

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E SUA APLICAÇÃO PELO JUDICIÁRIO: HIDRÓLISE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS OU TUTELA EFETIVA?*

LUIZ ANTÔNIO FREITAS DE ALMEIDA¹

RESUMO: O presente artigo analisa a tutela judicial de direitos fundamentais sociais e suas principais objeções. Para esse fim, trata do princípio da separação de poderes nos Estados Liberais e Sociais, dos direitos fundamentais sociais e da eficácia de suas normas, com a verificação de que possuem uma dimensão positiva e negativa, avaliando as críticas baseadas na ausência de legitimidade democrática do Judiciário, nas limitações orçamentárias e na incapacidade dos juízes de enfrentar essas questões, o que poderia provocar uma verdadeira hidrólise judicial de políticas públicas. Por fim, trabalha com alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Constitucional português, no intuito de mostrar os modelos adotados no Brasil e em Portugal.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais Sociais; Justiciabilidade; Separação de Poderes; Legitimidade Democrática; Hidrólise Judicial de Políticas Públicas.

ABSTRACT: The present article examines the judicial enforcement of fundamental social rights and their main objections. To this end, deals with the principle of separation of powers in Liberal and Social States, with the fundamental social rights and with the effectiveness of their norms, and with the verification that they have both positive and negative dimensions, evaluating the criticism based on the Judiciary's lack of democratic legitimacy, on the budgets' constraints, and on the judges' failure to address these issues, which could cause a real hydrolysis of public policies. Finally, works with some precedents of Supremo Tribunal Federal (Brazilian Higher National Court) and of portuguese Constitutional Court, in order to show the models adopted in Brazil and Portugal.

KEYWORDS: Constitutional Social Rights; Justiciability; Separation of Powers; Democratic Legitimacy; Judicial Hydrolysis of Public Policies.

Artigo recebido em 17.02.2011. Pareceres emitidos em 04.03.2011 e 14.03.2011.

Artigo aceito para publicação em 12.04.2011.

* O presente artigo, parte da seleção do número 14 da Revista Direitos Fundamentais e Justiça, é republicado nesse número em razão de uma falha técnica que resultou na supressão de suas notas de rodapé no número anterior.

¹ Mestrando em Direitos Fundamentais (mestrado científico) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (clássica). Especialista em Direito Constitucional pela UNAES. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Promotor de Justiça em Mato Grosso do Sul. lafalmeida@bol.com.br

SUMÁRIO: Introdução; 1. Direitos Fundamentais Sociais; 1.1 Conceito, natureza jurídica e eficácia das Normas Constitucionais; 1.2 Dimensões negativa e positiva. 2. A tutela judicial de direitos fundamentais sociais; 2.1 Separação de poderes. 2.2 O problema da legitimidade democrática do juiz; 2.3 Reserva do possível; 2.4 Hidrólise judicial de políticas públicas; 2.5 Modelos de tutela jurisdicional: Tribunal Constitucional português e Supremo Tribunal Federal; Conclusões. Bibliografia.

SUMMARY: Introduction; 1. Constitutional Social Rights; 1.1 Concept, legal nature and effectiveness of the Constitutional Norms; 1.2 Negative and positive dimensions; 2. The judicial enforcement of constitutional social rights; 2.1 Separation of powers; 2.2 The problem of the democratic legitimacy of the judge; 2.3 Limits of possible (scarcity of resources); 2.4 Judicial hydrolysis of public policies; 2.5 Models of judicial enforcement: portuguese Constitutional Court and Supremo Tribunal Federal; Conclusions; Bibliography.

INTRODUÇÃO

A positivação de direitos fundamentais nas cartas constitucionais e a consolidação do paradigma constitucional de Estado, em substituição ao Estado legislativo², com o reconhecimento da força normativa da Constituição³, trazem profundas alterações no formato de separação de poderes⁴, com a ampliação de competências do Poder Judiciário e o embate sobre a interferência desse órgão na zona antes integralmente relegada ao Parlamento.

Contudo, enquanto os direitos fundamentais referentes ao *status libertatis*, que foram positivados praticamente desde as primeiras constituições de matriz liberal, têm uma aceitação hoje mais consolidada da doutrina e da jurisprudência, os direitos econômicos, sociais e culturais ainda provocam acaloradas discussões, tais como a própria adequação de sua consagração no texto constitucional como normas jurídicas, a eficácia jurídica dessas normas que os preveem, os custos referentes a sua concretização e realização e, por

² Consoante aponta FERRAJOLI, Luigi. *Sobre los derechos fundamentales*. (Tradução de Miguel Carbonell). In: Teoría del neoconstitucionalismo – Ensayos escogidos. Colección Estructuras y procesos, serie Derecho. Madrid: Trotta, 2007, p. 71, o Estado Constitucional de Direito decorre do constitucionalismo, que alça a Constituição e os valores nela positivados a lei maior do ordenamento jurídico interno. A mudança do paradigma do Estado legal, no qual a lei era o veículo normativo por excelência, deve-se à concepção de garantia jurídica da Constituição por meio de uma rigidez procedimental, formal e substancial, notadamente porque as Constituições normalmente previam mecanismos de emenda e revisão mais complexos do que o exigido para a aprovação de leis infraconstitucionais, aliado ao controle de constitucionalidade das leis e de emendas da Constituição, que possibilitam que ela tenha seus preceitos preservados juridicamente de normas posteriores que com ela se choquem.

³ Konrad Hesse já aduzia que a “força ativa” da Constituição dependeria da sedimentação na consciência geral, especialmente nos principais atores da ordem constitucional, não apenas da “vontade de poder” - *Willie zur Macht* -, mas também da vontade de Constituição - *Wille zur Verfassung*. Conferir HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. (Tradução de Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 19.

⁴ JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. (Tradução de Fernando de los Ríos). 1ª reimpressão. México: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 454, explica que o poder não é cindível, pois é uno e pertence ao Estado, de sorte que seria mais adequado referir-se a uma separação de competências e não de poderes. Em que pese a aceitação da lição desse autor, utilizar-se-á a expressão “separação de poderes” em razão de seu largo uso.

fim, qual o papel do Poder Judiciário na sua implementação. Se o Judiciário pretender executar e concretizar os direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais, deixará de ser o *least dangerous branch*? Passará a portar tanto a bolsa como a espada?⁵

O presente trabalho problematiza questões pertinentes a esse campo dos direitos fundamentais. As Constituições brasileira e portuguesa são pródigas em acalentar direitos sociais e considerá-los como direitos fundamentais – ainda que a Constituição portuguesa tenha estabelecido um regime diferencial entre direitos, liberdades e garantias e os direitos análogos a essas estruturas e os direitos econômicos, sociais e culturais. Particularmente no Brasil, o Judiciário tem sido muito acionado para posicionar-se sobre o assunto e tem desempenhado, nos últimos anos e por alguns setores de seus órgãos jurisdicionais, um protagonismo inédito, o que alicerçou pesadas críticas a essa atuação, especialmente sob o prisma da separação de poderes e do princípio democrático.

A discussão do assunto é vasta e, por isso, recomendável que seja delimitada. Sob o método técnico-jurídico e com enfoque nos sistemas constitucionais português e brasileiro, pretende-se abordar a viabilidade de tutela judicial de direitos fundamentais sociais nas suas vertentes negativa e positiva. Na dimensão positiva, limita-se o estudo apenas aos direitos prestacionais fático-materiais que não tenham recebido nenhum desenvolvimento infraconstitucional pelo legislador, afastado o estudo a respeito de prestações normativas e criação de instituições e procedimentos, uma vez que são naquelas prestações que os custos financeiros são mais lembrados como objeção ao controle. Na dimensão negativa, ao revés, parte-se para avaliar a existência da tese da vedação do retrocesso social, com a tomada de posição a respeito. Finalmente, pretende-se verificar a tutela judicial desses direitos, com avaliação das críticas centrais encaminhadas à sindicabilidade judicial e a verificação da posição das cortes que defendem com a última palavra a constituição no Brasil e em Portugal.

Logo, parte-se do reconhecimento de direitos sociais como direitos fundamentais, de sorte que não é objeto de investigação a discussão filosófica a respeito de sua inclusão ou não no catálogo constitucional. Esclarecidas as pretensões de investigação, apresenta-se o plano de trabalho. Este artigo possui, além de introdução, conclusões e referências bibliográficas, dois tópicos.

No tópico 2, o objeto de análise foram os direitos fundamentais sociais, com a apresentação do seu conceito, natureza jurídica e eficácia das normas constitucionais que os propagam. Em seguida, avançou-se na pesquisa das

⁵ A retórica das indagações é inspirada claramente em Hamilton quando ele, ao defender a judicial review, anotava que não haveria nada a temer sobre essa função jurisdicional, porque o Judiciário, o menos perigoso dos poderes, não tem acesso aos cofres do Parlamento nem tem as forças militares sob seu comando – a espada do Executivo. Conferir em HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. (Tradução de Heitor de Almeida Herrera). Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 576.

dimensões positiva e negativa dos direitos fundamentais, a fim de verificar se a distinção tradicional entre direitos de liberdade e direitos de igualdade pode subsistir na forma preconizada ordinariamente. Finalmente, após a verificação dessa questão, partiu-se para a análise dos principais problemas relacionados a essas dimensões: proibição de retrocesso social e mínimo existencial, com a tomada de posição a respeito de cada uma dessas teses.

No tópico 3, avança-se nas principais objeções atiradas contra o *enforcement* dos direitos sociais pelo Judiciário, anotando-se que todas elas acabam por reconduzir, em maior ou menor medida, ao princípio da separação de poderes e que não são incontornáveis, observada a necessidade de maior responsabilidade dos tribunais na qualificação das decisões e ampliação da deliberação pública. Finalmente, com uma finalidade mais descritiva, colacionam-se julgados do Tribunal Constitucional português e do Supremo Tribunal Federal, a fim de precisar qual é a linha seguida por cada um desses sodalícios, sem prejuízo de alguns comentários nos momentos oportunos, inclusive porque as posições sobre a temática já foram deduzidas ao longo de todo o estudo. Nesse tocante, em razão das limitações de tempo e espaço condizentes a um artigo científico, cabe o alerta de que não se pretendeu trazer à baila grande número de precedentes, mas apenas os que, de maneira segura, permitiram elucidar as posições dos tribunais.

Jamais se teve a pretensão de trazer respostas prontas ou definitivas, que sejam capazes de ser aplicadas indiscriminadamente a qualquer situação. Em realidade, pelo esforço sincero da pesquisa e reflexão, limitadas dentro do interregno temporal de que se dispunha, ambicionou-se apenas trazer um modesto contributo sobre as questões investigadas, suscetível de discordâncias e críticas, que serão essenciais ao aperfeiçoamento do trabalho e ao crescimento intelectual.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

1.1 Conceito, natureza jurídica e eficácia das normas constitucionais

Dentre as normas de direitos fundamentais, interessam neste ponto os direitos fundamentais sociais, os quais podem ser definidos como os direitos pertencentes aos particulares de exigir do Estado especialmente prestações, relacionadas com a igualdade material e com o princípio de Estado Social. Em uma análise voltada aos elementos constitutivos das normas, constata-se que as normas de direitos sociais, por estabelecerem predominantemente ações ao Estado, ostentam precipuamente o operador deontico da imposição; são essencialmente normas impositivas, com escassas normas permissivas e proibitivas no bojo da categoria jurídica⁶.

⁶ DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa – A teoria da norma e a criação das normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 735-742. Em suma, realça-se a convicção de que os direitos fundamentais são multifacetados, de conteúdo heterogêneo e de complexa estrutura, no sentido de inter-relações entre as posições e deveres que estabelecem. Como o próprio autor ressalta, a distinção na natureza da

O advérbio “especialmente” não é usado no parágrafo anterior à toa. Aqui, tem-se em vista que o conceito é mais dilatado do que o proposto por Alexy, quase coincidindo com o conceito deste autor de direitos a prestações em sentido amplo, mas limitado pela persecução de fim de igualdade material.⁷ A justificativa para tanto é que se tem presente que os direitos fundamentais são estruturas complexas e de conteúdo heterogêneo.

Afinal, a distinção clássica entre direitos de liberdade e direitos de igualdade é de que os primeiros exigem do Estado uma abstenção, enquanto os direitos sociais demandam do Estado uma ação.⁸ Dessa diferença derivariam outras, especialmente a de que os direitos econômicos, sociais e culturais implicam custos e, por isso, são de realização progressiva, ao passo que os direitos de liberdade são imediatamente exigíveis; a da maior determinabilidade de conteúdo dos direitos de defesa em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, cuja precisão ficaria a cargo posterior da legislação interna.⁹

Essas distinções, em que pese o mérito didático que possuem ao situar historicamente o nascimento das chamadas “gerações” de direitos, o que em si é bastante controverso, carecem de fundamentação lógica ante a constatação de que não são categorias antagônicas, mas complementares, que se reforçam em prol da proteção da dignidade humana. Existem direitos que são considerados pertencentes à aura da liberdade jurídica que demandam ações estatais imprescindíveis, as quais demandam evidentemente custos, especialmente no âmbito de procedimentos e instituições e de prestações materiais, sob pena de não serem realizáveis, mesmo que, à partida, não possuam grau de determinabilidade suficiente. O exemplo mais comum é o direito de acesso aos tribunais, que necessita de insumos estatais na forma de instituições judiciárias, organizadas em normas de competências e investimento em recursos humanos e materiais.¹⁰ Inúmeros outros poderiam ser pensados, a exemplo dos direitos políticos, já que, para que se possa escolher os representantes, é evidentemente necessário haver recursos financeiros e competências para definir candidatos, estipular prazos de candidatura e períodos eleitorais e ter um aparato político-estatal voltado à apuração dos votos.

norma de conduta é mais uma explicação aceitável da diferença entre direitos de liberdade e direitos sociais; entende-se que corrobora a assertiva lançada.

⁷ ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*. (Tradução de Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2008, p. 442-444.

⁸ Essa distinção é a mais invocada na doutrina, como lembram ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais...*, p. 433; QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais - funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 6-7 e p. 198. Defende-a BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. (Tradução de Carlos Nelson Coutinho). 7ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004, p. 20-21, no campo dos direitos humanos.

⁹ Para uma análise mais aprofundada dessas distinções, remete-se a NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra/Wolters Kluwer, 2010, p. 123-153.

