passaram a constituir o cerne principal das políticas neoliberais aplicadas na América Latina na década de noventa do século passado.

É imperioso destacar que a adoção destas políticas neoliberais em países ainda em desenvolvimento, como o Brasil, acabou por provocar uma crise no Estado Social de Direito, haja vista que o Estado passou a limitar cada vez mais o fornecimento de prestações materiais. Por conseguinte, observou-se um recrudescimento da miséria da população nestes países, bem como da concentração de renda[131].

---

[129] LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização Econômica, Política e Direito.* Análise das mazelas causadas no plano político-jurídico. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002, p. 159.

[130] "Em 1989, o economista John Williamson, do Institute of International Economics de Washington, compilou uma lista das políticas de mercado, que incluíam também disciplina fiscal, reforma tributária, desregulamentação da economia, liberalização das taxas de juros, taxas de câmbio competitivas, revisão das prioridades dos gastos públicos, maior abertura ao investimento estrangeiro e fortalecimento do direito à propriedade. Este conjunto de políticas neoliberais foi denominado de "consenso de Washington". Estas medidas faziam-se necessárias para a América Latina retomar o crescimento e superar a pobreza profundamente arraigada, segundo a maioria dos especialistas nas instituições financeiras internacionais e centros de estudo baseados em Washington." (BALANCO, Paulo; PINTO, Eduardo Costa; MILANI, Ana Maria. A Crise Econômica e a Desarticulação Social na América Latina: o endividamento estrutural, p. 13. Disponível em: <www.geocities.com/tercercoloquio2003/coloquio/balanco-pinto-milani.PDF>. Acesso em: 26 de novembro de 2007).

[131] Segundo o Relatório de Desenvolvimento Humano – RDH de 2006, produzido pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, o Brasil é a 10ª nação mais desigual do ponto de vista social. A lista conta com 126 países e territórios, sendo que apenas a Colômbia, a Bolívia, o Haiti e seis países da África estão em pior situação do que o Brasil. (Fonte: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/pobreza_desigualdade/reportagens/index.php?id01+2390&lay=pde>. Acesso em: 11 de janeiro de 2008.) A mencionada desigualdade na distribuição de renda é aferida principalmente pelo índice de Gini, criado pelo matemático italiano Conrado Gini. Este indicador social varia de 0 a 1, de modo que o coeficiente 0 revelaria que não há desigualdade social no país, ou seja, todos teriam a mesma renda, ao passo que o coeficiente 1

A crise do Estado Social de Direito ou, melhor dizendo, a crise de eficácia dos direitos fundamentais sociais, implica necessariamente um déficit democrático[132]. Com efeito, na medida em que os cidadãos não têm condições materiais mínimas de existência digna, ou seja, não têm as garantias de alimentação adequada, saúde, educação e outros, na verdade, deixam de ter liberdade real para participar ativa e conscientemente do jogo democrático.

Logo, o indivíduo que não recebe as garantias materiais mínimas de existência digna, conseqüentemente, não terá forças para lutar pelos seus direitos. Da mesma forma, o cidadão que não recebeu a devida instrução também não terá condições de participar de modo efetivo e producente no âmbito eleitoral, pois, como é cediço, o cidadão sem educação torna-se facilmente manipulável, com a respectiva vontade eleitoral viciada. Assim, o indivíduo que se encontra em estado de miséria material ou intelectual exerce, dentro do processo democrático, o papel de mero figurante, acarretando, por isso, um brutal estiolamento da democracia.

Tal situação evidencia a fragilidade da democracia em países onde os indivíduos não gozam de benefícios mínimos para garantir a existência com dignidade. Desse modo, a democracia não deve ser apregoada apenas no sentido formal, pois é imprescindível que os cidadãos tenham plenas condições de participar ativa e conscientemente do debate democrático e não apenas como meras marionetes.

Acerca de tal aspecto, mostra-se relevante o comentário elaborado por Lenio Luiz Streck a respeito da obra *"La política del diálogo liberal",* de autoria do notável professor da Universidade de Yale Bruce Ackerman:

> Nesse sentido, apoiado em Ackerman, pergunto: Pode uma eleição ser livre e justa, se uma grande parte do eleitorado carece de instrução necessária para compreender as principais linhas do debate político? Ou se estão passando fome ou trabalhando em condições opressivas durante a maior parte de seu tempo? "Mi respuesta es no", vai dizer Ackerman. (...) Porém, o que interessa aqui, acentua o professor norte-americano, são os princípios básicos: ao habilitar os juízes para insistir em um "piso democrático" na avaliação de

---

expressaria uma desigualdade máxima, onde toda riqueza estivesse concentrada em apenas uma pessoa. Apenas para melhor ilustrar, destaco que o Brasil apresentou o coeficiente 0,580 no RDH de 2006.

[132] SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In: *Revista Diálogo Jurídico, Salvador*, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n° 1, 2001, p. 04. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 14 de junho de 2007.

> medidas de bem-estar e educacionais propostas pelos governantes, não se está advogando a "morte do político", e, sim, por sua reorganização e extensão, que deve abarcar desde um interesse pelo centro de decisões até a proteção da vida política que se experimenta na periferia[133].

É importante frisar, ainda, que a carência dos direitos fundamentais sociais atua como elemento catalisador da crise de outros direitos também fundamentais. Com isso, quando as pessoas não têm condições materiais mínimas de existência digna, restam comprometidos, por conseqüência, o direito à liberdade e o próprio direito à vida[134].

Quanto à limitação do direito de liberdade dos indivíduos em conseqüência da insuficiência de prestações sociais estatais, vale transcrever as lições do Prêmio Nobel de Economia, o indiano Amartya Sen:

> O desenvolvimento requer se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos (...). Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico. Em outros casos, a privação de liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços públicos e assistência social, como, por exemplo, a ausência de programas epidemiológicos, de um sistema bem planejado de assistência médica e educação ou de instituição eficazes para a manutenção da paz e ordem locais. Em outros casos, a violação da liberdade resulta diretamente da negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários e de restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade[135].

Ainda no que se refere às preleções de Amartya Sen, Roberto Wagner Lima Nogueira fez o seguinte comentário:

> Amartya Sen angariou como fruto de seus trabalhos no campo da economia ética, o Prêmio Nobel de Economia de 1998. A verdade é que após os seus estudos, abre-se uma perspectiva para que o desenvolvimento possa ser visto como um processo de expansão de liberdades reais, centrado nas liberdades

---

[133] STRECK. Lenio Luiz. O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 181.

[134] SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n° 1, 2001, p. 08. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 14 de junho de 2007.

[135] SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade.* Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 18.

> humanas, contrastando com uma visão estreita do desenvolvimento que era identificada apenas com as seguintes questões: crescimento do produto nacional bruto, o aumento da renda pessoal, industrialização, avanço tecnológico e modernização social. Para Sen, o indivíduo deve ser visto como agente de transformação e não apenas como destinatário passivo de benefícios públicos[136].

Noutro vértice, constata-se que a crise dos direitos fundamentais sociais gera também uma notória exclusão social, acrescentada da marginalização de vários cidadãos. Tais efeitos provocam indubitavelmente o recrudescimento da violência, de modo que os direitos fundamentais, como a vida, a integridade física, a intimidade e a propriedade, são violados diariamente, conforme noticiam os meios de comunicação[137].

Em acepção oposta aos ditames rígidos do neoliberalismo, alguns autores, embora ainda favoráveis à economia de mercado, passaram a admitir que as medidas estipuladas no "Consenso de Washington" não deveriam ter sido implementadas integralmente nos países ainda em desenvolvimento.

Desse modo, inclusive os economistas mais liberais já amainaram seus discursos contra a intervenção do Estado no campo social, sobretudo no que se reporta aos países ainda em desenvolvimento. Sendo assim, passaram a admitir, com maior amplitude, a destinação de recursos públicos para as áreas da educação, saúde, assistência social e outras afins[138].

Neste contexto, até mesmo John Williamson[139] recuou em seu pensamento inicial quanto ao reducionismo exacerbado do Estado e passou a reconhecer a imprescindibilidade da destinação de recursos públicos para a área social, mormente nos países da América Latina.

---

[136] NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Saúde, Medicamentos, Desenvolvimento social e Princípios Orçamentários. In: *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 542, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/ texto.asp?id=6127>. Acesso em: 28 de agosto de 2007.

[137] SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n° 1, 2001, p. 08. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 14 de junho de 2007.

[138] LIMA, George Marmelstein. *Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.* Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005, p. 37.

[139] Conforme já assinalado alhures, John Williamson compilou as principais políticas de mercado que deveriam ser aplicadas pelos países da América Latina para que estes pudessem retomar o crescimento. Recorde-se, ainda, que o conjunto de tais medidas neoliberais passou a ser conhecido por "Consenso de Washington".

John Williamson e Pedro-Pablo Kuczynski publicaram, em 2004, uma obra com o seguinte título: “Depois do Consenso de Washington: Como Retomar o Crescimento e as Reformas na América Latina”. Neste livro, embora os autores tenham ratificado a validade das medidas propostas pelo “Consenso de Washington”, os mesmos admitiram a reformulação de alguns princípios no intuito de amenizar a elevada concentração de renda nos países da América Latina, visto que a distribuição desigual da riqueza em tais países ainda persiste em caráter proeminente.

Neste contexto, calha citar um trecho do livro acima aludido, em que os autores buscam apontar as razões do malogro econômico dos países da América Latina, não obstante terem trilhado as diretrizes propostas pelo “Consenso de Washington”:

> Uma terceira razão para o desapontamento com o desempenho da região é que o principal objetivo da política de formação era excessivamente estreito. Quer dizer, a política permaneceu focada na aceleração do crescimento, não no crescimento junto com a eqüidade. Persistia uma pequena preocupação com a distribuição de renda ou com o social, apesar do fato de a renda da região ser mais concentrada do que a de qualquer lugar do mundo, excluindo-se alguns poucos países africanos[140].

Nesta perspectiva, o professor da Universidade de Cambridge Ha-Joon Chang, em sua célebre obra “Chutando a Escada”[141], deixa explícito também que as políticas neoliberais aplicadas na última década não promoveram o crescimento econômico e ainda propiciaram um recrudescimento da desigualdade na distribuição da renda. Nas palavras do autor sul-coreano:

> O fato patente é que as “reformas políticas” neoliberais se mostraram incapazes de cumprir a sua grande promessa: o crescimento econômico. Quando da sua implementação, garantiram-nos que, embora essas “reformas” talvez aumentassem a desigualdade a curto e, possivelmente, também a longo prazo, elas gerariam um crescimento mais rápido e, enfim, alçariam a todos mais efetivamente do que as políticas intervencionistas do imediato pós-guerra. Os dados das últimas duas décadas mostram que só a parte negativa dessa previsão se confirmou. A desigualdade da renda aumentou tal como se previu, mas a prometida aceleração do crescimento não se verificou. Aliás, em

[140] KUCZYNSKI, Pedro-Pablo; WILLIAMSON, John. *Depois do Consenso de Washington* – Retomando o crescimento e a reforma na América Latina. Tradução de Célio Knipel Moreira e Cid Knipel Moreira. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 06.

[141] O curioso título proposto à obra é uma referência à postura dos países desenvolvidos que tentam “chutar a escada” pela qual atingiram o topo. Assim, o autor faz alusão à posição destas nações que procuram impedir que os países ainda em desenvolvimento acolham as políticas e instituições que os mesmos utilizaram para atingir um grau de desenvolvimento.

> comparação com o período de 1960-1980, no qual predominaram as políticas "ruins", o crescimento se desacelerou acentuadamente nas últimas duas décadas, sobretudo nos países em desenvolvimento[142].

Em momento histórico diverso, John Maynard Keynes – um dos mais influentes economistas do século XX – sustentou que o Poder Público deveria implementar programas sociais em prol dos indivíduos, de modo a assegurar o poder de compra destes e, conseqüentemente, movimentar a economia. Desse modo, Keynes tinha como objetivo garantir mais equilíbrio às economias capitalistas, buscando, assim, evitar grandes crises, como a que ocorreu nos Estados Unidos após o *crash* da Bolsa de Valores de Nova Iorque, em 1929[143].

A respeito da referida crise econômica nos Estados Unidos, Todd G. Buchholz assinalou que, no período de 1929 a 1933, "a mão invisível do livre mercado deu um tapa no rosto da prosperidade". Com isso, descreve o autor norte-americano a grande depressão econômica pela qual passou os Estados Unidos, com incremento significativo da taxa de desemprego, diminuição drástica da renda nacional, bem como outros efeitos deletérios incidentes sobre a economia nacional[144].

Assim, na esteira dos autores citados, podemos concluir que a adoção das políticas neoliberais não proporcionou crescimento econômico para os países da América Latina. Além disso, pôde-se notar que houve um incremento da desigualdade social, gerando, portanto, um estado de miséria para boa parte da população. A partir disso, defendemos que o Estado deve intervir na política econômica, ao menos para propiciar o mínimo de qualidade de vida para os cidadãos, com a execução de políticas sociais que garantam a efetividade dos direitos à saúde, à educação, à assistência social e à moradia.

Por outro lado, é mister salientar que a globalização também trouxe bons ventos aos direitos fundamentais, na medida em que permitiu conferir um caráter de universalidade aos mesmos. Ademais, a globalização incrementou de forma extraordinária os meios de comunicação, facilitando o acesso às informações, bem

---

[142] CHANG, HA-JOON. *Chutando a Escada*. Tradução de Luiz Antônio Oliveira Araújo. São Paulo: Editora UNESP, 2003, p. 212.

[143] LIMA, George Marmelstein. *Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.* Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005, p. 35.

[144] BUCHHOLZ, Todd G. *Novas Idéias de Economistas Mortos*. Tradução de Luiz Guilherme B. Chaves e Regina Bhering. Rio de Janeiro-São Paulo: Editora Record, 2000, p. 247.

como a divulgação da defesa dos direitos humanos em escala mundial e de forma rápida. Com isso, os vilipêndios aos direitos humanos ocorridos recentemente em Mianmar (antiga Birmânia) puderam ser divulgados para o mundo inteiro praticamente no mesmo dia, suscitando, nos países democráticos, uma espécie de indignação, que resultou em pressões internacionais sobre o governo ditatorial do referido país asiático. Neste aspecto, é importante destacar o lado positivo da globalização para os direitos humanos[145].

2.3 – Dirigismo Constitucional

Em momento pretérito, Canotilho defendeu a idéia de uma Constituição Dirigente, de modo que as normas constitucionais estabeleceriam as diretrizes da forma de agir do Poder Público, bem como dos particulares. Vale dizer que a noção de Constituição Dirigente conferiu às normas constitucionais uma eficácia vinculante em face da atuação do Poder Público, seja pelo Poder Executivo, na execução das políticas públicas, seja pelo Poder Legislativo, na elaboração das leis. Assim, o conceito de Constituição Dirigente rompeu com a idéia de constituição meramente programática, sem qualquer efeito vinculante.

Como é cediço, Canotilho reformulou substancialmente seu posicionamento, chegando a afirmar que a Constituição Dirigente estaria morta. Nas palavras do autor lusitano:

> Em jeito de conclusão, dir-se-ia que a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de abertura do direito constitucional ao direito internacional e aos direitos supranacionais[146].

Canotilho asseverou, ainda, que o constitucionalismo deveria deixar seu "autismo nacionalista e patriótico" para se adaptar aos "esquemas regulativos das

---

[145] SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988.* In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n° 1, 2001, p. 39. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 14 de junho de 2007.

[146] CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador.* Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. XXIX.

novas ‘associações abertas de estados nacionais abertos’”[147]. Diante disso, a Constituição deixaria de ser dirigente e capaz de provocar modificações no campo do Direito e na própria sociedade para se tornar uma disciplina dirigida pelas influências da comunidade internacional[148].

Desse modo, Canotilho passou a adotar um dirigismo constitucional mitigado, de tal sorte que a Constituição não poderia definir políticas públicas e impor a sua execução pelo Estado, mas teria apenas o condão de estabelecer fins e objetivos. Neste contexto, ao mencionar que a Constituição não poderia fixar políticas públicas, o autor deixou claro que o Estado não deveria ficar aprisionado ao cumprimento de medidas previstas no texto constitucional, sob pena de não atingir as metas previstas em acordos internacionais.

Segundo Canotilho, a Constituição deveria se limitar às “exigências constitucionais mínimas (*constitucional essential*, nas palavras de Rawls), ou seja, o complexo de direitos e liberdades definidoras das cidadanias, pessoal, política e econômica e intocáveis pelas maiorias parlamentares”[149].

É válido advertir, por outro lado, que a nova concepção de Constituição, elaborada por Canotilho, deve ser analisada em face do momento sociopolítico atual por que passa Portugal, que é bem distinto da época em que foi promulgada a Constituição de 1976. Dessa forma, deve ser levada em consideração a integração de Portugal à União Européia, o que torna necessária a submissão do Estado Português a algumas regras de direito supranacional[150].

Lenio Streck, por seu turno, aponta que o dirigismo constitucional conserva-se relevante em países como o Brasil, haja vista que ainda não logrou atingir um patamar mínimo aceitável no tocante à estabilidade social. De acordo com o autor, ainda na esteira de Canotilho, a Constituição procurou gerar uma idéia de estabilidade social alicerçada no combate a três violências: a) a violência à segurança e à liberdade; b) a violência decorrente da desigualdade política; e c) a violência derivada da pobreza.

---

[147] CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador.* Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, pp. XI-XII.

[148] OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 266.

[149] CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Op. Cit.*, p. XXI.

[150] OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Op. Cit.*, p. 268.

Quanto aos países que ainda não se vêem comprometidos no combate a estas violências – como é o caso do Brasil – admite o autor a força dirigente da Constituição na formulação e execução das políticas públicas[151].

Portanto, a nova concepção de Constituição formulada por Canotilho não deve ser aplicada ao caso brasileiro, haja vista as nítidas diferenças de ordem sociopolítico-econômica entre Brasil e Portugal.

Ao sopesar as diferenças dos dois países, Lenio Streck procurou formular uma teoria que adaptasse a idéia inicial da Constituição Dirigente (ou seja, a Constituição como matriz diretiva da atuação dos poderes públicos) ao contexto sóciopolítico-econômico de países que não conseguiram implementar as promessas da modernidade, como o Brasil. A partir daí, o autor gaúcho desenvolveu a Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia[152].

Nesta perspectiva, ressalte-se que Ingo Sarlet[153] e Gilberto Bercovici[154] também admitem que o constitucionalismo dirigente ainda desempenha um papel relevante no caso de países como o Brasil.

Considerando que o dirigismo constitucional ainda está presente no direito pátrio, pode-se inferir que os direitos fundamentais sociais, os quais se apresentam em sua maioria na qualidade de princípios, constituem fortes diretrizes para elaboração das políticas públicas.

Ademais, conforme já assinalado alhures, estes direitos estão longe de alcançar um patamar aceitável de efetividade no Brasil, sendo, portanto, incabível a nova teoria constitucional desenvolvida por Canotilho, no sentido da desvinculação dos Poderes Públicos das diretrizes constitucionais que impõe a realização dos direitos sociais. Sobre este aspecto, assim se manifestou Lenio Streck:

> Sem a garantia da possibilidade do resgate desses direitos, através de mecanismos de justiça constitucional, como proteger o cidadão, o grupo, a

---

[151] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hemernêutica.* Uma nova crítica do Direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp. 131-132.
[152] *Idem, ibidem*, pp. 122 e ss.
[153] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 380.
[154] BERCOVICI, Gilberto. A Problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 142, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, abr/jun 1999, pp. 35 e ss.

> sociedade, das maiorias eventuais que teimam em descumprir o texto constitucional?
>
> É por isso que a noção de Constituição programático-dirigente compromissária, adaptada ao que denomino de Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT), ainda assume relevância como um contraponto a essa tempestade globalizante/neoliberal. (...) Estou convicto de que ainda é possível sustentar que um texto constitucional que aponta em direção da correção de tais anomalias não pode ficar relegado a um plano secundário, mesmo em face das novas feições que assume a economia mundial em face do fenômeno da globalização[155].

Conforme descrito acima, alguns autores nacionais ainda sustentam as idéias iniciais concebidas por Canotilho, pois admitem que a Constituição de 1988, diferentemente da Constituição Portuguesa de 1976, ainda se revela como expressão de um Estado Democrático e Social de direito. Desse modo, reconhecem o caráter vinculante e dirigente das normas constitucionais, inclusive daquelas que tratam dos direitos sociais[156].

Sendo assim, diante da concepção dirigente da Constituição Brasileira, é imperioso concluir que esta pode fixar prioridades a serem implementadas pelo Estado. Nesta direção, bem ressalta Clèmerson Mèrlin Clève:

> (...) o Estado é uma realidade instrumental. É uma máquina concebida pelo constituinte para buscar a plena efetividade, a plena concretização dos princípios, dos objetivos e dos direitos fundamentais. É para isto que se presta o Estado, é para isso que o Legislativo legisla, é para isso que o Ministério Público atua, é para isso que o Judiciário judica, é para isso que o Executivo administra. Todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando (...)[157].

Dentre as prioridades consagradas pelo texto constitucional, destacam-se os direitos fundamentais sociais prestacionais (saúde, educação, assistência social e moradia), os quais obrigam o Poder Público a alocar recursos necessários com o fim de atendê-los.

---

[155] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hemernêutica.* Uma nova crítica do Direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 143.

[156] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 380.

[157] CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Controle da Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 388.

Segundo Gustavo Zagrebelsky, a imposição das diretrizes previstas no texto constitucional revela uma nova formatação de Estado. De acordo com o autor, o Estado de Direito clássico, que é caracterizado pelo princípio da legalidade, pela separação dos poderes e pela representatividade eleitoral, evoluiu para o Estado Constitucional, o qual se volta para o conteúdo do direito e cujas práticas devem estar pautadas pela concretização dos fins materiais previstos na norma constitucional[158].

Conquanto a Constituição possa fixar diretrizes para a formulação das políticas públicas, não tem a força, no entanto, de restringir em termos absolutos a discricionariedade administrativa. Com isso, a Constituição previu os fins a serem alcançados pelo Estado, mas não explicitou quais seriam os meios a serem empregados para atingi-los. Desse modo, o Poder Público tem discricionariedade para escolher os meios adequados. Frise-se, no entanto, que o meio escolhido pelo Poder Público deverá ser apto a atingir o fim descrito na norma constitucional.

2.4 – Direitos Fundamentais Sociais na Constituição Federal de 1988

A maior parte dos direitos fundamentais sociais está relacionada no catálogo do artigo 6º da CF, que assim os prevê: “São direitos 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”.

A Constituição Brasileira de 1988 previu, ainda, algumas medidas práticas no intuito de conferir maior eficácia aos direitos sociais. Destacam-se as seguintes: a) criação do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (EC nº 31/2000); b) previsão de percentuais mínimos a serem alocados nos setores da saúde e da educação (art. 198, § 2º e art. 212); c) possibilidade de intervenção federal na hipótese de descumprimento dos aludidos percentuais (art. 34, VII, alínea “e” e art. 35, III); d) possibilidade de destinação das receitas dos impostos para as áreas da saúde e da

[158] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Ductil*: Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999, pp. 21-27; 33-34.

educação (art. 167, IV); e) previsão expressa da gratuidade do ensino básico como direito público subjetivo (art. 208, § 1º)[159].

Ademais, o texto constitucional está em harmonia com os tratados internacionais sobre direitos econômicos, sociais e culturais com os quais o Brasil se comprometeu.

Logo, o Brasil apresenta uma das mais avançadas constituições no que se reporta à disciplina dos direitos sociais. Além disso, é relevante destacar que o Brasil se situa entre as dez maiores economias do mundo, com um Produto Interno Bruto - PIB anual superior a U$ 1 trilhão.

No entanto, a despeito de tais elementos favoráveis, o Brasil não apresenta Índice de Desenvolvimento Humano – IDH[160] compatível com a riqueza produzida[161].

Assim, percebe-se um quadro paradoxal, pois o Brasil, embora tenha economia forte e também uma constituição pródiga em direitos sociais, apresenta, por outro lado, um IDH que revela as mazelas sociais[162].

Em relação à abundante positivação dos direitos sociais na Constituição Federal de 1988, alguns autores apontam críticas, sobretudo no que se refere ao evidente descompasso com a realidade socioeconômica brasileira. Segundo tal entendimento, a norma constitucional não deveria prever a realização de algo impossível no campo fático, pois, nesse caso, o texto constitucional se tornaria ineficaz, fazendo com que a Constituição se apresente como uma mera “folha de papel"[163].

É certo que a Constituição deve levar em conta os dados da realidade para que não imponha ao Estado a realização de algo impossível. Contudo, o texto constitucional não pode ficar aprisionado a estes dados fáticos, pois tem como missão

---

[159] LIMA, George Marmelstein. *Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.* Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005, pp. 40-41.

[160] O referido indicador avalia alguns aspectos sociais, como a situação da pobreza no país, o analfabetismo, a mortalidade infantil, a expectativa de vida, a concentração de renda e outros afins.

[161] No último *ranking* elaborado pela ONU, o Brasil ocupava a 70ª posição. (Fonte: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento Humano – PNUD. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/arquivos/release_idh.pdf>. Acesso em: 11 de janeiro de 2008).

[162] TAMER, Sérgio Victor. *Atos Políticos e Direitos Sociais nas Democracias*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 2005, p. 191.

[163] Expressão utilizada por Ferdinand Lassale. *Que é uma Constituição?* Trad. Leandro Farina. Campinas: Editora Minelli, 2003, p. 35.

justamente transformar essa realidade em prol do bem-estar dos indivíduos. Quanto a este ponto, mostra-se elucidativa a explicação de Konrad Hesse:

> A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e ao mesmo tempo determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sociopolíticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferençadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas[164].

A respeito da utopia do texto constitucional, Lênio Streck, balizado nos ensinamentos de Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, apresenta uma posição otimista:

> Calha, aqui, a lição de Luzia Marques da Silva Cabral Pinto: "E a quem disser que a Constituição assim cai na utopia sempre se poderá replicar com P. Lucas Verdú que 'todas as realidades de hoje foram utopias de ontem'. A 'Constituição justa' pode ser utópica, mas como muito bem observa Muguerza, quando uma utopia admite uma remota possibilidade de realização, o seu defeito não é ser uma utopia, mas precisamente o facto de não deixar de o ser. (...)"[165].

Afonso Arinos, por outro lado, deixou consignado o seu pessimismo quando da promulgação da Constituição Federal de 1988:

> É importante insistir neste ponto. A garantia dos direitos individuais é cada vez mais eficaz e operativa nas Constituições contemporâneas, mas a garantia dos direitos coletivos e sociais, fortemente capitulada nos textos, sobretudo nos países em desenvolvimento e, particularmente nas condições do Brasil, torna-se extremamente duvidosa – para usarmos uma expressão branda – quaisquer que sejam as afirmações gráficas existentes nos documentos, como este que estamos, hoje, comemorando. Afirmar o contrário é ingenuidade, ilusão, ou falta de sinceridade, quem sabe, de coragem. Direito individual assegurado, direito social sem garantia – eis a situação[166].

---

[164] HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 15.

[165] STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.), *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 182.

[166] *Apud* BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 6. ed. Brasília: OAB Editora, 2004, p. 475.

A grande e triste verdade é que os direitos sociais no Brasil nunca foram encarados como verdadeiros direitos dos cidadãos.

2.5 – A Fundamentalidade dos Direitos Sociais

O presente tópico se mostra essencial para o desenvolvimento da dissertação, pois, para se discutir a eficácia dos direitos sociais prestacionais, é imprescindível uma investigação preliminar sobre a qualificação ou não destes direitos como verdadeiros direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 consagrou explicitamente os direitos sociais como direitos fundamentais, reconhecendo-lhes um capítulo próprio, inserido dentro do título "dos direitos e garantias fundamentais". De fato, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma inovação de relevo, uma vez que, desde a Constituição de 1934, os direitos sociais eram enquadrados no título referente à ordem econômica e social[167].

Além de o constituinte ter positivado os direitos sociais como direitos fundamentais (fundamentalidade formal), pode-se inferir, ainda, que a fundamentalidade de tais direitos decorre também de sua relação com os valores e objetivos consagrados no texto constitucional (art. 1° e 3°), com especial referência à dignidade da pessoa humana (fundamentalidade material)[168].

Na doutrina, tem predominado o entendimento de que os direitos sociais são normas fundamentais. Entre nós, podemos citar alguns autores que apóiam tal afirmação, como Ingo Wolfgang Sarlet[169], Luís Roberto Barroso[170] e José Afonso da Silva[171].

---

[167] SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n° 1, 2001, p. 17. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 14 de junho de 2007.

[168] O tópico referente à fundamentalidade material dos direitos já foi desenvolvido no item 1.3 da dissertação.

[169] SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 17.

[170] BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas.* Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 99.

[171] SILVA, José Afonso da. Garantias Econômicas, Políticas e Jurídicas da Eficácia dos Direitos Sociais. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=207>. Acesso em: 04 de janeiro de 2008.

No que concerne ao direito constitucional lusitano, é imperioso notar que Jorge Miranda[172], Canotilho e Vital Moreira[173] também reconhecem os direitos sociais como autênticos direitos fundamentais[174].

Assim, na esteira da doutrina supracitada, defendemos que os direitos sociais são legítimos direitos fundamentais, tanto em sentido formal quanto em sentido material.

Ricardo Lobo Torres, por sua vez, adota posicionamento mais restritivo, pois rejeita a natureza de direito fundamental aos direitos sociais que exorbitam o conteúdo do mínimo existencial[175].