¹⁰ Conforme leciona ACHEAMPONG, Kenneth Asamoah. *Reforming the substance of the African Charter on Human and Peoples' rights: civil and political rights and socio-economic rights*. In: *African Human Rights Law Journal*, v. 1, n. 2, 2001, p. 191, mesmo que reflita sobre o direito ao *fair trial*.

Logo, vários direitos de liberdade demandam, em realidade, tanto ações quanto abstenções por parte do Estado, sendo que todos os direitos são, por isso, custosos. A vida, *exempli gratia*, necessita do Estado não só a omissão de matar, como aparatos públicos de segurança voltados à proteção de riscos externos e de agressões por parte de particulares, bem como precisa de legislações que tutelem o bem jurídico contra essas referidas violações nas mais diversas esferas do direito.¹¹

Essa complexidade é decorrente da sua estrutura multifacetada, que comporta não uma “pretensão unidimensional”, mas um aglomerado de faculdades e poderes de diversos tipos e alcances, que apontam rumos distintos. Afinal, dentro de um mesmo direito fundamental, talhado muitas vezes nos textos constitucionais em fórmula sintética, é possível vislumbrar pretensões positivas e negativas, jurídicas ou materiais, ao que correspondem deveres de não intromissão ou de abstenção, de tolerância ou sujeição, deveres de prestações materiais, normativas ou de criação de instituições e procedimentos, cujo destinatário é, essencialmente, o Estado, parcelado nas funções legislativas, executivas ou judiciais. Esses “compêndios normativos” dos direitos são concretizados ou estendidos concretamente pelo aplicador do direito e pelo próprio legislador, cada um no seu ramo, nas diversas situações da vida, no momento em que extraem as consequências normativas dos dispositivos; é a “referência reversa” de que trata Andrade.¹² Assim, os direitos fundamentais em geral possuem um conteúdo heterogêneo e a classificação do compêndio normativo em uma ou outra categoria – direitos de liberdade ou direitos sociais – deve adotar uma visão compreensiva do direito como um todo. Como realça Alexandrino, os direitos econômicos, sociais e culturais contemplam vários tipos de normas, de posições e relações entre essas normas e posições, de sorte que a alocação em uma ou outra categoria só é possível numa ampla perspectiva, no direito em seu conjunto ou na sua principal dimensão.¹³

¹¹ Como lembra ANSUÁTEGUI ROIG, Fco. Javier. *Argumentos para una teoría de los derechos sociales*. In: Los derechos sociales como una exigencia de la justicia. Cuadernos de La cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Virgilio Zapatero e Maria Isabel Garrido Gómes (Eds.). Madrid: Universidad de Alcalá, 2009, p. 157.

¹² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 142-144, o qual sustenta que essa complexidade estrutural permite que dentro de um mesmo direito possa haver diferentes titulares e que cabe à ciência jurídica a tarefa de organizar essa atividade construtiva, sem prejuízo de que o próprio preceito seja redigido ou modificado de modo a minudenciar as diversas faculdades constitutivas do direito. Em alguns casos, a estrutura multifacetária do direito autonomiza a tal ponto um grupo de pretensões jurídicas que há o desprendimento desse feixe de faculdades e poderes e a própria formação autônoma de outro direito. No primeiro caso, o autor exemplifica com o direito de não ser torturado em relação ao direito à integridade física, art. 25 da Constituição da República Portuguesa. No segundo, o direito de liberdade de criação de partidos políticos do direito de liberdade de associação.

¹³ ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa de 1976*. V. II, Coimbra: Almedina, 2006, p. 206-209. Em consequência, conclui o autor que é inviável uniformizar a densidade, natureza jurídica ou a qualidade das correlatas faculdades, bem como posicionar-se sobre a que regime estarão essas posições globalmente sujeitas.

Essa percepção de que os direitos fundamentais, inclusive os de cunho social, devem ser entendidos numa visão compreensiva, cujo enquadramento do direito em uma determinada categoria somente pode ser feito baseado na dimensão principal do seu conteúdo, tem um viés dogmático tributário essencialmente da construção alemã da dimensão objetiva dos direitos fundamentais,¹⁴ quando se percebeu que as normas de direitos fundamentais ostentam uma dupla faceta: uma subjetiva e outra objetiva, esta existe independentemente daquela. Com esse desenvolvimento, destrinçou-se o paradigma direito subjetivo/objetivo, isto é, o prisma objetivo dos direitos fundamentais não se contenta a apenas ser a “outra face da moeda” dos direitos subjetivos, no sentido de que qualquer situação jurídica subjetiva tenha de ter correspondência em alguma norma de direito objetivo que a contemple. Em rigor, sobreleva uma faceta independente da categoria “direito subjetivo”, de conteúdo normativo-valorativo, que confere um *plus* funcional aos direitos fundamentais.¹⁵

Os principais efeitos da dimensão objetiva foram descortinar em todos os direitos fundamentais, além do norte interpretativo-vinculativo aos poderes públicos em dar maior efetividade aos direitos fundamentais, os deveres de proteção e realização desses direitos, de modo que o legislador tanto pode intervir para restringi-los, desde que não ultrapasse um limite excessivo, como deve protegê-los e mesmo dar-lhes densidade, sendo-lhe vedada uma insuficiência de tutela (*untermaßverbot*).¹⁶ Destarte, ruiu a distinção clássica e resulta que

¹⁴ Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal alemão concebia os direitos fundamentais como, em primeira vertente, uma posição jurídica de resistência da pessoa contra atentados em sua liberdade, conforme lembra Leonardo Martins na introdução a SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. (Tradução de Leonardo Martins et alii, introdução de Leonardo Martins). Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2241>>, acesso em 20 de março de 2010, p. 79. Progressivamente, a referida corte analisou que haveria duas perspectivas diversas dos direitos fundamentais: uma de cunho subjetivo e outra de feição jurídico-objetiva, isso a partir do caso Lüth. No referido precedente, BVerfGE 7, 198, de 1958, disponível em SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão...*, p. 386-494, esse areópago deu o impulso à teorização incipiente sobre uma “perspectiva objetiva” dos direitos fundamentais, ao proferir o fundamento de que os direitos fundamentais não se restringem à função de defesa de prisma jurídico-subjetivo do indivíduo contra atos do Estado, todavia possuem ótica jurídico-objetiva que consagra políticas valorativas eficazes a todo o ordenamento jurídico restante e servem de norte vinculativo a todos os órgãos estatais, na senda percorrida por SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 166-168.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais...*, p. 166-169.

¹⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. (Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto). 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009, 118-124. Essa proibição de tutela deficiente não se resume a inconstitucionalidade por omissão. Sobre a diferença da proporcionalidade na decisão que envolva direitos sociais, apartando-a da origem como proibição de excesso, BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 806-811. Expressamente apontando que a proibição do déficit é a decorrência dos deveres de proteção, que se opõem à proibição de excesso, mencionam-se WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. *Direito administrativo*. (Tradução António F. de Souza). V. 1, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 437-438. Sobre o nexa entre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais

todos os direitos fundamentais têm uma dimensão positiva, que exige do Estado um *facere*, como uma dimensão negativa, que demanda dele um *non facere*.¹⁷

Do ponto de vista normativo, a natureza jurídica da norma é ser regra ou princípio. Sob a premissa de uma distinção qualitativa forte de regras e princípios,¹⁸ ainda que com alguns temperamentos em função do fenômeno

e a proibição do déficit, envia-se a NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 76-91 e ss, embora o autor já tenha se posicionado contra a utilização da proporcionalidade no controle de direitos sociais, em razão de não aceitar a ponderação de princípios estruturantes como o Estado de Direito, bem como porque a utilização da teoria de princípio implica um conceito extremo e desarrazoado de “restrição” a esses direitos, conforme *Direitos sociais...*, p. 223-237.

¹⁷ A respeito das dimensões negativas dos direitos sociais, remete-se, também, a MICHELMAN, Frank. The constitution, social rights, and liberal political justification. In: *International Journal of Constitutional Law*, v. 1, n. 1, 2003, p. 16-17; SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia e efetividade do direito à moradia na sua dimensão negativa (defensiva): análise crítica à luz de alguns exemplos. In: *Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2ª tiragem. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1.034-1.038.

¹⁸ A distinção entre princípios e regras é um tema que não encontra consenso doutrinário e não se pretende, por suposto, esgotar o assunto. A doutrina costuma estabelecer inúmeros critérios: generalidade, determinabilidade dos casos de aplicação, forma de surgimento, caráter explícito de seu conteúdo axiológico, referência à ideia de direito, importância para a ordem jurídica, serem regras ou razões para a regra ou, ainda, serem normas de argumentação ou normas de comportamento, consoante leciona ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais...*, p. 87-89. Mas existem duas teses principais sobre a demarcação de fronteira entre princípios e regras, superada a noção de que não são normas jurídicas: a de uma “forte demarcação”, a qual formula que princípios e regras são normas de diferentes categorias, cuja distinção não é de grau de indeterminação, mas sim uma diferença qualitativa, e uma “tênue demarcação”, em que a diferença é de grau de indeterminação, conforme lembra AARNIO, Aulis. *Reason and authority: a treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics*. Cambridge: Ashgate, 1997, p. 175-186.

É Dworkin um dos maiores responsáveis na assimilação de que os princípios são normas jurídicas. Com o azo de rejeitar o pensamento positivista expressado por Hart, sobretudo na defesa deste de uma discricionariedade judicial, e partindo de algumas decisões dos tribunais americanos, Dworkin advoga a tese de que haverá determinados casos difíceis – *hard cases* – em que não existirão regras jurídicas claras e inequívocas que regulem o fato, razão pela qual as decisões judiciais serão lastreadas em princípios, padrões jurídicos que dispensam a necessidade de recorrer a dados extrajurídicos para solução do caso. Ele usa o termo “princípio” ora em um sentido mais amplo, abrangendo o que ele entende por políticas, em contraposição às regras, ora em corte mais preciso, distinguindo princípio de política. Dworkin aponta a diferença entre regras e princípios na “natureza lógica” de ambos. É já conhecida sua afirmação de que as regras são aplicáveis “à maneira tudo ou nada”, pois ou as regras aplicam-se, porque são válidas e, por isso, vinculantes ou obrigatórias, ou não se aplicam em razão de invalidade. Em contraposição, os princípios possuem a dimensão do peso ou importância e, se estão em choque, o resultado do conflito deve considerar o peso relativo de cada um. Conferir em DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. (Tradução de Nelson Boeira). São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36-46 e p. 127-131. Para KLATT, Mathias. Taking rights less seriously. *A structural analysis of judicial discretion*. In: *Ratio Juris*, v. 20, n. 4, 2007, p. 506-514, deve-se discordar tanto da abordagem tanto de Hart como de Dworkin. Klatt aceita a tese de que o Direito tenha um padrão último de correção das decisões, com uma conexão entre Direito e Moral feita por princípios, de forma que as decisões judiciais que os apliquem são decisões que aplicam normas jurídicas, mas que não há uma única resposta correta na decisão tomada por princípios, ao contrário de Dworkin. Ainda sobre o conceito de casos difíceis, os quais não são resolúveis por subsunção de regras regulativas de comportamento, demandando o acréscimo de princípios argumentativos, WEINBERGER, Ota. *Prima facie ought. A logical and methodological enquiry*. In: *Ratio Juris*, v. 12, n. 3, 1999, p. 244;

da derrotabilidade,¹⁹ invariavelmente os direitos fundamentais sociais serão regras ou princípios, conquanto a adoção da natureza principiológica seja

e ATIENZA, Manuel. Sobre lo razonable en el derecho. In: Revista Española de Derecho Constitucional, año 9, n. 7, 1989, p. 99-102, o qual distingue, ainda, casos difíceis dos casos trágicos, em razão de que nestes últimos, qualquer que seja a decisão, haverá um sacrifício desproporcional de um dos princípios contrapostos, sem que haja um “equilíbrio mínimo”. Normalmente, preconiza-se a distinção entre as duas categorias normativas pelo grau de indeterminação: princípios são sentidos deontológicos mais genéricos do que as regras. Conferir HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. (Tradução de A. Ribeiro Mendes). 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 321-323 e ss, o qual fala em normas mais gerais ou inespecíficas; e ATIENZA, Manuel; MANERO RUIZ, Juan. *Las piezas del derecho – Teoría de los enunciados jurídicos*. 4. ed. Barcelona: Ariel, 2007, p. 30-33, que escrevem sobre a configuração cerrada das regras e configuração aberta dos princípios e diretrizes. Para uma consideração crítica sobre esse maior grau de indeterminação dos princípios e do alerta para a confusão semântica entre esse grau de indeterminação com termos como generalidade e abstração, DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa..., p. 129-133. Esse autor, aliás, propõe a tese de que a diferença entre princípios e regras é explicada na “morfologia” da norma jurídica, pois os princípios têm o pressuposto implícito na previsão de aplicarem-se a todas as situações de qualquer gênero (all situations of any kind), ao passo que as regras aplicar-se-iam sob o pressuposto implícito na previsão de todas as situações do gênero (all situations of the kind), p. 135-159, o que explicaria o atributo de otimização dos princípios. Finalmente, partindo da linha de pensamento iniciada por Dworkin, Alexy aprofunda uma distinção qualitativa entre regras e princípios. Ele conceitua regras e princípios como normas, uma vez que ambas ditam o que deve ser. Princípios são normas que impõem a realização de algo ao máximo possível, considerando as possibilidades jurídicas e fáticas existentes. São mandados ou “mandamentos de otimização”, porquanto seu atributo deontológico depende daquilo que seja possível fática e juridicamente. Regras, por sua vez, são normas que ordenam aquilo que é possível jurídica e faticamente. As regras são sempre satisfeitas ou não; se são válidas, deve-se observar exatamente aquilo que elas exigem. Se regras entram em choque ou estão em conflito, deve-se decidir qual delas incidirá, isto é, uma delas será declarada inválida, a não ser que haja uma cláusula que estabeleça uma exceção que fulmine o conflito; como não há graduação no campo da validade jurídica, se não se dispuser de uma previsão excepcional que dirima o conflito, o recurso que restará ao aplicador/intérprete será o de afastar completamente a incidência de uma das regras, declarando-a inválida. Ao revés, a colisão entre princípios equaciona-se na preponderância de um deles em razão das circunstâncias concretas que conduziram ao choque; essa prevalência do princípio ou princípios preponderantes não representa a invalidade das normas principiológicas afastadas, ou mesmo a existência de cláusula de exceção, pois estas permanecem válidas e podem, sob condições fáticas e jurídicas diversas, prevalecer sobre o princípio preponderante. O que determina a primazia fática e jurídica de um princípio é o seu peso. Por essa razão, verifica-se que a solução do conflito de regras e da colisão entre princípios está no âmbito da validade, para as primeiras, e nessa dimensão e na dimensão do peso, para os segundos, conforme escreve em ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais..., p. 91 e ss, e, do mesmo autor, On the structure of legal principles. In: Ratio Juris, v. 13, n. 3, 2000, 294-295. Para uma crítica quanto à teoria alexyana, advogando a distinção entre princípios em sentido estrito, que não são otimizáveis, pois ou cumprem-se plenamente ou não, e diretrizes, sujeitas à otimização, ATIENZA, Manuel; MANERO RUIZ, Juan. *Las piezas del derecho...*, p. 28-39. Porém, existem autores que alegam que existem mais categorias normativas que não apenas regras e princípios, posição que não se segue. Mencionem-se, por exemplo, AARNIO, Aulis. Reason and authority..., p. 175-186; e ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 122-123. O primeiro refere-se a regras, regras-princípios, princípios-regras e princípios; o segundo acrescenta como categoria normativa os postulados, metanormas, ou seja, normas que se referem a outras normas.