Não concordamos com a concepção acima aludida, uma vez que a fundamentalidade material do direito social não está adstrita à noção de mínimo existencial, visto que o constituinte buscou proteger a dignidade da pessoa humana como um todo, e não, apenas, em sua vertente minimalista. Neste sentido, bem observou Clèmerson Merlin Clève:

> Os direitos sociais não têm a finalidade de dar ao brasileiro, apenas, o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficacial progressivamente mais vasto, dependendo isso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país. Aponta, a Constituição, portanto, para a idéia de máximo, mas de máximo possível (o problema da possibilidade)[176].

Logo, a partir dos argumentos acima alinhavados, sustentamos que os direitos sociais revelam normas constitucionais fundamentais e, por conseguinte, atraem para si a incidência do art. 5º, § 1º do texto constitucional, o qual dispõe sobre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

---

[172] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1993, pp. 93-94.

[173] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 127.

[174] Note-se que a posição dos autores portugueses tem um peso ainda maior neste contexto, visto que reconheceram a fundamentalidade dos direitos sociais a despeito da Constituição de 1976 não ter atribuído a estes direitos a mesma carga eficacial dos direitos de defesa.

[175] TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: _____ (org.) *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 243 e ss.

[176] CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 54, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar 2006, p. 38.

2.6 - Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial

2.6.1 – Considerações Preliminares

O princípio da dignidade da pessoa humana e a noção de mínimo existencial são temas que se inter-relacionam, razão pela qual serão estudados no mesmo tópico.

Cumpre acentuar, inicialmente, que a dignidade da pessoa humana foi apontada, pelo Constituinte de 1988, como um dos fundamentos da nossa ordem constitucional (art. 1°, inc. III, da CF). Além disso, foi alçada como uma das principais finalidades da ordem econômica (art. 170, *caput,* da CF).

No caso da ordem constitucional alemã, verifica-se que tal postulado também foi reconhecido como princípio fundamental (art. 1°, inc. I, da Lei Fundamental de Bonn). Desse modo, considerando que a Constituição alemã não previu expressamente direitos fundamentais de índole social, o aludido princípio torna-se até mais relevante, na medida em que constitui fundamento constitucional para que o Estado forneça prestações materiais que garantam a existência digna dos indivíduos.

A respeito da importância do princípio da dignidade da pessoa humana no cenário constitucional alemão, vale transcrever manifestação do Juiz do Tribunal Federal Constitucional, Udo Steiner:

> Ponto de referência inviolável é sem dúvida a garantia da dignidade humana do parágrafo 1º do artigo 1º da constituição alemã, que pode ser designada uma espécie de "razão de estado" da República Federal da Alemanha, da qual o tribunal constitucional federal deriva a obrigação do estado de assegurar o mínimo necessário para que cada um possa viver[177].

Nesta perspectiva, é relevante frisar que o referido princípio serve como justificativa primária aos direitos fundamentais sociais a prestações, como, por exemplo, os direitos à saúde, à assistência social, à previdência social, à moradia, ao salário mínimo e à educação. Destaca-se, assim, "o valor da pessoa humana, como ser social,

---

[177] Palestra proferida na sede da Escola da Magistratura Federal da 1ª Região (Brasília) em 08 de março de 2007.

como valor-fonte de todos os valores"[178]. Diante disso, é fácil perceber que os direitos acima relacionados visam, na verdade, conferir aos cidadãos uma existência digna.

Noutro passo, calha salientar que a busca pela dignidade não deve se limitar apenas à garantia da mera sobrevivência física das pessoas, mas, além disso, é preciso oportunizar aos indivíduos a livre fruição dos direitos fundamentais básicos consagrados pela ordem constitucional, como, por exemplo, o direito à educação[179]. Esse exemplo, aliás, ilustra adequadamente a assertiva anterior, uma vez que o direito à educação não é pressuposto à sobrevivência dos indivíduos, porém, de outro lado, assegura a existência dos indivíduos com dignidade, pois, sem um nível educacional mínimo, o cidadão torna-se uma espécie de fantoche no cenário social contemporâneo, sem capacidade de se autodeterminar e de gozar plenamente sua liberdade real.

Nesta direção, os autores Faranaaz Veriava e Fons Coomans enfatizaram que o acesso à educação permite o gozo efetivo das liberdades constitucionais, bem como de vários outros direitos (*v.g*: direito ao voto e direito à informação)[180].

A partir destas considerações preliminares, pode-se inferir que o princípio da dignidade da pessoa humana assume uma importante função demarcatória, na medida em que se revela como parâmetro para aquilatar um padrão mínimo em direitos sociais a ser reconhecido pelo Estado[181].

Com isso, exsurge a noção de mínimo existencial como a garantia de fornecimento estatal de prestações materiais mínimas aptas a assegurar aos indivíduos uma existência digna. Neste sentido, destaca Ana Paula de Barcellos que o mínimo

---

[178] GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e a Flexibilização da Legislação Trabalhista. In *Revista de Direito Constitucional e Internacional.* Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 11, nº 44. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/set 2003, p. 96.

[179] ANDRADE, José Carlos Vieira de. O direito ao mínimo de existência condigna como direito fundamental a prestações estaduais positivas – Uma decisão singular do Tribunal Constitucional. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 509/02. In: *Jurisprudência Constitucional,* 1 (2004), p. 29, a*pud* QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais Sociais,* Coimbra: Coimbra, 2006, p. 114.

[180] VERIAVA, Faranaaz; COOMANS, Fons. The Right to Education. In: BRAND, Danie; HEYNS, Christof (org.). *Socio-Economic Rights in South Africa*. Pretoria: Pretoria University Law Press, 2005, p. 57.

[181] SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n° 1, 2001, p. 36. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso: em 14 de junho de 2007.

existencial “consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade”[182].

A concepção do mínimo existencial foi muito propalada na Alemanha, sobretudo após a II Guerra Mundial. Sobre o tema, Andreas J. Krell sublinhou que quase todos os doutrinadores alemães admitem que o Estado Social deve assegurar aos indivíduos uma existência digna (mínimo social). Segundo o autor, a justificativa deste mínimo existencial foi extraída do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos à vida e à integridade física. Desse modo, a Corte Constitucional Alemã tem reconhecido a obrigação estatal de garantir aos cidadãos um “mínimo vital”[183].

Destaca-se, ainda, que, na doutrina pátria, o mínimo existencial tem sido freqüentemente referido como o “núcleo essencial” dos direitos fundamentais sociais[184]. Todavia, é necessário advertir que o direito fundamental social nem sempre terá no seu núcleo essencial um conteúdo idêntico ao mínimo existencial. No caso do direito à saúde (*v.g.*), a equivalência entre núcleo essencial e mínimo existencial parece bem nítida. No entanto, a mesma correspondência não ocorre se analisarmos o direito fundamental à participação nos lucros do empregador. Portanto, constata-se que o núcleo essencial do direito fundamental social e o mínimo existencial são categorias diversas, mas que podem, em determinadas hipóteses, ter características similares.

2.6.2 – Tentativa de Delimitação do Conteúdo do Mínimo Existencial

O presente tópico revela algumas dificuldades complexas, de modo que será imprescindível uma análise percuciente dos posicionamentos doutrinários quanto ao tema.

De acordo com Andreas J. Krell, “o referido ‘padrão mínimo social’ para sobrevivência incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso a

---

[182] BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 305.

[183] KRELL, Andréas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: o*s (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002, pp. 60-61.

[184] As teorias alusivas ao núcleo essencial dos direitos fundamentais já foram objeto de reflexão nos tópicos 1.8.2 e 1.8.3.

uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e a garantia de uma moradia (...)"[185]. O autor aponta, ainda, que o conteúdo concreto desse mínimo social dependerá da situação de cada país[186].

Ana Paula de Barcellos, por sua vez, compreende a noção de mínimo existencial como o conteúdo exigível dos direitos fundamentais sociais[187]. Dessa forma, a autora concebeu o mínimo existencial como um núcleo irredutível do princípio da dignidade humana, o qual incluiria um mínimo de quatro elementos de natureza prestacional: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça[188].

Calha observar, todavia, que a posição da autora sobre "saúde básica" denota-se assaz restrita, pois circunscreve o conteúdo do direito à saúde às prestações disponíveis pela rede pública de saúde. Nas palavras da autora:

> É claro que a definição de quais prestações de saúde compõem esse mínimo envolve uma escolha trágica, pois significa que, em determinadas situações, o indivíduo não poderá exigir judicialmente do Estado prestações possivelmente indispensáveis para o restabelecimento ou a manutenção de sua saúde, caso elas não estejam disponíveis na rede pública de saúde. Esta é uma decisão que, verdadeiramente, gostaríamos de evitar. É certamente penoso para um magistrado negar, *e.g.*, o transplante ou o medicamento importado que poderá salvar a vida do autor da demanda, pelo fato de tais prestações não estarem compreendidas no mínimo existencial que decorre da Constituição e nem constarem de qualquer outra norma jurídica como uma opção política adicional[189].

Ricardo Lobo Torres defende também que o mínimo existencial equivale a um direito constitucional imediatamente exigível. Conforme o autor, "há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do estado e que ainda exige prestações estatais positivas"[190]. Complementa o professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ que "sem o mínimo

---

[185] KRELL, Andréas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: o*s (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002, p. 63.
[186] *Idem*, *ibidem*, p. 63.
[187] BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 45.
[188] BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 258.
[189] *Idem*, *ibidem*, p. 277.
[190] TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 126.

necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade"[191]. Nesta senda, Canotilho[192] e Cristina Queiroz[193] admitem, da mesma forma, um mínimo social a ser assegurado a todo indivíduo.

Diante de tais considerações, é crível defender que o mínimo existencial do direito social produz uma carga especial de subjetividade diretamente a partir da norma constitucional, independentemente, portanto, da *interpositio legislatoris*. Neste sentido, bem ressalta Clèmerson Merlin Clève:

> O conceito de mínimo existencial, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combalida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido num cipoal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino[194].

Em tom de crítica à exigibilidade do mínimo existencial, Gustavo Amaral enfatiza a dificuldade em fixar o traço distintivo entre o mínimo existencial exigível dos direitos fundamentais sociais e o campo normativo externo a este mínimo, o qual não seria diretamente exigível.

De acordo com o autor, "a determinação concreta do mínimo existencial seria fugidia e variável histórica e geograficamente". Ressalta, ainda, que "haveria uma ampla zona de transição entre o mínimo existencial e o 'não mínimo"[195]. Considerando que o conteúdo do mínimo existencial deve ser apurado diante das circunstâncias do caso concreto, por meio de um processo de ponderação, adverte o autor carioca que tal construção submeteria uma estrutura binária "exigível x não exigível" a gradações, o que seria inadmissível. Ainda segundo Gustavo Amaral, "o resultado desse confronto

---

[191] TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 127.
[192] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* Coimbra: Almedina, 1998, p. 470.
[193] QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais Sociais,* Coimbra: Coimbra, 2006, p. 150.
[194] CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 54, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jan-mar 2006, p. 38.
[195] AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 213.

(...) parece ser a abertura de um enorme campo para o subjetivismo, ou mesmo para o 'achismo'"[196].

Entretanto, defendemos não haver equívoco quanto à possibilidade de gradação da aludida estrutura binária, pois a concepção dos direitos fundamentais como regras e princípios confere suporte teórico a tal construção. Na verdade, como já afirmado alhures, a determinação do que será ou não exigível dependerá das peculiaridades do caso concreto. Portanto, o mínimo existencial não deve ser demarcado abstratamente, pois, se assim fosse, a racionalidade jurídica do sistema restaria afetada.

Frise-se, neste contexto, que o conteúdo do mínimo existencial deve apresentar considerável variação em função do lugar em que resida o indivíduo. Assim, aspectos econômicos, culturais, geográficos e sociais irão influenciar decisivamente a determinação sobre aquilo que deve ser considerado como garantia mínima para se resguardar uma vida digna.

Note-se, portanto, que boa parte da doutrina acolhe a pronta exigibilidade do mínimo existencial diretamente a partir das normas constitucionais, isto é, independentemente da atividade conformadora do legislador.

No capítulo V, analisaremos com maior percuciência tal questão, mormente no que se reporta à possibilidade do reconhecimento do mínimo existencial como direito subjetivo do indivíduo apto a ser requerido judicialmente.

2.7 – Da Proibição do Retrocesso Social

Em primeiro lugar, frise-se que a proibição do retrocesso não se manifesta apenas no campo restrito dos direitos fundamentais sociais. As cláusulas pétreas, por exemplo, são imposições constitucionais que vedam expressamente o retrocesso quanto aos direitos fundamentais de modo amplo[197].

---

[196] AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 213-214.

[197] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 439.

O princípio da proibição do retrocesso social visa resguardar direito social que já foi concretizado na ordem jurídica. Indaga-se, desse modo, se poderia outra norma jurídica extinguir tal direito ou então reduzir sua abrangência. Para melhor compreendermos o princípio, vejamos o exemplo do benefício de prestação continuada concretizado no art. 20 da Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS).

O supracitado dispositivo legal, em seu § 3º, prevê a renda *per capita* familiar inferior a um quarto do salário mínimo como requisito para auferir o benefício. Com isso, levanta-se a discussão se poderia sobrevir norma infraconstitucional para alterar a aludida regra, de modo a tornar ainda mais restrito o recebimento do auxílio assistencial. Assim, questiona-se, por exemplo, se poderia uma lei nova instituir como condição a renda *per capita* familiar inferior a 1/5 do salário mínimo.

Note-se que a hipotética alteração legal tornaria ainda mais difícil o recebimento do benefício e também faria com que várias pessoas perdessem o auxílio assistencial, evidenciando, desse modo, um retrocesso no campo das prestações sociais fornecidas pelo Estado.

Ao final deste tópico, buscaremos responder tal questionamento com esteio na doutrina dominante, que, logo abaixo, analisaremos.

A respeito do tema, Canotilho e Vital Moreira asseveram que o direito social prestacional, quando concretizado, transmuda-se em verdadeiro direito de defesa. Assim, a norma constitucional que prevê o direito prestacional produziria efeitos de natureza negativa, na medida em que impediria o retrocesso oriundo de novel legislação. Nas palavras de Canotilho e Vital Moreira:

> (...) uma vez dada satisfação ao direito, este transforma-se, nessa medida, em direito negativo ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele. A ser admissível qualquer restrição a este princípio (v.g estado de incapacidade financeira do Estado), então ela deve ficar sujeita, na parte aplicável, às regras constitucionalmente estabelecidas para as restrições dos direitos, liberdades e garantias, nomeadamente a necessidade e a proporcionalidade, devendo salvaguardar sempre o conteúdo mínimo necessário de satisfação desse direito[198].

Canotilho traz, ainda, a seguinte definição ao princípio da proibição do retrocesso social:

---

[198] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 131.

> O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (lei da segurança social, lei do subsídio de desemprego, lei do serviço de saúde) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado[199].

Sobre o assunto, Cristina Queiroz também admite que o legislador infraconstitucional não possa simplesmente suprimir um direito social concretizado, sem estabelecer qualquer medida compensatória. Nas precisas palavras da autora:

> Concretamente, o princípio da "proibição do retrocesso social" determina, de um lado, que, uma vez consagradas legalmente as "prestações sociais", o legislador não poderá depois eliminá-las sem alternativas ou compensações. Uma vez dimanada pelo Estado a legislação concretizadora do direito fundamental social, que se apresenta face a esse direito como uma "lei de proteção", a acção do Estado, que se consubstanciava num "dever de legislar", transforma-se num dever mais abrangente: o de não eliminar ou revogar essa lei[200].

Jorge Miranda, por seu turno, afirma que o legislador não tem plena autonomia para revogar as normas infraconstitucionais que concretizaram os direitos sociais prestacionais previstos na Constituição, pois, se assim fosse possível, estaria o legislador, na verdade, subtraindo a eficácia jurídica de tais preceitos constitucionais. Dessa forma, a concretização do direito social pela norma legal implicaria, segundo o autor português, uma proibição ao legislador de abolir aquele direito realizado[201].

Desse modo, verificamos que o princípio da proibição do retrocesso social tem sido acolhido por autores de renome no cenário jurídico.

No entanto, há uma intensa divergência quanto ao alcance da proteção contra o retrocesso, podendo ser observado que o posicionamento majoritário tem se vergado no sentido de que a proteção contra o retrocesso social não pode ser

---

[199] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 321.
[200] QUEIROZ, Cristina. *O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais*, Coimbra: Coimbra, 2006, p. 116.
[201] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 351.

recepcionada em seu grau absoluto. Neste sentido, vale reproduzir os escólios de Ingo Sarlet:

> Em se levando em conta que a proibição do retrocesso social, por não se tratar de regra geral e absoluta, mas, sim, de princípio, não admite solução baseada na "lógica do tudo ou nada" (na esteira das lições de Dworkin, Alexy e Canotilho), aceitando determinadas reduções no âmbito das conquistas sociais ao nível infraconstitucional, encontra-se vedada, desde logo e por evidente, sua supressão pura e simples[202].

Assim, uma medida de caráter retrocessivo – efetivada pelo legislador ou pelo administrador público – deve respeitar o núcleo essencial dos direitos sociais prestacionais, o que equivale dizer que o retrocesso não pode implicar em supressão do fornecimento dos recursos materiais mínimos aptos a garantir uma existência digna do indivíduo[203]. Quanto a este aspecto, mostra-se elucidativa a explicação de Ingo Sarlet:

> Além disso, mediante a supressão pura e simples do próprio núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social (especialmente dos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial) estará sendo afetada, em muitos casos, a própria dignidade da pessoa, o que desde logo se revela inadmissível, ainda mais em se considerando que na seara das prestações mínimas (que constituem o núcleo essencial mínimo judicialmente exigível dos direitos a prestações) para uma vida condigna não poderá prevalecer até mesmo a objeção da reserva do possível e a alegação de uma eventual ofensa ao princípio democrático e da separação dos poderes[204].

Em síntese, se o retrocesso social alcançar o próprio núcleo essencial do direito fundamental social prestacional, na verdade, estará atingindo a própria dignidade da pessoa humana. Dessa forma, colocando-se frente a frente o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da autonomia do legislador, certamente deverá prevalecer o primeiro. Portanto, a proibição do retrocesso social tem sua fundamentação mais sólida e coerente no princípio da dignidade da pessoa humana, que resguarda os direitos sociais já concretizados em face de eventual supressão ou restrição demasiada (desproporcional) por parte do legislador ordinário.

---

[202] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 453.
[203] *Idem*, *ibidem,* p. 458.
[204] *Idem*, *ibidem*, p. 447.

Sendo assim, a adoção do princípio da proibição do retrocesso social, nos moldes da concepção acima exposta, não irá configurar violação profunda à autonomia do Poder Legislativo, uma vez que este nunca irá desfrutar de independência absoluta no Estado Constitucional de Direito, haja vista que estará sempre limitado pela ordem constitucional[205].

Noutro passo, é relevante apontar que o Tribunal Constitucional de Portugal acolheu já há algum tempo a idéia da proibição do retrocesso social. No acórdão n° 39, de 1984, a Corte Constitucional reconheceu a inconstitucionalidade de determinada lei que havia revogado consideravelmente a Lei do Serviço Nacional de Saúde, perfilhando o Tribunal o entendimento de que tal revogação violaria o direito constitucional de proteção à saúde. Ressalte-se, contudo, que o Tribunal não acolheu expressamente a proibição do retrocesso social, mas deixou cristalino que a revogação da Lei do Serviço Nacional de Saúde implicaria no restabelecimento de uma omissão inconstitucional, a qual seria vedada[206]. Neste contexto, convém transcrever trecho do voto condutor do acórdão lusitano:

> (...) as tarefas constitucionais impostas ao Estado, em sede de direitos fundamentais, no sentido de criar certas instituições ou serviços, não o obrigam apenas a criá-los, obrigam também a não aboli-los uma vez criados.
>
> (...) após ter emanado uma lei requerida pela Constituição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar esta lei, repondo o estado de coisas anterior. A instituição, serviço ou instituto jurídico por ela criados passam a ter sua existência constitucionalmente garantida. Uma nova lei pode vir a alterá-los ou reformá-los nos limites constitucionalmente admitidos; mas não pode vir a extingui-los ou revogá-los[207].

O autor lusitano Vasco Pereira da Silva, por sua vez, teceu críticas à solução apresentada pelo Tribunal Constitucional no acórdão nº 39/84. Ressaltou o autor que a concretização do direito social pelo legislador infraconstitucional não implica cláusula de perpetuidade, uma vez que nova legislação poderia vir a lume no intuito outorgar um novo perfil ao direito social. Segundo o doutrinador, o posicionamento favorável à impossibilidade de alteração da legislação ordinária concretizadora teria o condão de

---

[205] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 458.
[206] *Idem, ibidem*, pp. 442-443.
[207] *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, pp. 450-451.

atribuir a esta um caráter de norma constitucional. Neste contexto, parece oportuna a transcrição da crítica elaborada pelo mestre português:

> Enquanto normas jurídicas e não meros programas políticos, as normas constitucionais programáticas implicam que a revogação pura e simples das normas legislativas que as concretizam origine uma verdadeira inconstitucionalidade por acção. Tal não significa, porém, que a concreta regulamentação, feita pelo legislador ordinário, dessa norma constitucional não possa mais ser alterada, ou que as alterações posteriores não devam contrariar o essencial da sua primeira regulamentação. Pretendê-lo seria conferir às normas ordinárias concretizadoras de normas constitucionais programáticas um grau constitucional ou paraconstitucional[208].

Em julgado mais recente, o Tribunal Constitucional Português chancelou novamente o mesmo posicionamento, ao declarar a inconstitucionalidade de lei que excluiu as pessoas com idade entre 18 e 25 anos da possibilidade de receber o benefício denominado "rendimento mínimo de inserção". Para melhor compreensão, realça-se, apenas, que o aludido auxílio substituiu o "rendimento mínimo garantido", o qual era devido a este grupo etário[209]. Este é mais um caso de retrocesso social rechaçado pelo Tribunal lusitano.

No que concerne ao direito alemão, o Tribunal Federal Constitucional, em diversas oportunidades, acolheu a proibição do retrocesso social com o argumento de que as prestações sociais já concretizadas pelo legislador infraconstitucional teriam, na verdade, a natureza de direito de propriedade. Destarte, a lei nova não poderia obliterar um direito à prestação material já concretizado, sob pena de, em última análise, desrespeitar a própria garantia constitucional da propriedade. Todavia, tal posicionamento encampado pelo Tribunal Constitucional Alemão não está imune às críticas, uma vez que não protege outros direitos de índole social, como, por exemplo, o direito à educação fundamental, o qual não estaria compreendido nem no conceito mais amplo possível de propriedade[210].

---

[208] SILVA, Vasco Pereira da. Comentário ao Acórdão nº 39/84, do Tribunal Constitucional, In: *Revista* "O Direito", Ano 116/119, 1974/1987, p. 432.

[209] Acórdão do Tribunal Constitucional Português n° 509/2002, de 19.12.2002. *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 443.

[210] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 444-446.

No plano do direito internacional, merece destaque o Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966, que, em seu art. 2º, dispôs sobre a obrigação dos Estados firmatários de implantar progressivamente tais direitos.

Considerando, assim, o dever dos Estados signatários de realizar progressivamente os direitos sociais, Victor Abramovich e Christian Courtis sustentaram que estaria subentendida a vedação do retrocesso no que tange aos direitos sociais já concretizados[211]. Neste sentido, Flávia Piovesan também adverte que "da aplicação progressiva dos econômicos, sociais e culturais resulta a cláusula de proibição do retrocesso social em matéria de direitos sociais"[212].

É importante ressaltar, entretanto, que há vozes em sentido contrário, ou seja, posicionando-se contra o acolhimento da proibição do retrocesso social. Nesta esteira, Suzana de Toledo Barros afirma que:

> A admissão de um princípio da proibição de retrocesso social, entendido como uma garantia dos direitos sociais perante a lei, conflitua com o princípio da autonomia do legislador, uma vez que o nível de determinação constitucional desses direitos parece ser nenhum. Em conseqüência, muitos rejeitam-no, com o argumento de que não se pode converter o grau de realização legislativa de um direito social em direito constitucional material contra a vontade do legislador[213].

Conforme já exposto, não comungamos do entendimento supra, pois a autonomia do legislador deve encontrar limites na garantia de proteção do núcleo essencial do direito fundamental social.

Outros autores defendem que a proibição do retrocesso social encontra resistência no que diz respeito à disponibilidade dos recursos financeiros. Neste sentido, Roger Stiefelmann Leal admite que a escassez de recursos (reserva do financeiramente possível) pode determinar a revogação de determinada lei concretizadora dos direitos sociais prestacionais[214].

---

[211] ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Trotta, 2002, p. 92.

[212] PIOVESAN, Flávia. Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 246.

[213] BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais.* Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 163.

[214] LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos Sociais e Vulgarização da Noção de Direitos Fundamentais.* Disponível em: <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>. Acesso em: 08 de dezembro de 2007.

A questão alusiva à reserva do financeiramente possível será analisada com mais detalhes no quarto capítulo. No entanto, é possível inferir, desde já, que se o Estado alegar a escassez de recursos para justificar a supressão ou redução de prestação social já concretizada, na verdade, esta reserva do financeiramente possível terá a natureza de restrição e, por isso, deverá se submeter ao crivo da proporcionalidade. Nesta hipótese, ao invés da vedação do excesso, temos a vedação da insuficiência, uma vez que a prestação antes garantida não pode ser atingida de tal maneira que implique a sua extinção ou, então, o fornecimento de modo não suficiente a atender as garantias materiais mínimas dos indivíduos.

Após todas estas considerações e análise da doutrina pertinente, é possível extrair uma resposta à indagação formulada no início do tópico. Nesta senda, podemos afirmar que uma nova legislação poderia, em tese, alterar o § 3° do art. 20 da Lei n° 8.742/93 de modo a tornar mais restrito o recebimento do benefício previsto na lei. Contudo, o retrocesso previsto na novel legislação não poderá afetar o benefício a ponto de inviabilizar aos indivíduos a garantia dos recursos materiais mínimos assecuratórios da existência com dignidade.

2.8 – Eficácia e Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais de Caráter Prestacional

2.8.1 – Considerações Preliminares

Preambularmente, faz-se necessário estabelecer a distinção entre eficácia e efetividade dos direitos sociais.

A eficácia diz respeito à possibilidade de aplicação da norma jurídica, ou seja, a capacidade da norma alcançar os objetivos por ela previstos. Por outro lado, a efetividade ou eficácia social consiste na efetiva aplicação da norma jurídica no mundo fático.

José Afonso da Silva tratou da diferenciação acima aludida com habitual precisão:

> Eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. (...) O alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade.
>
> (...) Uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social[215].

Estabelecida a necessária distinção entre os conceitos, faremos, a seguir, algumas anotações quanto à eficácia dos direitos sociais prestacionais.

Em regra, os direitos sociais a prestações materiais são positivados nos textos constitucionais de maneira aberta e imprecisa, delegando-se ao legislador infraconstitucional a tarefa de conformação da prestação material a ser fornecida pelo Estado.

Conforme já frisado alhures, a implementação dos direitos sociais está subordinada à conjuntura socioeconômica, que, como se sabe, apresenta natureza essencialmente dinâmica, visto que revela inúmeras variações no transcorrer do tempo, inclusive algumas totalmente inesperadas. Diante deste quadro, se a norma constitucional dispusesse de forma precisa e determinada os requisitos e o conteúdo das prestações materiais, correria o provável risco de se tornar defasada em face da natureza dinâmica da economia e, por conseguinte, restaria comprometida a estabilidade da ordem constitucional[216]. Considerando tal situação, houve preferência do Constituinte em prever as prestações materiais de forma imprecisa, incumbindo ao legislador ordinário a tarefa de estabelecer o perfil do direito social.

Entretanto, os direitos fundamentais sociais, ainda quando veiculam normas de cunho programático, com baixa densidade normativa, estão aptos a gerar efeitos. É certo que a dosagem dos efeitos jurídicos pode ser mínima em determinadas situações, porém não há que se falar em normas de direitos fundamentais sociais desprovidas de qualquer efeito. Em seguida, serão descritos alguns desses efeitos mínimos identificados pela doutrina.

---

[215] SILVA, José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 66.

[216] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 310.

O primeiro deles diz respeito à revogação das normas anteriores e contrárias ao seu conteúdo[217]. Portanto, quando o direito passa a ser albergado pela norma constitucional, as disposições legais em sentido oposto deixam automaticamente de operar no mundo jurídico.

Além disso, as normas definidoras de direitos fundamentais, incluindo as que prevêem direitos sociais, impõem ao legislador a tarefa de dar a devida concretização à obrigação estatal prevista na norma constitucional. Frise-se que a atividade do legislador não consiste apenas em conformar a obrigação estatal, mas, também, de não se afastar dos critérios previstos na Constituição[218]. Logo, é evidente que o legislador não poderá legislar contrariamente ao que prescreve a norma que consagrou o direito fundamental. Trata-se, na verdade, de uma eficácia de natureza negativa assegurada a todas as normas constitucionais, tornando inválidas as ações estatais que estiverem em desacordo com a norma de direito fundamental.

Este efeito negativo foi também reconhecido por José Afonso da Silva, que enfatizou não haver norma constitucional desprovida de eficácia, ainda que esta seja apenas de natureza negativa[219].

Como exemplo, destaca-se o disposto no art. 215 da Constituição Federal[220], onde o Constituinte previu como tarefa do Estado o apoio e o incentivo às manifestações culturais. Contudo, a norma constitucional não previu os meios pelo qual o Estado deverá cumprir tal tarefa. Neste caso, o indivíduo tem o direito de, no mínimo, exigir do Estado que se abstenha de agir em sentido oposto ao previsto na norma constitucional, ou seja, estaria vedado ao Poder Público desestimular as manifestações culturais. Note-se que este é o efeito mínimo a ser gerado[221].

As normas de direitos fundamentais sociais constituem também elementos aptos a auxiliar na interpretação das normas jurídicas, pois representam princípios que

---

[217] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 310.
[218] *Idem, ibidem.*
[219] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 81-82.
[220] "O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e difusão das manifestações culturais"
[221] SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, pp. 310-311.

vinculam a atividade do Estado, bem como toda a ordem jurídica. Desse modo, tais normas revelam, ainda, um limite à atividade discricionária da Administração Pública[222].

Nesta direção, José Afonso da Silva identifica resumidamente os efeitos mínimos dimanados das normas constitucionais de natureza programática:

> I – estabelecem um dever para o legislador ordinário; II – condicionam a legislação futura, com a conseqüência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação de componentes do bem-comum; IV - constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; (...)[223].

Portanto, diante das premissas acima aventadas, pode-se concluir que não há norma fundamental desprovida de eficácia, admitindo-se, apenas, que algumas tenham reduzida densidade normativa.

2.8.2 – Significado e Alcance do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal

Preambularmente, devemos nos ater à questão alusiva à abrangência do mencionado dispositivo constitucional. Como é cediço, a norma que impõe a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais encontra-se ao final do art. 5° da Constituição Federal. Sendo assim, exsurge a indagação se tal norma estaria circunscrita aos direitos e garantias previstos no referido dispositivo constitucional. A resposta é claramente negativa, pois, mediante simples interpretação literal, é possível notar que a norma constitucional previu a aplicabilidade imediata aos direitos e garantias fundamentais de forma ampla, sem qualquer tipo de restrição. Logo, a aplicabilidade imediata se destina aos direitos e garantias fundamentais catalogados na Constituição Federal (art. 5° a 17) e também aos outros que estão dispersos pelo texto constitucional.

---

[222] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 312.

[223] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 164.

Recorde-se que tal preceito também está reproduzido em constituições de outros países, como, por exemplo, a Constituição Portuguesa de 1976 (art. 18/1), a Lei Fundamental da Alemanha (art. 1°, inc. III), a Constituição Espanhola (art. 53.1) e a Constituição do Uruguai (art. 332)[224].

Quanto à Constituição Portuguesa de 1976, convém ressaltar que houve uma diferenciação nítida entre os regimes jurídicos dos direitos de defesa e dos direitos econômicos, sociais e culturais. O constituinte português, no título II, conferiu um regime jurídico especial aos direitos de defesa, atribuindo-lhes um reforço de eficácia, não fazendo o mesmo em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais[225].

É importante consignar, por outro lado, que a Constituição Federal de 1988 não previu qualquer distinção quanto à eficácia dos direitos de defesa e direitos sociais, sendo a norma do art. 5º, § 1º aplicável a ambos.

A respeito deste dispositivo da Constituição Federal de 1988, Canotilho censurou a "acrítica transferência do princípio da aplicabilidade imediata, consagrado no art. 5º, § 1º, da Constituição Brasileira, a todos os direitos e garantias fundamentais, de forma a abranger indiscriminadamente os direitos sociais consagrados no capitulo II"[226].

Esta crítica de Canotilho encontra resistência na doutrina brasileira, como se depreende do posicionamento formulado por Ingo Sarlet:

> Em que pese a circunstância de que a situação topográfica do dispositivo poderia sugerir uma aplicação da norma contida no art. 5º, § 1º, da CF apenas aos direitos individuais e coletivos (a exemplo do que ocorre com o § 2º do mesmo artigo), o fato é que este argumento não corresponde à expressão literal do dispositivo, que utiliza a formulação genérica "direitos e garantias fundamentais", tal como consignada na epígrafe do Título II de nossa *Lex Suprema*, revelando que, mesmo em se procedendo a uma interpretação meramente literal, não há como sustentar uma redução de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas em nossa Constituição, nem mesmo aos – como já visto, equivocadamente designados – direitos individuais e coletivos do art. 5º[227].

---

[224] SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988.* In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n° 1, 2001, p. 26. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 14 de junho de 2007.

[225] QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais Sociais,* Coimbra: Coimbra, 2006, p. 05.

[226] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador.* Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. XVI.

[227] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 272.

Entre nós, Clèmerson Merlin Clève[228] e Ruy Ruben Ruschel[229] também defenderam a aplicabilidade do mencionado dispositivo constitucional (art. 5º, § 1º, da CF) aos direitos fundamentais sociais.

Ademais, é relevante notar que a norma constitucional prevista no §1° do art. 5° da Constituição Federal tem natureza principiológica, ou seja, deve ser considerada como um mandado de otimização, o qual impõe aos órgãos estatais a maior aplicabilidade possível a depender das singularidades do caso concreto. Neste aspecto, tal norma constitucional não teria a característica de regra jurídica, que se rege pela lógica do "tudo ou nada", mas, sim, principiológica, que confere um grau maior ou menor de eficácia, considerando as particularidades da situação posta[230].

Nesta senda, destaca-se que a natureza principiológica dos direitos fundamentais – incluindo os direitos socioeconômicos – sugere que tais direitos não têm natureza absoluta, visto que não funcionam na base do "tudo ou nada". Assim, o nível de aplicabilidade de um determinado direito fundamental de cunho prestacional dependerá das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, conforme sustentou Alexy[231].

Ainda em relação ao dispositivo constitucional em comento, assim complementa Ingo Sarlet:

> (...) cremos ser possível atribuir ao preceito em exame o efeito de gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata e plena eficácia (e efetividade) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa na outorga da plenitude eficacial a determinada norma de direito fundamental, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá ser necessariamente fundamentada[232].

Ressalte-se a importância da afirmação apresentada pelo Professor Ingo Sarlet, o qual extrai do preceito constitucional (art. 5º, §1º) uma presunção de

---

[228] CLÈVE, Clemerson Mèrlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 370.

[229] RUSCHEL, Ruy Ruben. A Eficácia dos Direitos Sociais. In: *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS)*, nº 58, 1993, pp. 295-296.

[230] SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988.* In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n° 1, 2001, pp. 29-30. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br. Acesso em: 14 de junho de 2007.

[231] ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86

[232] SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 30.

aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais de cunho prestacional, de modo que a omissão estatal em não concretizar tais direitos deve ser devidamente justificada. Esta conclusão será útil quando formos analisar a cláusula da reserva do financeiramente possível, pois, conforme será visto, o Estado terá o dever de comprovar que não tem mais recursos para satisfazer os direitos prestacionais.

2.8.3 – Identificação dos Principais Obstáculos à Eficácia e à Efetividade dos Direitos Sociais Prestacionais

A problemática relacionada à eficácia e à efetividade dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional é tema que tem instigado juristas de vários países, sendo que os principais obstáculos identificados são os seguintes: a) o conteúdo aberto e indeterminado dos preceitos constitucionais que consagram tais direitos; b) a cláusula da reserva do financeiramente possível e; c) a falta de legitimidade democrática dos juízes para interferir na formulação de políticas públicas.

Dessa forma, conforme já frisado na introdução ao presente estudo, o principal objetivo do trabalho é justamente enfrentar os obstáculos acima descritos, no intuito de buscar a superação dos mesmos.

Considerando a preocupação com a sistematização e clareza da dissertação, será dedicado um capítulo para cada item acima mencionado.

3 - NATUREZA ABERTA E INDETERMINADA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUE CONSAGRAM DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS

3.1 – Considerações Preliminares

No século XIX, onde a ideologia liberal era predominante, os direitos sociais eram concebidos apenas como obrigações morais da sociedade, desprovidos, portanto, de qualquer vinculação jurídica[233].

Já quanto ao século XX, Norberto Bobbio descreve um quadro não muito distante, pois destaca com lucidez a significante defasagem entre o conteúdo da norma de direito social e sua efetiva aplicação. Nas palavras do autor italiano:

> O campo dos direitos do homem - ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem - aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente nos direitos sociais. Tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de 'programáticas'. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem *hic et nunc*, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o 'programa' é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado de 'direito'?[234]

Assim, durante longo período, foi totalmente rechaçada a força vinculante das normas constitucionais que consagravam direitos sociais. Argumentava-se que referidas normas teriam conteúdo meramente programático, dirigidas somente aos poderes políticos (Executivo e Legislativo), de modo que apenas a estes caberia a tarefa de lhes atribuir efetividade. Portanto, na omissão de tais poderes, a norma

---

[233] QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais Sociais,* Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 08.
[234] BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, pp. 77-78.

programática não teria o condão de produzir efeitos no mundo jurídico, uma vez que não poderia ser evocada perante os Tribunais[235].

De fato, a natureza aberta e indeterminada das normas fundamentais que prevêem direitos sociais prestacionais indica, sem dúvida, uma baixa densidade normativa. Porém, ressalve-se, desde logo, que tal situação não pode levar à equivocada conclusão de que tais normas não gozam de qualquer eficácia. Consoante já assinalado neste trabalho, tais normas fundamentais devem ser concebidas como princípios que emanam mandados de otimização, ou seja, deve-se buscar a maximização dos efeitos da norma, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

A partir destas considerações, surgem algumas questões que precisam ser enfrentadas no presente trabalho. Desse modo, quais seriam os efeitos jurídicos dimanados dos direitos fundamentais sociais de caráter prestacional? Dentro do mesmo contexto e como indagação conseqüente, questiona-se se é possível inferir de tais normas jusfundamentais direitos subjetivos a prestações estatais. Estas são as questões a serem examinadas a seguir, que, embora sejam conexas, serão apresentadas em tópicos distintos para melhor efeito didático.

3.2 – A Problemática da Caracterização como Normas Meramente Programáticas

A doutrina formulou diversas teorias para classificar as normas constitucionais segundo o grau eficacial das mesmas.

De acordo com tal critério, José Afonso da Silva distinguiu as normas constitucionais em três categorias: as de eficácia plena, as de eficácia contida e as de eficácia limitada ou reduzida[236].

As normas constitucionais de eficácia plena seriam aquelas que independem de provimento legislativo integrador para que possam gerar efeitos. Como exemplo,

---

[235] LIMA, George Marmelstein. *Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.* Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005, p. 96.

[236] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 82.

destaca-se o art. 7º, inc. XVIII, da CF, que dispõe sobre a licença-gestante com o prazo de duração de 120 (cento e vinte) dias. Nesta hipótese, será prescindível a edição de ato legislativo, pois os efeitos jurídicos decorrem automaticamente do texto constitucional.

Quanto às normas constitucionais de eficácia contida, o autor reconheceu aquelas que estão aptas a gerar efeitos até que sobrevenha legislação restritiva. Para ilustrar a explicação, observe-se o art. 5º, inc. XIII, da CF, o qual possibilita o livre exercício profissional até que o legislador regulamente a respectiva profissão e imponha os requisitos necessários.

Por derradeiro, as normas constitucionais de eficácia limitada seriam aquelas que necessitam de provimento legislativo ou executivo superveniente para poder gerar efeitos. Como exemplo, podemos citar o art. 5°, inc. XXXII, da Constituição Federal, que prevê que "o Estado promoverá, na forma da lei, a proteção do consumidor." Além deste dispositivo constitucional, podemos citar, ainda, o art. 7°, inc. XI, da CF, que dispõe sobre os direitos dos trabalhadores de "participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei." Dentro deste grupo, temos também as normas constitucionais programáticas, as quais estabelecem programas sociais a serem implementados pelo Estado.

Como já visto no capítulo anterior, José Afonso da Silva entende que as normas constitucionais programáticas teriam apenas uma eficácia negativa. A defesa pelo autor da eficácia negativa das normas de eficácia limitada representa indiscutivelmente um relevante progresso, especialmente porque foi engendrada no período de ditadura militar, momento em que a força normativa da Constituição foi severamente combalida. Todavia, conquanto tenha seus méritos, a tese de José Afonso da Silva revela-se insuficiente na medida em que somente propicia a atuação do Judiciário nos casos de ação do Poder Público contrária à norma, não permitindo a concretização judicial nos casos de omissão do Estado[237].

---

[237] LIMA, George Marmelstein. *Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.* Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005, p. 103.

Eros Roberto Grau, por sua vez, elabora uma crítica incisiva à classificação das normas constitucionais produzida por José Afonso da Silva. Conforme o primeiro autor, não seria sustentável a afirmação de que a eficácia de determinadas normas constitucionais estaria subordinada à aprovação de normas pelo legislador ordinário, pois, na verdade, isto corresponderia a uma revogação de fato sempre que o Parlamento não cumprisse com sua obrigação de dar concreção ao direito fundamental[238].

Desse modo, segundo Eros Grau, tal teoria subverteria a hierarquia das normas jurídicas, uma vez que uma lei ordinária teria o condão de se sobrepor à norma constitucional. Nesta perspectiva, o autor admite que as normas consagradoras de direitos sociais possam gerar direitos subjetivos aos cidadãos, pois são diretamente aplicáveis e vinculam a atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário[239].

Neste contexto, Ingo Sarlet[240] faz alusão à famosa formulação de Krüger segundo a qual não há de se falar em direitos fundamentais na forma da lei, mas, sim, lei na medida dos direitos fundamentais.

Noutro passo, é indispensável perquirir se a norma de direito fundamental social traz a delimitação do conteúdo da prestação material. Assim, se a resposta for positiva, será crível, então, a aplicação direta da norma constitucional, ainda que sem a concretização do legislador.

A título de exemplo de norma constitucional que prevê o conteúdo da prestação, podemos invocar o art. 7º, inc. IV, uma vez que o constituinte trouxe todos os critérios para a fixação do salário mínimo, possibilitando, portanto, a aplicação imediata sem a *interpositio legislatoris.* Portanto, na hipótese da fixação do salário mínimo, a imprecisão da norma fundamental não é óbice a sua aplicação imediata.

Contudo, neste caso específico, há outros empecilhos à fixação do salário mínimo sem a intermediação do legislador, como, por exemplo, a repercussão direta e imediata sobre todo o sistema econômico. Desse modo, o palco ideal para a definição

---

[238] GRAU, Eros Roberto. A Constituição Brasileira e as Normas Programáticas. In: *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 4, Rio de Janeiro: IBDC/Forense, 1985, p. 40.

[239] *Idem*, *ibidem*, p. 43.

[240] SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002, p. 09. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 12 de dezembro de 2007.

do valor do salário mínimo é, na verdade, o Parlamento, visto que, nesta seara, haverá maior amplitude ao debate democrático. Ademais, a norma constitucional previu expressamente que caberia ao legislador ordinário a fixação do valor do salário mínimo, ou seja, deixou claro que a competência para concretizar o direito social ao salário mínimo seria do legislador infraconstitucional.

Sobre tal questão, já foi proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, no intuito de questionar o valor do salário mínimo fixado pela Lei n° 8.149, de 07.05.1992. Argumentou-se que o valor fixado pelo legislador ordinário não atendia aos critérios estabelecidos pela Constituição Federal, no art. 7°, inc. IV. No entanto, o Supremo não chegou a apreciar o mérito da aludida ADI, pois, com o advento de nova lei fixando o salário mínimo, a referida ação constitucional perdeu o objeto, impondo ao Supremo a extinção do processo sem julgamento do mérito[241]. Desse modo, a Corte Constitucional não teve oportunidade de se pronunciar a respeito da inconstitucionalidade suscitada.

Neste particular, pode-se afirmar que as normas constitucionais que definem o conteúdo prestacional representam, na verdade, reservas legais qualificadas. Ou seja, o constituinte, nestas hipóteses, prevê o conteúdo que deve ser observado pelo legislador, de modo que este não poderá se afastar quando da elaboração da lei[242]. À guisa de ilustração, podemos citar o próprio direito ao salário mínimo, previsto no art. 7º, inciso IV, do texto constitucional, como exemplo de direito fundamental social com reserva qualificada[243].

Portanto, a forma de positivação das normas fundamentais atributivas de direitos sociais prestacionais (estrutura jurídico-normativa) é muito importante para se averiguar a eficácia da norma constitucional, ou melhor, para se aquilatar se tal norma fundamental é capaz de gerar direito subjetivo ao indivíduo.

---

[241] Supremo Tribunal Federal - STF. ADI nº 737-8. Relator: Min. Moreira Alves. Julgado em 16/09/1993 e publicado no DJU em 22/10/1993, p. 22.252. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=737&pagina=1&base=baseAcordaos>. Acesso em: 12 de dezembro de 2007.

[242] NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição.* Coimbra: Coimbra, 2003, pp. 260-261.

[243] OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 167.

Há hipóteses, ainda, em que a norma constitucional estabelece um objetivo genérico para o Estado e não determina quais seriam os meios para alcançá-lo. Nestes casos, como regra, não haverá possibilidade de se identificar um direito subjetivo do indivíduo, sendo imprescindível a intermediação dos poderes políticos para definir os meios aptos a atingir a finalidade constitucional. Como exemplo, podemos identificar o direito ao emprego (art. 6º da CF), visto que não há como se exigir judicialmente do Estado um posto de trabalho.

Na mesma direção, Canotilho estabelece uma distinção entre as normas programáticas e os direitos fundamentais sociais. Assim, as normas programáticas seriam diretrizes para o Legislador, bem como para o Administrador, mas não teriam o condão de gerar direito subjetivo de exigir sua implementação (*v.g.*: direito ao emprego). Por outro lado, segundo o autor lusitano, os direitos fundamentais sociais conferem aos indivíduos a prerrogativa de exigir do Estado a prestação material (*v.g.*: direito à saúde)[244].

É válido acentuar, todavia, a posição da doutrina dissonante, a qual entende que as normas de direitos fundamentais sociais, quando não reguladas por legislação infraconstitucional, não podem determinar diretamente a adoção de condutas específicas pelos Poderes Públicos. Neste sentido, calha transcrever posicionamento adotado por Ricardo Lobo Torres:

> Os direitos sociais e os econômicos projetam sobre o orçamento conseqüências diferentes das emanadas dos direitos de liberdade, que antes examinamos.
>
> Se não houver lei ordinária concessiva, inexistirá a obrigatoriedade de o orçamento contemplar as dotações para a despesa, ainda que a Constituição, programaticamente, proclame o direito social.
>
> Havendo lei ordinária de concessão de direito social ou econômico, o orçamento autorizará a despesa; mas pode fixar dotações inferiores às propostas ou até mesmo se omitir[245].

Neste diapasão, Vieira de Andrade enxerga os direitos fundamentais sociais como direitos de baixa exeqüibilidade e que, nesta condição, pouco oferecem aos seus titulares, a não ser a determinação para que o Parlamento defina o conteúdo da

---

[244] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, pp. 127-128.
[245] TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 136.

prestação. A partir destas premissas, o autor sustenta que as normas constitucionais de índole social não são diretamente aplicáveis sem intervenção legislativa[246].

Acrescenta, ainda, o autor:

> Só uma vez emitida a legislação destinada a executar os preceitos constitucionais em causa é que os direitos sociais se consolidarão como direitos subjectivos plenos, mas, então, não valem, nessa medida conformada, como direitos fundamentais constitucionais, senão enquanto direitos criados por lei[247].

A posição de Vieira de Andrade recusa normatividade a estes direitos fundamentais sociais, submetendo-os, portanto, ao arbítrio do legislador. Alexy, por seu turno, diverge de tal concepção, pois, segundo ele, tais direitos são tão relevantes para o ser humano que, por isso, não devem ficar subordinados a simples maioria parlamentar. É o que se extrai das palavras precisas do autor alemão:

> Sobre a base de normas jusfundamentais, cada um se encontra em posições de direitos a prestações que, desde o ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que sua outorga ou denegação não pode ficar nas mãos da simples maioria parlamentar[248].

De acordo ainda com Vieira de Andrade, a atividade do legislador somente estaria vinculada à garantia de implementação do conteúdo mínimo dos direitos sociais fundamentais[249].

Não concordamos com o posicionamento restritivo defendido por Vieira de Andrade, uma vez que os direitos fundamentais sociais não podem ser concebidos apenas como objetivos sociais a serem concretizados pelo legislador ordinário. Na verdade, eles são direitos e não meras expectativas. Nas palavras de Cristina Queiroz, os direitos fundamentais sociais "não podem ser configurados como expectativas não realizáveis ou simples tarefas constitucionais não justiciáveis"[250].

---

[246] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 388.
[247] *Idem*, *ibidem*, p. 391.
[248] Tradução livre do autor. Texto original: "Sobre la base de normas iusfundamentales, cada qual se encuentra em lãs posiciones de derechos a prestaciones que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su otorgamiento o denegación no puede quedar em manos de la simple mayoría parlamentaria". (ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 435).
[249] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 401.
[250] QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 210.

3.3 – Geram Direitos Subjetivos?

Embora o texto constitucional tenha conferido a mesma dignidade aos direitos de defesa e aos direitos prestacionais, não restam dúvidas de que tais direitos, apesar de sua complementariedade, apresentam marcantes diferenças, não apenas em relação ao seu objeto (ação estatal ou abstenção), mas precipuamente quanto ao grau de eficácia de suas normas. Esta última questão, por sua vez, traz outra discussão de suma importância, que diz respeito à possibilidade de reconhecimento de direitos subjetivos a partir das normas atributivas de direitos sociais.

Discute-se na doutrina e na jurisprudência se o titular do direito fundamental social prestacional possui direito subjetivo de reivindicar em juízo as prestações sociais contra o Poder Público. Quanto aos direitos derivados a prestações, tem-se reconhecido o direito subjetivo nos termos da lei concretizadora. Entretanto, no que concerne aos direito originários a prestações, o assunto é bastante tormentoso, razão pela qual terá maior enfoque no presente estudo[251].

José Reinaldo de Lima Lopes aponta algumas dificuldades em se reconhecer nos direitos fundamentais sociais a qualidade de direitos subjetivos, pois sustenta que tais direitos não se amoldam à característica essencial do direito subjetivo, prevista no art. 75 do Código Civil de 1916[252]. Nesta perspectiva, afirma o autor que "a falta de tutela, ou a falta de ação disponível, significa de fato a inexistência ou a inexigibilidade do direito"[253].

Entretanto, esta característica do direito subjetivo, inserta no Código Civil de 1916, não mais se ajusta ao novo modelo constitucional inaugurado pela Constituição Federal de 1988[254].

---

[251] Os direitos originários e derivados a prestações já foram analisados no item 1.3.1.2.
[252] "A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura."
[253] LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.) *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça.* São Paulo: Malheiros, 1994, p. 113.
[254] OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 94.

A respeito da presente discussão, Konrad Hesse reconhece a natureza constitucional dos direitos sociais como decorrência do princípio do Estado Social (art. 20 da Lei Fundamental Alemã), porém apresenta posição contrária ao reconhecimento de tais direitos como subjetivos[255].

Canotilho, em seu célebre trabalho "Tomemos a sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais", afirma que, apesar da ordem constitucional reconhecer aos individuos os recursos materiais mínimos aptos a garantir uma existência digna, isto não importa necessariamente em assegurar um direito subjetivo contra o Estado a ser imposto por ordem do Poder Judiciário, haja vista que há vários meios pelo qual o Poder Público pode resguardar a existência digna do indivíduo e esta escolha estaria no âmbito de discricionariedade reservado ao Estado. No entanto, arremata o jurista português que tal discricionariedade não é absoluta, pois estaria limitada por "determinantes condicionais heterónomas"[256] que vinculariam o legislador .

Eros Roberto Grau, por seu turno, defende que as normas consagradoras de direitos fundamentais sociais geram direitos subjetivos individuais, independentemente de conformação do legislador, visto que são dotadas de aplicabilidade imediata, conforme previsão constitucional[257].

No mesmo diapasão, Flávia Piovesan realça que os direitos econômicos, sociais e culturais são "autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis e exigíveis"[258]. Noutra passagem digna de nota, acrescenta a autora que tais direitos "devem ser reivindicados como direitos e não como caridade, generosidade ou compaixão"[259].

Quanto ao direito alemão, é interessante notar que, apesar da Lei Fundamental de Bonn não ter acolhido os direitos sociais prestacionais como direitos fundamentais, a doutrina e a jurisprudência alemã, por meio de uma criação

---

[255] HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.* Tradução (da 20ª Edição Alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1998, pp. 170-171.

[256] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais.* Coimbra: Coimbra, 2004, pp. 57-58.

[257] GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988,* 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 322.

[258] PIOVESAN, Flávia. Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 240-241.

[259] *Idem, ibidem*, p. 241.

jurisprudencial calcada no princípio do Estado Social (art. 20 da LF), reconhecem um direito subjetivo dos cidadãos a uma existência digna, inclusive cominando ao Estado a obrigação de fornecer os recursos materiais mínimos necessários para resguardar a dignidade dos cidadãos.

Na doutrina alemã, Otto Bachof foi um dos primeiros a reconhecer o direito subjetivo dos cidadãos aos recursos materiais mínimos aptos a garantir uma existência digna. Sustentou sua posição com esteio no princípio da dignidade da pessoa humana, acolhido pela Lei Fundamental no art. 1°, inc. I[260].

Destaca-se, ainda, que o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht*), no primeiro ano de sua criação (1954), reconheceu o direito subjetivo de um cidadão carente a prestações materiais por parte do Estado, tendo acolhido como argumento a proteção à dignidade da pessoa humana. Após alguns anos deste julgamento administrativo, o Parlamento Alemão aprovou uma lei que regulamentou a concessão de benefícios referentes à assistência social (Lei Federal sobre a Assistência Social - *Bundessozialhilfegesetz*)[261].

Da mesma forma, o Tribunal Federal Constitucional Alemão, em 1975, também reconheceu o direito do cidadão aos recursos materiais mínimos a garantir uma existência digna. Trata-se do *leading case* sobre o tema. Vale conferir pequeno excerto extraído da mencionada decisão:

> Com certeza a assistência social aos necessitados faz parte dos deveres mais evidentes de um Estado social (...). Isto inclui necessariamente a ajuda social ao cidadão que, em razão de deficiência física ou mental, tem seu desenvolvimento pessoal e social impedido, sendo incapaz de prover seu próprio sustento. A sociedade estatal deve, em todo caso, garantir-lhe as condições mínimas para uma existência humanamente digna, e deve, além disso, esforçar-se para, na medida do possível, incluí-lo na sociedade, estimular seu adequado tratamento pela família ou por terceiro, bem como criar as necessárias instituições de cuidado. Esse dever geral de proteção não pode, naturalmente, terminar em razão de um determinado limite de idade [262].

Sobre o tema, Ingo Sarlet apresenta posição adotada pelo jurista alemão Christian Starck:

---

[260] *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 336-337.
[261] *Idem*, *ibidem*, p. 337.
[262] BVerfGE 40, 121 (133). *Apud* MARTINS, Leonardo (org.). *Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.* Montevideo: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 828.

> De acordo com Christian Starck, (...) o desenvolvimento direto, pela via interpretativa, de direitos originários a prestações das normas de direitos fundamentais não é, de regra, possível e foi objeto de enfática crítica. Todavia, em que pese sua posição tendencialmente contrária, o renomado autor considera admissíveis algumas exceções, desde que atendidos os seguintes pressupostos: a) a premente e compulsória necessidade de assegurar materialmente um direito de liberdade; b) determinabilidade do conteúdo da prestação; c) garantia dos recursos necessários, sem invasão da esfera de competência do legislador em matéria orçamentária; d) sujeição do direito social prestacional à cláusula vinculatória do art. 1°, inc. III, da Lei Fundamental (princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais). Os três primeiros requisitos possuem caráter cumulativo, ao passo que o último constitui decorrência deles[263].

Com efeito, o publicista alemão Christian Starck sustenta que apenas seria possível o reconhecimento de direito subjetivo quando houvesse recursos disponíveis para a concessão da prestação material requestada e que, além disso, deveria restar preservada a competência do legislador. A partir daí, o autor admite que os referidos requisitos podem ser constatados no caso de prestações materiais que visam garantir o mínimo vital, uma vez que estas não acarretariam "excessiva carga para o orçamento público"[264].

No entanto, a observação de Starck não pode ser transposta para o caso brasileiro, pois o número de pessoas em carência das necessidades mínimas no Brasil é muito superior do que na Alemanha. Desse modo, o atendimento das necessidades mínimas no Brasil implicaria reflexos bem mais impactantes no orçamento.

Alexy, por outro lado, buscou embasar sua teoria na idéia de ponderação de princípios. Neste aspecto, Ingo Sarlet bem explicitou as idéias do jurista alemão:

> Assim, se de um lado temos o princípio da liberdade fática (ou liberdade real), do outro encontram-se os princípios da competência decisória do legislativo, o princípio da separação dos poderes e princípios materiais relativos à liberdade fática de terceiros, outros direitos sociais ou mesmo bens coletivos. Muito embora o próprio Alexy reconheça que seu modelo não define quais direitos sociais o indivíduo efetivamente possua, demonstrando apenas que pode tê-los, sua concepção estabelece alguns parâmetros genéricos, que permitem o reconhecimento de direitos originários a prestações nas seguintes circunstâncias: a) quando imprescindíveis ao princípio da liberdade fática; b) quando o princípio da separação dos poderes (incluindo a competência orçamentária do legislador), bem como outros princípios materiais (especialmente concernentes a direitos fundamentais de terceiros) forem

---

[263] *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 362-363.
[264] *Idem*, *ibidem*, p. 363.

> atingidos de forma relativamente diminuta. Para Alexy, tais condições se encontram satisfeitas sobretudo na esfera dos direitos sociais que correspondem a um padrão mínimo, como é o caso do direito às condições existenciais mínimas, direito à formação escolar e profissional, uma moradia simples e um padrão mínimo de atendimento na área da saúde[265].

Conforme verificado, as duas teorias alemãs acima descritas, ainda que sob diferentes prismas, admitem direitos subjetivos a prestações mínimas aptas a garantir a efetiva fruição da liberdade, ou seja, a liberdade real.