¹⁹ Aceita-se que mesmo as regras, que a princípio deveriam fornecer razões definitivas para a decisão, podem ser superadas ou derrotadas no caso concreto (defeasibility) sem perderem sua

mais comum a essa espécie de direitos, em razão da limitação de detalhamento pertinente a uma Constituição.²⁰

Nesse diapasão, é perceptível que a natureza jurídica dos direitos fundamentais sociais perpassa pelo substrato dogmático de cada ordenamento jurídico. Conforme a semântica do enunciado linguístico empregado na Constituição e a depender da “técnica de positividade”²¹ dos direitos sociais – se forem normatizados como normas programáticas, normas de organização de competências, garantias institucionais ou direitos subjetivos públicos – variará a natureza jurídica dos direitos sociais e, também, a aceitação ou não de uma justiciabilidade desses direitos.

Deveras, restringir-se-á o enfoque da eficácia das normas constitucionais de direitos econômicos, sociais e culturais apenas à análise dos ordenamentos jurídico-constitucionais brasileiro e português, no azo de atender os propósitos

validade formal, em circunstâncias excepcionais. A respeito da derrotabilidade, remete-se a WEINBERGER, Ota. *Prima facie ought...*, p. 243-250; HAGE, Jaap; PECZENIK, Aleksander. Law, morals and defeasibility. In: *Ratio Juris*, v. 13, n. 3, 2000, p. 310-324; DUARTE, David. Rebutting defeasibility as operative normative defeasibility. In: *Liber Amicorum de José de Souza Brito em comemoração do 70º aniversário (Augusto da Silva Dias e outros orgs.)*. Lisboa: Almedina, 2009, p. 171-174.

²⁰ Assim, a notada dificuldade na qualificação jurídica dos direitos sociais depende, decisivamente, dos parâmetros impostos pela Constituição. Nesse sentido, exemplificando com o direito à saúde, não previsto na Constituição norte-americana e configurado como direito subjetivo na Constituição italiana, ALEXANDRINO, José de Melo. A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa de 1976..., p. 210-211, conquanto o autor admita a possibilidade de apontamentos gerais comuns. Tome-se o exemplo do direito à educação na Constituição brasileira. Considerado como direito social no artigo 6º, recebeu tratamento mais pormenorizado nos artigos 205 e seguintes da Constituição, ao ponto de estabelecer que o acesso ao ensino básico obrigatório e gratuito é direito público subjetivo (artigo 208, §1º) e que sua deficiência ou falta de fornecimento ensejam a responsabilização da autoridade competente (artigo 208, §2º); é evidente que o acesso ao ensino obrigatório é, por conseguinte, um direito subjetivo definitivo, com natureza mesmo de regra e não de princípio. No mesmo diapasão, LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo, Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: *Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2ª tiragem. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 299. Para esse autor, esse direito também compõe o mínimo existencial. Sobre os dispositivos constitucionais mencionados no texto, salienta SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos sociais fundamentais..., p. 354-355, que os dispositivos constantes dos artigos 205 a 208 compõem o núcleo essencial do direito à educação. É claro, porém, que há uma impossibilidade prática de querer que a Constituição seja precisa todo o tempo, conforme coloca NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, p. 143.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais*. In: *Estudos de direitos fundamentais*, 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 37-38. As quatro técnicas apontadas no texto são as mencionadas pelo autor. Em sentido crítico, sob o argumento de que houve sobreposição de planos entre técnicas de positividade, normas consagradoras e a configuração jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais, ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa de 1976...*, p. 200-201. Por isso, seguramente há mais base na Constituição brasileira para refutar as críticas à justiciabilidade se comparada ao ordenamento jurídico português, em que a Constituição portuguesa estabeleceu um regime aparentemente mais reforçado dos direitos, liberdades e garantias em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, consoante norma do artigo 18, 1.

deste estudo.²² Todavia, alerta-se que o enquadramento será geral, sem que se pretenda exaurir todos os direitos econômicos, sociais e culturais previstos nesses arcabouços jurídicos.

A Constituição portuguesa de 1976 faz um tratamento dicotômico entre os direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais. Segundo os artigos 17 e 18, 1, há aplicabilidade imediata dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos a eles análogos, e vinculação dos poderes públicos e dos privados a esses direitos, o que, a princípio, não alcançaria os

²² Nos Estados Unidos, sustenta a completa ausência de previsão no texto constitucional de direitos fundamentais de cunho social MICHELMAN, Frank. *Socioeconomic rights in constitutional law: explaining America away*. In: *International Journal of Constitutional Law*, v. 6, n. 3&4, 2008, p. 664 e ss. Na Alemanha, PIEROTH, Direitos fundamentais – Direito estadual II. (Tradução de António C. Franco e António Francisco Souza). Lisboa: Universidade Lusíada, 2008, p. 14 e ss, assinalam que não foram consagrados direitos fundamentais sociais, conquanto ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais...*, p. 434-435, defenda que a Constituição alemã possui explicitamente apenas um direito social fundamental subjetivo, previsto no seu artigo 6º, § 4º, o que talvez consolide uma renúncia consciente, mui diverso do que acontece com as constituições dos Estados membros, as quais preveem em seu texto direitos sociais tais como direito à educação, à moradia, ao trabalho, entre outros. Não obstante, realça Alexy que se encontram vários focos de suporte objetivamente formulados para uma interpretação voltada a direitos prestacionais, logrando entrevê-los na obrigação de proteger a dignidade humana, insculpida no art. 1º, § 1, e na cláusula do Estado Social (art. 20, §1º, art. 28, § 1º, 1); além desses marcos, a previsão de garantias institucionais (proteção à família, p. ex.) e a regra geral da igualdade, que recebe hoje também conotação material, justificariam um direito originário a prestações. Por sua vez, na Espanha, a Constituição espanhola de 1978 optou por inscrever a matéria de prestações econômicas, sociais e culturais como princípios diretores ou reitores da política social e econômica, que informariam a legislação positiva, a prática judicial e a atuação dos poderes públicos, com uma forte restrição à justiciabilidade direta de prestações sem legislação, porquanto esses princípios somente poderiam ser alegados perante a legislação ordinária na forma desenvolvida na legislação infraconstitucional, consoante artigo 53, 3. Nesse diapasão, PRIETO SANCHIS, Luis. *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*. In: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 22, 1995, p. 33-37 e p. 44-45, afirma que as prestações sociais seriam exigíveis se reforçadas com a igualdade, caso haja um dos seguintes supostos: igualdade material apoiada por um direito fundamental diretamente exigível, exemplificando o autor com o direito de acesso à educação nos níveis básicos de ensino; a igualdade material em acréscimo a outro direito fundamental, mesmo que não seja de natureza prestacional, como a assistência judiciária gratuita; e, finalmente, quando for exigência da igualdade nos seus prismas substancial e formal, como forma de evitar discriminações sem critérios justificados. O jurista pondera que não haveria uma posição jurídico-subjetiva dos direitos econômicos, sociais e culturais positivados na Constituição – e eles foram previstos não propriamente como direitos, mas como princípios diretores -, pois eles dependeriam de uma mediação do legislador, conquanto não haja um conteúdo jurídico vazio desses princípios, haja vista que a existência de uma dimensão objetiva que vincula todos os poderes públicos e influencia na própria atuação judicial e porque, após o desenvolvimento do direito pelo legislador, há plena possibilidade de invocar direitos prestacionais regulados em lei por meio da interpretação, ou mesmo em adição do princípio diretor com o direito de igualdade. Na mesma senda exegética desse autor, defende a não existência de direitos fundamentais, mas de apenas princípios diretores, ainda que possam dar ensejo ao controle de constitucionalidade de normas que com eles atentarem, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4. ed. Madrid: Civitas/Thomson Reuters, 2006, p. 74-77. Contra, ressaltando que há previsão de verdadeiros direitos fundamentais na Constituição espanhola, alguns dispersos do capítulo 3, PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 184 e ss.

direitos econômicos, sociais e culturais; enquanto os primeiros estariam dispostos no título II da Constituição portuguesa, acrescidos dos direitos análogos, os segundos encontrar-se-iam no título III. Isso gera duas grandes correntes de interpretação.

A primeira propõe que os direitos econômicos, sociais e culturais estão positivados em grande parte, se não na totalidade, por meio de normas programáticas – bem entendida a ideia de que essas normas não são meras súplicas ao legislador, como acontecia na Constituição de Weimar, produzindo por si só alguns importantes efeitos jurídicos.²³ A segunda sustenta que há mesmo a cristalização de direitos subjetivos *prima facie*, os quais impõem deveres ao legislador, ainda que não se possa daí retirar posições jurídicas diretamente invocáveis perante tribunais, com a dependência de conformação desses direitos pelo legislador.²⁴

²³ Nesse sentido, MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV, 4. ed., Coimbra: Coimbra, 2008, p. 426 e ss, fala de um regime específico de direitos econômicos, sociais e culturais, em grande parte positivado por normas programáticas, tendo em vista que dependeriam não apenas da aplicação de normas constitucionais, mas de condições administrativas, desenvolvimento de instituições, possibilidades econômico-financeiras e grau de avanço sociocultural. Contudo, não se pode confundir a noção de normas programáticas com aquela que possuía na figura da Constituição de Weimar, como simples promessas jurídicas despidas de qualquer cunho legiferante. O próprio autor deixa isso evidente em MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da constituição*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 638-649. Ao distinguir quanto à eficácia das normas constitucionais entre preceptivas, as que são de aplicabilidade incondicionada e não dependente de condições de fato ou organizacionais, e programáticas, que são dependentes, com dose de discricionariedade conferida ao legislador e de aplicação postergada, com prescrição de deveres de resultado e não de obrigações de meios, não possibilitando sua invocação imediata perante tribunais, o jurista esclarece que as normas programáticas não são desprovidas de efeitos jurídicos: a) influenciam na interpretação de outras normas; b) podem contribuir para colmatar lacunas; c) proscrevem a normação contrária e a ação estatal contraditória, o que possibilita o controle de material de constitucionalidade; d) fixam diretrizes que geram a possibilidade de controle por desvio de poder se deturpados os critérios constitucionais; e) determinam a inconstitucionalidade superveniente quando for verificável que a realidade possibilita condições para sua aplicação, inclusive com a possibilidade de controle de constitucionalidade por omissão a partir desse instante. Em geral, conquanto refute o caráter programático dessas normas, não destoa tanto ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976..., p. 361-365, pois ele nega que a positivação no texto constitucional dos direitos sociais tenha força de instituir direitos subjetivos em regra, pois da colocação deles no locus normativo ápice resulta a imposição vinculante ao Estado de legislar. Esse autor refuta que os direitos sociais sejam apenas proclamações de boa vontade, uma vez que o legislador não pode decidir se irá ou não legislar no sentido de assegurá-los, configurando-se-lhe um dever. Também obtempera a tese de que tenham apenas caráter organizatório, porquanto os encargos constitucionais foram revestidos de uma finalidade, de forma que do corpo constitucional pode-se extrair um conteúdo mínimo que revista o interesse dos beneficiários dos direitos. Porém, sua insindicabilidade judicial deriva da ausência de suficiente determinabilidade e, por isso, os particulares não têm poder jurídico de exigir esses direitos. Deste modo, os direitos sociais traduziriam pretensões jurídicas e não direitos subjetivos; somente após o legislador determinar o conteúdo do direito por legislação infraconstitucional haverá a consolidação desses direitos como direitos subjetivos.

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais...*, p. 54-59, 66; QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais...*, p. 26-29, salienta que os direitos sociais não são simples normas programáticas ou súplicas ao legislador, conquanto sua efetivação dependa não só da institucionalização desses direitos na ordem jurídica, mas de

No Brasil, não foi estabelecido um regime dicotômico, pois foi dada aplicabilidade imediata a todos os direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais, econômicos e culturais, disposta no artigo 5º, § 1º, da Constituição; representa a vinculação do legislador, do administrador e também do julgador aos direitos fundamentais. Esse dever objetivo de proteger, aperfeiçoar e mesmo de fomentar e realizar todos direitos fundamentais vincula, portanto, não só o Executivo e o Legislativo como também o Judiciário e enseja, por esse aspecto, que haja uma interpretação conforme aos direitos fundamentais por parte dos tribunais e que lhes confira a maior eficácia possível; mais que isso, se a aplicabilidade é imediata, independeria *a priori* de normatização infraconstitucional sua concreção, ao menos de alguns de seus efeitos jurídicos, de forma que não se tratam de meras normas programáticas, isto é, que não produzem, por si, qualquer efeito jurídico, ficando totalmente à mercê do legislador.²⁵

Particularmente, analisando conglobadamente as posições doutrinárias tecidas a respeito do tema, acredita-se que os direitos fundamentais sociais são, de fato, direitos, uma vez que há mesmo imposições de deveres correlatos, vazados em sua grande maioria em forma de princípios, de sorte que não podem ser entendidos como normas programáticas. No entanto, a fim de que legitimem a invocação direta perante um tribunal, eles estão limitados pela determinação de seu conteúdo; é dele que se retira o critério para admitir alguma justiciabilidade. É claro que essa proclamação deve ser tomada em um prisma panorâmico, em função de que, consoante alhures ressaltado, os direitos fundamentais são compêndios normativos compostos de várias posições, faculdades, deveres e obrigações correlatos, de sorte que a assertiva é válida para a dimensão abstrata e principal do conteúdo do direito; logo, a verificação de algum grau de justiciabilidade deve sempre pautar-se no caso concreto, observada a parcela do direito que está em causa, isto é, qual a concreta posição ou faculdade que se examina, a qual pode ou não ter a determinabilidade retirada da própria norma constitucional.²⁶ Afinal, se o juiz

um avanço na justa e progressiva distribuição de bens. Porém, ela admite que alguns direitos sociais são diretamente aplicáveis, sem necessidade de intermediação legal pelo legislador; tal facilidade não alcança os direitos a prestações em geral, os quais dependem de uma atitude mediadora dos poderes públicos. Portanto, os critérios decisivos são a ausência de indeterminação na norma constitucional dos titulares do direitos a prestações e a atualidade ou aplicabilidade imediata da pretensão.