Ingo Sarlet, por sua vez, deixa patente sua predileção pela teoria sustentada por Alexy:

> O modelo ponderativo de Alexy oferece-nos, para além do exposto, talvez a melhor solução para o problema, ao ressaltar a indispensável contraposição dos valores em pauta, além de nos remeter para uma solução calcada nas circunstâncias do caso concreto (e, portanto, necessariamente afinada com as exigências da proporcionalidade), já que estabelecer, nesta seara, uma pauta abstrata e genérica de diretrizes e critérios efetivamente não nos parece possível[266].

Como é cediço, a eficácia dos direitos fundamentais sociais de caráter prestacional está subordinada à existência de recursos, bem como ao princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, o qual tem relação direta com o princípio da independência dos poderes. Com isso, percebe-se um nítido confronto entre princípios. De um lado, temos o direito fundamental social à prestação, que, não raro, é expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, e, de outro, o princípio da reserva do possível e o princípio da independência dos poderes. Consoante já assinalado, a melhor solução a ser adotada é a ponderação dos princípios diante das peculiaridades do caso concreto[267].

Quanto a esta problemática, revela-se elucidativa a posição de Ingo Sarlet:

> Com base no exposto, verifica-se que o problema apenas poderá ser equacionado à luz das circunstâncias do caso concreto e do direito fundamental específico em pauta, sendo indispensável a ponderação dos bens e valores em conflito. Assim, em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do legislador (assim como a separação de poderes e as demais

---

[265] *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 364-365.
[266] *Idem*, *ibidem*, p. 371.
[267] LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 95.

> 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 de Gomes Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo for ultrapassado, tão-somente um direito subjetivo "prima facie", já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de uma lógica 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[268].

Portanto, defendemos, na esteira de Ingo Sarlet, a atribuição de um peso especial às normas de direitos fundamentais sociais sempre que destinadas a garantir a implementação das prestações mínimas necessárias à existência digna de cada cidadão.

É importante frisar, ainda, que a noção de mínimo existencial, apesar da nomenclatura utilizada, deve ser compreendida como a garantia de prestações materiais mínimas aptas a assegurar a vida digna do indivíduo e não apenas a mera existência. Nesta direção, Ingo Sarlet ofereceu como parâmetro para identificação do padrão mínimo social o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual teria uma noção mais ampla do que o direito à vida. Nas palavras precisas do autor:

> Neste contexto, cumpre registrar que o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações não se deverá restringir às hipóteses nas quais a própria vida humana estiver correndo o risco de ser sacrificada, inobstante seja este o exemplo mais pungente a ser referido. O princípio da dignidade da pessoa humana assume, no que diz com este aspecto, importante função demarcatória, podendo servir de parâmetro para avaliar qual o padrão mínimo em direitos sociais (mesmo como direitos subjetivos individuais) a ser reconhecido. Negar-se o acesso ao ensino fundamental obrigatório e gratuito (ainda mais em face da norma contida no art. 208, § 1º, da CF, de acordo com a qual se cuida de direito público subjetivo) importa igualmente em grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que este implica para a pessoa humana a capacidade de compreensão do mundo e a liberdade (real) de autodeterminar-se e formatar a existência, o que certamente não será possível em se mantendo a pessoa sob o véu da ignorância[269].

---

[268] SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n° 1, 2001, p. 37. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 14 de junho de 2007.

[269] *Idem, ibidem*, pp. 36-37.

Avançando ainda mais em seu posicionamento, Ingo Sarlet defende que a exigibilidade dos direitos prestacionais em juízo não se restringe à garantia do mínimo social necessário à vida digna dos indivíduos[270]. Logo, pode-se inferir que todos os direitos fundamentais sociais prestacionais podem ostentar subjetividade, de modo que sua concretização só se tornará viável a partir da ponderação dos princípios incidentes no caso concreto.

Por derradeiro, deve-se enfatizar que os direitos sociais são realmente direitos e não somente sentimentos comoventes que apenas provocam "nós na garganta", como bem advertiu Amartya Sen[271].

---

[270] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 370.

[271] SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade.* São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 262.

4 – CLÁUSULA DA RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL

4.1 – Considerações Preliminares

Cumpre ressaltar, desde já, que a cláusula da reserva do possível pode ser apontada como um dos principais obstáculos à efetividade dos direitos prestacionais, visto que a busca pela sua superação envolve intrincadas questões de natureza econômica e política.

Com efeito, o exame da cláusula da reserva do possível deve abordar necessariamente os dados da realidade econômica de cada Estado, levando-se em consideração, principalmente, as possibilidades financeiras de cada governo e também o que já foi implementado a título de políticas sociais.

Nesta senda, podemos dizer, então, que a aplicação das normas constitucionais sociais está sujeita a uma reserva de consistência, a qual obriga o intérprete a verificar os dados da realidade antes de atribuir eficácia à norma constitucional. Desse modo, a partir desta perquirição fática, poderá o magistrado conferir maior racionalidade às decisões judiciais.

Como exemplo de dado da realidade a ser examinado, podemos citar a própria análise da situação econômica de determinado governo, pois, a partir deste exame, será possível aquilatar se há realmente escassez de recursos financeiros e em que grau. Portanto, a alegação da reserva do possível é, na verdade, uma invocação de um dado econômico da realidade. Nestes termos, pode-se dizer, então, que a reserva do possível é uma faceta da reserva de consistência[272].

Neste contexto, Gustavo Amaral faz críticas ácidas àqueles que compartilham da doutrina da máxima eficácia dos direitos sociais, pois, segundo o autor carioca, tal teoria não leva em consideração os dados da realidade, como, por exemplo, a escassez dos recursos financeiros[273].

---

[272] MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 100.

[273] AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 99-120.

Noutro giro, note-se que, apesar de parte da doutrina mencionar que a cláusula da reserva do possível afetaria apenas os direitos de cunho prestacional, os direitos de defesa também são atingidos, pois, conforme já assentado alhures, ambos geram despesa para o Estado. Assim, para assegurar o manejo eficaz dos *writs* constitucionais (mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas corpus* e *habeas data*), por exemplo, é necessária a alocação específica de recursos para a manutenção do Poder Judiciário.

Dessa forma, na esteira de Stephen Holmes e Cass Sunstein, rompe-se com o tradicional pensamento de que os direitos de liberdade não geram custos ao Estado[274]. É o que se observa também nas palavras de Vicente de Paulo Barreto:

> Vestida de uma ilusória racionalidade, que caracteriza a "reserva do possível" como o limite fático à efetividade dos direitos sociais prestacionais, esse argumento ignora em que medida o custo é consubstancial a todos os direitos fundamentais. Não podemos nos esquecer do alto custo de aparelho estatal administrativo-judicial necessário para garantir os direitos civis e políticos. Portanto, a escassez de recursos como argumento para a não observância dos direitos sociais acaba afetando, precisamente em virtude da integridade dos direitos humanos, tanto os direitos civis e políticos, como os direitos sociais[275].

Embora os direitos de defesa (negativos) também gerem custos ao Estado, este argumento financeiro nunca foi esgrimido como motivo para não efetivação destes direitos. Com isso, a abordagem da cláusula da reserva do financeiramente possível ficará restrita aos direitos prestacionais de índole social. Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet é enfático:

> Assim, não há como negar que todos os direitos fundamentais podem implicar "um custo", de tal sorte que esta circunstância não poderia ser limitada aos direitos sociais de cunho prestacional. Apesar disso, seguimos convictos – como, de resto, esperamos demonstrar nas páginas que seguem – que para o efeito de se admitir a imediata aplicação pelos órgãos do Poder Judiciário, o corretamente apontado "fator custo" de todos os direitos fundamentais, nunca constituiu um elemento impeditivo da efetivação pela via jurisdicional (no sentido pelo menos da negativa da prestação jurisdicional) quando em causa direitos subjetivos de conteúdo "negativo". É justamente neste sentido que deve ser tomada a referida "neutralidade" econômico-financeira dos direitos de

---

[274] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights*: Why Liberty Depends on Taxes s. New York: Norton & Co., 1999, pp. 35-48.

[275] BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os Direitos Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 121.

> defesa, visto que sua eficácia jurídica (ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais na condição de direitos negativos) e a efetividade naquilo que depende da possibilidade de implementação jurisdicional não tem sido colocada na dependência da sua possível relevância econômica. Já no que diz com os direitos sociais a prestações, seu "custo" assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação[276].

Flávio Galdino, por seu turno, ao adotar a teoria interna das restrições aos direitos fundamentais[277], considera que o direito fundamental social prestacional só existe quando há disponibilidade financeira por parte do Estado.

Assim, o autor não considera a escassez dos recursos financeiros como um elemento de restrição à efetividade do direito fundamental, mas, sim, uma condicionante da própria existência do direito, de tal sorte que a carência de recursos deixa de ser um fator externo restritivo da eficácia dos direitos para se tornar um elemento intrínseco[278].

Com efeito, Flávio Galdino considera a reserva do possível como limite imanente dos direitos fundamentais. Nas palavras do autor:

> Na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captados junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita[279].

Entretanto, admitir a escassez dos recursos como elemento interno dos direitos, ou seja, considerar o custo dos direitos como parâmetro de definição do que está ou não protegido pela ordem jurídica, implica naturalmente um amplo espaço de discricionariedade ao administrador, de modo que este terá liberdade para definir o que é exeqüível ou não, e esta definição é que irá conferir o contorno de abrangência normativa de um determinado direito.

Assim, de acordo com tal concepção, se o administrador entender que não há recursos financeiros para a realização de um determinado direito, isto equivale dizer

---

[276] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 299-300.

[277] A teoria interna das restrições aos direitos fundamentais já foi objeto de reflexão no item 1.7.1.

[278] OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 196.

[279] GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) *Legitimação dos Direitos Humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 188.

que o direito não existe. Ressalte-se que a adoção de tal teoria pode gerar arbitrariedades, bem como sérias dificuldades para o exercício do controle das opções alocativas dos Poderes Públicos.

Noutro vértice, tem-se a teoria externa das restrições aos direitos fundamentais[280], que, no contexto da eficácia dos direitos fundamentais sociais, considera a reserva do possível como um elemento externo ao direito fundamental, o qual pode trazer limitações quanto à sua efetividade.

Segundo tal teoria, portanto, o direito fundamental social existe, porém pode ter sua efetividade reduzida em face da escassez dos recursos financeiros. Desse modo, os direitos fundamentais sociais prestacionais implicariam posições jurídicas *prima facie,* com a natureza de mandado de otimização, o qual lhes confere a maior aplicabilidade possível, mas que pode, no entanto, vir a ser restringida em face da carência de recursos. Por outro lado, se houver disponibilidade de recursos, as posições jurídicas *prima facie* tornar-se-iam posições jurídicas definitivas[281].

Logo, os direitos fundamentais sociais de caráter prestacional assumem precipuamente a condição de princípios e, considerando a formulação conceitual de Alexy, segundo o qual "os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes"[282], podemos entrever, diante dessa definição, que a existência de recursos financeiros deve ser concebida como a "possibilidade real" aludida no conceito de Alexy.

4.2 – Conceito

De início, cumpre registrar que não há consenso quanto à natureza jurídica da reserva do financeiramente possível.

---

[280] A teoria externa das restrições aos direitos fundamentais já foi analisada no item 1.7.2.

[281] OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 204.

[282] Tradução livre do autor. Texto original: "(...) *los principios son normas que ordenan que algo sea realizado em la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*." (ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86).

À luz dos argumentos vertidos no tópico anterior, não nos parece razoável afirmar que a cláusula da reserva do possível constitua elemento integrante dos direitos fundamentais, isto é, como se fosse um limite imanente ao direito fundamental.

Quanto à definição da reserva do possível como um princípio (espécie normativa), pensamos não ser a melhor alternativa. Na verdade, a reserva do possível não traz nenhum fim, tarefa ou objetivo a ser alcançado, razão pela qual não pode ser considerada como um mandado de otimização. Além disso, o simples fato de ser cabível a ponderação da reserva do possível não legitima a sua qualificação como um princípio[283].

Segundo Wálber Araújo Carneiro, a reserva do financeiramente possível seria uma causa excludente da ilicitude do Estado que deixa de conferir eficácia a um direito fundamental social prestacional consagrado na Constituição Federal. Dessa forma, diante de um quadro financeiro deficitário, seria inexigível do Estado a adoção de conduta diversa. Assim leciona o mencionado autor:

> (...) a impossibilidade de cumprir determinado programa ou de conferir determinada prestação não constituirá, necessariamente, um ilícito praticado pelo Estado. A escassez de recursos, como um fato inexorável, servirá, desde que esteja caracterizada, como uma excludente para a efetivação da medida, o que não desnatura a existência de um direito subjetivo e correlato dever do Estado[284].

A despeito das concepções acima delineadas, acreditamos ser a melhor definição aquela que considera a reserva do possível como um “elemento de realidade” o qual traz limitações à efetividade das normas jurídicas fundamentais.

4.3 – Origem

A cláusula da reserva do financeiramente possível tem sua origem na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã (*Bundesverfassungsgericht*), mais precisamente no célebre caso *Numerus Clausus*, julgado em 1972.

---

[283] OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 211.

[284] CARNEIRO, Wálber Araújo. Escassez, Eficácia e Direitos sociais. In: *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA.* Salvador: Faculdade de Direito: EDUFBA, jan-dez 2004, p. 383.

No referido caso, o Tribunal Federal Constitucional Alemão apreciou as limitações à admissão de estudantes para o curso de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera. Confira-se pequeno excerto do mencionado julgamento, citado na obra organizada por Leonardo Martins:

> Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade[285].

Assim, o Tribunal Federal Constitucional Alemão assentou que a prestação exigida do Estado deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Com efeito, o foco principal do julgamento proferido pela Corte Constitucional Alemã não se vinculou à questão relacionada à escassez de recursos financeiros, mas, sim, a razoabilidade da prestação requerida do Estado[286].

Portanto, de acordo com a doutrina da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), construída pela Corte Constitucional Alemã, mesmo que houvesse recursos financeiros para satisfazer a prestação requerida, o Estado não iria realizar se a exigência não estivesse dentro do limite do razoável[287]. No aludido julgamento, o Tribunal Alemão entendeu que não seria razoável impor ao Estado a obrigação de garantir o ingresso na Universidade de todos aqueles que pretendessem estudar medicina.

Ressalte-se que, no caso em questão, não estava em debate apenas a restrição do acesso ao ensino superior, mas também o direito de liberdade de escolha da profissão, garantido pela Lei Fundamental Alemã. Com isso, o Tribunal Alemão entendeu que a liberdade de escolha de profissão pressupunha o livre acesso às instituições de ensino, pois este último seria condição *sine qua non* para a efetiva liberdade de escolha profissional. Contudo, o Estado Alemão não tinha condições de matricular no curso de medicina todas as pessoas que assim o quisessem, razão pela qual foi garantido ao menos o tratamento igualitário de acesso ao ensino superior.

---

[285] BverfGE 33, 303, *apud* MARTINS, Leonardo. *Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.* Montevideo: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 663.

[286] OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 233.

[287] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 301.

É relevante notar que a doutrina da reserva do possível foi acolhida pelo direito pátrio com outra compreensão. Conforme já dito, no direito alemão, a teoria foi concebida como um direcionamento ao Estado no sentido de que este só pode ser exigido em face de prestações que se encontram dentro de um limite de razoabilidade. Já, no direito pátrio, a reserva do possível encontra-se ligada ao limite referente à escassez dos recursos públicos[288].

No mesmo sentido, Canotilho também concebe a reserva do possível como a limitação dos recursos financeiros. Esta é a observação de Andreas J. Krell: "O português Canotilho vê a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro de uma 'reserva do possível' e aponta a sua dependência dos recursos econômicos"[289].

Após uma breve análise das origens da cláusula da reserva do possível, faz-se necessário perscrutar sobre a possibilidade de transposição da *Vorbehalt des Möglichen* – prevista na Alemanha – para o sistema constitucional brasileiro.

No que tange à discussão acima, merece destaque a disparidade socioeconômica dos dois países. Dessa forma, a aplicação da reserva do possível no Brasil estaria condicionada a um ajustamento à realidade socioeconômica brasileira. Neste sentido, Ivo Dantas sustenta não ser possível "transportar um instituto de uma sociedade para outra, sem se levar em conta os condicionamentos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos"[290].

Andreas J. Krell faz uma crítica severa ao modo como a cláusula da reserva do possível foi transportada do sistema alemão e introduzida no direito brasileiro. O autor enfatiza a drástica diferença social entre o Brasil e a Alemanha:

> Devemos nos lembrar que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha – como nos países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham vagas nos hospitais mal equipados da rede pública; não há necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não

---

[288] OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 235.
[289] KRELL, Andréas J. *Direitos sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des) caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002, pp. 51-52.
[290] DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Comparado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 105.

> conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de assistência social que recebem, etc[291].

Krell ainda complementa:

> Assim, a discussão européia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado[292].

Neste particular, é imperioso sublinhar o papel relevante do Direito Comparado na evolução das doutrinas nacionais, porém, por outro lado, é necessário fazer adaptações às teorias originadas no Direito Estrangeiro à realidade nacional, sobretudo no que se reporta à reserva do possível, uma vez que desnuda um caráter essencialmente econômico que varia de acordo com as características de cada país[293].

A partir disso, buscaremos, nos tópicos seguintes, examinar a cláusula da reserva do financeiramente possível sob a perspectiva da realidade socioeconômica brasileira, sem perder de vista, ainda, as normas constitucionais que regem a matéria.

4.4 – Análise Jurídica da Escassez de Recursos

Cumpre advertir, inicialmente, que a escassez dos recursos financeiros exige uma decisão responsável do Poder Público quanto à alocação das verbas públicas. Sendo assim, a destinação dos recursos deverá sempre se nortear pela observância aos princípios constitucionais da eficiência e da moralidade administrativa.

Neste contexto, torna-se imperioso fazer alusão à afirmação de Stephen Holmes e Cass Sunstein no sentido de que “levar direitos a sério significa levar a sério o problema da escassez”[294].

---

[291] KRELL, Andréas J. *Direitos sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002, pp. 108-109.

[292] *Idem, ibidem*, p. 54.

[293] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 307-308

[294] Tradução livre do autor. Texto original: “Taking rights seriously means taking scarcity seriously” (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights*: Why Liberty Depends on Taxes s. New York: Norton & Co., 1999, p. 94.)

Nesta perspectiva, ressalte-se, ainda, a necessidade de intensificação de mecanismos de participação popular na gestão do orçamento público, de modo que os indivíduos e associações possam efetivamente ser co-autores das decisões alocativas dos recursos públicos. No Brasil, no entanto, tais instrumentos de democracia participativa ainda são incipientes, pois, em regra, estão adstritos à pequena parcela do orçamento público.

Considerando a escassez dos recursos, mormente nos países ainda em desenvolvimento, como o Brasil, a escolha da alocação deverá ser racional e também voltada às prioridades indicadas pela norma constitucional. Destaca-se, assim, a força dirigente da Constituição[295], a qual impõe diretrizes aos poderes constituídos na definição das políticas públicas.

A respeito da escassez dos recursos, é importante estabelecer, desde logo, uma distinção entre a escassez de natureza absoluta e a escassez de natureza relativa.

No caso da escassez absoluta, verifica-se um completo esgotamento dos recursos, de modo que não há como superar a alegação da reserva do financeiramente possível e, por conseguinte, impor coercitivamente a realização de algo impossível sob o ponto de vista econômico.

À guisa de ilustração, suponha-se, por exemplo, uma ordem judicial, que, com fundamento no direito à saúde, obrigue um pequeno Município, sem qualquer vocação econômica, a construir um amplo hospital capaz de atender toda a sua população. Imaginemos, ainda, que o valor para a construção do referido hospital seja equivalente a cinco vezes a receita bruta do pequeno Município. Nesta situação, a ordem judicial seria totalmente ineficaz por absoluta falta de recursos (escassez absoluta), justificando-se, por isso, o acolhimento da alegação da reserva do financeiramente possível. Desse modo, sendo a escassez de natureza absoluta, não poderá o Judiciário obrigar o Poder Público a realizar o impossível.

Frise-se que o Poder Público, nestes casos, deverá comprovar objetivamente a escassez absoluta de recursos e não, apenas, alegar de modo não fundamentado, desprovido de qualquer suporte probatório[296].

---

[295] O Dirigismo Constitucional já foi abordado no item 2.3.

[296] LIMA, George Marmelstein. *Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.* Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005, p. 195-196.

No caso da escassez relativa, os recursos financeiros existem, todavia foram destinados ao atendimento de outra finalidade. Como exemplo, podemos observar a postura do Poder Público que nega a realização de cirurgia indispensável à sobrevivência de um cidadão sob alegação de ausência de recursos, sendo que, em contrapartida, o orçamento público destinou cifra elevada de verbas públicas para realização de propagandas institucionais do governo[297].

Nesta hipótese, observa-se, assim, uma escassez relativa dos recursos derivada de um manifesto desacerto – sob a ótica constitucional – da escolha alocativa.

No exemplo acima, é fácil constatar que a cirurgia visa garantir o mínimo existencial da pessoa humana, ao passo que a propaganda institucional do governo decerto não está arrolada entre as preferências traçadas pelo constituinte. Portanto, no referido caso, a alegação de escassez deverá ser repelida, uma vez que existe verba pública suficiente para a realização da cirurgia, não obstante esteja alocada em outra finalidade.

Logo, a reserva do possível não poderá ser alegada quando representar apenas a maquiagem de uma escassez, ou seja, quando decorrente da ostensiva inobservância das prioridades constitucionais. Assim, a reserva do possível deverá revelar uma condição de realidade, a qual retrate fielmente a insuficiência financeira do Estado[298].

Quanto aos argumentos acima lançados, é necessário enfatizar que a perquirição acerca da natureza das prestações materiais acolhidas pelo orçamento servirá tão-somente para que o magistrado constate se há recursos disponíveis e, a partir daí, rejeitar a alegação estatal de escassez, nos termos já aduzidos.

Em outras palavras, a identificação das destinações orçamentárias em finalidades não prioritárias (*v.g.*: propaganda institucional do governo) será a fundamentação da decisão que irá repelir a alegação da reserva do possível. Desse modo, tal apuração não implicará em ordem judicial de redirecionamento de verbas

---

[297] Frise-se que propaganda institucional do governo é aquela que tem como objetivo "falar bem de si mesmo", ou seja, alardear as "maravilhas" executadas por determinada gestão pública. Ao contrário da publicidade institucional, existem as propagandas educativas, que têm como objetivo a prevenção de doenças (câncer do colo do útero, aids, tuberculose, câncer de mama, dengue, etc) e também outras políticas de prevenção, como, por exemplo, as relacionadas aos acidentes de trânsito.

[298] OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 365.

públicas para atender a prestação material requerida, conforme será melhor esclarecido no capítulo seguinte, quando tratarmos dos limites do Poder Judiciário.

Sendo assim, será necessário perscrutar sobre a natureza das finalidades comtempladas pelo orçamento, isto é, aquilatar se as mesmas são consideradas prioritárias ou não à luz da ordem constitucional.

Se a destinação orçamentária acolheu prestações materiais não consideradas prioritárias pela Constituição, como no exemplo acima referido, deverá, então, ser rejeitada a alegação da reserva do possível, uma vez que não há escassez propriamente dita.

Dessa forma, a escassez de recursos teria, a princípio, o condão de impedir a exigibilidade de um direito fundamental social. Entretanto, o Poder Judiciário, quando provocado, deve apurar a natureza dessa alegada falta de verba pública, isto é, verificar se ela é contornável ou não, bem como se as razões que determinaram a escolha alocativa de recursos em prejuízo do direito social pleiteado são efetivamente adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito. Com isso, examina-se a proporcionalidade da opção política de destinação dos recursos em benefício de determinado bem jurídico em detrimento de outro. Com efeito, é de fundamental importância a ponderação dos gastos autorizados pelo governo e os direitos que ainda pendem de implementação[299].

Assim, será indispensável examinar os bens jurídicos já contemplados pelo orçamento público e a prestação requerida do Estado. É importante, contudo, ter cautela em tal construção, para que não reste fulminado o princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, correr o risco de transformar o Poder Judiciário na figura paterna de uma sociedade órfã, como já metaforizou Ingeborg Maus[300].

Desse modo, a ponderação deve cingir-se a hipóteses evidentes, onde o bem requestado pelo indivíduo é indubitavelmente mais essencial do que a finalidade que o orçamento acolheu.

---

[299] OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 208.

[300] MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Tradução de Martônio Lima e Paulo Albuquerque. In: *Revista Novos Estudos CEBRAP.* São Paulo, n. 58, nov. 2000, p. 185.

Com isso, pode-se concluir que a reserva do possível não pode ser considerada como uma restrição absoluta aos direitos fundamentais sociais, visto que está sujeita a um exame de proporcionalidade. Conforme assinalado, tanto a prestação pretendida pelo indivíduo quanto a alegação estatal de que não há recursos financeiros deverão ser submetidas ao exame da proporcionalidade.

Logo, a implementação dos direitos sociais prestacionais está subordinada a escolhas políticas, as quais definirão a destinação dos recursos e as políticas públicas necessárias à efetivação destes direitos. Sendo assim, podemos dizer, na esteira de Vicente de Paulo Barreto, que a necessidade de uma "economia forte" para realização dos direitos sociais seria, na verdade, uma questão de "vontade política"[301].

Neste contexto, Flávio Galdino aponta:

> O que verdadeiramente frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental não é a exaustão de um determinado orçamento, é a opção política de não se gastar dinheiro com aquele mesmo direito. (...) O argumento da exaustão orçamentária presta-se unicamente a encobrir as trágicas escolhas que deixaram de fora do universo do possível a tutela de um determinado direito[302].

A observação do autor é muito lúcida e revela com precisão a frustração do povo brasileiro quando se depara com notícias, nos meios de comunicação, a respeito da destinação dos recursos públicos em finalidades desnecessárias (*v.g.*: os milhões de reais gastos todos os anos pelo governo com propaganda institucional)[303] ou incompatíveis com nossa difícil situação social (*v.g.*: a execução de obras monumentais com gastos elevadíssimos)[304]. Em contrapartida, determinados setores

---

[301] BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 119-120.

[302] GALDINO, Flávio. *O Custo dos Direitos*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 214.

[303] Em 2003, o governo federal gastou R$ 540,1 milhões com propaganda; em 2004, foram R$ 797,9 milhões; em 2005, R$ 771,3 milhões; e em 2006, R$ 476, 7 milhões. Quanto ao exercício de 2006, destaca-se que o valor se refere às ações de publicidade realizadas apenas até o dia 29 de junho. (Fonte: Revista Consultor Jurídico, de 18 de julho de 2006. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/46440,1>. Acesso em: 14 de dezembro de 2007).

[304] A respeito das obras monumentais executadas pelo Poder Público, assume destaque a Ponte Juscelino Kubitschek (conhecida como Terceira Ponte), construída pelo Governo do Distrito Federal no período de 2000-2002. Não há dúvida de que a aludida obra foi um marco na beleza arquitetônica de Brasília, além também de ter sido útil para a melhora do tráfego de veículos. No entanto, seria mais razoável a execução de uma obra mais simples e com um gasto bem inferior, considerando que outros

públicos, como a saúde e a educação, funcionam precariamente em face da não alocação de recursos mínimos necessários.

4.5 – Hipóteses de Mitigação de Aplicação da Cláusula da Reserva do Financeiramente Possível

Preambularmente, deixa-se claro que não se pretende defender a não aplicação da cláusula da reserva do possível no Brasil, pois, como é evidente, os recursos públicos não são inesgotáveis, isto é, trata-se de um limite fático incontestável. Contudo, tendo em vista a conjuntura socioeconômica de nosso País, bem como o *status* constitucional dos direitos fundamentais sociais, propomos um estudo de hipóteses em que a alegação da reserva do possível não deve ser acolhida.

Conforme já deduzido, os direitos fundamentais sociais estão dispersos pelo texto constitucional (art. 6º, 7º, 203, 205, dentre outros), sendo que alguns deles já foram concretizados pelo legislador infraconstitucional. No entanto, a maioria dos direitos fundamentais a prestações não recebeu a devida conformação pelo legislador, o que não exime o Poder Executivo da sua realização, inclusive com a execução de programas sociais que busquem a efetivação do conceito de dignidade da pessoa humana.

Todavia, apesar das imposições previstas nas normas constitucionais, o Estado tem sido omisso na concretização de tais direitos, alegando, para tanto, a escassez dos recursos financeiros. Na verdade, a alegação da reserva do possível tem sido, em muitos casos, falaciosa, de modo que o Estado sequer traz qualquer comprovação da ausência de recursos.

---

setores públicos do Distrito Federal, como a saúde e a educação, ainda careciam de recursos. Note-se, ainda, que, no transcurso da obra, foi necessário um remanejamento de 40 milhões de reais do orçamento da saúde para a Secretaria de Obras do Distrito Federal para que fosse possível finalizar a obra (a referida transferência de recursos foi autorizada pela Lei Distrital nº 2930, de 21 de março de 2002). Desse modo, sustentamos ser inaceitável o argumento da reserva do possível para deixar de realizar, por exemplo, um procedimento cirúrgico essencial, quando, em contrapartida, o Estado destina mais de 160 milhões de reais em obra momumental, sendo que seria possível executar uma obra mais simples com valor bem inferior.

No que toca ao argumento da reserva do possível, é crucial considerar que cabe ao Estado a efetiva comprovação da ausência de recursos financeiros. Além disso, também compete ao Poder Público a comprovação da eficiente aplicação dos mesmos, bem como do não desperdício[305].

Por outro lado, quando o juiz estiver enfrentando a alegação da reserva do possível, não pode o mesmo presumir a existência de recursos financeiros. Neste aspecto específico, merece crédito a crítica formulada por Gustavo Amaral no sentido de que a doutrina e a jurisprudência costumam se esquivar de apurar a alegação de escassez de recursos e acabam por presumir sua existência[306].

Examinaremos, a seguir, hipóteses em que a cláusula da reserva do possível deverá ter sua aplicação mitigada.

Em que pese o dever do Poder Executivo de implementar os programas sociais necessários à efetivação dos direitos fundamentais a prestações, incluindo aqueles ainda não concretizados pelo legislador, por vezes o Poder Público se omite, negligenciando, assim, a realização de tais direitos.

Neste particular, vale estabelecer uma distinção entre os direitos fundamentais sociais relacionados ao mínimo existencial da pessoa humana e aqueles que, apesar de também importantes, não resguardam parcela essencial da dignidade da pessoa humana. Quanto aos primeiros, não cabe ao Poder Executivo, em princípio, invocar a cláusula da reserva do possível, pois devem ser garantidas ao indivíduo as prestações materiais mínimas que lhe assegurem uma existência digna. Em apoio a tal entendimento, podemos citar Ingo Sarlet[307], Andreas J. Krell[308], dentre outros. Recorde-se, por outro lado, que, quando se tratar da escassez absoluta de recursos, será inevitável o acolhimento da alegação da reserva do possível, ainda quando em discussão a proteção ao mínimo existencial.

Entretanto, tal posicionamento apresenta algumas resistências, sendo que alguns autores asseveram ser cabível o acolhimento da cláusula da reserva do possível

---

[305] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 375.

[306] AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 173.

[307] SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, pp. 362 e ss.

[308] KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002, pp. 51 e ss.

até mesmo quando se tratar da proteção do mínimo existencial da pessoa humana. Argumentam que a questão referente à aplicação de recursos orçamentários está adstrita aos Poderes Executivo e Legislativo, uma vez que seus membros foram eleitos pelo povo, estando, assim, aptos democraticamente a fazerem as escolhas necessárias.

O Supremo Tribunal Federal, todavia, tem acolhido a idéia de superação da cláusula da reserva do possível quando se está em discussão a efetividade de direitos fundamentais a prestações ligados ao mínimo existencial. Neste diapasão, destaca-se o seguinte julgado:

> Argüição 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 econômicos, sociais 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 argüição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).
>
> (...).
>
> Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade[309].

Assim, a priori, não se vislumbra a possibilidade da reserva do possível ser acolhida em contraposição à exigibilidade das prestações materiais necessárias à sobrevivência com dignidade.

Robert Alexy, por sua vez, sustentou que, quando está em discussão a eficácia de direitos sociais mínimos, o argumento da prevalência de outros bens ou princípios (*v.g.*: competência orçamentária do legislador) não pode ser acolhida em

---

[309] STF, ADPF nº 45. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 29/04/2004 e publicado no DJU em 04/05/2004, p. 00012. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>. Acesso em: 12 de dezembro de 2007.

prejuízo do direito social. Segundo o autor alemão, a efetivação deste mínimo existencial não seria capaz de abalar de modo substancial os princípios ou bens jurídicos em conflito[310].

Segundo Emerson Garcia, a cláusula da reserva do possível, no que se refere ao mínimo existencial, somente poderia ser acolhida se restasse comprovada a absoluta impossibilidade material de implementação do direito social (escassez absoluta de recursos). Entretanto, no que concerne à escassez decorrente das opções alocativas do Administrador público (escassez relativa de recursos), o autor defende não ser cabível o reconhecimento da reserva do possível. Neste sentido, adverte o doutrinador:

> Tratando-se de impossibilidade jurídica, o que decorreria não da ausência de receita, mas da ausência de previsão orçamentária para a realização da despesa, deverá prevalecer o entendimento que prestigie a observância do mínimo existencial. Restando incontroverso o descompasso entre a lei orçamentária e os valores que integram a dignidade da pessoa humana, entendemos deva esta prevalecer, com o conseqüente afastamento do princípio da legalidade da despesa pública. Não fosse assim, seria tarefa assaz difícil compelir o Poder Público a observar os mais comezinhos direitos assegurados na Constituição da República e na legislação infraconstitucional, o que terminaria por tornar legítimo aquilo que, na essência, não o é. Não é demais lembrar que, ao consagrar direitos, o texto constitucional implicitamente impôs o dever de que sejam alocados recursos necessários à sua efetivação[311].

Quanto aos direitos fundamentais sociais que não representam necessariamente a proteção do mínimo existencial da pessoa humana, discute-se se teria cabimento a alegação da cláusula da reserva do possível invocada pelo Estado. Sobre o tema, Sérgio Cruz Arenhart afirma que:

> (...) por se tratarem de direitos fundamentais, representam opções vinculativas do constituinte para o legislador infraconstitucional. Desse modo, estes interesses somente podem ser restritos – ainda que por conta da reserva do possível – na medida em que esta restrição atende a outro interesse também fundamental. Trata-se, em essência, da aplicação da ponderação de princípios[312].

---

[310] ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 495.

[311] GARCIA, Emerson. O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade. In: _____ (coord.). *A Efetividade dos Direitos Sociais.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, pp. 190-191

[312] ARENHART, Sérgio Cruz. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>. Acesso em: 17 de outubro de 2007.

Assim, de acordo com o trecho acima transcrito, com o qual nós concordamos, a cláusula da reserva do possível não poderá ser admitida quando os recursos financeiros disponíveis estão destinados a interesses de natureza não fundamental, sendo que, em contrapartida, existem, ainda, direitos fundamentais sociais em descoberto. Nestas hipóteses, como já visto, deve-se ponderar os direitos contemplados pelo orçamento e os que ainda pendem de realização, aplicando-se, dessa forma, os postulados da proporcionalidade.

A respeito da presente discussão, Ana Paula de Barcellos defende que só há liberdade do Poder Público na aplicação dos recursos quando as finalidades essenciais previstas na Constituição já tiverem sido contempladas. Neste sentido, assim leciona a autora:

> Se é assim, e se os meios financeiros não são ilimitados, os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que eles sejam realizados. Os recursos remanescentes haverão de ser destinados de acordo com as opções políticas que a deliberação democrática apurar em cada momento[313].

Logo, só poderá subsistir a alegação da cláusula da reserva do possível quando os recursos públicos alocados no orçamento também estiverem atendendo a reivindicação dos direitos fundamentais. Nesta hipótese, a reserva do possível deve ser reconhecida, pois, se o orçamento público já está atendendo a interesses fundamentais e não mais existem recursos disponíveis, não há mais o que fazer no campo jurídico, uma vez que estaremos diante de um nó górdio, a princípio, sem solução.

4.6 – Análise das Correntes Jurisprudenciais

Quanto à cláusula da reserva do financeiramente possível, podem-se identificar resumidamente três correntes jurisprudenciais.

---

[313] BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. RJ-SP: Renovar, 2002, p. 242.

De um lado, existem aqueles que não levam em consideração o critério referente ao custo dos direitos, pois defendem que a norma de direito fundamental social deve se sobrepor à reserva do possível. Assim, esta corrente parte da presunção de que há recursos públicos disponíveis para a satisfação das necessidades fundamentais requestadas em juízo.

Como exemplo de tal posicionamento, podemos mencionar uma decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que, considerando o direito fundamental à saúde, reconheceu que o Estado deveria fornecer ao cidadão tratamento médico para sua enfermidade – distrofia muscular progressiva de Duchenne – realizado nos Estados Unidos, em caráter experimental. O custo do tratamento correspondia a US$ 163,000.00 (cento e sessenta e três mil dólares americanos). No julgamento, o Tribunal deixou claro seu posicionamento: "Ao julgador não é lícito, com efeito, negar tutela a esses direitos naturais de primeiríssima geração sob o argumento de proteger o erário"[314].

Embora o relator tenha analisado com percuciência a problemática alusiva à eficácia dos direitos fundamentais sociais, deixou, por outro lado, de enfrentar a alegação estatal de escassez de recursos, de modo que ignorou a questão de cunho econômico e presumiu a existência de recursos.

É crucial ressaltar que tal corrente jurisprudencial pode se tornar frágil diante dos dados da realidade, uma vez que, em determinadas situações, a decisão judicial pode vir a ser inexeqüível em virtude da escassez absoluta de recursos, a qual não foi devidamente examinada pelo magistrado na fase processual pertinente.

Frise-se, no entanto, que não defendemos a aceitação inerte da alegação estatal da reserva do possível, pois, na verdade, sustentamos que o argumento da escassez deve ser efetivamente apurado a fim de que se possam identificar os reais motivos pelos quais os recursos se tornaram indisponíveis.

De fato, não se pode ignorar que a efetivação dos direitos fundamentais prestacionais está subordinada a aspectos de natureza econômica. Assim, desconsiderar tal situação significa ir contra os elementos da realidade e, por

---

[314] TJSC, Agravo de Instrumento nº 97.000511-3. Relator: Des. Sérgio Torres Paladino. *Apud* AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 26.

conseguinte, correr o risco de proferir uma decisão carente de efetividade e racionalidade[315].

Em acepção oposta, há outra corrente no sentido de que o Poder Judiciário não teria legitimidade para rejeitar a alegação estatal da reserva do financeiramente possível, uma vez que, se assim o fizesse, estaria se imiscuindo em área de atuação privativa do Legislativo e do Executivo, considerando que os membros destes dois poderes foram eleitos democraticamente para realizar livremente as opções alocativas de recursos. Neste sentido, pode-se destacar trecho de julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> Não há de permitir que um poder se imiscua em outro, invadindo esfera de sua atuação específica sob o pretexto da inafastabilidade do controle jurisdicional e o argumento do prevalecimento do bem maior da vida. O respectivo exercício não mostra amplitude bastante para sujeitar ao Judiciário exame das programações, planejamentos e atividades próprias do Executivo, substituindo-o na política de escolha de prioridades na área de saúde, atribuindo-lhe encargos sem o conhecimento da existência de recursos para tanto suficientes. Em suma: juridicamente impossível impor-se sob pena de lesão ao princípio constitucional da independência e harmonia dos poderes obrigação de fazer, subordinada a critérios, tipicamente administrativos, de oportunidade e conveniência, tal como já se decidiu[316].

Além dessas posições antagônicas, há uma terceira que leva em conta a questão da escassez dos recursos públicos, isto é, nem a ignora, nem a considera óbice intransponível, mas, ao contrário, se propõe a investigar a natureza da escassez[317]. Nesta perspectiva, deve ser perscrutada a essencialidade da prestação requerida em juízo e, depois disso, fazer a devida ponderação com a alegação do Poder Público de que não há recursos financeiros para satisfazer a prestação material reivindicada (escassez absoluta ou relativa).

Neste contexto, é importante fazer menção ao julgamento do Supremo Tribunal Federal proferido na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental –

---

[315] PORT, Otávio Henrique Martins. *Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública*. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 105.

[316] TJSP, Agravo de Instrumento nº 42.530.5/4. *Apud* AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 27-28.

[317] OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 242.

ADPF nº 45. A referida ação constitucional foi proposta pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB em face de veto presidencial ao § 2º do art. 55 da Lei nº 10.707/2003, o qual previa a destinação de recursos ao setor da saúde. Conquanto a ação tenha sido julgada prejudicada em virtude da rejeição do veto presidencial pelo Congresso Nacional, o eminente Ministro Celso de Mello apreciou o mérito da pretensão deduzida. Convém, neste momento, transcrever trecho do voto do Ministro, no qual o mesmo reconhece o direito dos indivíduos a prestações sociais em face do Estado quando a alegação da reserva do possível for decorrente de uma manipulação da atividade financeira e/ou político-administrativa (escassez relativa):

> É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.
>
> Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.
>
> (...)
>
> Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas[318].

De acordo com a decisão acima transcrita, a reserva do possível foi abordada sob dois prismas, quais sejam: a razoabilidade da pretensão deduzida em face do Poder Público (concepção elaborada pelo Tribunal Constitucional Alemão –

[318] STF, ADPF nº 45, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 16/09/1993, publicado no DJU em 04/05/2004, p. 22.252. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=737&pagina=1&base=baseAcordaos>. Acesso em: 12 de dezembro de 2007.

Vorbehalt des Möglichen) e a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas[319].

Diante das correntes jurisprudenciais acima descritas, posicionamo-nos por aquela que impõe uma apuração incisiva quanto à natureza da escassez alegada, nos termos dos argumentos já esgrimidos nos tópicos precedentes[320].

---

[319] OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 252.

[320] No item 4.4, defendemos a possibilidade de investigação da natureza da escassez de recursos invocada pelo Estado.

5 – DA LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

5.1 – Considerações Preliminares

O papel do Poder Judiciário no momento seguinte à Revolução Francesa tornou-se muito limitado, visto que, durante o Antigo Regime, os juízes foram responsáveis por vários atos de violação dos direitos do homem. Desse modo, a atividade criadora dos Tribunais passou a ser vista com profunda desconfiança[321].

Em tal período histórico – após a Revolução Francesa –, tínhamos, então, um Judiciário fraco e desgastado e, por outro lado, um Poder Legislativo forte e prestigiado. Assim, o Parlamento buscava regular ao máximo todos os fatos da vida, de modo que restasse ao juiz apenas a mera tarefa de subsunção da lei ao caso concreto, com diminuta atividade interpretativa. Considerando, portanto, este período de supremacia da lei, o século XIX ficou marcado pelas codificações.

No entanto, no sistema constitucional contemporâneo, o Estado Democrático de Direito exige uma estruturação dos Poderes Públicos de modo que cada um tenha autonomia para executar suas funções, sem olvidar, no entanto, que estas devem ser cumpridas de acordo com um sistema harmônico de coordenação.

Assim, de nada adiantaria ter uma Constituição que cataloga inúmeros direitos fundamentais, se não houver previsão de um órgão capaz de assegurar a efetividade destas normas quando os poderes constituídos forem omissos ou agirem em desconformidade com o preceito constitucional. No sistema jurídico pátrio, esta posição de "garantidor dos direitos constitucionais" tem sido desempenhada pelo Poder Judiciário[322]. Com efeito, o Poder Judiciário passa a ter outra conotação no atual cenário sociopolítico.

A legitimidade do Judiciário para garantir a efetividade das normas de direito fundamental decorre, em primeiro lugar, da própria Constituição, uma vez que o Constituinte estabeleceu que o Poder Judiciário seria o guardião da Constituição.

---

[321] LIMA, George Marmelstein. *Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.* Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005, pp. 75-76.

[322] OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 286.

Ademais, podemos reconhecer a legitimidade também no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, que assim dispõe: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"[323].

Portanto, diante da não realização dos direitos sociais prestacionais pelos Poderes Políticos (Executivo e Legislativo), será cabível, então, ao Judiciário, determinar a sua concretização, desde que presentes os requisitos fáticos e jurídicos exigidos.

Na mesma direção, vale destacar o art. 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que prevê que "todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei".

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência têm se voltado para diferentes posições no que concerne à possibilidade do Poder Judiciário determinar ao Estado o fornecimento de prestações materiais.

O debate acerca da legitimidade do Poder Judiciário para controlar os atos praticados pelos poderes políticos (Executivo e Legislativo) envolve, obrigatoriamente, a análise de duas correntes doutrinárias divergentes, quais sejam: o procedimentalismo e o substancialismo.

5.2 – Corrente Procedimentalista

Destaca-se, inicialmente, que a corrente procedimentalista tem os professores Jürgen Habermas e John Hart Ely como uns de seus principais defensores.

De acordo com tal corrente doutrinária, a concepção material de Constituição e também o próprio controle de constitucionalidade enfraqueceriam a noção de democracia, uma vez que os juízes – os quais não foram legitimados democraticamente pelo povo – estariam autorizados a invalidar os atos praticados pelos poderes políticos (Executivo e Legislativo).

---

[323] LIMA, George Marmelstein. *Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.* Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005, p. 186.

Sustentam que a Constituição não poderia agregar valores substantivos de modo a determinar as condutas dos cidadãos, bem como do Poder Público. Desse modo, criticam a compreensão da Constituição como ordem normativa suprema.

Ressalte-se, ainda, que Habermas não rejeita o conteúdo moral do Direito, mas, por outro lado, defende a natureza exclusivamente deontológica das normas jurídicas e não axiológica.

Segundo os procedimentalistas, caberia ao Poder Legislativo o discurso político de justificação das leis, ao passo que o discurso de aplicação das leis seria da competência do Poder Judiciário.

Considerando a distinção entre o discurso de aplicação e o discurso de justificação do Direito, Habermas censura a interpretação construtiva das normas jurídicas por parte dos magistrados, pois, segundo ele, tal postura abalaria o princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, a própria democracia[324].

Desse modo, de acordo com os procedimentalistas, não caberia ao Poder Judiciário deliberar quanto à validade das normas produzidas pelo Poder Legislativo, nem mesmo impor ao Executivo o cumprimento de determinadas obrigações, pois isso implicaria uma violação ao princípio da separação dos poderes.

A partir de tais premissas, Habermas apresenta críticas à concepção material da Constituição:

> (...) a Constituição também não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor *a priori* uma determinada forma de vida sobre a sociedade. (...) o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal compreensão procedimentalista da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição[325].

Portanto, Habermas defende que o Tribunal Constitucional deverá conceber a Constituição apenas a partir de uma compreensão procedimental, de modo que resguarde a elaboração democrática do Direito. Assim, o autor admite que os próprios

---

[324] OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 291.

[325] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade.* vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 326.

cidadãos devam chegar a um consenso sobre quais são seus problemas e como devem resolvê-los.

Logo, os procedimentalistas não concebem a Constituição como uma ordem superior de valores que direcionaria a vida em sociedade.

John Hart Ely também defende a concepção procedimental da Constituição, pois, segundo ele, a norma constitucional deveria apenas regular questões alusivas à garantia da elaboração democrática das leis e também as relacionadas à organização dos poderes públicos. Desse modo, o autor rejeita a possibilidade da Constituição estabelecer valores fundamentais para a sociedade[326].

A posição de John Hart Ely foi explicada com precisão por José Adércio Leite Sampaio:

> Essa visão procedimental da tarefa judicial – de quebra, também da própria Constituição – denominada por Ely de "representation reinforcing aproach", transforma o Judiciário, especialmente o juiz constitucional, num guardião da lisura do processo democrático, a permitir que identifique, pondere e reforce os valores substantivos da comunidade. A sua intervenção torna-se imperiosa para assegurar a ampliação e a efetividade do sufrágio universal, exercendo um fino controle sobre a definição dos distritos eleitorais, distribuição, representatividade e qualificação dos eleitores, levando-se em conta o fato de que o direito ao voto é essencial ao processo democrático e que, por isso, não pode ser deixado "aos nossos representantes eleitos, que têm um óbvio interesse na manutenção do *status quo*" [327].

Note-se, outrossim, que Ely adota um procedimentalismo puro, que rejeita não somente a jurisprudência dos valores, mas também a interpretação dirigida por princípios. Quanto ao último ponto, Habermas diverge, visto que defende a natureza deontológica também dos princípios e não apenas das regras[328].

Observa-se, neste contexto, que Carlos Santiago Nino também perfilhou a corrente procedimentalista. Segundo o autor argentino, o controle de constitucionalidade realizado pelos tribunais deveria assegurar apenas as condições indispensáveis ao exercício legítimo da democracia, de tal sorte que restasse garantido

---

[326] ELY, John Hart. *Democracy and Distrust.* A Theory of Judicial Review. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 117.

[327] SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 74.

[328] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade.* vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 328-329.

a todos o direito de expressar e defender as respectivas pretensões diante do jogo político[329].

Carlos Nino censura também a possibilidade do Poder Judiciário anular os atos praticados pelos poderes políticos. Conforme o autor, as decisões dos juízes não participariam do valor epistêmico do processo democrático, mas, pelo contrário, promoveriam um "elitismo epistêmico". Complementa, ainda, que a importância do controle de constitucionalidade nas democracias liberais é decorrência da compreensão de que o processo democrático não seria apto a concretizar todos os elementos da constituição ideal[330].

A partir das considerações anteriormente aduzidas, infere-se que a corrente procedimentalista limita em grande extensão a abrangência da Jurisdição Constitucional, restringindo o papel do Tribunal Constitucional à figura de um árbitro do processo democrático[331].

Diante da visão procedimentalista da Constituição, na qual a preocupação maior reside na busca pela igualdade de participação no debate travado no jogo democrático, exsurge o natural questionamento se tal concepção seria efetivamente capaz de garantir a justiça social.

Considerando a indagação acima formulada, defendemos que a corrente procedimentalista, apesar de louvável por objetivar o fortalecimento da democracia, não se revela como a mais adequada para a garantia da justiça social, sobretudo nos países em que a democracia se apresenta frágil pelo fato de a população não gozar de liberdade no sentido real, ou seja, quando a população não tem à sua disposição as prestações materiais básicas para uma existência digna. Assim, quando ausentes os aludidos ingredientes sociais numa democracia, os cidadãos assumem o papel de meros espectadores das decisões políticas, de modo que a democracia passa a apresentar caráter apenas formal.

---

[329] NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997, pp. 291-292.
[330] *Idem*, *ibidem*, pp. 260-261.
[331] MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 144.

Logo, o cidadão deve primeiramente ter suas necessidades privadas atendidas para, então, poder discutir livremente na esfera pública. Desse modo, para que a discussão seja realmente democrática, é imprescindível que os interlocutores estejam em condições reais de debater, ou seja, não devem estar passando necessidades básicas e também o nível educacional deve estar próximo e não separado por um abismo. Assim, de pouca valia democrática seria um debate travado entre o analfabeto faminto e o rico empresário intelectual. Portanto, é necessário que o cidadão deixe o reino da necessidade para poder ter efetiva liberdade e, a partir daí, ter condições de vindicar livremente suas preferências políticas. Com isso, não haverá discussão proveitosa – sob o ponto de vista da real democracia – no reino da necessidade.

Assim, a compreensão da Constituição como mera garantia do processo democrático pode até ser aceitável em países em que todos os indivíduos têm sua sobrevivência assegurada e são capazes de ingressar livremente na esfera pública de discussão. Em tais nações, bastaria que os tribunais assegurassem tão-somente que todos fossem ouvidos. No entanto, não é o que se observa no Brasil, de modo que o procedimentalismo deve ser visto com restrições[332].

A partir das considerações acima colocadas, defendemos que a doutrina procedimentalista não é a mais adequada para a realidade brasileira, de tal sorte que seria inadmissível a existência de um Tribunal Constitucional que tivesse competência apenas para garantir a lisura do processo democrático.

5.3 – Corrente Substancialista

A corrente substancialista, por outro lado, admite que a Constituição imponha o direcionamento das ações do Poder Público, bem como de todos os cidadãos. Assim, sustentam os defensores de tal corrente doutrinária que a Constituição deverá traçar os rumos da sociedade e não apenas ser um reflexo desta.

---

[332] OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 301.

A partir de tais premissas, pode-se inferir que a referida corrente teórica é a que melhor se amolda à concepção do dirigismo constitucional, uma vez que este último também prescreve que o Estado deve se pautar pelas diretrizes fixadas no texto constitucional[333].

Sobre a influência do Direito na definição das políticas públicas, Luigi Ferrajoli sublinha que houve uma profunda alteração dessa relação no Estado Democrático de Direito. Segundo o autor:

> (...) o Direito já não está subordinado à política como se fosse um mero instrumento, mas, sim, é a política que se converte em instrumento de atuação do Direito, subordinada aos vínculos a ela impostos pelos princípios constitucionais: vínculos negativos, como os gerados pelos direitos às liberdades, que não podem ser violados; vínculos positivos, como os gerados pelos direitos sociais, que devem ser satifeitos[334].

Noutro passo, é importante ressaltar que a teoria substancialista se identifica em alguns pontos com a corrente conhecida como "não interpretativista", segundo a qual "é legítima a invocação de outros valores substantivos, como justiça, igualdade e liberdade, e não apenas ou preferencialmente o valor democracia, para atribuir à magistratura uma competência interpretativa em sentido forte"[335].

Em acepção oposta, teríamos a corrente "interpretativista", segundo a qual "interpretar não é criar (...); é simplesmente aplicar a norma com o sentido e o alcance que lhe atribuíram as instâncias de representação popular, cujas decisões políticas não podem ser substituídas pelas decisões jurídicas – sobretudo as de forte inspiração política – da magistratura constitucional"[336].

Mauro Capelletti, por sua vez, defende arduamente a concepção material de constituição, bem como a possibilidade do Judiciário impor ao Poder Público a realização dos direitos fundamentais. O autor, na esteira de Martin Shapiro, aponta que

---

[333] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hemernêutica.* Uma nova crítica do Direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 163.

[334] FERRAJOLI, Luigi. Jueces y Politica. Derechos y Liberdades. In: *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Año IV. Janeiro de 1999, n. 7. Madrid, Universidade Carlos III, *apud* STRECK, Lenio Luiz. O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.), *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 212-213.

[335] COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2003, p. 83.

[336] *Idem*, *ibidem*, p. 82.

“os tribunais podem dar importante contribuição à representatividade geral do sistema”, uma vez que “podem permitir o acesso ao *judicial process* e, assim, dar proteção a grupos que, pelo contrário, não estariam em condições de obter acesso ao *political process*”. Desse modo, os grupos excluídos socialmente, os quais não possuem voz no cenário político, somente terão condições de fazer valer suas reinvindicações por meio do processo judicial, visto que não têm força política para influenciar decisivamente no jogo democrático[337].

Entre nós, Paulo Bonavides destaca a relevância do papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, de modo que, segundo o autor, estes não devem ser só interpretados, mas, principalmente, concretizados[338].

A partir da descrição dos fundamentos das correntes procedimentalista e substancialista, infere-se que ambas apresentam fortes e sólidos argumentos em favor das respectivas concepções. Contudo, diante do que já foi dito até então, filiamo-nos à corrente substancialista, uma vez que, no nosso entender, revela-se mais consentânea com o sistema constitucional contemporâneo, sobretudo se considerarmos o quadro social brasileiro, no qual grande parte da população sequer teria condições de fazer valer seus direitos e reivindicações no âmbito do jogo político, haja vista o significativo estado de miséria material e intelectual dos cidadãos.

5.4 - Os Limites da Intervenção do Poder Judiciário diante do Negligenciamento dos Direitos Fundamentais Sociais de Caráter Prestacional

Consoante já assinalado, tal tema provoca profundas divergências no âmbito doutrinário, bem como na jurisprudência.

Alguns autores criticam a possibilidade do Poder Judiciário concretizar os direitos sociais, pois afirmam que a efetivação de tais direitos está subordinada a

---

[337] CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1993, p. 99.
[338] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 558.

condições de natureza macroeconômica, sendo que os juízes não dispõem de critérios seguros para aquilatar estas questões no âmbito estrito da argumentação jurídica[339].

Asseveram outros doutrinadores que os magistrados, diferentemente dos administradores públicos, não têm responsabilidade perante os eleitores pela execução do orçamento público. Em outras palavras, quer-se dizer que o administrador público será avaliado pelo povo principalmente pelo modo de execução do orçamento, sendo que, em algumas situações, não terá sido o mesmo quem determinou as despesas públicas, mas, sim, o Poder Judiciário.

Quanto à alegação de que os juízes não têm, em regra, conhecimentos de economia, não há dúvida em relação a tal assertiva, porém, no modelo aqui desenvolvido, defendemos que a intervenção do Poder Judiciário somente deve ocorrer nas hipóteses em que o governante deixa de atender aos interesses fundamentais previstos na norma constitucional para realizar gastos evidentemente supérfluos ou desnecessários. Assim, para examinar tais questões, não se faz necessário conhecimento de economia, sendo suficiente o bom senso e a compreensão dos princípios constitucionais. Trata-se, com efeito, de um controle de evidência (*EvidenzKontrolle*), como já expressado pelo Tribunal Federal Constitucional Alemão[340].

No que tange à crítica de que os juízes não têm responsabilidade perante os eleitores, em que pese a veracidade da afirmação, não é razoável exigir dos cidadãos que esperem a próxima disputa eleitoral – momento em que o gestor público será avaliado pelas urnas –, quando durante o exercício do mandato já estiver ocorrendo aniquilamento de direitos fundamentais. A intervenção do Poder Judiciário nestas hipóteses é imprescindível, sob pena da norma constitucional se tornar "uma promessa inconseqüente"[341].

Invoca-se também o princípio democrático como justificativa ao impedimento da intervenção do Poder Judiciário no controle das políticas públicas. De acordo com tal argumento, os juízes não teriam legitimidade democrática para interferir na formulação

---

[339] MÜLLER, Jörg Paul. *Soziale Grundrechte in der Verfassung?* 2. ed., Basel-Frankfurt a.M.: Helbing &Litchtenhahn, 1981, p. 05, *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 325.

[340] BVerfGE 50, 290, 333, *apud* QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais Sociais,* Coimbra: Coimbra, 2006, pp. 180-181.

[341] A expressão "promessa inconseqüente" foi empregada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello em decisão proferida no RE 271.286/RS, publicada no DJU em 24/11/2000, p. 101.

das políticas públicas, visto que não foram eleitos democraticamente pelo povo para exercer tais funções, ao passo que os administradores públicos são escolhidos em face de um processo eleitoral periódico[342].

Outro argumento evocado contra o controle judicial de políticas públicas diz respeito à ausência de conhecimento técnico do magistrado para aferir determinadas situações concretas. Aduzem alguns que, em muitos casos, os juízes não têm conhecimento sobre a situação técnica peculiar que subjaz o pedido judicial. Desse modo, no afã de resolver determinado pedido concreto, os magistrados podem acabar criando outro problema ou até mesmo piorar a situação.