²⁵ Conforme apontam MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 251 e ss; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais..., p. 273 e ss, que, além de destacar que a norma do artigo 5º, §1º, aplica-se também aos direitos sociais, realça o aspecto principiológico da norma, de sorte a otimizar-se para aplicar imediatamente os direitos fundamentais sempre que a norma e as condições que lhe agreguem operatividade permitam. ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. In: Revista de Direito Administrativo, v. 217, 1999, p. 73, vislumbra que a vinculação aos direitos fundamentais no Brasil decorre justamente do artigo 5º, § 1º.

²⁶ Logo, concorda-se com NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais..., p. 340 e ss, que estabelece que a distinção do regime não se justifica na importância ou na fundamentalidade maior dos

não tiver elementos extrativos da norma para aferir o que pode aplicar imediatamente, de pouco significado é a imposição constitucional de uma aplicabilidade imediata.²⁷ A eficácia dos direitos fundamentais sociais atrela-se à possibilidade de aplicação imediata, que depende de fatores e pressupostos materiais e organizacionais que permitam o gozo do direito, bem como da precisão do conteúdo normativo, o qual deve ser apurado caso a caso, conforme o âmbito parcelar do conteúdo do direito que esteja em tela.

Aclarada a posição que se adota, é possível verificar as duas dimensões dos direitos fundamentais sociais, a fim de aportar recursos teóricos indispensáveis para verificar as teses mais interessantes em cada uma delas: a proibição de retrocesso social e o mínimo existencial.

1.2 Dimensões negativa e positiva

Em relação a este item, salienta-se que o objetivo do trabalho é focar o estudo das dimensões positiva e negativa dos direitos fundamentais sociais. Porém, em razão da síntese que o trabalho exige, efetuou-se uma incisão investigativa para abordar dois aspectos especiais de cada uma dessas dimensões: na dimensão negativa, ateve-se ao estudo da tese da proibição de retrocesso social ao passo que na dimensão positiva restringiu-se às prestações fático-materiais, notadamente o referido mínimo existencial, com exclusão das prestações normativas e de criação de instituições e procedimentos.

É fato que a concepção de uma função ou caráter objetivo dos direitos fundamentais permite uma construção integrativa, a formatar os direitos fundamentais não mais apenas naqueles compreendidos no *status negativus*

direitos, liberdades e garantias, mas especialmente na estrutura. Aliás, conclui o jurista que parece falho o filtro do Código de Processo dos Tribunais Administrativos ao limitar a intimação – a qual se destina a servir de garantia à utilidade dos direitos na justiça administrativa sempre que o recurso à ação administrativa for inadequado ou insuficiente para garantia da proteção urgente e se o procedimento acautelatório for igualmente inapto – apenas a direitos, liberdades e garantias, uma vez que sempre será possível “traduzir” direitos econômicos, sociais e culturais como direitos, liberdades e garantias, especialmente o livre desenvolvimento da personalidade. Ademais, o autor pondera que o único critério mais ou menos consensual da doutrina sobre as diferenças entre direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais, que se funda na determinabilidade do conteúdo do direito, não será aplicável, uma vez que no âmbito da justiça administrativa os direitos já passaram pela conformação do legislador. Por isso, o autor realça que mesmo os direitos econômicos, sociais e culturais poderão ser tutelados pela intimação, desde que tenham a maior relevância material e suficiente determinação infraconstitucional como direito subjetivo, com possibilidade de sindicância judicial em respeito ao princípio de separação de poderes e limites funcionais da justiça administrativa.

²⁷ *Ad illustrationem*, garante-se o direito à moradia no seio constitucional brasileiro, artigo 6º, mas qual a extensão da dimensão positiva desse direito? Uma pessoa que não tenha teto poderá, com esse direito social, pretender que o Judiciário determine a construção para si de uma mansão luxuosa? Apenas um barraco? Uma casa popular? Quantos metros quadrados tem a área de uma casa popular, quantas dependências, de que material será construída? Esse simples exemplo demonstra que haveria uma abertura subjetiva imensa ao juiz, que não teria qualquer parâmetro aferível do texto constitucional, de sorte que seria imprescindível a intermediação do legislador e do próprio administrador na regulação desse direito, a fim de que ele tenha o conteúdo mais preciso.

de Jellinek, mas complementá-los com os direitos enquadráveis no *status positivus*.²⁸ Expandem-se para não se limitarem apenas aos direitos subjetivos de liberdade, mas transcenderem a espectros valorativos ou diretrizes axiológicas. Aliás, comenta-se até de um novo *status positivus socialis*, no intuito de cimentar que a crescente intervenção do Estado na área econômico-social altera o paradigma dos direitos fundamentais unicamente como limites ao Estado, mas conferindo-lhes um objetivo maior.²⁹

Na dimensão negativa, os direitos fundamentais sociais exigem do Estado uma abstenção, possível de ocorrer em duas vertentes: tanto uma não intromissão na esfera de gozo dos direitos fundamentais sociais cujos bens ou prestações tenham sido adquiridos pelos particulares pelas suas próprias forças, sem concurso do Estado, quanto uma omissão de retroceder nas prestações que já materializou por meio de conformação infraconstitucional, o que corresponde à tese da proibição do retrocesso social. A primeira vertente da dimensão negativa dos direitos fundamentais sociais tem uma imbricação profunda com a própria dimensão negativa dos direitos de liberdade, porquanto se contenta com a omissão, sem implicação de custos financeiros e sem necessidade de um desenvolvimento do conteúdo do direito por normas legais, assemelhando-se a estes direitos com ampla margem de cognição judicial, o que remete ao controle jurisdicional por meio de restrições aos direitos fundamentais e não desponta nenhuma consequência autônoma.³⁰

²⁸ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais – Direito estadual II...*, p. 24.

²⁹ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales...*, p. 24-25. Como é cediço, a teoria dos status foi concebida por Jellinek, o qual sustentou que a posição das pessoas em face do Estado compõe-se de quatro estados: *status subjectionis*, *status libertatis*, *status civitatis* e *status activae civitatis*, correspondendo, respectivamente, a um estado de sujeição ou estado passivo, o estado de liberdade, referente aos direitos de defesa, o estado ativo ou positivo, quando se exigem do Estado prestações, e o estado de cidadania ativa, condizente ao exercício de direitos políticos. A esse respeito, remete-se a JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado...*, p. 387-389, ainda que para uma ideia muito abreviada da teoria.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia e efetividade do direito à moradia na sua dimensão negativa (defensiva)...*, p. 1.034-1.038; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, p. 238-239 e ss. Esse autor tem uma posição bastante sui generis ao defender que o mais importante não é, em princípio, constatar se o direito é negativo ou positivo, porém a natureza da obrigação estatal imposta pelo direito social, p. 287. Às p. 255 e ss, o jurista defende, marcadamente influenciado pela doutrina internacionalista de direitos humanos, que os deveres estatais no âmbito dos direitos fundamentais são de três espécies, os quais alcançam tanto os direitos de liberdade como os direitos sociais: dever de respeito, proteção e promoção. O traço diferenciador é de que os deveres de respeito exigem preponderantemente omissões estatais, embora demandem algumas atuações positivas normativas e de criação de organizações e procedimentos, no intuito de remover os impedimentos ao gozo dos direitos. Os deveres de proteção exigem do Estado a ação normativa e até prestações materiais contra os perigos naturais e comportamentos lesivos aos direitos por autoria de particulares ou de outros Estados, em decorrência da assunção por si do monopólio da coerção legítima, bem como omissões de não diminuir a proteção conferida. Por fim, os deveres de promoção implicam tanto ações, especialmente de prestações fático-materiais, como omissões de não diminuir ou eliminar os bens e benefícios anteriormente concedidos; qualquer que seja a conduta estatal devida haverá reflexos custosos nos recursos financeiros do Estado. A respeito dos reflexos financeiros, o autor defende uma gradação conforme o dever em causa: são pequenos nos deveres de respeito, consideráveis nos deveres de proteção e

Se não há recortes mais questionáveis na primeira vertente, é na segunda que há problemas maiores e que merecem a atenção deste estudo. A concretização dos direitos fundamentais sociais pela conformação infraconstitucional das prestações materiais suscita a expectativa dos beneficiários de que elas se mantenham independentemente da capacidade financeira do Estado. É legítima a supressão ou a própria diminuição quantitativa ou qualitativa das prestações pelo Estado, admitida a constante possibilidade de crises e de escassez de recursos? Dela cuida a tese da vedação do retrocesso social.³¹

A tese da vedação de retrocesso social surgiu da construção germânica de que os “direitos derivados a prestações”, numa ordem constitucional que não possuía praticamente nenhuma previsão de direitos fundamentais sociais, não obstante terem a estatura de normas infraconstitucionais, não estavam à livre disposição do legislador, em função da proteção funcional da propriedade. No seu nascedouro, com uma preocupação especialmente condicionada pela proteção dos benefícios previdenciários, a construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal alemão foi de que, concretizadas as prestações pelo Estado por meio de normas legais que tenham contato íntimo com condições de subsistência dos titulares, outorgando-lhes posições jurídicas exclusivas e próprias, e havendo alguma contrapartida significativa desse beneficiário, consolidavam-se no patrimônio da pessoa e, por isso, limitavam a atividade legiferante ablativa. Essa construção foi paulatinamente fortalecida – ou mesmo deixada de lado – pela ideia de segurança jurídica, numa perspectiva subjetiva da tutela de confiança, e com a proteção do Estado Social. Nas latitudes onde existem ordens constitucionais compromissórias e dirigentes, foi sem surpresa que se amparasse imediatamente no princípio da socialidade do Estado de Direito e na própria defesa da dignidade

determinantes nos de promoção. Em relação às prestações normativas e materiais, aquelas preponderam nos deveres de proteção, enquanto estas prevalecem nos deveres de promoção. Por isso, o controle jurisdicional, se possível com base na teoria de princípios dos direitos fundamentais, será minorado conforme esteja em jogo um dever de respeito, proteção ou promoção: no primeiro, o controle é mais amplo, dependendo de uma reserva de ponderação, com aplicação da proporcionalidade na avaliação da restrição do direito; no segundo, o controle judicial é limitado também pela reserva do politicamente adequado, a qual só pode ser esvaída caso a própria norma constitucional dê suficiente normatividade de conteúdo ou se a omissão estatal ferir o mínimo da proibição de déficit; em relação ao terceiro, o controle está limitado não só pela reserva do politicamente oportuno como pela reserva do financeiramente possível. Todavia, em que pese a auspiciosa construção, tem-se que não se apresentaram argumentos suficientes para desbordar da análise dos direitos nas dimensões positivas e negativas, de forma que a construção do texto seguirá linha diversa.

³¹ Consoante apontam SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n. 28, 2005, p. 89-148; DERBLI, Felipe. *A aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso social no direito brasileiro*. In: *Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2ª tiragem. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 343-382.

humana, mantendo-se o contato próximo com a defesa da confiança, sem o recurso ao direito de propriedade.³²

Porém, as críticas dirigidas à tese da vedação do retrocesso social centram-se na preocupação com o engessamento da discricionariedade do legislador, que ficaria amarrado a cada concretização de um direito que fizesse, sem possibilidade de alterar o curso da conformação legal que deu anteriormente. Essa preocupação não só se pauta no receio de que a constituição consolide uma “ordem-fundamental” que diminua o espaço de liberdade do legislador para desenvolver sua atividade, aniquilando-o como Poder, como representaria a elevação da própria norma legal ao *status* de norma constitucional, com maior grau de proteção do que os próprios direitos de liberdade, além do próprio risco de que, em contextos de crises e reconhecida a escassez dos recursos financeiros, leve o Estado à bancarrota, impossibilitando-o de rever prestações que foram criadas em épocas mais generosas.³³

Sem embargo, mesmos os defensores da tese de proibição do retrocesso catalisam-na para não a consolidar como uma imposição absoluta, mas relativa, normalmente a vinculando à defesa do núcleo essencial. Ou seja, é possível que o legislador altere desfavoravelmente anterior concretização de um direito social dada por norma legal, desde que resguarde o núcleo

³² A ideia do parágrafo foi construída nos aportes teóricos de SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica...*, p. 117 e ss; DERBLI, Felipe. *A aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso social no direito brasileiro...*, p. 343-350 e ss.