Embora o desconhecimento técnico do magistrado seja, de fato, um elemento limitador do alcance da decisão judicial, não deve ser considerado como um impedimento absoluto, pois o juiz pode, em diversas situações, valer-se de perícia técnica que possa auxiliá-lo. No entanto, cabe ao magistrado, em tais situações, decidir com prudência, não devendo extrapolar sua esfera de conhecimento.

Ainda quanto às críticas erigidas ao papel interventivo do Poder Judiciário, merece destaque o posicionamento da autora alemã Ingeborg Maus, que critica a equiparação do judiciário alemão à imagem de um pai de uma sociedade órfã. Adverte, também, sobre o perigo à estabilidade da sociedade quando o órgão judiciário é quem faz as ponderações dos valores morais, atuando, assim, como um verdadeiro censor moral[343]. Portanto, segundo a autora, não cabe ao Poder Judiciário a realização de tal tarefa, mas, sim, ao próprio povo diretamente ou através de seus representantes.

Foram apontados acima os principais argumentos contra a implementação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário. Apesar de, ao longo do trabalho, já termos sinalizado favoravelmente à possibilidade de concretização dos direitos sociais pelos juízes, não podemos ignorar as substanciosas críticas mencionadas.

Além disso, registre-se, desde já, que tais argumentos não se revelam equivocados, mas, pelo contrário, apresentam a real dificuldade do Poder Judiciário de se imiscuir no controle das políticas sociais. Sendo assim, a seguir, procuraremos

---

[342] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales.* Traduzido por Juan Luis Requejo Pagés e Ignácio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993, pp. 77-78.

[343] MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Tradução de Martônio Lima e Paulo Albuquerque. In: *Revista Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo, n. 58, nov. 2000, pp. 183-202.

enfrentá-los, não para rejeitá-los integralmente, mas, sim, para tentar viabilizar uma compatibilização com a imperiosa necessidade constitucional de se conferir efetividade aos direitos fundamentais sociais, sobretudo em relação àqueles que se destinam a garantir as condições materiais mínimas de sobrevivência digna dos indivíduos.

Neste contexto, Victor Abramovich e Christian Courtis indicam também alguns obstáculos à exigibilidade judicial dos direitos sociais: a) a dificuldade para determinação da conduta devida pelo Estado; b) a auto-restrição do Poder Judiciário frente a questões políticas e técnicas; c) a ausência dos mecanismos processuais adequados para a tutela dos direitos econômicos, sociais e culturais; e d) a escassa tradição do controle judicial nesta matéria. Embora os autores tenham arrolado as referidas dificuldades para a justiciabilidade dos direitos sociais, sustentam, por outro lado, que os juízes devem atribuir às normas consagradoras dos direitos sociais uma aplicação imediata, ainda que o legislador ordinário não tenha regulamentado o direito[344].

Apesar do magistrado não ter legitimidade democrática conferida pelo voto popular, deve o mesmo, no entanto, atender aos princípios estabelecidos nas normas constitucionais, independentemente da concretização pelo legislador ordinário. Nesta direção, Eros Grau admite que o Judiciário tem o poder-dever de conferir aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais no caso concreto, de modo a assegurar-lhes sua eficácia[345]. Complementa o autor que compete ao juiz integrar o ordenamento jurídico sempre que for necessário para garantir a efetivação do direito social fundamental[346].

Fernando Herren Aguillar, por seu turno, afirma que “a base de uma decisão política do governo deve ser sempre a sua pertinência à Constituição”. Acrescenta o autor que “uma política pública pode ser questionada judicialmente se for contrária a preceitos constitucionais, e isso não é, por óbvio, uma questão meramente política, mas jurídica”[347].

---

[344] ABRAMOVICH, Victor, COURTIS, Christian. Apuntes sobre la Exibilidad Judicial de los Derechos Sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais Sociais*: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 153-167.

[345] GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988,* 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 312 e ss.

[346] *Idem*, *ibidem,* p. 315.

[347] AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos.* São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 262.

Sobre o tema específico, mostra-se elucidativa a observação da autora lusitana Cristina Queiroz:

> E, designadamente, mesmo que se reconheça que os tribunais, e particularmente o tribunais de justiça constitucional, não se encontram vocacionados para gerir políticas econômicas e sociais distintas das legitimamente acordadas pelos órgãos políticos conformadores, cabe-lhes, todavia, o poder de fiscalizar o sistema de "prioridades" concretamente fixado pelo legislador constituinte. Estas últimas não podem estar em contradição com o fixado na constituição, posto que se aceita que no quadro das constituições normativas o legislador não é livre na escolha dos "fins". Esses "fins" correspondem a "valores constitucionais" cuja defesa compete não apenas ao legislador e, genericamente, ao poder político, mas ainda aos órgãos de controle e, entre estes, especificamente, aos tribunais e ao poder judicial[348].

Com efeito, as políticas de governo devem perseguir as finalidades previstas no texto constitucional. Contudo, não é tarefa fácil ao Poder Judiciário aferir se os instrumentos empregados pelas políticas públicas são os mais aptos a atingir os fins estabelecidos na Constituição Federal. A respeito de tal dificuldade, oportuna é a lição de Fernando Herren Aguillar:

> A maior dificuldade que se encontra, para questionar a legalidade dos meios escolhidos pelo Poder Executivo para buscar alcançar os objetivos constitucionalmente fixados, é a de que não é verossímil a prova de que certos fins somente podem ser alcançados por alguns meios específicos.
>
> Vale dizer, não é provável que se possa demonstrar em juízo que determinadas escolhas de políticas públicas (meios) são imprestáveis ou então mais prestáveis do que outras para se alcançar determinados resultados (fins).
>
> Em outras palavras, os fins do Estado não são livres, porque são predeterminados pela Constituição, mas os meios podem ser escolhidos pelos governantes dentro de certas balizas que demarcam o território do sistema capitalista.
>
> Por esse motivo é que a menos que se pudesse provar categoricamente que, determinados os objetivos, apenas alguns meios são capazes de alcançá-los, há grande dificuldade de invadir-se com grande impacto jurídico a esfera das escolhas econômicas dos governantes[349].

---

[348] QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais Sociais.* Coimbra: Coimbra, 2006, pp. 152-153.
[349] AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos.* São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 263.

Desse modo, conforme bem assinalado por Fernando Herren Aguillar, é muito intrincado o controle judicial dos meios (políticas públicas) mais adequados a satisfazer as prioridades constitucionais. Nesta perspectiva, revela-se precisa a assertiva do autor, sobretudo se for considerada a carência de conhecimento técnico do magistrado sobre aspectos alheios à sua formação profissional.

Todavia, em situações extremas, é possível ao magistrado aquilatar se os meios empregados pelo governante são contrários às finalidades previstas no texto constitucional. À guisa de ilustração, basta fazer referência à destinação pródiga de verbas públicas às propagandas institucionais do governo[350].

Quanto aos recursos destinados à realização de propagandas educativas (*v.g.*: prevenção de doenças, prudência no trânsito, etc.), não há que se questionar o mérito da iniciativa, uma vez que estas têm como objetivo precípuo a proteção dos direitos fundamentais, como, por exemplo, a vida, a saúde, a integridade física e outros.

Assim, considerando as prioridades previstas no texto constitucional, tais como, saúde pública, ensino gratuito, dignidade da pessoa humana, erradicação da pobreza, direito à moradia, dentre outras, é possível avaliar com facilidade que os gastos exorbitantes com propaganda institucional do governo vão de encontro às preferências constitucionais, mormente se for levado em conta que estas ainda estão muito longe de atingirem um patamar de realização aceitável.

Nestas hipóteses inequívocas, o princípio democrático deve sofrer temperamentos e, por conseguinte, será admissível a interferência do Poder Judiciário para determinar a concretização dos direitos fundamentais que foram negligenciados pelos poderes políticos.

É importante frisar que a intervenção do Poder Judiciário deve ocorrer apenas em casos extremos, em que se verifique com clareza indubitável que o administrador público deixou de efetivar políticas sociais fundamentais para alocar verbas públicas em propósitos considerados, sob a ótica constitucional, como supérfluos ou desnecessários.

---

[350] A distinção entre propaganda institucional do governo e propaganda educativa já foi estabelecida no item 4.4.

O ideal seria que os Poderes Políticos concretizassem os direitos fundamentais sociais, independentemente de qualquer determinação por parte do Poder Judiciário. Contudo, este infelizmente não é o quadro fático existente na realidade brasileira, de modo que a intervenção judicial se torna imprescindível para que se garanta aos cidadãos ao menos o mínimo para assegurar a existência com dignidade.

Dessa forma, diante do negligenciamento dos direitos fundamentais sociais, o Poder Judiciário não pode permanecer absolutamente alheio, ou seja, não pode ser apenas platéia em face de um cenário sociopolítico de descumprimento das normas constitucionais[351].

De outro lado, o Poder Judiciário não pode ser também o protagonista, que rouba a cena dos atores principais (Poderes Executivo e Legislativo). Assim, é preciso encontrar um ponto de equilíbrio, de modo que as normas constitucionais – que prevêem os direitos fundamentais – não sejam apenas um "latifúndio improdutivo"[352] e que também não ocorra um abalo na essência do princípio da separação dos poderes.

Portanto, o Judiciário, sem dúvida, exerce um papel neste contexto, mas deve ser apenas de ator coadjuvante, que só deve entrar em cena quando os atores principais (Executivo e Legislativo) não exercerem seu papel.

Nesta linha de entendimento, Victor Abramovich e Christian Courtis também enfatizaram que compete primeiramente aos poderes políticos o cumprimento das obrigações previstas nos direitos sociais. Com efeito, cabe aos juízes apenas um papel subsidiário, isto é, devem intervir somente quando os Poderes Legislativo e Executivo descumprirem suas obrigações constitucionais[353].

Em suma, o papel do Poder Judiciário em tal cenário não deve ser de protagonista, porém também não pode ser de platéia inerte diante do aniquilamento de direitos fundamentais. Assim, o juiz tem a função de importante interlocutor no controle

---

[351] FERNANDES, Sérgio Bruno Cabral. O "papel" do Judiciário no "drama" da implementação de políticas públicas. In: *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União.* Brasília: ESMPU, ano 5, n. 20/21, jul./dez., 2006.

[352] STRECK, Lênio Luiz. O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais Sociais*: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 199.

[353] ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la Exibilidad Judicial de los Derechos Sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais Sociais*: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 142-143.

de políticas públicas, sem usurpar, no entanto, os papéis principais dos Poderes Executivo e Legislativo, os quais foram eleitos democraticamente pelo povo, com aptidão legítima, portanto, para definir as políticas públicas.

Ainda quanto à atuação subsidiária do Poder Judiciário, assim observa Andreas Krell:

> Onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nelas implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correição da prestação dos serviços básicos[354].

Nesta senda, Sérgio Fernando Moro também enfatiza a possibilidade de atuação positiva do Poder Judiciário quando os outros Poderes se omitem:

> Que existam normas dirigidas especificamente a um dos poderes públicos não se põe em dúvida; que, em caso de inércia, os outros não possam agir, no âmbito de suas atribuições, é coisa bem diferente. Que Administração Pública e Judiciário não possam substituir a contento o legislador é uma coisa; que não possam suprir a falta do legislador sempre que for necessário, para realização de suas atribuições, também é coisa bem diferente.
>
> O princípio da supremacia da Constituição exige o comprometimento de todos os poderes públicos com as normas constitucionais. Isso significa que, caso um deles não cumpra suas tarefas e deveres constitucionais, os demais podem e devem agir, sob pena de deixar a Constituição, que, ressalte-se, corporifica a vontade constituinte, à disposição do poder omisso[355].

Entretanto, o Judiciário somente poderá suprir a omissão estatal quando estiverem reunidos argumentos sólidos que comprovem que os outros poderes agiram em dissonância das finalidades constitucionais. Para avaliar tais questões, é indispensável que o Poder Judiciário analise cautelosamente os dados da realidade e, a partir daí, possa emitir um juízo seguro referente à adequação constitucional ou não das políticas estatais. Conforme já visto anteriormente[356], a obrigatoriedade do exame dos dados da realidade compreende o que a doutrina denomina de reserva de consistência. Acerca deste aspecto específico, Sérgio Fernando Moro ainda acrescenta:

---

[354] KRELL. Andréas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha.* Os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002, p. 101.

[355] MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais.* São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 23.

[356] O tema referente à reserva de consistência já foi objeto de análise no item 4.1.

> A reserva de consistência exige aqui que o juiz demonstre o desacerto do ato legislativo que pretendeu desenvolver e efetivar a Constituição, apontando solução que seja mais adequada.
> (...)
> O julgador teria que munir-se de amplos dados empíricos, a fim de proferir a decisão adequada, conferindo a devida abertura à instrução processual, eventualmente com a requisição de informações de diversas entidades públicas e privadas.
> (...)
> O acerto das decisões judiciais a respeito de temas constitucionais relevantes não pode, porém, prescindir das mais amplas informações, vindas, se necessário, de ciências não-jurídicas.
> (...)
> Cabe destacar, por último, que o limite da reserva de consistência impedirá o juiz de desenvolver e efetivar normas constitucionais que demandem a elaboração de políticas públicas de certa complexidade[357].

Desse modo, a reserva de consistência impõe ao magistrado a análise atenta dos dados da realidade, inclusive daqueles oriundos das ciências não-jurídicas. Assim, após um exame percuciente destas questões, o juiz terá condições de prolatar decisões de modo mais preciso e também consentâneo com a realidade.

Portanto, segundo o postulado da reserva de consistência, o Judiciário somente poderá intervir na formulação de políticas públicas quando restar evidente que os outros poderes não agiram em conformidade com os princípios constitucionais. Assim, se não for demonstrado cabalmente o equívoco da escolha administrativa ou legislativa, a auto-contenção (*self-restraint*) é medida que se impõe, respeitando-se, desse modo, as decisões tomadas pelos poderes políticos[358].

É imprescindível enfrentar, ainda, o posicionamento de parte da doutrina a qual admite a atuação do Poder Judiciário apenas como legislador negativo. De acordo com tal corrente, o Judiciário teria legitimidade tão-somente para declarar a invalidade de ações estatais (atuação negativa), não sendo cabível sua intervenção no sentido de determinar a realização de ações estatais (atuação positiva) quando o Poder Público estiver omisso.

Em acepção oposta à acima aludida, destaca-se a manifestação de Sérgio Fernando Moro:

---

[357] MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais.* São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 91-96.

[358] LIMA, George Marmelstein. *Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.* Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005, p. 189.

> Em Constituições meramente garantistas – como as que predominavam no século XIX e mesmo no início do século XX, nas quais os direitos fundamentais destinavam-se a proteger o cidadão contra determinadas intervenções do Poder Público –, fazia sentido assimilar a atividade do juiz constitucional à atividade de espécie de "legislador negativo". A partir do momento em que o texto constitucional passa a contemplar não só garantias já asseguradas, mas também promessas a serem implementadas, é necessário, para efetivo controle judicial, uma atuação diferenciada do juiz constitucional, habilitando-o a obrigar o poder político a agir ou a, ele mesmo, desenvolver, em caráter substitutivo e de alguma forma, as normas constitucionais[359].

Quanto à obrigatoriedade de previsão orçamentária das despesas públicas, vale notar que a Constituição Federal de 1988 proíbe o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual (art. 167, inc. I), bem como a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa (art. 167, inc. VI). Contudo, convém observar que tais regras de natureza orçamentária são dirigidas precipuamente ao gestor público e não ao juiz, uma vez que este pode deixar de atender aos preceitos acima transcritos desde que seja para concretizar direito fundamental de maior envergadura[360].

Logo, não há proibição para que o magistrado determine a realização de despesas públicas que visem satisfazer direitos fundamentais sociais, pois as normas colidentes – obrigatoriedade de previsão orçamentária e direito fundamental social – se encontram em plano hierárquico equivalente, de modo que cabe ao juiz fazer a devida ponderação, sendo que, na maior parte dos casos, a balança penderá em favor da realização do direito social, haja vista sua evidente superioridade axiológica[361].

Nesta direção, convém transcrever excerto de decisão proferida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello:

> Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput* e art. 196), 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-

---

[359] MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. Tese de Doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2003, p. 71.
[360] LIMA, George Marmelstein. *Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.* Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005, p. 92.
[361] *Idem, ibidem*, p. 93.

> jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana[362].

Conforme já visto, a alegação mais comum contra a concretização judicial dos direitos sociais diz respeito à repercussão gerada no orçamento público. Por conta disso, sustentam alguns que seria cabível apenas aos poderes políticos (Executivo e Legislativo) a decisão sobre o momento e o modo de implementar tais direitos. Considerando o argumento acima, revela-se, então, surpreendente que não haja questionamento sobre a possibilidade de um magistrado reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei tributária e, por conseqüência, desobrigar empresas do recolhimento de impostos ou contribuições sociais, uma vez que referidas decisões judiciais representam, sem dúvida, um impacto deletério sobre o erário[363].

Nesta senda, é relevante observar que a decisão que exonera uma grande empresa de pagar determinado tributo pode acarretar impactos orçamentários muito superiores a uma decisão que imponha, por exemplo, o Estado a fornecer medicamentos. Destarte, não se vislumbra traço distintivo entre estas decisões se considerarmos apenas os efeitos produzidos no orçamento. Logo, torna-se inaceitável o argumento de que o juiz não poderia impor o fornecimento de remédios por razões de natureza exclusivamente orçamentária[364].

Noutro passo, alguns alegam que, em determinadas situações, a ordem judicial de implementação de um direito social poderia comprometer a eficácia de políticas sociais já existentes.

Tal afirmação, no entanto, não merece acolhimento, uma vez que são situações distintas, pois, de um lado, há uma concretização judicial do direito antes negligenciado e, de outro, uma ameaça de supressão de direito fundamental já implementado.

---

[362] STF, Pet nº 1.246-SC, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 31/01/1997, publicado no DJU em 13/02/1997. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 12 de dezembro de 2007.

[363] CASTRO, Flávio Dino de Costa e. A Função Realizadora do Poder Judidicário e as Políticas Públicas no Brasil. In: *Revista. CEJ*, Brasília, 28, jan./mar. 2005, p. 50.

[364] LIMA, George Marmelstein. *Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.* Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005, p. 144.

Com efeito, em havendo o efetivo retrocesso da prestação material antes fornecida, os eventuais prejudicados poderiam, por meio de nova demanda, pleitear o restabelecimento do benefício suprimido. Vejamos o exemplo abaixo para melhor compreensão:

Se o Poder Público for condenado judicialmente a fornecer medicamentos para o tratamento da doença de Gaucher[365] e, por conta do impacto orçamentário, resolver diminuir ou retirar por completo a verba destinada ao combate da mortalidade infantil, teremos, assim, um novo problema social, o qual também poderá ser discutido no âmbito do Poder Judiciário, mediante outra ação judicial.

Assim, na ação a ser proposta, deverá ser apurada a constitucionalidade da escolha política do administrador público que, ao invés de redirecionar para a saúde verbas antes destinadas a propósitos desnecessários ou não prioritários, preferiu retirar do próprio orçamento da saúde os recursos necessários para cumprir a ordem judicial.

Sendo assim, devem ser recebidas com reservas as alegações de Secretários de Saúde que, diante de ordens judiciais, sustentam a necessidade de retroceder nas políticas sociais já existentes, uma vez que, na maioria dos casos, há recursos alocados para finalidades muito menos prioritárias do que o direito à saúde.

Tais argumentos do Poder Público só devem prevalecer no caso de se constatar uma escassez absoluta dos recursos, de tal sorte que o administrador não tenha de onde retirar recursos para cumprir a determinação judicial[366].

Outra questão de relevo que merece reflexão no presente trabalho diz respeito à possibilidade do Poder Judiciário impor o redirecionamento de verbas com destinação já prevista no orçamento. Assim, indaga-se, por exemplo, se um juiz teria legitimidade para determinar que os recursos já previstos em orçamento para propaganda institucional fossem realocados para a compra de medicamentos.

---

[365] A doença de Gaucher é uma patologia de evolução grave causada pela deficiência da enzima glucocerebrosidase. Os sintomas mais comuns da doença são inchaços no baço e no fígado, sangramentos e fraturas ósseas importantes. O medicamento imiglucerase – que é produzido por um único laboratório no mundo (Genzyme Corporation) – tem sido eficaz na redução dos sintomas. De acordo com a agência de notícias da Câmara dos Deputados, o fornecimento estatal do aludido medicamento para apenas 450 pessoas representa um custo de R$ 250 milhões por ano. (Fonte: Agência de Noticiais da Câmara dos Deputados. “Deputados pedem mais recursos federais para remédios caros”. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/homeagencia/materias.html?pk=104945>. Acesso em: 03 de janeiro de 2008).

[366] A definição de escassez absoluta foi apresentada no item 4.4.

Quanto ao questionamento acima formulado, defendemos que a intervenção do Poder Judiciário deverá ser a mínima possível e somente na justa medida para se concretizar determinados direitos fundamentais negligenciados pelo Poder Público.

Nesta perspectiva, sustentamos que a determinação judicial para o fornecimento de remédios já é suficiente para garantir a satisfação do direito fundamental à saúde, cabendo ao administrador público, todavia, proceder aos devidos remanejamentos orçamentários no intuito de cumprir a ordem judicial.

Desse modo, entendemos que eventual decisão judicial que imponha a realocação de verbas públicas para outras finalidades revelar-se-ia desnecessária e também abalaria o princípio da separação dos poderes em seu âmago.

Em outras palavras, cabe ao administrador a decisão de onde remanejar os recursos para cumprir a ordem judicial, pois está no âmbito de sua discricionariedade, por exemplo, escolher entre redirecionar os recursos da propaganda institucional ou de obras monumentais.

Pode-se argumentar, contudo, que a solução acima é frágil e ineficaz, na medida em que o Poder Público poderia remanejar verbas já destinadas ao setor da saúde para cumprir a ordem judicial e, em conseqüência, prejudicar programas de saúde já em andamento. Conforme já mencionado anteriormente, se o Poder Público proceder dessa maneira, os eventuais prejudicados pela extinção ou redução do programa social também poderão pleitear seus direitos suprimidos na esfera judicial, por meio de nova demanda, ou, então, na seara política, pela reivindicação junto aos seus representantes.

Em relação a esta discussão, calha destacar decisão proferida pela Justiça Federal do Ceará, em Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal, na qual o Juiz Federal determinou que o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza deveriam remanejar os recursos orçamentários destinados à propaganda institucional do governo para resolver o problema de escassez no setor da saúde[367].

Conforme já assinalado, não comungamos do entendimento sustentado na aludida decisão, pois, apesar de objetivar a implementação do direito à saúde, fere o

---

[367] Justiça Federal do Ceará. Ação Civil Pública nº 2003.81.00.009206-7. Juiz Federal George Marmelstein Lima. Disponível em: <www2.anpr.org.br/boletim/boletim59/george.htm>. Acesso em: 02 de outubro de 2007.

princípio da separação dos poderes na raiz. Como afirmamos anteriormente, há outros meios de efetivar os direitos sociais, como, por exemplo, a própria decisão judicial que determina o fornecimento da prestação estatal, incumbindo, todavia, ao administrador público, com certa discricionariedade, redirecionar verbas públicas para tal fim.

Em epítome, defendemos que a intervenção do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais deve atender aos seguintes mandamentos: a) a implementação dos direitos sociais é da competência dos poderes políticos, de modo que só caberia aos juízes intervir quando os outros poderes restarem omissos ou se desviarem dos preceitos constitutucionais (atuação subsidiária do Poder Judiciário); b) deverá restar comprovado pela análise percuciente de dados concretos que os outros poderes realmente descumpriram os preceitos constitucionais (reserva de consistência); c) a intervenção do Poder Judiciário deverá ser a mínima possível, ou seja, apenas na medida necessária para conferir efetividade àquele direito fundamental social antes negligenciado; e d) não se mostra cabível a determinação judicial para que o Poder Público redirecione verba específica já alocada em orçamento.

6 – DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DE CARÁTER PRESTACIONAL: ESPÉCIES

6.1 – Direito à Saúde

O art. 6° da Constituição Federal de 1988 prevê, entre outros, o direito à saúde como direito social fundamental.

Mais adiante (arts. 196 a 200), o texto constitucional positivou algumas regras específicas referentes ao direito à saúde. Contudo, infere-se que são normas de baixa densidade normativa, aliás, como quase todas as normas constitucionais que veiculam direitos fundamentais sociais a prestações.

Conforme já afirmado alhures, a estrutura aberta de positivação do direito à saúde constitui uma dificuldade ao reconhecimento de direitos subjetivos a prestações. No entanto, frise-se que se trata apenas de uma dificuldade e não de um obstáculo intransponível.

No caso do direito à saúde, que corresponde, sem dúvida, ao bem mais valioso da vida humana, é crível o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações originárias visando à proteção de tal direito fundamental. Ademais, tais prestações essenciais à sobrevivência do indivíduo se enquadram no já mencionado conceito de mínimo existencial[368].

Desse modo, não devem prevalecer os habituais argumentos em sentido contrário à efetivação, tais como: a forma aberta de positivação do direito à saúde, a escassez relativa dos recursos[369] e a falta de legitimidade do Poder Judiciário para fixar o modo pelos quais os recursos públicos serão alocados ou distribuídos[370].

A respeito da importância do direito fundamental à saúde, Ingo Sarlet assim leciona:

---

[368] O tema referente ao mínimo existencial foi abordado no item 2.6.
[369] A definição de escassez relativa dos recursos já foi apresentada no tópico 4.4.
[370] É certo, no entanto, que a problemática não se resolve de modo tão simples assim, sendo imprescindível a aferição cautelosa de todos os aspectos já desenvolvidos ao longo dos capítulos 3, 4 e 5 da dissertação.

> O que se pretende realçar, por ora, é que, principalmente no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça[371].

Quanto à jurisprudência nacional, recorde-se que o Superior Tribunal de Justiça, inicialmente, não reconhecia o direito à saúde como direito subjetivo, pois considerava que as normas constitucionais sobre o tema tinham caráter meramente programático, destituídas de qualquer eficácia[372].

Em momento posterior, entretanto, o STJ mudou o entendimento e passou a reconhecer o direito subjetivo à saúde.

Aliás, é de se destacar que o Superior Tribunal de Justiça garantiu o fornecimento gratuito de medicamentos em diversas ocasiões. À guisa de ilustração, vejamos alguns julgamentos paradigmáticos: a) no RESP 869.843/RS[373], o Tribunal impôs ao Poder Público o fornecimento do medicamento Ritmonorm (Cloridrato de Propafenona) à pessoa portadora de cardiopatia congênita; b) no RMS 23.184/RS[374], obrigou o Estado a distribuir gratuitamente remédio necessário ao tratamento de Hepatite B crônica; c) no RESP 902.473/RS[375], foi garantido o fornecimento de medicamentos à criança portadora de Osteogênesis Imperfeita; e d) no RESP 901.109/RS[376], o Tribunal determinou a entrega gratuita de medicamento à criança portadora de Diabetes Mellitus tipo I.

Sublinha-se que, em todos os casos anteriormente citados, o direito à saúde foi reconhecido como legítimo direito subjetivo, suscetível, portanto, de ser postulado judicialmente, independentemente da concretização pelo legislador ordinário.

---

[371] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 343.
[372] STJ, RESP nº 57.614, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, julgado em 27/05/1996, publicado no DJU em 01/07/1996, p. 23989.
[373] STJ, RESP nº 869.843/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 18.09.2007, publicado no DJU em 15/10/2007, p. 243.
[374] STJ, RMS nº 23.184/RS, Rel. Min. José Delgado, julgado em 27/02/2007, publicado no DJU em 19/03/2007, p. 285.
[375] STJ, RESP nº 902.473/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavaski, julgado em 16/08/2007, publicado no DJU em 03/09/2007, p. 136.
[376] STJ, RESP nº 901.109/RS, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 13/03/2007, publicado no DJU em 26/03/2007, p. 227

Seguindo a mesma orientação, o Supremo Tribunal Federal, em inolvidável julgamento, também reconheceu o direito subjetivo de portador do vírus HIV ao recebimento gratuito de medicamentos:

> PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.
>
> DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF [377].

Em síntese, podemos haurir duas importantes conclusões do acórdão acima transcrito: a) o direito à saúde pode ser exigido judicialmente; e b) na hipótese de colisão, o direito fundamental à saúde prevalece sobre a competência orçamentária do legislador.

---

[377] STF, RE 271.286/RS, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 12/09/2000, publicado no DJU em 24/11/2000, p. 101.

Ressalte-se, outrossim, que o fundamento do acórdão acima transcrito tem sido empregado por vários tribunais do País como justificativa para impor ao Estado o custeio de diversos medicamentos e tratamentos, com destaque para os seguintes: a) medicamento importado para o tratamento de fenilcetonúria[378]; b) medicamento para tratamento de hepatite C[379]; c) fornecimento de oxigênio domiciliar[380]; d) internação em UTI neonatal em hospital particular[381]; e) medicamento para tratamento da Síndrome de Sturge-Weber (doença neurológica)[382]; f) internação médica em hospital particular, diante da ausência de vaga em hospital da rede pública[383]; e g) transplante de medula óssea nos Estados Unidos para portador de Talassemia Maior[384].

Merece destaque, ainda, acórdão do STJ que compeliu o poder público a custear tratamento de particular no exterior:

> 1. O direito à saúde, expressamente tutelado pela Carta de 1988, veio se integrar ao conjunto de normas e prerrogativas constitucionais que, com o status de direitos e garantias fundamentais, tem por fim assegurar o pleno funcionamento do estado democrático de direito, pautado na mais moderna concepção de cidadania. 2. Não se pode generalizar a aplicação da norma que veda ao Estado a concessão de auxílio financeiro para tratamento fora do País, a ponto de abandonar, à sua própria sorte, aqueles que, comprovadamente, não podem obter, dentro de nossas fronteiras, tratamento que garanta condições mínimas de sobrevivência digna. 3. Não havendo no País equipamento terapêutico apropriado ao tratamento da enfermidade, justifica-se que o Estado disponibilize recursos para a sua aquisição no exterior, não podendo servir de óbice às pretensões do doente, necessitado, argumentos fundados em questões burocráticas, de cunho orçamentário[385].

Esta postura intervencionista do Poder Judiciário tem sido objeto de críticas, pois alguns argumentam que as determinações judiciais que impõem ao Estado o fornecimento de prestações materiais podem comprometer outros programas de saúde

---

[378] STF, RE 198265, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 19/09/2001, publicado no DJU em 21/11/2001.
[379] STF, RE 353336, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 15/12/2004, publicado no DJU em 14/02/2005.
[380] TJDFT, APC nº 20060110591783, Rel. Des. Carmelita Brasil, julgado em 07/11/2007, publicado no DJ em 27/11/2007, p. 248.
[381] TJDFT, APC nº 20050110622547, Rel. Des. Arnoldo Camanho, julgado em 08/10/2007, publicado no DJ em 22/11/2007, p. 323.
[382] TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 2005.034909-3, Rel. Des. Newton Trisotto, julgado em 29/11/2005, publicado no DJ em 10/02/2006.
[383] TJDFT, APC nº 20060110731768, Rel. Des. Jair Soares, julgado em 24/10/2007, publicado no DJ em 08/11/2007, p. 133.
[384] TRF-1ª Região, AMS nº 1999.01.00.107106-9/DF, Rel. Des. Fagundes de Deus, julgado em 16/11/2005, publicado no DJU em 28/11/2005, p. 95.
[385] STJ, MS nº 8.740/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha , julgado em 26/02/2003, publicado no DJU em 09/02/2004, p. 127.

já implementados pelo Poder Público. Nesta esteira, autoridades e diretores de unidades médicas alegam que "uma ordem judicial impondo a entrega de remédio para um determinado postulante acaba por deixar sem assistência farmacêutica outro doente, que já se encontrava devidamente cadastrado junto ao centro de referência"[386].

No entanto, não podemos concordar com tal argumento, pois, primeiramente, não se pode presumir que o Estado vá obliterar programas de saúde já implantados para poder cumprir as referidas determinações judiciais. Além disso, conforme já sustentado anteriormente[387], o titular da prestação material que foi extinta também pode ingressar em juízo para requerer o restabelecimento da prestação. Na verdade, o Estado deveria redirecionar verbas de outras destinações (*v.g.*: propaganda institucional) para o cumprimento de tais ordens judiciais.

Outra relevante questão que também merece reflexão diz respeito ao conteúdo e ao alcance da prestação relacionada ao direito à saúde. Dessa forma, indaga-se, por exemplo, se o indivíduo terá direito ao recebimento gratuito dos medicamentos de última geração, ou seja, aqueles que são frutos das pesquisas mais recentes da indústria farmacêutica e que, de modo geral, apresentam preços bem superiores às drogas tradicionais.

Antes de examinar a questão acima ventilada, são necessárias algumas digressões quanto à limitação do fornecimento gratuito de medicamentos aos itens previamente arrolados na listas oficiais do Ministério da Saúde e das Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde.

As referidas listas oficiais são elaboradas por médicos especializados, os quais buscam analisar a real eficiência terapêutica dos medicamentos. A partir destes estudos, a nova droga poderá ou não ser incluída na lista oficial. Além disso, se o novo remédio não traz nenhum avanço em relação ao medicamento já constante da lista, a tendência é que não seja incluído, sobretudo porque o remédio novo geralmente tem um valor muito superior.

---

[386] *Apud* GOUVÊA, Marcos Maselli. O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos. In: GARCIA, Emerson (coord.). *A Efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 216.
[387] Este argumento já foi defendido no item 5.4.

Portanto, a elaboração de lista oficial de medicamentos assume uma dupla função, que consiste em identificar medicamentos que sejam ao mesmo tempo eficazes e menos onerosos ao erário.

Ademais, a limitação de fornecimento gratuito aos medicamentos previstos na lista oficial proporciona as seguintes vantagens: a) propicia uma melhor organização na distribuição de medicamentos na rede pública; b) facilita a aquisição das drogas, na medida em que são previamente estabelecidas; e c) permite a realização de licitações de grande escala, podendo, assim, obter os remédios por preços mais reduzidos.

Dentro deste contexto, tem sido defendido por alguns a adoção dos denominados "Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT", os quais visam catalogar os critérios de diagnóstico de cada enfermidade e também o tratamento terapêutico da respectiva doença. Desse modo, os médicos da rede pública deveriam seguir os parâmetros delineados no PCDT para diagnosticar a doença e também para prescrever ao paciente o medicamento cabível. De acordo com o médico Paulo Dornelles Picon[388]:

> Esses PCDT objetivam estabelecer claramente os critérios de diagnóstico de cada doença, o tratamento preconizado com os medicamentos disponíveis, as doses corretas, os mecanismos de controle, o acompanhamento e a verificação de resultados, e a racionalidade da prescrição e do fornecimento de medicamentos[389].

Infere-se que a adoção dos aludidos protocolos traz as mesmas vantagens já mencionadas da lista oficial. Na verdade, o diferencial se refere principalmente ao preestabelecimento de critérios de diagnóstico de cada doença.

Se, por um lado, as limitações acima destacadas revelam benefícios, de outro, em alguns casos concretos, também traz desvantagens, sobretudo no que diz respeito à efetiva proteção do direito à saúde.

Assim, quando surgem novas drogas para doenças que antes eram incuráveis ou, então, medicamentos de nova geração com maior potencial terapêutico, é possível constatar que, em algumas situações, a lista oficial retarda muito para ser

---

[388] Médico coordenador do grupo do Ministério da Saúde que elaborou os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas.

[389] PICON, Paulo Dornelles. Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas: a evidência científica na prática do Sistema Único de Saúde. In: *Para entender a gestão do programa de medicamentos de dispensação em caráter* excepcional. Brasília: CONASS documenta, nº 03, 2004, p. 55.

atualizada, fazendo com que várias pessoas deixem de desfrutar das novas conquistas da ciência.

Exemplo de tal situação é o antiretroviral conhecido por Kaletra, utilizado no tratamento da AIDS. Inicialmente, o mesmo não constava da lista oficial, embora sua eficácia já tivesse sido comprovada por órgãos de saúde de outros países. Apesar da não-inclusão inicial, várias decisões judiciais foram proferidas para que o Estado fornecesse tal medicamento. Após algum tempo, a lista foi devidamente atualizada para constar a referida droga[390].

Portanto, revela-se ameaçador à efetividade do direito à saúde o engessamento da atividade judicial para conceder apenas os medicamentos incluídos previamente na lista, pois, conforme já observado, alguns remédios apenas são incorporados após uma delonga de tempo considerável. Além disso, é factível que possa ocorrer ingerência dos governantes para que não se introduza na lista remédios de alto custo, evitando-se, assim, impactos relevantes no orçamento.

Logo, defendemos ser possível ordem judicial que imponha ao Poder Público o fornecimento de medicamentos de última geração ainda que não previstos nas listas oficiais, desde que, no entanto, reste comprovado o avanço terapêutico da nova droga, bem como a necessidade premente do paciente.

6.2 – Direito à Educação

O direito à educação também foi acolhido pela ordem constitucional brasileira como direito fundamental. O art. 6° da CF apenas fez menção à educação como direito fundamental social, sendo que os artigos 205 a 214 da Lei Fudamental trouxeram mais detalhes quanto ao mencionado direito.

Inicialmente, urge definir quais dos dispositivos constitucionais acima referidos podem ser qualificados como direito fundamental. Esta definição assume

---

[390] LIMA, George Marmelstein. *Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.* Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005, p. 127.

importância crucial, visto que os dispositivos considerados fundamentais – por serem cláusulas pétreas – terão proteção especial.

Assim, quanto aos artigos 205 a 208, pode-se inferir que tratam sobre a essência e o conteúdo do direito fundamental à educação, de modo que podem ser considerados como normas que consagram direitos fundamentais. Já em relação aos outros artigos (209 a 214), note-se que os mesmos guardam pertinência ao aspecto procedimental e também referente à organização, não se qualificando, portanto, como direitos fundamentais[391].

O art. 205 da Constituição Federal prevê que: "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho." Conforme se verifica, trata-se de dispositivo que estabelece metas a serem atingidas pelo Estado e também diretrizes a serem seguidas, de modo que não gera direitos subjetivos aos indivíduos, visto que tem caráter exclusivamente programático[392].

Por outro lado, o art. 206 da Constituição Federal consagra normas de natureza diversa. Assim, o inciso I estabelece a igualdade de acesso para ingresso e permanência na escola, sendo nada mais do que manifestação do princípio da isonomia já previsto no texto constitucional (art. 5°, *caput,* da CF). O inciso II, por sua vez, prevê a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber. Note-se que tal norma traduz, na verdade, um direito de liberdade. Já o inciso IV dispõe sobre a gratuidade do ensino público nos estabelecimentos oficiais. Percebe-se, portanto, que tais dispositivos, ao contrário do previsto no art. 205 da CF, apresentam-se como diretamente aplicáveis, sendo prescindível a intermediação do legislador[393].

No art. 207, a Constituição tratou da autonomia universitária, que confere às universidades autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial. Dessa forma, a norma constitucional atribuiu às universidades uma

---

[391] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 350.
[392] *Idem*, *ibidem*, p. 351.
[393] *Idem*, *ibidem,* pp. 352-353.

proteção contra as indevidas intromissões, de modo que tal garantia se mostra como um verdadeiro direito de defesa. Ademais, é fácil constatar que a norma em destaque também é diretamente aplicável[394].

Quanto ao ensino fundamental, a Constituição Federal, no art. 208, inc. I, deixou expresso que é obrigatório e gratuito. No §1° do mesmo dispositivo, previu, ainda, que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo[395].

Neste contexto, ressalte-se que as Constituições Espanhola (art. 27/4), Portuguesa (art. 74/3a) e Paraguaia (art. 76) também consignaram a obrigatoriedade e gratuidade do ensino fundamental[396].

Diante de tais normas constitucionais, tem sido reconhecido, no caso brasileiro, o direito subjetivo dos indivíduos ao ensino fundamental obrigatório e gratuito, inclusive com a garantia de vaga em estabelecimento oficial de ensino ou, na hipótese de esgotamento do sistema público, a matrícula na rede particular com a obrigação do Estado arcar com os respectivos custos[397]. Além disso, o Estado tem sido compelido também a fornecer transporte gratuito até os estabelecimentos de ensino[398].

Neste diapasão, destaca-se, ainda, importante julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no qual restou consignado o dever do Poder Público em garantir o atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade, nos termos do inciso IV, do artigo 208 da Constituição Federal. Diante da relevância de tal julgado, convém transcrever sua ementa na íntegra:

> 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 EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira

---

[394] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 352.
[395] *Idem, ibidem*, p. 353.
[396] *Idem*, *ibidem,* p. 362.
[397] BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas.* Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 147.
[398] TJDFT, Mandado de Segurança nº 20050020080100, Rel. Des. Vasquez Cruxên, julgado em 04/04/2006, publicado no DJ em 30/05/2006; TJRS, Apelação Cível nº 70021164090, Rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda, julgado em 19/12/2007, publicado no DJ em 28/12/2007.

> etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, 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 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 um descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – 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". Doutrina[399].

O acórdão acima transcrito deixa patente que a Suprema Corte admite a intervenção do Poder Judiciário quando os Poderes Políticos se omitirem ou falharem na realização dos direitos sociais.

Noutro passo, convém alçar à discussão novamente o posicionamento de alguns que não reconhecem o direito subjetivo à educação por considerar que a omissão do Estado quanto a esta prestação não terá o condão de comprometer a existência física dos indivíduos. De fato, o ser humano não tem sua existência física afetada pela falta de instrução, porém a questão deve ser apreciada não apenas sob a perspectiva da existência do indivíduo, mas também pelo prisma da dignidade da pessoa humana. Assim, as normas constitucionais não garantem apenas a existência

---

[399] STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n° 410.715/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22/11/2005, publicado no DJU em 03/02/2006, pp. 00076.

física, mas, sobretudo, a existência com dignidade, a qual inclui o direito de não viver num estado de ignorância.

Por derradeiro, importa ressaltar que o Constituinte também se preocupou com a repercussão econômica da efetivação do direito fundamental à educação, visto que dispôs sobre a obrigatoriedade de destinação mínima de recursos financeiros para o setor da educação. Neste sentido, o art. 212 estabeleceu que "a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino." Além disso, calha lembrar que a Emenda Constitucional n° 14, de 12 de setembro de 1996, previu que o ensino fundamental público terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação (art. 212, § 5° da CF).

6.3 – Direito à Assistência social

Consoante já assinalado, as normas definidoras de direitos fundamentais sociais impõem ao legislador a tarefa de concretizar a obrigação estatal prevista na norma constitucional. Frise-se que a atividade do legislador não consiste apenas em conformar a obrigação estatal, mas, também, de não se afastar dos critérios previstos no texto constitucional.

Logo, é evidente que o Parlamento não poderá legislar contrariamente ao que prescreve a norma que consagrou o direito fundamental. Trata-se, portanto, de uma eficácia negativa garantida a todas as normas constitucionais. Nesta perspectiva, José Afonso da Silva reconheceu que não há norma constitucional desprovida de eficácia, ainda que esta seja apenas de natureza negativa[400].

Para melhor ilustrar a eficácia negativa das normas constitucionais, notadamente no que se refere ao direito à assistência social, convém fazer um atento

[400] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 81-82.

exame do benefício assistencial previsto no art. 203, inc. V, da Constituição Federal. Assim dispõe o texto constitucional:

> Art. 203 - A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
> (...)
> V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

No intuito de regulamentar o dispositivo constitucional acima transcrito, veio a lume a Lei n° 8.742/93. O art. 20 da mencionada lei, em seu § 3°, trouxe uma definição quanto à incapacidade econômica da família. Desse modo, nos termos da lei, "considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo."

Portanto, o legislador ordinário realizou a tarefa de conformação do benefício previsto no texto constitucional. Contudo, há de se perquirir se a lei atendeu aos parâmetros fixados no texto constitucional.

Note-se que a norma constitucional previu que o benefício seria devido àqueles que comprovassem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Em sede de regulamentação, a lei ordinária definiu que incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa é a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. Assim, diante deste quadro normativo, indaga-se se toda família que tiver a renda mensal *per capita* acima de 1/4 (um quarto) do salário mínimo seria capaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa[401].

Em outras palavras, a pergunta que exsurge é se o § 3° do art. 20 da Lei n° 8.742/93 atendeu aos parâmetros fixados no inciso V, do art. 203 da Constituição Federal. A resposta parece ser negativa. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, já foi provocado por ação direta de inconstitucionalidade e, na oportunidade, reconheceu que a restrição imposta pelo legislador ordinário era constitucional. Além disso, admitiu que

[401] É imperioso sublinhar, neste contexto, que tais pessoas normalmente necessitam de medicamentos e cuidados especiais, o que onera ainda mais o custo permanente da família.

o § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 introduziu critérios objetivos para se aferir a condição de miserabilidade da família, não sendo cabível ao magistrado perscrutar sobre a precariedade econômica da família em face das peculiaridades do caso concreto[402].

Assim, em uma família de três pessoas, por exemplo, cuja renda familiar total seja de um salário mínimo, não haverá, segundo o entendimento do STF, o direito ao benefício assistencial, mesmo que o salário-mínimo, no caso concreto, não seja capaz de prover com dignidade a manutenção dessa família[403].

Cumpre ressaltar, no entanto, que vários juízes e tribunais têm flexibilizado a regra constante do § 3° do art. 20 da Lei n° 8.742/93 e, por consequência, têm admitido a concessão do benefício assistencial mesmo quando a renda *per capita* familiar seja superior a 1/4 do salário mínimo. Nestas hipóteses, contudo, deve restar comprovado por outros dados a miserabilidade da família em cada caso concreto[404].

Dessa forma, a despeito da natureza vinculante das decisões do STF em controle de constitucionalidade concentrado, tem havido uma persistente recalcitrância por parte das demais Cortes de justiça.

6.4 – Direito à Moradia

Como é cediço, o direito à moradia foi introduzido pela Emenda Constitucional n° 26, de 14 de fevereiro de 2000, a qual o qualificou como direito social fundamental, nos termos da alteração promovida no art. 6° da Constituição Federal.

Malgrado a Emenda Constitucional só tenha sido promulgada em 2000, o direito à moradia já tinha sido consagrado pelo texto constitucional no próprio teor do inc. IV do art. 7°, quando restou consignado que o valor do salário mínimo deveria

---

[402] STF, ADI nº 1.232-DF, Rel. Min. Nelson Jobim, julgado em 27/08/1998, publicado no DJU em 01/06/2001, p. 00075.

[403] LIMA, George Marmelstein. *Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.* Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005, p. 134.

[404] STJ, RESP nº 841.060, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 16/06/2007, publicado no DJU em 25/06/2007; TRF-1ª Região, Apelação Cível nº 200201990178670, Rel. Des. Jirair Aram Meguerian, julgado em 16/04/2007, publicado no DJU em 01/10/2007; TRF-4ª Região, Apelação Cível nº 200770990053152, Rel. Des. Fernando Quadros da Silva, julgado em 21/11/2007, publicado no DJU em 14/12/2007.

atender às necessidades vitais básicas do indivíduo, incluindo, entre elas, o direito à moradia. Além disso, o art. 23, inc. IX, da Constituição Federal dispôs que é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios "promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico"[405].

Noutro giro, infere-se que o direito à moradia, assim como os direitos à saúde e à assistência social, são conseqüências de um direito basal à existência digna, de modo que, antes da aludida Emenda Constitucional, seria aceitável deduzir que o direito à moradia estava implícito no texto constitucional, isto é, como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana.

Recorde-se, outrossim, que o direito à moradia já havia sido consagrado pelo Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966 (PIDESC)[406]. Assim dispõe o art. 11 do pacto:

> Os Estados signatários do presente pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma contínua melhoria de suas condições de vida.

Além disso, vale frisar que outros documentos internacionais (*v.g*: Declaração de Vancouver – 1976 e Declaração de Istambul – 1996) também previram o direito à moradia como direito básico da pessoa humana[407].

Quanto ao conteúdo do direito à moradia, frise-se, desde logo, que não se confunde com o direito à propriedade[408]. Por outro lado, por estar vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana, assegura ao titular do direito uma moradia com padrões mínimos de dignidade, ou seja, garante ao cidadão pelo menos um ambiente seguro e hígido.

Conforme já ressaltado anteriormente, o direito à moradia desnuda uma natureza ambivalente, pois impõe ao Estado a realização de prestações positivas no

---

[405] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 347.
[406] Conforme já visto, o PIDESC foi ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.
[407] SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: *Revista de Direito do Consumidor*, ano 12, abril-junho 2003, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 205-206.
[408] *Idem*, *ibidem*, p. 211.

intuito de assegurar aos indivíduos uma habitação digna e, por outro lado, assume também uma feição negativa, na medida em que resguarda o titular do direito de eventuais agressões, provenientes do Estado ou de particulares. É o que observa a professora lusitana Cristina Queiroz:

> Tomemos como exemplo o "direito à habitação" consagrado no artigo 65.º da Constituição. Este apresenta uma "dupla natureza". (...) Consiste, de um lado, no direito de não ser arbitrariamente privado de habitação ou de não ser impedido de conseguir uma. Neste sentido, reveste a forma de um "direito subjetivo", isto é, de um 'direito de defesa", determinando um dever de abstenção do Estado e de terceiros, apresentando-se, nessa medida, como um "direito análogo aos direitos, liberdades e garantias".
>
> Por outro lado, o direito à habitação consiste ainda no direito a obtê-la, traduzindo-se este na exigência de medidas e prestações público-estaduais adequadas à realização desse objectivo. Nesta perspectiva, o direito à habitação apresenta-se como um verdadeiro e próprio "direito social". Em termos breves, configura-se como um "direito complexo e multifacetado"[409].

No que tange à justiciabilidade do direito à moradia, o Tribunal Constitucional Português, no acórdão nº 151/92, assentou que o aludido direito seria uma mera pretensão jurídica, ou seja, não teria aplicação direta imediata, dependendo, portanto, da conformação a ser atribuída pelo legislador[410]. Alguns anos depois, o Tribunal lusitano reafirmou seu posicionamento no acórdão nº 29/2000[411].

De fato, a realização imediata do direito à moradia enfrenta dificuldades mais severas do que em relação aos outros direitos sociais, de modo que seria praticamente inexeqüível uma ordem judicial que determinasse ao Poder Público a solução definitiva do problema da moradia.

Considerando tal óbice de natureza fática, a Constituição Sul-Africana impôs ao Poder Público apenas a realização progressiva de tal direito, de acordo com os recursos disponíveis[412]. Diante deste quadro normativo, Pierre de Vos salienta que realização progressiva não significa "ficar sentado sem fazer nada", mas, pelo contrário, impõe ao Estado a efetivação de medidas que facilitem o acesso progressivo à moradia

---

[409] QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais Sociais,* Coimbra: Coimbra, 2006, p. 73.
[410] *Idem*, *ibidem,* pp. 89-90.
[411] SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: *Revista de Direito do Consumidor*, ano 12, abril-junho 2003, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 233.
[412] Texto original: "Section 26 (2) – The state must take reasonable legislative or other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right."

adequada. O autor adverte, ainda, que o retrocesso social neste campo deverá ser devidamente justificado pelo Poder Público a partir de uma necessidade imperiosa de realização de outros direitos também fundamentais[413].

Neste contexto, convém fazer alusão ao julgamento da Corte Constitucional sul-africana no caso *Grootboom*[414], no qual o Tribunal determinou ao Poder Público que tomasse medidas efetivas que garantissem a realização progressiva do direito à moradia adequada. Ressalte-se, outrossim, que uma comissão de direitos humanos ficou encarregada de monitorar se as atividades do Estado estavam voltadas à realização progressiva de tal direito.

A citada decisão da Corte Suprema sul-africana teve o mérito de impor a efetividade – ainda que progressiva – do direito social à moradia, sem interferir no modo como o Poder Público cumpriria tal decisão. Desse modo, o Tribunal conseguiu conciliar a necessidade de realização do direito social à moradia com o respeito à discricionariedade administrativa conferida aos administradores públicos[415].

---

[413] VOS, Pierre de. The Right to Housing. In: BRAND, Danie; HEYNS, Christof (org.). *Socio-Economic Rights in South Africa*. Pretoria: Pretoria University Law Press, 2005, pp. 99-100.
[414] O caso *Grootboom* será tratado com mais detalhes no tópico 7.3.
[415] SUNSTEIN, Cass. Social and Economic Rights? Lessons from South Africa. In: *Public Law and Legal Theory Working Paper*, Chicago: University of Chicago, n. 12, 2001.

7 – EFICÁCIA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS NO DIREITO COMPARADO

7.1 – Considerações Gerais

No presente capítulo, buscar-se-á analisar os sistemas constitucionais de outros países, bem como a interpretação que os respectivos tribunais têm conferido ao tema.

Preambularmente, cumpre registrar que a eficácia e a efetividade dos direitos sociais são temas que têm sido pauta de discussão em praticamente todos os países do mundo, tanto no âmbito dos poderes políticos (Executivo e Legislativo) quanto nos próprios tribunais.

Ao longo de toda a dissertação, as ordens constitucionais da Alemanha e de Portugal, sobretudo quanto ao assunto em foco, já foram estudadas pormenorizadamente, inclusive com o suporte da doutrina respectiva. Em razão disso, não há mais necessidade de examinar tais países neste capítulo.

Desse modo, o estudo específico recairá sobre os seguintes países: Estados Unidos e África do Sul. Sendo assim, procuramos deitar a análise sobre países com diferentes estruturas constitucionais e também com conjunturas socioeconômicas distintas.

7.2 – Estados Unidos

A Constituição dos Estados Unidos tem características liberais acentuadas, sendo importante destacar que a mesma não faz referência a qualquer valor social, com exceção da cláusula genérica que dispõe sobre o direito de igualdade, a qual foi introduzida pela emenda nº 14[416].

---

[416] LIMA, George Marmelstein. *Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.* Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005, p. 153.

Cass Sunstein buscou esclarecer os motivos pela qual a Constituição norte-americana não ostentou garantias socioeconômicas. Segundo o notável professor da Universidade de Chicago, quatro justificativas poderiam ser apontadas para explicar a ausência de direitos socioeconômicos no texto constitucional. Vejamos, a seguir, a descrição de cada uma delas:

- Explicação cronológica: no final do século XVIII – ocasião em foi promulgada a Constituição norte-americana –, os direitos socioeconômicos não estavam na pauta de discussão dos Constituintes da época, uma vez que o aludido período se caracterizava por ser marcantemente liberal. Todavia, de acordo com Sunstein, essa explicação é frágil, haja vista que a Constituição poderia ter sido emendada em momento posterior ou até mesmo ter sido interpretada de modo a garantir os direitos sociais;
- Explicação cultural: nos Estados Unidos, os movimentos socialistas nunca tiveram força expressiva, de modo que a mobilização pela constitucionalização dos direitos sociais não recebeu o apoio necessário. Sunstein também rejeita tal explicação de ordem cultural, uma vez que, segundo ele, os direitos sociais poderiam coexistir normalmente em países inseridos em uma economia de mercado;
- Explicação institucional: nos Estados Unidos, os direitos constitucionais não são vistos apenas como meros programas ou aspirações, mas, sim, como direitos que podem ser exigidos judicialmente. Assim, considerando um déficit de justiciabilidade dos direitos sociais, os norte-americanos optaram por não os reconhecer como normas constitucionais. De acordo com Sunstein, esta justificativa também seria fraca, pois os direitos socioeconômicos poderiam ser judicialmente exigidos em determinadas situações;
- Explicação realista: na década de 60 do século passado, a Suprema Corte norte-americana esteve muito perto de admitir que os direitos socioeconômicos teriam estatura constitucional. Tal construção jurisprudencial tinha como suporte o direito de igualdade introduzido pela décima quarta emenda. No entanto, durante o mandato do Presidente Nixon, o mesmo fez quatro indicações para a Suprema Corte que provocaram uma mudança significativa no perfil desta, de modo que passou a ter uma feição mais conservadora. Segundo Sunstein, a posição conservadora da Suprema

Corte constitui explicação razoável para o não-reconhecimento dos direitos sociais como direitos constitucionais[417].

Neste contexto, convém fazer alusão à posição defendida pelo ex-presidente dos Estados Unidos, Franklin Roosevelt, o qual sustentou que a ordem constitucional deveria garantir a todos os indivíduos o direito de viver confortavelmente[418]. A partir disso, Roosevelt destacou a necessidade de uma redefinição de direitos, de modo que as dimensões negativa e positiva dos direitos fundamentais se assentassem no mesmo plano. Nesta perspectiva, propôs uma junção da liberdade negativa à liberdade positiva, rompendo, assim, com a dicotomia entre a liberdade em face do Estado (*liberty from government*) e a liberdade através do Estado (*liberty through government*)[419].

Neste ponto, torna-se relevante fazer algumas considerações sobre o período de grave crise econômica que assolou os Estados Unidos no início do século XX, agravado, ainda, pelo *crash* da bolsa de valores de Nova Iorque. Diante de um quadro de miséria e desemprego, o presidente Roosevelt, guiado pelas idéias do economista John Maynard Keynes, concebeu um projeto de revitalização da economia norte-americana, o qual previa algumas medidas de caráter social. O referido programa de Roosevelt – conhecido por *New Deal* – estabelecia também direitos sociais mínimos aos trabalhadores, como, por exemplo, a limitação da jornada de trabalho e pisos salariais[420].

Entretanto, a Suprema Corte norte-americana reconheceu a inconstitucionalidade dessas medidas sociais em diversas ocasiões. Assim, no caso *Adkins vs. Children's Hospital*, *v.g.*, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de uma lei que definia pisos salariais mínimos para mulheres e crianças[421].

---

[417] SUNSTEIN, Cass R. Why does the American Constitution lack social and economic guarantees? In: *Public Law and Legal Theory Working Paper*, Chicago: The University of Chicago, n. 36, 2003, *apud* LIMA, George Marmelstein. *Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.* Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005, p. 154.

[418] SUNSTEIN, Cass R. *The Second Bill of Rights:* FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever. New York: Basic Books, 2004, p. 68.

[419] QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais Sociais,* Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 24.

[420] LIMA, George Marmelstein. *Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.* Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005, p. 156.

[421] *Apud* SUNSTEIN, Cass R. *The Second Bill of Rights:* FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever. New York: Basic Books, 2004, p. 29.

Tais decisões da Suprema Corte tinham como fundamento a proteção do direito constitucional à livre iniciativa (liberdade contratual), de modo que o legislador não poderia intervir neste âmbito de liberdade. De acordo com tal jurisprudência, os direitos sociais atribuídos aos trabalhadores representavam uma inadmissível intromissão na livre vontade das partes contratantes[422].

Este posicionamento conservador da Corte provocou uma profunda crise entre os Poderes Executivo e Judiciário, a ponto de Roosevelt propor uma ampliação do número de membros da Suprema Corte apenas no intuito de obter maioria dos votos. Esta proposta de Roosevelt, conhecida por *court-packing plan*, não foi aprovada pelo Congresso, porém influenciou de modo significativo a postura da Corte, de tal sorte que esta modificou o entendimento sustentado anteriormente[423].