³³ Manifestamente contrário ao princípio da proibição de retrocesso social está ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos fundamentais – Introdução geral*. Estoril: Principia, 2007, p. 147-148. A crítica do esvaziamento da competência do Legislativo e de indesejável transformação da natureza das normas legais em normas constitucionais é feita também por ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976..., p. 379 e ss. Segundo o autor, não seria aceitável um princípio geral de proibição de retrocesso, mas ele admite que os preceitos de direitos econômicos, sociais e culturais anseiam por uma garantia de estabilidade, a qual pode variar de um grau mínimo, com a proscricção da supressão pura e simples das posições jurídicas configuradas nas normas quando atinjam o nível de dignidade humana, passa por um grau intermediário, que protege a tutela da confiança, e pode atingir um patamar máximo, à medida que dos direitos subjetivos consagrados nas normas infraconstitucionais que consubstanciem a fundamentalidade material, a qual, porém, necessita de profundo, alargado e demorado consenso social, o qual não se estende aos detalhes regulamentares. Em posição muito semelhante, conquanto defenda a existência da proibição de retrocesso como princípio implícito imposto por uma constituição dirigente e restringindo-o aos direitos econômicos, sociais e culturais, garantias institucionais e garantias constitucionais essenciais para o gozo desses direitos, desde que as normas densificadas não tenham sido positivadas como normas programáticas, DERBLI, Felipe. *A aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso social no direito brasileiro...*, p. 343-350 e ss. De outro lado, MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional...*, p. 435-444, não concede nenhuma autonomia daquilo que chamou de “o não retorno de concretização”, pois explica que a supressão pura e simples das normas legais concretizadoras de direitos sociais está tolhida pela proteção da confiança, já que vedado ao legislador retornar ao estado de omissão constitucional; de outro lado, essas normas concretizadoras sempre estariam sujeitas a uma reserva imanente de interpretação, conforme haja melhores ou piores condições econômicas, respeitado o conteúdo mínimo ou um mínimo de existência.

essencial desses direitos, especialmente voltados ao mínimo de existência condigna, vedada a supressão sem a apresentação de alguma alternativa ou compensação.³⁴

Entrementes, a posição seguida neste estudo não destoia nas suas consequências mais cabais daquela propugnada pela grande parte da doutrina que advoga a tese da proibição de retrocesso, embora com fundamentação um pouco diversa. Ora, descabe realmente pensar em uma proibição de retrocesso absoluta, exatamente porque diminui cogente e abusivamente a margem de liberdade que merece ter o Legislativo. Ademais, concorda-se que o princípio da segurança jurídica – seja na manifestação de estabilidade da coisa julgada ou do caso julgado, dos direitos adquiridos e dos atos jurídicos aperfeiçoados, ou na própria perspectiva subjetiva da proteção de confiança – tenha autonomia em relação à estabilização de prestações pretendida pela tese da proibição de retrocesso social, a despeito da imbricação próxima, isto é, a tutela de confiança não se resume ao que pretende o “não retorno de concretização”.³⁵ No entanto, parece demasiado ligar tal garantia de proibição de retrocesso, ainda que de conotação relativista, apenas aos direitos econômicos, sociais e culturais, justamente porque determinadas prestações podem evidenciar a própria conformação legislativa de deveres de proteção e realização de direitos, liberdades e garantias na sua dimensão positiva.³⁶ E, finalmente, parece não ter a chamada proibição de retrocesso nenhuma autonomia dogmática que justifique sua emersão própria, pois atrelada à defesa do núcleo essencial dos direitos econômicos, sociais e culturais, ou, para quem assim sustente, à defesa da salvaguarda da confiança.

Em suma, conquanto se advogue a tese de que a proibição de retrocesso alcança todas as “gerações” de direitos fundamentais, acaba-se por perceber que sua total dependência de terceiras garantias para que possa ser invocada – proteção de confiança ou a tutela do núcleo essencial –, retira-lhe o estatuto dogmático de existência como garantia independente.

³⁴ Nessa esteira caminham CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003 p. 338-340, o qual defende a vedação de retrocesso e que a concretização de direitos econômicos, sociais e culturais pelo legislador faz nascer uma garantia institucional e um direito subjetivo, embora nada possa fazer contra situações de crises econômicas; QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais...*, 101-105, referindo que não se pode modificar desfavoravelmente o nível de prestações se houver uma regulamentação “irracional”, frustrando a confiança dos cidadãos; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica...*, p. 117 e ss, o qual sustenta a natureza principiológica da proibição de retrocesso, afetando todos os direitos fundamentais e não apenas os de natureza econômica, social e cultural, defendendo justamente a proibição da supressão que afete a segurança jurídica subjetiva ou a modificação que atinja o núcleo essencial, ligado à dignidade humana, que é traduzida por uma vida saudável.

³⁵ DERBLI, Felipe. *A aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso social no direito brasileiro...*, p. 343-350.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica...*, p. 117 e ss, conforme esclarecido em nota anterior, sustenta que a proibição de retrocesso alcança todas as “gerações” ou dimensões de direitos fundamentais (de liberdade, de igualdade e de fraternidade).

Assim, realmente se caminha na esteira percorrida por Novais, ao preconizar que a proibição de retrocesso social acaba por ser uma garantia supérflua em arcabouços constitucionais que tenham previsão de direitos sociais, como não ocorria no seu berço jurídico, e representa a própria característica de uma dimensão negativa dos direitos econômicos, sociais e culturais,³⁷ os quais podem, depois de densificados pelo legislador, ser restringidos, mediante um exame ponderativo de proporcionalidade.

De outro lado, no que tange ao mínimo existencial,³⁸ conquanto alguns o situem mais como um direito de liberdade do que propriamente um direito econômico, social e cultural,³⁹ há quem lhe dê natureza de regra jurídica, aplicável por subsunção e não por ponderação, com característica de direito subjetivo definitivo;⁴⁰ normalmente se atrela o mínimo existencial ao âmbito

³⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, p. 238-250, que sustenta uma incongruência dessa teoria, pois não tem autonomia dogmática suficiente em relação a outros princípios protetivos, salientando que o retrocesso merece o mesmo tratamento das restrições.

³⁸ A tese do mínimo existencial foi desenvolvida na Alemanha e encontrou consolidação na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão no precedente sobre a assistência social de 1975(BVerfGE 40,121), no qual a Corte não reconheceu a inconstitucionalidade de uma lei que estabeleceu o limite de idade de 25 anos para recebimento de pensão por morte por dependentes portadores de incapacidade física ou mental, cujos pai ou mãe eram segurados no regime previdenciário, mesmo que aqueles não tivessem condições de proverem seu sustento. O entendimento do Tribunal palmilhou a senda de que havia um dever objetivo dirigido ao legislador imposto pelo princípio de Estado Social, que resultava no dever de assistência aos necessitados, com a conformação livre do legislador sobre a forma e a extensão do adimplemento dessa obrigação, observados os recursos disponíveis e compatibilizadas as outras tarefas estatais consideradas prioritárias. Ocorre que a decisão acaba por restringir a discricionariedade legislativa quando deixa a entender que a extensão do benefício assistencial devido pelo Estado deveria albergar os "pressupostos mínimos", o que representa a tese de mínimo existencial, considerado na Alemanha como direito originário a prestações implícito no texto por boa parte da doutrina e da jurisprudência. A decisão tem excertos disponíveis em SCHWABE, Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. (Tradução de Leonardo Martins et alli, introdução de Leonardo Martins). Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2241>>, acesso em 20 de março de 2010, p. 827 e ss. A respeito da consideração de que o mínimo existencial é um direito originário a prestações implícito, remete-se a ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais..., p. 436-437 e ss.

³⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976..., p. 376 e ss. Em realidade, o jurista sustenta que o Estado não está obrigado a assegurar o mínimo de existência condigna de forma positiva, mas negativa, de não suprimir ou tributar as prestações estaduais necessárias à sobrevivência e manutenção do mínimo de dignidade, e por isso aceita a justiciabilidade, conquanto coloque que tem mais ligação com direitos, liberdades e garantias e não com direitos econômicos, sociais e culturais.

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais...*, p. 54-59, 66, não sem antes notar que alguns direitos clássicos possuem problemas similares aos direitos sociais, trabalha com a ideia correlativa de direitos e deveres. Após apontar alguns desajustes do quadro correlativo entre direitos e deveres na área dos direitos prestacionais, defende que existe um direito subjetivo definitivo originário a prestações no que tange ao fornecimento de bens e serviços voltados ao mínimo existencial, em que está em causa também o direito à vida, o qual está correlacionado ao dever do Estado de fornecê-los. No entanto, o modo ou a forma de proteção do direito é de eleição discricionária do legislador, a qual, todavia, pode ser limitada no caso concreto por "determinantes heterônomas"; essas circunstâncias podem resultar no caso concreto numa única forma de proteção do mínimo existencial, de sorte que a

do princípio da dignidade humana.⁴¹

O conceito de mínimo existencial não é pacífico e há divergência se é sinônimo de núcleo ou conteúdo essencial desses direitos, ou é aquilo que é garantido pelos direitos sociais ou mesmo o que é possível de ser sancionado judicialmente;⁴² pode mesmo ser trabalhado como conjunto de necessidades e direitos essenciais aos seres humanos, os quais competem ao Estado assegurar,⁴³ ou seja, o mínimo existencial compõe-se de ou refere-se a vários direitos considerados básicos para uma vida digna, tais como direito à saúde, direito à educação etc. Em razão da polissemia do termo e tendo em vista que uma dimensão positiva dos direitos fundamentais sociais não se restringe apenas aos direitos considerados mais básicos, afastar-se-á a referência ao mínimo existencial, para confiná-la em âmbito mais circunscripto.⁴⁴

Logo, o objeto de análise neste estudo trata apenas do núcleo essencial, tomado na acepção de conteúdo de obrigações mínimas exigíveis de cada direito fundamental em si, sem depender de concreção legislativa, de sorte a aproximá-lo da tese do *minimum core* de direitos econômicos, sociais e culturais.⁴⁵

discricionariedade inicial converte-se em vinculação na proteção do direito. Em relação a direitos a prestações que não estejam imbricados com o piso básico vital, defende que são direitos subjetivos *prima facie*, correspondentes a um dever do Estado *prima facie*, submetidos à reserva do possível; demandam, portanto, uma *interpositio legislatoris*. O próprio Canotilho afirma que admitir a existência de um direito subjetivo não representa outorgar ao indivíduo um direito de ação, porém é factível subentender de seu pensamento que, se as condições heterônomas apontarem para uma única medida efetiva, seria factível a justicialização do direito a esse mínimo vital, pois seria viável uma "norma individual de decisão", para utilizar a expressão empregada pelo autor, p. 66. Com isso, percebe-se que o autor, não obstante reconhecer maior carga de indeterminação dos direitos prestacionais que não estejam relacionados ao mínimo existencial, confere-lhes a qualidade de uma posição jurídico-prestacional com a mesma densidade jurídico-subjetiva da dos direitos de defesa, conforme ele mesmo deixa evidente no artigo "Bypass" social e o núcleo essencial de prestações sociais. In: Estudos sobre direitos fundamentais, 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 243. No que tange à defesa de que o mínimo existencial tem natureza de regra e não de princípio, aplicável por subsunção, QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais..., p. 162.

⁴¹ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional..., p. 430.

⁴² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 204-207.

⁴³ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial..., p. 300-301.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica...*, p. 102 e 134-141, sustenta que a dignidade é um vetor material diretor da conformação do núcleo essencial e do mínimo existencial, embora tenha o conteúdo essencial um espectro normativo autônomo em relação àquele princípio. De outra sorte, o autor defende que o mínimo existencial é o conjunto de prestações materiais indispensáveis a uma vida digna, que se entende como uma vida saudável. Encampa-se a asserção de que são realidades diversas, para tratar do núcleo essencial, de prisma mais dilatado.

⁴⁵ Nesse passo, o contributo primordial ao desenvolvimento de uma adaptação da tese do núcleo essencial aos direitos econômicos, sociais e culturais foi dado pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o qual avançou na linha arrimada doutrinariamente nos princípios de Limburg. É que o caráter progressivo de realização das prestações e a sua dependência de recursos financeiros, expressos no artigo 2º, 1, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e

Em realidade, a tese do núcleo essencial recebe o influxo da própria concepção de que há uma dimensão positiva e negativa em todos os direitos fundamentais; assim, também o núcleo essencial possui uma dimensão negativa e positiva. A dimensão negativa já foi tratada neste tópico e redundante especialmente na tese da proibição relativa de retrocesso social; a dimensão positiva é a que se identifica com a ideia de um núcleo mínimo de deveres e obrigações impostas ao Estado.⁴⁶

Nessa quadra, salienta-se que a garantia do núcleo essencial foi positivada em Constituição que praticamente não previu direitos sociais e era voltada especialmente à defesa da dimensão negativa dos direitos de liberdade, para resguardá-la de restrições excessivas do legislador. Em uma dimensão positiva, o núcleo essencial, entendido como um núcleo mínimo de deveres ativos, impõe ao Estado a necessidade de assegurar um piso básico dos direitos, inculcando-lhe deveres condizentes com a projeção essencial de dignidade da pessoa humana, tal como a tese do *minimum core* dos direitos

Culturais, fomentava uma sensação de inefetividade desses direitos, os quais não passariam de narrativa poética, com inviabilidade de qualquer forma de fiscalização efetiva quanto ao seu cumprimento. Por isso, por meio do Comentário Geral n. 3, o Comitê sustentou que os passos dados pelo Estado não se esgotam apenas com medidas legislativas, mas incluem todas as medidas possíveis, de acordo com o máximo de recursos disponíveis, de modo a atingir o objetivo da plena satisfação dos direitos. De qualquer maneira, é possível identificar um núcleo mínimo dos direitos sociais, os quais podem e devem receber a previsão interna de remédios judiciais para sua execução, tal como o direito à educação básica. Logo, se a obrigação cumpre-se progressivamente, exige-se que o avanço seja perseguido e demonstrado e não se deve admitir um recrudescimento na garantia dos direitos, a menos que se demonstre total justificação para isso. No que se refere ao piso básico dos direitos sociais, somente será legítima se for por absoluta impossibilidade econômica de dar-lhes efetividade, o que é ônus da prova do Estado. Em sentido similar ao preconizado no texto, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, p. 203-204; YOUNG, Katherine G. The minimum core of economic and social rights: a concept in search of content. In: *Yale Journal of International Law*, v. 33, 2008, p. 151-152. *A respeito da atuação do Comitê*, remete-se a ALSTON, Phillip. The Committee on Economic, Social and Cultural Rights. In: *The United Nations and Human Rights – a critical appraisal*. Nova York: Oxford, 1992, p. 473-479 e ss.

⁴⁶ O conteúdo essencial de direito fundamental é uma garantia geral de sua tutela, porque prescreve a necessidade de circunscrever um espaço material irrestingível do direito aos poderes públicos. A finalidade da garantia do núcleo essencial consiste numa limitação a mais ao legislador, o qual não poderá, a pretexto de estabelecer restrições a um direito fundamental, avançar acima de um limite que lhe retire qualquer proveito prático ao seu titular; é um "limite dos limites". É positivada pela primeira vez na Constituição da Alemanha, artigo 19, 2, e espalha-se para outros ordenamentos constitucionais, tais como o da Constituição portuguesa de 1976, no artigo 18, 3, referindo-se aos direitos, liberdades e garantias, e o da Constituição espanhola de 1978, no artigo 53, 1. Remete-se a PINTO, Ilenia Massa. *Contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e concezione espansiva della costituzione*. In: *Diritto Pubblico*, Anno VII, n. 3, 2001, p. 1.095 e ss; e a LOPES, Ana Maria D'Ávila. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 164, 2004, p. 7-8. *Sobre a função mais simbólica da garantia na sua consagração na Grundgesetz, a despeito de também possuir uma função mais remota constitutiva e instrumental*, HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales – Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*. (Tradução de Joaquín Brage Camazano). Madrid: Dykinson, 2003, p. 219-220.

econômicos, sociais e culturais no prisma de direitos humanos estipula. Esse perímetro nuclear do direito é passível de ser assegurado por via judicial, ainda que ausente qualquer concretização do legislador no desenvolvimento legal do direito fundamental social.⁴⁷

Como se associa a uma teoria relativa, o conteúdo nuclear é definido por meio de ponderações. Todavia, a crítica de que a garantia do núcleo essencial ficaria redundante, porque se confundiria com o exame ponderativo, não pode ser acatada. Encontra-se a autonomia da garantia exatamente na contínua avaliação jurisprudencial dos direitos fundamentais, passando a garantia a valer como uma bitola argumentativa. Os tribunais, especialmente os de cúpula, em clara comunhão com a estratégia internacionalista de direitos humanos do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, passariam a construir, mediante o influxo qualificado e com aumento da deliberação pública, o mínimo de obrigações suscetíveis de serem exigidas do Estado imediatamente apenas com a norma constitucional do direito social. Quaisquer omissões ou restrições dessas prestações são possíveis, desde que justificadas pelo Estado, inclusive por razões de circunstâncias financeiras. A diferença é de que, caso se trate de obrigações mínimas, o ônus argumentativo do Estado passa a ser maior, com intenso ônus de prova. Ou seja, o núcleo essencial desenvolver-se-ia em uma espécie de “classificação suspeita” que demandaria um escrutínio mais rígido do Judiciário; porém, caso se trate de uma prestação não incluída no núcleo mínimo, automaticamente uma maior autocontenção dos tribunais é viabilizada, com menor carga de justificação do Estado para a manutenção da restrição, sob pena de ofensa à separação de poderes.⁴⁸

⁴⁷ Foi o que pretendeu o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais com o Comentário Geral n. 3, de modo a possibilitar que, mesmo que graduais, os direitos econômicos, sociais e culturais tivessem alguma parcela de eficácia imediata. De outro prisma, não é cerebrina a lição acadêmica a respeito da definição do núcleo essencial e são dois os principais planos a serem analisados, um a respeito do que pertence ao perímetro material inviolável do núcleo e outro concernente aos titulares do direito. No primeiro, há uma teoria absoluta, que pretende que haja a definição de um reduto material insuscetível de restrições pelo legislador, e uma teoria relativa, que apregoa que o espaço protegido da restrição é variável, descoberto após um escrutínio de proporcionalidade da restrição – idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. No segundo, a questão é saber se a restrição do direito fundamental é excessiva de um modo objetivo (teoria objetiva), em que se verifica se a restrição prejudica excessivamente a generalidade das pessoas que pudessem fazer jus ao direito, ou de um modo subjetivo (teoria subjetiva), em que se averigua o excesso no caso concreto, em relação a um determinado titular ou grupo de titulares. Para uma análise mais aprofundada das teorias em comento, inclusive das inconsistências ou fraquezas de cada uma, não satisfatoriamente resolvidas mesmo que sejam combinadas entre si – teorias mistas, NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição..., p. 782-799; SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais..., p. 185-200. Para uma discussão a respeito de quem tem a primazia de delimitar o núcleo essencial, o legislador, o que nesse caso fomentaria um controle residual e menos intenso do juiz, ou o Judiciário, com maior amplitude de revisão das escolhas políticas do legislador, remete-se ao estudo de PINTO, Ilenia Massa. *Contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e concezione espansiva della costituzione...*, p. 1.095-1.099.

⁴⁸ A ideia exposta no parágrafo foi inspirada no pensamento de NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição..., p. 897-951, quando

2. A TUTELA JUDICIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Pretende-se, neste tópico, analisar de forma crítica as principais objeções apresentadas contra a justiciabilidade de direitos fundamentais sociais sem que haja qualquer densificação desses direitos pelo legislador infraconstitucional. A seguir, abordar-se-ão os modelos de atuação judicial do Tribunal Constitucional português e do Supremo Tribunal Federal, com comentário a respeito de algumas das principais decisões tomadas nessa área, tentando sistematizar as decisões conforme a dimensão negativa ou positiva.

Nesse ponto, nota-se que todas essas críticas estão imbricadas com o princípio de separação de poderes, quase é possível a ele reconduzi-las. Ademais, é preciso não descuidar que a carga maior de “ativismo” ou de sindicabilidade judicial dos direitos fundamentais sociais dependerá por certo da própria natureza jurídica desses direitos, conforme técnica de positivação, tema já enfrentado no tópico anterior, para o qual se remete.

2.1 Separação de poderes

A despeito de outros meios de controle do poder estatal, indubitavelmente é o princípio da separação de poderes um dos temas que mais desperta o interesse acadêmico, em função de que continua atual, sem embargo da longevidade das questões que levanta.

Não se pretende uma digressão histórica detalhada, com o levantamento de todas as teorias sobre separação de poderes, tarefa por demais hercúlea. Os objetivos são mais modestos e realizáveis: pretende-se abordar a concepção da separação de poderes que acabou por vingar nas democracias ocidentais e perscrutar o delineamento do Poder Judiciário nos paradigmas de Estado Liberal e Social de Direito. Por essa razão, será restringido o enfoque basicamente à teoria da tripartição de poderes com origem em Montesquieu.⁴⁹

da análise da jurisprudência norte-americana sobre as liberdades comunicativas, ou seja, o raciocínio de Novais foi desenvolvido a respeito de outro tema e com outros contornos, não se referindo nessa parte ao *minimum core*, motivo pelo qual parece ter a ideia defendida no texto alguma nota de originalidade. De outro lado, diverge parcialmente da proposta feita pelo autor a respeito dos direitos fundamentais em NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, p. 308-318, pois ele pretende que o controle de restrições aos direitos sociais seja efetuado pela definição de um mínimo social exigido para assegurar condições materiais de subsistência, o qual é extraído da associação ao princípio da dignidade humana, aliado a um teste de razoabilidade imposto pela proibição do déficit, em que se verifica se, objetivamente, a não satisfação dos deveres estatais leva a uma situação desarrazoada ou intolerável. Neste trabalho, é aceito que a dignidade humana, aliada ao consenso da prática dos países, marque a definição do núcleo mínimo pela jurisprudência das Cortes. O tom de originalidade do pensamento defendido no texto está no fato de que Novais não entreviu a padronização jurisprudencial dos testes de ofensas aos direitos por meio de exames judiciais diferenciados, mais ou menos rígidos, com maior ou menor distribuição do ônus argumentativo sobre a omissão ou medida restritiva estatais, conforme esteja em jogo ou não o núcleo mínimo.

⁴⁹ Para um compêndio sobre as outras teorias sobre separação de poderes, remete-se a MIRANDA, Jorge. *Ciência Política – Formas de Governo*. Lisboa: Pedro Ferreira, 1996, p. 103 e ss; CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Tomo I, 6. ed., 3ª reimpressão, revisão de Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 2009, p. 197 e ss. Lembrem os autores Benjamin Constant, que concebeu um Estado cujos poderes seriam separados em

A percepção de que existem diferentes funções ou manifestações do poder e de que a sua concentração no mesmo corpo político poderia suscitar abusos é vetusta e remonta a Aristóteles.⁵⁰ Miranda rememora que, nas magistraturas clássicas da Grécia e de Roma, a compartimentação de poderes era efetuada mediante a sua divisão por diversos corpos magistrais, normalmente colegiados. Nota-se, porém, que a fragmentação de poderes não era feita de forma orgânica, com funções típicas especialmente formatadas para conter o abuso do poder.⁵¹

No entanto, foi com Montesquieu que a teoria da separação de poderes ganhou profusão internacional e marcou indelevelmente os movimentos revolucionários nas colônias estadunidenses, que culminaram na independência dos Estados Unidos, e na França, e influenciou decisivamente todo o constitucionalismo liberal.⁵² A prova do alcance influenciador da teoria extrai-se da sua consagração como dogma pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão – documento confeccionado em 1789 no bojo da Revolução Francesa, e que sintetiza os ideais iluministas e liberais que permearam o complexo movimento francês –, a qual estabelece no artigo 16 que não haverá constituição sem a repartição de poderes.⁵³

quatro funções, com acréscimo aos três poderes pensados por Montesquieu de um quarto poder, o poder neutro, o qual teria a função de dirimir os conflitos entre outros poderes do Estado – na prática tal poder mostrou-se uma forma de recuperação pelo monarca de parte do poder antes perdido com o constitucionalismo –; foi o modelo constitucional seguido pelas Constituições brasileira de 1824 e portuguesa de 1926, que denominaram o poder neutro de moderador; de Sieyès, com a divisão do poder em poder constituinte e poderes constituídos; Ahrens e seu poder governamental. Miranda ainda menciona a teoria dos cinco poderes de Silvestre Pinheiro-Ferreira: Legislativo, Executivo, Judicial, Conservador e Eleitoral.

⁵⁰ ARISTÓTELES. Política. (Tradução de Vincenzo Costanzi). 3. ed. Bari: Laterza & Figli, 1948, p. 143 e ss, o qual percebia três especiais modos de manifestação da soberania de um Estado ante seus súditos: a deliberação, a magistratura, entendida como função de comando, e a judicatura. Bem assim, MIRANDA, Jorge. Os problemas políticos fundamentais e as formas de governo modernas. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes. Coord.: Jorge Miranda. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2004, p. 233.

⁵¹ MIRANDA, Jorge. Ciência Política..., p. 95. ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria geral do Estado. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 406-411, esclarece que a ideia clássica de separação de poderes teve o condão de sugerir a distribuição orgânica de competências, de modo a reparti-las e coordená-las em equilíbrio como um elemento essencial da ideia liberal do Estado de Direito, observada a divisão adequada das funções aos poderes mais tarimbados a desempenhá-las; segundo esse autor, o tema de equilíbrio era inerente ao avanço de outras ciências desde o XVI, tais como a mecânica celeste de Newton, o equilíbrio da balança comercial na economia, entre outras teorias científicas.

⁵² MIRANDA, Jorge. *Ciência Política...*, p. 95; OTERO, Paulo. *As instituições políticas e constitucionais*. v. I, Coimbra: Almedina, 2009, p. 191.

⁵³ Não obstante, na própria França e mesmo após a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e após previsão de separação tripartite de poderes operada na Constituição francesa de 1791, a influência de Montesquieu foi momentaneamente superada pelo pensamento de ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social: manuscrito de Genebra. (Tradução de Manuel João Pires). Lisboa: Círculo de Leitores, 2008, p. 73-76, p. 89-98, p. 103-110 e p. 137, o qual advogava a tese da soberania popular. Este distinguia no poder as funções legislativas e executivas, p. 137, mas defendia a existência de um único poder, o poder Legislativo, uma vez que o Executivo deveria ser servil à vontade soberana do povo, p. 103-105. Com isso, depreende-se

Montesquieu alertou para o fato de que o conceito de liberdade é manipulável conforme os costumes ou inclinações de cada governo e conceituou a liberdade política como a margem de arbítrio do indivíduo balizada na legalidade; a lei definiria o espaço de liberdade de cada cidadão ao prever aquilo que é obrigatório, proibido ou permitido. O iluminista francês não reputava que na democracia e na aristocracia houvesse liberdade política, pois isso seria atributo dos governos moderados, desde que não houvesse abuso de poder; nesse desiderato, somente seria coibido o abuso de poder pela imposição de limites ao seu detentor.⁵⁴

A ideia de seção tripartite dos poderes do Estado como forma de imposição de limites ao próprio poder foi exposta por Montesquieu a pretexto de analisar o objeto particular da Constituição da Inglaterra e baseia-se na premissa de que o uso do poder necessita delimitar seu alcance por meio de outro poder, discernindo no Estado a função de elaborar as leis ou legislar, a função de aplicá-las na administração – o chamado “poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes” – e, por último, a função de aplicá-las na solução de conflitos entre particulares – o poder julgador foi por ele chamado inicialmente de “poder executivo daquelas coisas que dependem do direito civil”.⁵⁵ Foi concebida no afã de contrapor-se ao absolutismo monárquico, inspirando-se nos ideais iluministas e liberais do período.⁵⁶

que o Executivo, portanto, não era de fato um poder, porquanto não poderia limitar o Legislativo. Os embates filosóficos entre ambos não se limitaram a isso: MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. (Tradução de Cristina Murachco). São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 170-172, claramente entendia que a participação direta do povo nas decisões governamentais é inconveniente e, bem assim, deveria restringir-se à escolha de representantes, os quais decidiriam de acordo com suas convicções, lastreados na instrução geral que receberam ao serem escolhidos, uma espécie de mandato de direito público; Rousseau, por seu turno, sustentava que a soberania não poderia ser representada porque era a vontade geral, a qual perderia tal atributo se fosse delegada a quem quer que seja. Para Rousseau, os deputados eram meros comissários do povo, o que resultava na necessidade de que este ratificasse as leis aprovadas no Legislativo, sob pena de nulidade do compromisso, p. 103-110. A esse respeito, assenta MIRANDA, Jorge. *Ciência Política...*, p. 103, que a tese de Rousseau foi determinante na elaboração da Constituição francesa do ano I (Constituição jacobina de 1793) e encontra semelhanças na concepção constitucionalista do marxismo-leninismo.

⁵⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis...*, p. 165-166.

⁵⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis...*, p. 167.