Assim, no caso *West Coast Hotel vs. Parrish*, a Suprema Corte reviu posicionamento anterior e reconheceu a constitucionalidade de lei estadual que previa salário mínimo para mulheres[424].

No caso *Gideon vs. Wainwright*, de 1963, a Suprema Corte deu outro passo importante para o reconhecimento dos direitos sociais. Com efeito, entendeu a Corte que a Constituição impõe ao Estado a prestação de defesa jurídica para as pessoas carentes nos casos criminais[425].

Destaca-se, ainda, a decisão proferida no Caso *Shapiro vs. Thompson* (1969), na qual a Suprema Corte esteve muito próxima de admitir que a Constituição norte-americana acolhe direitos a prestações sociais. Neste julgamento, a Corte declarou a invalidade de leis estaduais que garantiam os direitos sociais apenas àqueles que residissem pelo período mínimo de um ano no território do respectivo Estado federado[426].

---

[422] LIMA, George Marmelstein. *Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.* Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005, p. 157.

[423] BARROSO, Luís Roberto. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 23, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/jun. 1998, pp. 67-68.

[424] *Idem, ibidem,* p. 68.

[425] *Apud* MACIEL, Adhemar Ferreira. “Amicus Curiae”: um instituto democrático. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 39, n. 153, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, jan-mar 2002, pp. 08-09.

[426] *Apud* SUNSTEIN, Cass R. *The Second Bill of Rights:* FDR’s unfinished revolution and why we need it more than ever. New York: Basic Books, 2004, p. 159.

Os casos acima pinçados simbolizam um momento histórico no qual a Suprema Corte esteve muito perto de reconhecer que a Constituição norte-americana abriga direitos sociais[427]. Tudo levava a crer que a Corte assumiria tal postura, porém, com a indicação de quatro *justices* conservadores para a Suprema Corte (Warren Burger, Harry Blackmun, Lewis Powell e Willian Rehnquist)[428], operou-se uma alteração significativa na jurisprudência[429].

O exemplo mais evidente da reviravolta do posicionamento da Suprema Corte se deu no caso *San Antonio School District vs. Rodriguez.* Neste caso, discutiu-se a discrepância de investimento público nas escolas do Estado do Texas. De acordo com os dados do processo, de cada mil dólares investidos nas escolas situadas nas áreas mais nobres, apenas trezentos e setenta eram alocados nas escolas localizadas nas regiões mais pobres. Diante disso, os Tribunais de instância inferior reconheceram a referida discriminação e impuseram que o Estado distribuísse eqüitativamente os recursos públicos com educação, sem qualquer distinção entre áreas ricas e pobres. A Suprema Corte, no entanto, reformou tal entendimento por 5 votos a 4 e, por conseguinte, entendeu que a discriminação praticada no Estado do Texas não era inconstitucional. Segundo Sunstein, tal julgamento representou o sepultamento da concepção de que a Constituição acolhe os direitos socioeconômicos[430].

Embora a Suprema Corte norte-americana não tenha reconhecido os direitos sociais como direitos de matriz constitucional, é válido registrar que o Judiciário norte-americano, de modo geral, tem sido enérgico diante do negligenciamento dos direitos sociais.

Quanto ao direito à educação, em especial, o Professor Marcus Faro de Castro faz referência a um importante estudo elaborado pela *Tax Policy Foundation*, que constatou que o Poder Público norte-americano, no período de 1977 a 2007, foi

---

[427] QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais Sociais,* Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 30.
[428] As indicações dos referidos *justices* foram realizadas pelo então Presidente Richard Nixon.
[429] LIMA, George Marmelstein. *Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.* Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005, pp. 159-160.
[430] SUNSTEIN, Cass R. *The Second Bill of Rights:* FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever. New York: Basic Books, 2004, pp. 165-166, *apud* LIMA, George Marmelstein. *Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.* Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005, p. 160.
.

compelido – por força de ordens judiciais – a incluir no orçamento da educação a cifra impressionante de US$ 34.000.000.000,00. Nas precisas palavras do autor:

> Porém, ao contrário do que supõem alguns, não é apenas no Brasil que o sistema judicial tem proferido decisões com impacto sobre o orçamento público. Nos Estados Unidos, por exemplo, os efeitos de decisões judiciais sobre orçamentos estaduais têm sido extremamente relevantes.
>
> Nesse sentido, um estudo da *Tax Policy Foundation* concluiu que, desde 1977, decisões judiciais provocaram um aumento de US$ 34 bilhões nos orçamentos educacionais de estados da federação. Em outras palavras, a fim de assegurar que a educação seja oferecida com qualidade e em escala suficiente para o povo, que é titular do "direito à educação", os tribunais norte-americanos têm adotado decisões que provocam mudanças na política orçamentária de diversos estados. Somente no estado de Nova York, o impacto orçamentário das decisões judiciais para a adequação da oferta dos serviços de educação foi de mais de US$ 10 bilhões[431].

Assim, não obstante a Suprema Corte tenha recusado a estatura constitucional dos direitos sociais, infere-se, por outro lado, que o Judiciário norte-americano tem acolhido amiúde pretensões com o propósito de implementar tais direitos.

7.3 – África do Sul

De forma similar à Constituição Brasileira, a Lei Fundamental sul-africana também previu em seu bojo um amplo rol de direitos sociais, como, por exemplo, os direitos à saúde, à educação, à moradia adequada, à previdência social, à comida e à água[432].

No que diz respeito à efetivação dos direitos sociais, é de se ressaltar que a Suprema Corte da África do Sul tem adotado soluções interessantes. O célebre caso *Grootboom* é o exemplo mais marcante, de modo que se revela oportuna, neste

---

[431] CASTRO, Marcus Faro de. Judiciário, Orçamento Público e o Desafio da Quantificação de direitos. Disponível em: <http://economialegal.wordpress.com/2007/08/11/judiciario-orcamento-publico-e-o-desafio-da-quantificacao-de-direitos/>. Acesso em: 02 de outubro de 2007.

[432] LIMA, George Marmelstein. *Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.* Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005, p. 169.

segmento, a análise das peculiaridades do caso aludido, bem como do posicionamento adotado pela Corte.

No caso citado, Irene Grootboom e várias outras pessoas, as quais viviam em condições desumanas na favela de Wallacedene, provocaram o Poder Judiciário para que fosse garantido o direito à moradia adequada consagrado na Constituição da África do Sul.

Em momento pretérito à propositura da ação judicial, o Poder Público havia se comprometido a solucionar a situação dos moradores de Wallacedene, de modo a garantir uma moradia mais digna. Contudo, após sete anos de espera, nada de concreto havia sido feito, de tal sorte que os moradores da favela decidiram abandonar seus "barracos" e invadir uma propriedade particular[433].

Diante de tal fato, o dono do terreno esbulhado ingressou com ação de reintegração de posse, na qual obteve ordem liminar de desocupação. Desse modo, os moradores foram compulsoriamente retirados do terreno e alojados temporariamente no campo de esportes de Wallacedene. Considerando tal situação, os desabrigados pleitearam formalmente ao Município uma solução para o impasse. Contudo, o Município novamente não apresentou medidas concretas para solucionar o problema[434].

Assim, ante a omissão do Poder Público, tais pessoas propuseram ação perante *High Court* sul-africana para que restasse assegurado o direito constitucional à moradia adequada (art. 26 da Constituição sul-africana).

No entanto, a *High Court* não reconheceu o menosprezo ao artigo 26 da Constituição, mas, por outro lado, admitiu a violação ao artigo 28, o qual atribui às crianças o direito a um abrigo. Desse modo, a referida Corte impôs ao Poder Público a obrigação imediata de assegurar moradia digna às famílias com crianças.

Em face de tal decisão, o Poder Público recorreu à Corte Constitucional, invocando, para tanto, questões relacionadas à escassez de recursos públicos (reserva do financeiramente possível).

---

[433] LIMA, George Marmelstein. *Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.* Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005, p. 170.
[434] *Idem, ibidem*, p. 170.

Diante da irresignação estatal, a Suprema Corte da África do Sul reconheceu o direito dos desabrigados à moradia adequada e também o dever do Estado de implementar progressivamente tal direito.

Contudo, a ordem final da Corte Constitucional foi diversa da imposta pela *High Court,* uma vez que não determinou a concretização imediata do direito à moradia pelo Poder Público, mas tão-somente a alocação de mais recursos para a realização de tal direito social. Na verdade, a Suprema Corte determinou que o Estado desenvolvesse programas sociais de modo a implementar progressivamente o direito à moradia adequada.

Cass Sunstein fez elogios à referida decisão, pois, segundo ele, a Suprema Corte teve o mérito de impor a efetivação do direito fundamental à moradia sem interferir significativamente no modo como esse direito deveria ser implementado, respeitando, assim, a discricionariedade atribuída aos poderes políticos. Desse modo, a decisão conseguiu harmonizar o princípio democrático e a necessidade de efetivar o direito constitucional à moradia[435].

Em outro caso de grande repercussão – *TAC vs. Ministers of Health*[436] –, a Corte Suprema Sul-Africana reconheceu que todos devem ter direito de acesso aos serviços de saúde. Na situação específica, uma associação civil (*Treatment Action Campaign* - TAC) requereu ao Estado o fornecimento gratuito do medicamento Nevirapina para as gestantes portadoras do vírus HIV e também para os filhos destas após o nascimento.

No caso em comento, a Suprema Corte assentou que todos devem ter direito de acesso aos serviços de saúde, o que não implica em obrigação para que o Poder Público atenda a todos, mas apenas àqueles que não tenham condições de adquirir por conta própria[437].

Portanto, os casos anteriormente relatados revelam o grau avançado de compreensão da Suprema Corte sul-africana quanto à problemática referente à

---

[435] SUNSTEIN, Cass R. *Social and Economic Rights?* Lessons from South Africa. In: Public Law and Legal Theory Working Paper, Chicago: University of Chicago, n. 12, 2001.

[436] *Apud* LANGFORD, Malcom; NOLAN, Aoife. Leading Cases on Economic, Social and Cultural Rights: Summaries. Suíça: COHRE – Centre on housing rights and evictions, jan. 2006, p. 48.

[437] LIMA, George Marmelstein. *Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.* Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005, p. 173.

efetividade dos direitos sociais. Registre-se que as aludidas decisões têm sido consideradas como importantes exemplos para outros países, sobretudo pelo modo criativo pelo qual buscaram atribuir efetividade a tais direitos. É certo, no entanto, que o Estado sul-africano ainda tem muito a avançar nas políticas sociais, porém não podemos olvidar, neste momento, de tecer encômios à postura da Suprema Corte.

CONCLUSÃO

Ao longo de todo o trabalho, foi destacada a relevância dos direitos sociais de caráter prestacional, uma vez que a carência de tais direitos implica indiretamente na fragilização dos direitos de liberdade. Desse modo, de que adianta o direito de liberdade se o cidadão não gozar das prestações materiais mínimas que garantam a existência digna? Do mesmo modo, para que serve o livre direito ao voto se uma pessoa não tiver acesso ao mínimo de educação, haja vista que, nesta hipótese, a vontade eleitoral será absolutamente viciada e manipulável, enfraquecendo, portanto, o tão prestigiado princípio democrático em sua acepção material? Logo, os direitos sociais prestacionais têm a precípua função de conferir aos indivíduos o que a doutrina denomina de “liberdade real”.

Considerando a notável importância desses direitos, o Constituinte de 1988 previu um extenso rol de direitos sociais, amoldando-se, dessa forma, aos tratados internacionais celebrados quanto ao tema, com destaque para o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (PIDESC). Além disso, o texto constitucional fixou regras rígidas de destinação obrigatória de recursos mínimos para os setores da saúde e da educação. Com isso, do ponto de vista normativo-constitucional, estabeleceu-se um ambiente propício à implementação satisfatória dos direitos sociais.

Sob a perspectiva econômica, é notório observar que o Brasil, malgrado seja considerado um País ainda em desenvolvimento, apresenta, por outro lado, um grande potencial econômico, capaz de produzir riquezas suficientes para garantir a existência digna de sua população.

Entretanto, embora o quadro normativo-constitucional seja favorável, bem como o potencial econômico relevante, o Brasil não apresenta Índice de Desenvolvimento Humano – IDH satisfatório, isto é, está muito longe de atingir um patamar aceitável quanto à efetivação dos direitos sociais.

Diante deste quadro paradoxal, vários motivos podem ser apontados para tentar justificá-lo, dentre os quais, destacam-se: a elevada concentração de renda; a administração pública ineficiente e burocrática; a malversação dos recursos públicos; e vários outros. Desse modo, a deficiência do Estado Social no Brasil é tributada a motivos de diferentes e complexas naturezas, sendo o Direito, como ciência, incapaz de trazer uma solução plena.

Portanto, conforme já frisado na introdução, este trabalho não teve a ousada pretensão de solucionar problema de tal magnitude, mas, sim, a de trazer uma contribuição a este intrincado tema que tem acalorado a pauta de discussão dos poderes constituídos em vários países do mundo. Do mesmo modo, revelar-se-ia até ingênua a postura daqueles que crêem que o Direito é capaz de resolver por si só a questão da ineficácia dos direitos sociais.

Por outro lado, apesar do Direito ser realmente incapaz de contemplar uma solução plena ao problema, é possível identificar algumas contribuições de tal ciência em favor da implementação dos direitos sociais.

A partir daí, procuramos identificar e enfrentar, sob a perspectiva da ciência do Direito, os principais obstáculos erigidos contra a eficácia e a efetividade dos direitos sociais prestacionais, sobressaindo-se os seguintes: a) o conteúdo aberto e indeterminado dos preceitos constitucionais que consagram tais direitos; b) a cláusula da reserva do financeiramente possível e; c) a falta de legitimidade democrática dos juízes para interferir na formulação e execução de políticas públicas.

Quanto ao primeiro óbice apontado, sustentamos que as normas que prevêem os direitos sociais prestacionais não devem ser concebidas na medida do “tudo ou nada”, ou seja, como se fossem regras absolutas. Na verdade, tais normas se amoldam melhor à noção de princípio, o qual impõe a realização do direito no seu máximo, porém condicionado às possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Portanto, a eficácia das referidas normas fundamentais dependerá da análise cautelosa das peculiaridades da situação posta.

Considerando a indeterminação dos preceitos constitucionais que regem a matéria, é possível, diante de um caso concreto, que a prestação material reivindicada pelo indivíduo esteja em contraposição a outro princípio ou bem jurídico também

tutelável pela ordem constitucional. Assim, diante de tal colisão, deve-se realizar a devida ponderação, lembrando-se, para isso, da máxima concebida por Alexy, segundo a qual, quanto maior for a restrição a um princípio maior deve ser a importância do princípio contraposto.

Logo, a compreensão de tais normas abertas como princípios – e não como regras absolutas – é a melhor forma de compatibilizar o seu grau de indeterminação com a eficácia que se pretende conferir. Para corroborar a idéia exposta, vale lembrar, ainda, que os direitos sociais guardam como característica a gradualidade da implementação.

No que concerne à alegação estatal de escassez de recursos financeiros, conhecida como cláusula da reserva do financeiramente possível, defendemos que tal argumento do Poder Público deve ser rigorosamente apurado pelo magistrado em face das singularidades do caso concreto.

Desse modo, mesmo diante da exigência de prestações materiais mínimas, a alegação de escassez deverá ser investigada, não sendo admissível a automática rejeição pelo motivo exclusivo de o bem pretendido ser essencial à dignidade da pessoa humana.

Noutro vértice, também não será aceitável o outro extremo, ou seja, o pronto acolhimento da alegação estatal de escassez, com o argumento único de que as escolhas orçamentárias estão adstritas à decisão dos poderes políticos (Executivo e Legislativo).

Portanto, verifica-se que as duas posições acima são extremadas e que, na verdade, sequer analisam o argumento fático da carência de recursos financeiros. A partir disso, propusemos a devida apuração da alegação de escassez, considerando a distinção entre a escassez absoluta de recursos e a relativa.

A escassez absoluta pode ser identificada na hipótese de absoluta falta material de recursos. Em tais situações, depara-se com a impossibilidade fática, não havendo instrumentos jurídicos aptos a conferir eficácia ao direito social requestado. Desse modo, não resta outra alternativa a não ser o acolhimento da cláusula da reserva do financeiramente possível.

Ademais, é importante observar que o Poder Público, em tais casos, deve demonstrar objetivamente a escassez absoluta de recursos e não, apenas, alegá-la de modo inconsistente, desprovido de qualquer suporte probatório.

No caso da escassez relativa, os recursos financeiros existem, porém estão alocados para satisfação de outras finalidades. Sendo assim, é necessário esquadrinhar a natureza da finalidade já contemplada pelo orçamento, isto é, apurar se a mesma é considerada prioritária ou não à luz da ordem constitucional.

Com efeito, se a destinação orçamentária albergou prestações não tidas como preferenciais pela Constituição (*v.g*: os milhões de reais gastos todos os anos com propaganda institucional), deverá, então, ser repelida a alegação da reserva do possível, uma vez que não há escassez propriamente dita, pois a verba existe, não obstante esteja alocada em outro fim.

No que se refere à conclusão acima exposta, é necessário enfatizar que a perquirição sobre a natureza das prestações materiais acolhidas pelo orçamento servirá tão-somente para que o magistrado constate se há ou não recursos disponíveis.

Assim, se houver recursos alocados em finalidades não prioritárias, o juiz deverá rejeitar a alegação da reserva do financeiramente possível, nos termos já mencionados. Em outras palavras, a identificação das destinações orçamentárias em finalidades não prioritárias (*v.g.*: propaganda institucional) será apenas a fundamentação da decisão que rejeitará a alegação da reserva do possível. Desse modo, o referido exame dos gastos públicos não resultará em determinação judicial que imponha o redirecionamento de verbas públicas específicas para atender à prestação material requerida.

Quanto ao argumento da falta de legitimidade democrática dos juízes para interferir na formulação de políticas sociais, é preciso apontar que os poderes políticos são, indubitavelmente, os mais legitimados em tal seara, visto que foram escolhidos democraticamente pelo voto popular para tomar as decisões orçamentárias. Ademais, também é notório que os poderes políticos são os mais habilitados, haja vista que conhecem mais de perto as demandas sociais, bem como a realidade da capacidade orçamentária.

A partir daí, pode-se concluir que a intervenção do Poder Judiciário nas políticas sociais deve ser apenas subsidiária, ou seja, só deve ocorrer quando ficar evidenciado que os poderes políticos falharam ou foram omissos.

Além da atuação do Poder Judiciário ser apenas subsidiária, a falha ou a omissão estatal, que justificam sua intervenção, deve estar suficientemente demonstrada com base nos dados da realidade (reserva de consistência). Desse modo, neste campo, não haverá espaço para presunções, devendo ser efetivamente comprovada a falta governamental.

Ressalte-se, ainda, que os juízes, ao aplicarem os princípios constitucionais pertinentes, não se encontram absolutamente livres, pois devem estar atentos aos postulados racionais da proporcionalidade, como a adequação, a necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Ademais, a intervenção do Poder Judiciário nas políticas sociais deve ser a mínima possível, ou seja, apenas para satisfazer o direito social básico negligenciado pelo Poder Público. Desse modo, concluímos pela inadmissibilidade de decisões judiciais que determinam o redirecionamento de verbas públicas específicas para atender à ordem judicial que impôs a realização de um direito social.

Assim, defendemos que a própria decisão judicial que impõe a concretização do direito social já é suficiente para solucionar o problema, cabendo ao Poder Público, de acordo com sua discricionariedade, decidir sobre os redirecionamentos necessários para implementar os direitos sociais impostos pela decisão judicial.

Por outro lado, tal solução não está imune a críticas, pois se argumenta que o Poder Público, dentro da discricionariedade que lhe compete, pode vir a reduzir ou extinguir programas sociais já em execução para poder cumprir a ordem judicial. Na verdade, o Estado deveria proceder de outra forma, ou seja, retirar os recursos públicos destinados a finalidades não prioritárias para poder adimplir a ordem judicial. Esta seria a atitude esperada e compatível com a ordem constitucional.

Entretanto, se o Poder Público optar pela redução ou extinção dos programas sociais já em andamento, estaremos diante de um novo problema de negligenciamento de direitos sociais, o qual poderá ser resolvido através de outra ação

judicial a ser proposta pelos eventuais prejudicados ou, então, através da pressão popular junto ao Poder Público.

Durante todo o trabalho, portanto, buscamos construir soluções que atribuíssem eficácia e efetividade aos direitos sociais de modo a abalar o mínimo possível o princípio democrático. Logo, tanto os direitos sociais quanto o princípio democrático não podem ser vistos como regras absolutas, visto que, em face das peculiaridades do caso concreto, devem ceder um ao outro para que se harmonizem.

No âmbito do direito comparado, pôde-se constatar que há uma forte tendência em se aceitar a intervenção do Poder Judiciário nas políticas sociais, sobretudo quando se tratar do negligenciamento das garantias materiais mínimas à existência humana com dignidade.

Por derradeiro, enfatizamos que a função dos direitos sociais é muito mais rica do que apenas garantir meios de existência com dignidade, pois, na verdade, visam também assegurar a liberdade real dos indivíduos, para que estes possam usufruir plenamente os direitos de liberdade consagrados pela ordem constitucional. Ademais, a realização dos direitos sociais conduz ao fortalecimento da democracia, no seu sentido material, possibilitando aos cidadãos a efetiva participação no jogo democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles.* Madrid: Trotta, 2002.

_____. Apuntes sobre la Exibilidad Judicial de los Derechos Sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos.* São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais.* 2. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. Esboços e críticas. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 42, n. 165, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, jan/mar 2005.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

ARENHART, Sérgio Cruz. *As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>. Acesso em: 17 de outubro de 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

BALANCO, Paulo; PINTO, Eduardo Costa; MILANI, Ana Maria. *A Crise Econômica e a Desarticulação Social na América Latina: o Endividamento Estrutural*. Disponível em: <www.geocities.com/tercercoloquio2003/coloquio/balanco-pinto-milani.PDF>. Acesso em: 26 de novembro de 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. RJ-SP: Renovar, 2002.

_____. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) *Legitimação dos Direitos Humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os Direitos Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (Org.) *Direitos Fundamentais Sociais:* estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais.* Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 23, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr/jun. 1998.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas.* Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 4. ed. ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BERCOVICI, Gilberto. A Problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 142, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, abr/jun 1999.

BNDES. Estados: quanto custam as funções legislativas e judiciárias. In: *Informe da Secretaria para Assuntos Fiscais do BNDES*, Brasília, nº 22, 2000.

BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos.* 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales.* Traduzido por Juan Luis Requejo Pagés e Ignácio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil.* 6. ed. Brasília: OAB Editora, 2004.

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

BUCHHOLZ, Todd G. *Novas Idéias de Economistas Mortos*. Tradução de Luiz Guilherme B. Chaves e Regina Bhering. Rio de Janeiro - São Paulo: Editora Record, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional.* 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

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

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1993.

CARNEIRO, Wálber Araújo. Escassez, Eficácia e Direitos Sociais. In: *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA.* Salvador: EDUFBA, jan-dez 2004.

CASTRO, Flávio Dino de Costa e. A Função Realizadora do Poder Judidicário e as Políticas Públicas no Brasil. In: *Revista CEJ – Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, n. 28, Brasília, jan./mar. 2005.

CASTRO, Marcus Faro de. *Judiciário, Orçamento Público e o Desafio da Quantificação de Direitos.* Disponível em: <http://economialegal.wordpress. com/2007/08/11/judiciario-orcamento-publico-e-o-desafio-da-quantificacao-e-direitos/>. Acesso em: 02 de outubro de 2007.

CHANG, HA-JOON. *Chutando a Escada*. Tradução de Luiz Antônio Oliveira Araújo. São Paulo: Editora UNESP, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro.* 2. ed. rev. atual. ampl. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 54, jan-mar 2006, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

_____. O Controle da Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.) *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional.* 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988.* vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CURRIE, David P. Lochner Abroad: Substantive Due Process and Equal Protection in the Federal Republic of Germany. In: *The Supreme Court Review*. Chicago: The University of Chicago Press, 1989.

DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Comparado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério.* Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust.* A Theory of Judicial Review. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira, In: _____ (org.) *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, São Paulo: Malheiros, 1998.

FERNANDES, Sérgio Bruno Cabral. O “papel” do Judiciário no “drama” da implementação de políticas públicas. In: *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília: ESMPU, ano 5, n. 20/21, jul./dez., 2006.

GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) *Legitimação dos Direitos Humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GARCIA, Emerson. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. In: _____ (coord.) *A Efetividade dos Direitos Sociais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e a Flexibilização da Legislação Trabalhista. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional.* Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 11, nº 44. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/set 2003.

GOUVÊA, Marcos Maselli. O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos. In: GARCIA, Emerson (coord.). *A Efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GRAU, Eros Roberto. A Constituição Brasileira e as Normas Programáticas. In: *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 4, Rio de Janeiro: IBDC/Forense, 1985.

_____. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988,* 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia:* entre facticidade e validade. vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição.* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1997.

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.* Tradução (da 20ª Edição Alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1998.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights*: Why Liberty Depends on Taxes. New York: Norton & Co., 1999.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002.

KUCZYNSKI, Pedro-Pablo; WILLIAMSON, John (orgs.). *Depois do Consenso de Washington* – retomando o crescimento e a reforma na América Latina. Tradução de Célio Knipel Moreira e Cid Knipel Moreira. São Paulo: Saraiva, 2004.

LANGFORD, Malcolm; NOLAN, Aoife. *Leading Cases on Economic, Social and Cultural Rights: Summaries*. Suíça: COHRE – Centre on Housing Rights and Evictions, jan. 2006.

LASSALE, Ferdinand. Q*ue é uma Constituição?* Tradução de Leandro Farina. Campinas: Minelli, 2003.

LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos Sociais e Vulgarização da Noção de Direitos Fundamentais*. Disponível em: <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>. Acesso em: 08 de dezembro de 2007.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização Econômica, Política e Direito.* Análise das mazelas causadas no plano político-jurídico. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002.

LIMA, George Marmelstein. *Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.* Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 41, n. 164, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, out-dez 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.) *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça.* São Paulo: Malheiros, 1994.

MACIEL, Adhemar Ferreira. "Amicus Curiae": um instituto democrático. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 39, n. 153, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, jan-mar 2002.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. *La Garantia del Contenido Essencial de los Derechos Fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

MARTINS, Leonardo (org.). *Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.* Montevideo: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Tradução de Martônio Lima e Paulo Albuquerque. In: *Revista Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo, n. 58, nov. 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.* São Paulo: Celso Bastos, 1998.

_____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.* 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. Os Direitos Fundamentais – Sua Dimensão Individual e Social, In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política,* n. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez 1992.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais.* São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. *Legislação suspeita?* Afastamento da presunção de constitucionalidade da Lei. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. Tese de Doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2003.

_____. *Jurisdição Constitucional como Democracia.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Saúde, Medicamentos, Desenvolvimento social e Princípios Orçamentários. In: *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 542, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6127>. Acesso em: 28 de agosto de 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição.* Coimbra: Coimbra, 2003.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006.

PICON, Paulo Dornelles. Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas: a evidência científica na prática do Sistema Único de Saúde. In: *Para Entender a Gestão do Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter E*xcepcional. Brasília: CONASS documenta, nº 03, 2004.

PIOVESAN, Flávia. Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Direitos Fundamentais Sociais:* estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967.* Tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

PORT, Otávio Henrique Martins. *Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública*. São Paulo: RCS, 2005.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais Sociais,* Coimbra: Coimbra, 2006.

_____. *O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais,* Coimbra: Coimbra, 2006.

RUSCHEL, Ruy Ruben. A Eficácia dos Direitos Sociais. In: *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul - AJURIS*, nº 58, 1993.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In: _____ (coord.) *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n° 1,

2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 14 de junho de 2007.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 12 de dezembro de 2007.

_____. Proibição do Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo possível. Disponível em: <http://www.tex.pro.br>. Acesso em: 11 de janeiro de 2008.

_____. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: *Revista de Direito do Consumidor*, ano 12, abr-jun 2003, São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade.* Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Garantias Econômicas, Políticas e Jurídicas da Eficácia dos Direitos Sociais. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=207>. Acesso em: 04 de janeiro de 2008.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos Tribunais*, v. 798, abril 2002.

SILVA, Vasco Pereira da. Comentário ao Acórdão nº 39/84, do Tribunal Constitucional. In: *Revista O Direito*, Ano 116/119, 1974/1987.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hemernêutica.* Uma nova crítica do Direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SUNSTEIN, Cass R. Social and Economic Rights? Lessons from South Africa. In: *Public Law and Legal Theory Working Paper*. Chicago: University of Chicago, n. 12, 2001.

_____. Why does the american constitution lack social and economic guarantees? In: *Public Law and Legal Theory Working Paper*. Chicago: The University of Chicago, n. 36, 2003.

_____. *The Second Bill of Rights.* FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever. New York: Basic Books, 2004.

TAMER, Sérgio Victor. *Atos Políticos e Direitos Sociais nas Democracias.* Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição.* Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

_____. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: _____ (org.) *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. In _____ (Org.) *Legitimação dos Direitos Humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VERIAVA, Faranaaz; COOMANS, Fons. The Right to Education. In: BRAND, Danie; HEYNS, Christof (org.). *Socio-Economic Rights in South Africa*. Pretoria: Pretoria University Law Press, 2005.

VOS, Pierre de. The Right to Housing. In: BRAND, Danie; HEYNS, Christof (org.). *Socio-Economic Rights in South Africa*. Pretoria: Pretoria University Law Press, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Ductil:* Ley, Derechos, Justicia. Traducción de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999.