⁵⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis...*, p. 168-169; MIRANDA, Jorge. Os problemas políticos fundamentais e as formas de governo modernas..., p. 234. É bem verdade que se criou um mito de que a separação de poderes em Montesquieu seria realizável com a divisão orgânica plena das funções estatais, sem qualquer contato ou interferência entre elas, conforme prelecionam CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição...*, p. 114-115; no mesmo sentido, SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. *O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais – a administração pública no Estado moderno: entre as exigências de liberdade e organização*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 30. Aliás, o mito foi usado inclusive como argumento contrário à ratificação da Constituição dos Estados Unidos de 1776 nas convenções estaduais, uma vez que o documento estadunidense não observava uma rígida separação de poderes, o que supostamente destoaria do modelo de Montesquieu, conforme ensina Madison. O próprio Madison, na carta federalista n. 47, frisa com exatidão que nem Montesquieu nem o modelo britânico que o inspirou defendiam uma separação

Interessa destacar que Montesquieu confere visível preponderância ou relevância ao Poder Legislativo sobre os demais poderes: para o primeiro, o Legislativo seria o poder supremo ao qual o Executivo e o Federativo estariam subordinados, ao passo que, para o segundo, a preponderância do Legislativo adviria naturalmente, uma vez que o Judiciário deveria ser nulo e invisível e porque a atividade do Executivo de executar a lei era limitada pela própria natureza, aplicável às coisas momentâneas.⁵⁷

Entretantes, o Judiciário é visto por Montesquieu com uma compreensível desconfiança, haja vista que os juízes eram escolhidos pelo monarca, os quais, por isso, soíam decidir com grande subjetividade e arbitrariedade, sempre na defesa dos interesses da coroa. Por isso, o iluminista francês pensa que o poder julgador deva ser “nulo”, já que os juízes não poderiam ser permanentes nem profissionais, mas escolhidos dentre o povo por períodos fixos do ano, conforme critérios previstos em lei, de acordo com a necessidade. Deste modo, seria evitado o abuso de poder dos juízes e seu papel seria subalterno-instrumental: os juízes seriam vassalos legais sem vontade própria, devendo a tarefa de julgar subsumir-se a mera tradução literal do conteúdo normativo.⁵⁸

Em suma, a separação de poderes tarimba-se nos desideratos liberais burgueses, os quais precisavam de um aporte de segurança jurídica e previsibilidade para expansão industrial embrionária na Europa. Assim, a priorização da liberdade individual ante o Estado e a poda radical do arbítrio verificado no absolutismo monárquico desencadeou uma série de pensamentos e teorias, em vários campos da ciência, em oposição ao regime político então dominante, essenciais para a ascensão burguesa e o surgimento do capitalismo, o que reconfigurou o tecido social.⁵⁹ Nesse diapasão, era

rígida e hermeticamente fechada dos poderes, a ponto de impedir uma “representação parcial” de um poder em outro; o essencial é que não se possibilite a concentração de todo o poder de um dos poderes na competência de outro. A esse respeito, HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista...*, p. 393-399. A fábula é desconstruída ao tomarem-se as passagens em que Montesquieu sugere a ideal inter-relação entre os poderes, p. 173-175: a faculdade de prevenir (veto) as deliberações aprovadas no Legislativo pelo monarca; o dever de o Legislativo fiscalizar o modo de execução das leis pelo Executivo, devendo este prestar-lhe contas; o excepcional poder julgador conferido ao Legislativo para punir os assessores imediatos do monarca em caso de não execução adequada das normas legais; julgar os nobres, por meio da casa legislativa de seus pares, outorgando-lhes uma espécie de “foro privilegiado”; julgar na Câmara Alta (Câmara dos Lordes) cidadãos acusados pelo corpo legislativo representante do povo de malversação de recursos nos negócios públicos quando os juízes não quisessem ou não soubessem como castigá-los. Ainda em relação ao Legislativo, conferiu-se-lhe poder de abrandar os rigores da lei em casos particulares, o que seria vedado ao Judiciário, isto é, poderia o Legislativo conceder anistias. Por isso, antes de separar, o sistema teórico engendrado por Montesquieu tinha o cunho de combinar poderes no escopo de limitá-los reciprocamente.

⁵⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis...*, p. 168-169. Também LOCKE, John. Segundo tratado de governo— ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil. (Tradução de Carlos Pacheco do Amaral). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 167, conferia essa preponderância ao Legislativo.

⁵⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis...*, p. 166-169.

⁵⁹ SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. *O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais...*, p. 21.

imprescindível proteger os valores da liberdade, da igualdade e da propriedade privada, vetores axiológicos estruturantes da ideologia liberal.⁶⁰

Compreende-se, por seu turno, a preponderância do Legislativo sobre os demais poderes e o ancilar papel conferido ao Judiciário na interpretação das normas jurídicas. Os homens, considerados iguais perante a lei por terem a mesma dignidade advinda da racionalidade da espécie humana, elegiam representantes para a missão de elaborar leis, cuja generalidade e abstração das normas seriam resultado de dialético debate público e espelhariam a razão, com o fim de regular as condutas sociais e, sobretudo, proteger as liberdades individuais e a propriedade dos cidadãos ante a ameaça de arbítrio do Estado; existia fé plena na lei, pois ela seria necessariamente boa e razoável em função de ser oriunda do parlamento e traria subjacentes os preceitos éticos e morais que a fariam de *per se* justa, de modo que não caberia ao juiz nenhum subterfúgio para não a aplicar.⁶¹

⁶⁰ OTERO, Paulo. *As instituições políticas e constitucionais...*, p. 179.

⁶¹ BACHOF, Otto. *Jueces y constitución*. (Tradução de Rodrigo Bercovitz Rodrigues-Cano). Madrid: Civitas, 1985, p. 45-56. Conforme o autor destacou, o processo legislativo não tem os mesmos contornos do século XIX e, por isso, essa visão está ultrapassada, já que deu causa ao positivismo jurídico na medida em que, embora se reconhecessem os valores que pudessem informar a elaboração das normas, não cumpriria ao aplicador sopesar sobre eles, porquanto teriam sua inserção sedimentada no processo de criação. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social...*, p. 121-126, asseverava que a lei é justa pela circunstância lógica de que não se faria uma lei, com característica de ser geral no seu objeto e na vontade que a cria, propositadamente injusta, pois o povo não quereria prejudicar-se a si mesmo. Logo, essa supervalorização da lei permite o nascimento de uma Jurisprudência de Conceitos, em que a resolução dos problemas jurídicos era realizada pela dedução silogística das consequências jurídicas previstas nas normas aos fatos que a elas se subsumiam, em operação lógico-formal, quase matemática, em que os princípios jurídicos não eram propriamente uma categoria normativa, porque configuravam mais propriamente valores morais, que funcionavam na interpretação das regras jurídicas e possibilitavam uma coerência ao sistema, diante de seu cunho genérico; eram “dados” pré-jurídicos admitidos na regulação do sistema e que serviam de orientação na elaboração das normas jurídicas. Sobre a Jurisprudência dos Conceitos e sua superação, CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. (Tradução e introdução de A. Menezes Cordeiro). 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 29 e ss, para o qual se remete sobre a evolução jusfilosófica para uma Jurisprudência de Interesses e, posteriormente, uma Jurisprudência de Valores, havendo quem critique também esta e aponte que o caminho não passa por essa abordagem nem por uma Jurisprudência Analítica, mas por uma Jurisprudência Ética mormente, tal como A. Menezes Cordeiro, na introdução da mesma obra, p. XVIII-LXII. A respeito dos princípios, um dos tantos juristas a defender que os princípios não são, à partida, normas, conquanto não possa ser enquadrado como um pensador da Jurisprudência dos Conceitos, é LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. (Tradução de Luis Díez-Picazo). Madrid: Civitas, 1985, p. 33-34. Ele entende que princípios são pensamentos diretores de uma regulação jurídica existente ou possível. Em si mesmos, não são suscetíveis de aplicação, mas podem ganhar esse predicado por meio de sua transformação em regras. Ainda que remetam a um conteúdo intelectualivo que conduz a uma regulação, consubstanciando princípios materiais, não possuem o caráter formal de proposições jurídicas, que se caracterizam pela conexão entre a hipótese fática prevista na norma e a consequência jurídica imposta, permitida ou proibida. Esse mesmo autor menciona uma função positiva e negativa dos princípios. A primeira consistiria no influxo que exercem nas sucessivas decisões e conteúdo de regulações que essas decisões criam. A segunda conforma-se na exclusão dos valores contrapostos e das normas fundadas nesses valores. CAETANO, Marcello. *Manual*

A primazia da lei, que vincula sob seu império o próprio Estado, é característica do Estado de Direito de matriz liberal. As Constituições de raízes liberais possuem como característica, além da separação de poderes, a enumeração de direitos dos indivíduos ante o poder estatal, com o escopo de exigir do Estado uma abstenção, isto é, uma obrigação de não intromissão nos assuntos privados dos particulares, os quais poderiam insurgir-se contra o abuso de poder dos órgãos públicos. O influxo ideológico⁶² liberal-burguês, cuja fisionomia econômica pregava o *laissez-faire*, necessitava de segurança jurídica para que a classe burguesa pudesse aventurar seu capital no desenvolvimento de atividade econômica. O cerne do liberalismo era o individualismo, o livre desenvolvimento e a autonomia privada; o fim precípua do Estado era a garantia dos direitos individuais, da liberdade e igualdade perante a lei, com a autocontenção do poder, mas não havia a preocupação imediata com a promoção da felicidade humana.⁶³ A limitação do poder do Estado deu-se por normas jurídicas – a Constituição não poderia ser uma mera “folha de papel”⁶⁴ – e a submissão do próprio poder estatal ao direito molda a concepção de Estado de Direito, aqui entendido como Estado Liberal de Direito.

de ciência política e direito constitucional..., p. 320 e ss, trata ainda de um Estado de Direito em sentido formal, Estado de Legalidade, fruto de um pensamento mais positivista, em que a atuação estatal formaliza-se por procedimentos jurídicos, do Estado de Direito em sentido material, no qual se agrilhoa o poder político à realização dos direitos individuais e à preservação da liberdade.

⁶² O sentido do termo é o de uma confluência de ideologia que impregnava a política, a economia e a filosofia então reinantes, que, embora com pontos comuns de base, nem sempre visualizavam o fenômeno da mesma maneira. É importante frisar que o liberalismo, na acepção política e partidária, figurou como uma via alternativa ao republicanismo na condução da Europa rumo à democracia, como revela DIPPEL, Horst. História do constitucionalismo moderno - novas perspectivas. (Tradução de António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 43-44, para cuja obra remete-se. É o mesmo pensamento de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O círculo e a linha. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*, 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 16, que sustenta que a teoria republicana tem autonomia em relação quer ao “arquétipo clássico grego quer ao paradigma liberal”.

⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O círculo e a linha...*, p. 24-25. Interessante notar, contudo, que isso não representa que o poder político fosse completamente alheio às expectativas sociais, porém essas expectativas eram consideradas como “obrigações morais”, conforme preleciona QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais..., p. 8. NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Coimbra: Almedina, 2006, p. 180 e ss, rememora que a Grã-Bretanha, no século XVII, sem alterar a configuração de Estado de Direito, iniciou uma tentativa de organizar sistematicamente a assistência social com as apelidadas *poor laws*. No século XIX, em função de uma conjugação de lutas e ações políticas concertadas, os países europeus iniciaram uma institucionalização progressiva por intermédio de leis assistenciais e de seguros contra acidentes de trabalho, doenças profissionais, com a criação de legislação laboral tendente a proteger contra os desmandos excessivos do capitalismo feroz, especialmente na regulação da jornada de trabalho e dos trabalhos infantil e da mulher.

⁶⁴ É a famosa expressão de LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. (Adaptação da tradução de Walter Stöner por Aurélio Wander Bastos). 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 29-39 e 45-48, que sustentava que a essência de uma Constituição real são os fatores reais de poder, já que a sua formalização em um documento nada mais representaria que uma folha de papel: caso a Constituição escrita estivesse em desconformidade com os fatores reais de poder, estaria irremediavelmente perdida e não teria valor. Remete-se à nota de rodapé nº 1, a fim de verificar a consolidação da Constituição como norma jurídica.

Contudo, o Estado de Direito, cujo atributo liberal estava implícito e que garantia a igualdade de todos ante a lei, não conseguiu dar respostas aos enormes problemas sociais, agravados com a Revolução Industrial, crises econômicas e conflitos bélicos de enormes proporções.⁶⁵ A igualdade era meramente formal. Movimentos sociais eclodiram em diversos lugares e a Revolução russa de 1917, impulsionada pela ideologia marxista, assustou a classe burguesa com a ascensão do proletariado ao poder. Uma resposta deveria ser dada às reivindicações laborais, cada vez mais organizadas, fruto da sindicalização e do próprio processo de formação político-partidária da classe obreira.⁶⁶ Nesse intercambiante jogo das forças políticas e ideológicas, defendia-se uma ação estatal para pôr cobro às desigualdades. Esse estado de coisas culminou na constitucionalização de direitos econômicos, culturais e sociais, cujas ordenações constitucionais precursoras no século XX foram as Constituições mexicana de 1917, finlandesa de 1919, de Weimar de 1919 e espanhola de 1931.⁶⁷

Percebe-se, portanto, que a positivação desses direitos nos textos constitucionais não gerou pouco debate, mormente em função da clareza da imbricação dos efeitos jurídicos e valorações políticas.⁶⁸ Subjaz ao esforço de constitucionalização dos direitos sociais o reconhecimento de que possuem um inegável sentido ético, assim como os direitos de liberdade. O Estado de Direito transmuda-se em um Estado Social de Direito, cujo fim do poder público também é o de promover a felicidade humana.⁶⁹

⁶⁵ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais – Direito estadual II...*, p. 25.

⁶⁶ Nesse sentido, PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Los derechos sociales: apuntes políticos y jurídicos. Cuadernos de La cátedra de Democracia y Derechos Humanos*, Virgilio Zapatero e Maria Isabel Garrido Gómes (Eds.). Madrid: Universidad de Alcalá, 2009, p. 19, comenta sobre o protagonismo da classe trabalhadora, que culminou na partidização política no intuito de representar seus interesses e contribuiu para o protagonismo dos direitos sociais.

⁶⁷ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais...*, p. 208-209. Em realidade, a positivação constitucional de direitos sociais no mundo ocidental pôde-se notar antes dessas Constituições na França, fruto do processo revolucionário inerente ao período, com as Constituições de 1793 e 1848. A Constituição de 1793, conhecida como “Constituição jacobina”, que nunca chegou a entrar em vigor, proclamava no artigo 21 e 22 direitos nitidamente sociais como direito ao trabalho e direito à instrução. A Constituição de 1848 trazia no seu bojo a norma do artigo 13, a qual garantia a liberdade de trabalho e indústria, a igualdade de relações entre empregados e empregadores, o direito ao ensino primário gratuito, a educação profissional, entre outros.

⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais...*, p. 441. O autor anota que o motivo da polêmica radica-se na divergência ideológica sobre os fins e o papel do Estado, da Constituição, dos direitos fundamentais, acrescida de obscuridades terminológico-dogmáticas, conforme está defendido no texto do trabalho.

⁶⁹ Nesse ponto, é de se diferenciar o Estado Social de Direito do Estado socialista-marxista-leninista, que logrou estabelecer-se na extinta União Soviética em decorrência do êxito da Revolução Russa de 1917 e daí espalhou-se para a Europa Oriental e outros países de outros continentes. O Estado socialista-comunista pretendeu a ascensão do proletariado ao poder, com apropriação dos meios privados de produção e desmantelamento da “infraestrutura capitalista”, com funcionalização e restrição da liberdade individual em prol de um suposto interesse coletivo, conforme preleciona BONAVIDES, Paulo. *O Estado Social e sua evolução rumo à democracia participativa*. In: *Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2ª tiragem. Cláudio Pereira

Com efeito, esse movimento de transformação do Estado foi matizado com as circunstâncias político-sociais em voga no início do século XX. Inúmeros fatores levaram a uma perda do “espaço vital” de domínio individual – êxodo rural, aumento da população, a própria necessidade do capital de apostar na industrialização –, o que aumentou a dependência das pessoas de mecanismos públicos organizados de abastecimento e suprimento de necessidades e da exigência de criação de postos de emprego; o desmoronar do dualismo Estado e sociedade pôs o ser humano em posição de dependência do Estado.⁷⁰

Nessa passagem, não se desconsidera a importância dos direitos de liberdade, mas apenas se aperfeiçoa a ótica individualista então vigente, no intuito de repartir melhores oportunidades a todos. Não se quer mais mera igualdade formal ou perante a lei, mas a igualdade material e a igualdade na lei.⁷¹ Pretendeu-se, pois, uma “decantação”⁷² político-jurídica do Estado.

de Souza Neto e Daniel Sarmiento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 63-71. Também não se perfila ao modelo nacional-socialista, consoante ensina NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito..., p. 179-180.

⁷⁰ FORSTHOFF, Ernst. Problemas constitucionales del Estado Social. (Tradução de José Puente Egido) In: El Estado Social. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 45 e ss. O fim do dualismo Estado e sociedade ocorre marcadamente após o fim da 1ª Guerra Mundial, com o findar do “otimismo” liberal de que se consolidaria a justiça pela liberdade das relações sociais e com a autonomia de seu desenvolvimento por intermédio de uma autorregulação de mercado, conforme esclarece NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito..., p. 181-182, razão pela qual se percebe que há uma dependência inequívoca do ser humano perante o Estado. HÄBERLE, Peter. Pluralismo y constitución – Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. (Tradução de Emilio Mikunda-Franco). Madri: Tecnos, 2002, p. 177, a respeito do assunto, fala de uma “osmose” entre Estado e sociedade.

⁷¹ Com um desenvolvimento maior sobre o princípio da igualdade, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1982, p. 380 e ss, preleciona que a igualdade foi primeiro entendida como igualdade perante a lei, no sentido de conferir isonomia formal na aplicação da lei pelas autoridades constituídas – o que, de certa forma, conformava o princípio a uma prevalência objetiva da lei, sem grandes acréscimos – e uma igualdade por intermédio da lei, a mencionada igualdade material, a qual normalmente é referida de forma tautológica para não permitir discriminações arbitrárias. Contudo, como alerta o autor, tal configuração da isonomia, se de um lado serve bem para combater a elaboração patológica da lei, desprestigia a função social da igualdade, uma vez que permitiria a manutenção das desigualdades fáticas ao não impor ao legislador o dever de enfrentá-las. Por outro lado, PRIETO SANCHÍS, Luis. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial..., 1995, p. 23 e ss, ressalta que sempre existirá desigualdade fática, de sorte que a igualdade material e formal confrontam-se sob o prisma de legitimidade de um tribunal constitucional. Logo, deve-se saber até que ponto uma desigualdade fática legitima uma desigualdade jurídica, no intuito de reduzi-la. O autor também assenta que a igualdade sempre é relativa, pois é um conceito normativo que importa em um juízo valorativo-comparativo com especificação de critérios e fundamentos de cotejamento.

⁷² PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Los derechos sociales y su significación actual. Cuadernos de La cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Virgilio Zapatero e Maria Isabel Garrido Gómez (Eds.). Madrid: Universidad de Alcalá, 2009, p. 38. É fato que, de início, essa viragem do liberal ao social contentou-se em criar uma alternativa ao Estado Socialista. O Estado Social de normas programáticas, como se verifica pelo marcante exemplo da Constituição de Weimar, pretendia manter a base estrutural do sistema liberal, em troca prometendo a concretização

Contudo, esse estágio embrionário do Estado Social foi alavancado pelos mesmos fatores alinhavados outrora, especialmente crises econômicas e a devastação humana nas duas guerras mundiais, a construção valorizada dos direitos fundamentais no seio constitucional e o próprio reforço da Constituição como suprema lei do Estado. Entra em cena o princípio democrático, que, ao influxo desses vetores, deixa de contentar-se com a conotação liberal de democracia representativa, concretizada com o periodismo de eleições livres, para exigir uma participação cívica na deliberação sobre os rumos do Estado, reforçando o aspecto plural da sociedade. Essa deliberação, portanto, não se contenta com decisões meramente majoritárias, mas busca que a própria atividade estatal estabeleça uma maior repartição de riquezas, no intuito de que todos tenham maior gozo possível dos direitos fundamentais em sua plenitude: a igualdade e a liberdade são o verso e o anverso da página social.⁷³

É evidente que o “ordenamento marco”,⁷⁴ que alberga conteúdos valorativos

paulatina dos direitos sociais como programas ou objetivos do próprio Estado. Aceitava-se uma maior intervenção estatal, a subtração de certos campos de mercado da esfera de autonomia privada; os direitos sociais, por conseguinte, eram meras normas programáticas, consoante lembra BONAVIDES, Paulo. O Estado Social e sua evolução rumo à democracia participativa..., p. 64-70. Esse autor coloca que seria uma “estratégia de sobrevivência” da sociedade liberal, p. 73.

⁷³ BONAVIDES, Paulo. O Estado Social e sua evolução rumo à democracia participativa..., p. 76. Para esse autor, a democracia é um direito de 4ª dimensão, não meramente uma forma de governo, p. 77-78. Conquanto se reconheça a estreita complementaridade entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, sem os quais, muitas vezes, os primeiros acabam ilegitimamente esvaziados, isso não representa a perigosa assunção de que a liberdade subordina-se aos fins coletivos: há que se exercitar a discussão pública das decisões estatais inclusive no que tange às prestações, a fim de que as intervenções cada vez mais crescentes do Estado legitimem-se pelo pluralismo e um dos caminhos sugeridos por HÄBERLE, Peter. Pluralismo y constitución..., p. 193-201, é o respeito ao status activus processualis, que assegura a participação dos indivíduos nas decisões estatais, inclusive em matéria de prestações, com a consequência de a reserva de lei transmutar-se em reserva procedimental de prestações. Nesse contexto, os riscos de um Estado Social desbordar na tutela do interesse dos poderosos, como alertado por FORSTHOFF, Ernst. Problemas constitucionales del Estado Social..., p. 64-66; ou o receio de que anule a autonomia individual, segundo apregoado por HABERMAS, Jürgen. Paradigms of law. In: Law and Democracy (Editado por Tom Campbell e Adrienne Stone). Aldershot/Burlington: Dartmouth/Ashgate, 2003, p. 279, ficam afastados – Habermas, aliás, defende uma visão “procedimentalista” da legislação, no intuito de afastar esse risco, de modo que, em uma sociedade comunicativa, os cidadãos assumam como suas as leis que são aprovadas por seus representantes, dando voz a seus desejos e interesses, p. 279-280 e ss. Em uma síntese precisa, MÜLLER, Friedrich. Democracia e exclusão social em face da globalização. (Tradução de Sérgio Krieger Barreira). In: Opinião Jurídica, Ano III, n. 6. Fortaleza: Faculdade Christus, 2005, p. 396, retrata que a democracia é o mecanismo estatal da inclusão social. Sobre os diversos significados de democracia e do conceito de democracia deliberativa, seguido no texto, remete-se a GARGARELLA, Roberto. *Democracia deliberativa e o papel dos juizes diante dos direitos sociais*. (Tradução de Thiago Magalhães Pires). In: *Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2ª tiragem. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 207-219.

⁷⁴ HÄBERLE, Peter. *La ética en el Estado Constitucional – La relación de reciprocidad y tensión entre la moral y el derecho*. (Tradução de Carlos Ruiz Miguel). In: *Dereito*, v. 5, n. 2, 1996, p. 159. É o sentido usado no texto. O autor ainda comenta sobre a necessidade de consenso básico no Estado constitucional, constantemente aprofundado, bem como sobre a variação da cultura constitucional de cada país segundo o tempo e o espaço, p. 161.

e procedimentos, recebe o influxo do substrato ético da dignidade humana. Isso porque a democracia espalhou-se pelos ordenamentos constitucionais das sociedades livres dos povos ocidentais e serviu de norte para uma conciliação inadiável dos interesses sociais com os interesses do Estado, pautada pela ascensão da dignidade humana no seu patamar justificador de toda ordem jurídica legítima.⁷⁵ A democracia é a outorga plena do poder ao povo e mesmo que, por impossibilidade prática, sua gestão seja delegada a representantes, tem o povo justa aspiração à plena cidadania, que esvazia de sentido a inflexão liberal restrita de direitos políticos sem que haja pressupostos materiais para exercê-los.

Destarte, carece de sustentação a tese de que Estado de Direito e Estado social sejam intenções de sentido antagônicas.⁷⁶ Com o fim da I Guerra Mundial, com as crises econômicas e com os inevitáveis e patológicos *cracks* da economia de mercado capitalista, decorrentes da desmesurada concentração dos recursos e instituição de monopólios absolutamente livres de qualquer regulação do Estado, tudo envolto em um clima de desenfreada concorrência entre os setores internos e externos da economia, acontece o fim do dualismo Estado e sociedade. Finda o “otimismo” liberal de que se consolidaria a justiça pela liberdade das relações sociais e com a autonomia de seu desenvolvimento por intermédio de uma autorregulação de mercado. Ao revés, o Estado era compelido não só a assumir novas funções e tarefas, mas a alterar substancialmente a própria concepção de sua relação com a sociedade, de sorte a estabelecer a busca constante de um princípio de socialidade, no afã de estruturá-la com o escopo de atingir a justiça social, com distribuição e repartição do seu produto.⁷⁷ Em síntese, o Estado de Direito palmilhou novas sendas e não só tem a feição de um Estado Social em países em que a ordem constitucional assim preveja, como há mesmo a exigência de que haja a integração do componente democrático, sob pena de não se tratar de um real Estado Social.⁷⁸

Nesse estado de coisas, não se concebe tenha a separação de poderes a mesma conotação do Estado Liberal de Direito. A separação de poderes originou-se do espírito liberal, que nutria desconfiança em relação ao Judiciário,

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. *O Estado Social e sua evolução rumo à democracia participativa...*, p. 77.

⁷⁶ FORSTHOFF, Ernst. *Concepto y esencia del Estado Social de Derecho*. (Tradução de José Puente Egido). In: *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 76-88 e, do mesmo autor, *Problemas constitucionales del Estado Social...*, p. 45 e ss. Para esse jurista, há uma própria incompatibilidade existente no plano constitucional entre Estado de Direito e Estado social, o que forceja a prevalência na Constituição, referindo-se à Constituição alemã, de uma visão liberal, com o que não se concorda.

⁷⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito...*, p. 181-183 e ss.

⁷⁸ Por isso, anui-se com ALEXANDRINO, José de Melo, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa de 1976...*, p. 202, quando ele coloca, referindo-se ao Estado português, que o Estado de Direito Democrático é uma “especificação do Estado Social”. O sentido do texto alinha-se com NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito...*, p. 190-193 e ss, que assinala que os mecanismos de democracia política são uma etapa sine qua non para a efetiva socialização do Estado.

comprometido com os interesses do soberano cujo absolutismo buscava a burguesia combater. Nessa linha que se sustentava que o papel dos juízes resumia-se a ser a *bouche de la loi* e que o Judiciário deveria ser um poder nulo e invisível.⁷⁹ Tal postura do Judiciário não é mais defensável nem pode ser aceita em um Estado Social de Direito, o que não significa defender um absolutismo judicial.

As Constituições brasileira e portuguesa possuem um modelo misto de regras e princípios e devem ser interpretadas sem desconsiderar o jogo de forças antagônicas da sociedade, na busca de uma ordem aberta de valores, com resguardo do seu caráter plural. Sua unidade sistêmica não se desconstrói, mas fortalece-se com essa pluralidade; não se pode, portanto, diminuir a intensidade axiológica de seus preceitos com a junção indiscriminada a preceitos que matizem correntes antípodas, sob pena de anulá-los e pô-los ao jugo de determinada maioria contingente. Em linhas mais diretas, conclui-se que o extenso rol de direitos econômicos, sociais e culturais contemplados na carta constitucional representa o verniz ideológico que permeia seu corpo normativo, com influência direta sobre as demais normas reitoras do sistema, inclusive a separação de poderes, que recebe também esse influxo em correspondência à harmonia agregadora de uma correta interpretação constitucional.⁸⁰

⁷⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis...*, p. 169-170. Fica evidente que dar um cariz liberal ao modelo tripartido de separação não serve mais a um Estado Democrático de Direito. Afinal, a separação de poderes tem o papel de evitar concentração e abuso de poder e não existe um “modelo patenteado” de separação desses poderes, de forma que novos papéis angariados pelo Estado demandam novas formas de controle pelo Judiciário, consoante ensina BACHOF, Otto. *Jueces y constitución...*, p. 57-65, referindo-se ao judicial review. Nesse compasso, ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado...*, p. 406-411 e p. 417-418, preleciona que, mesmo na origem, a separação dos poderes nas democracias ocidentais não foi concretizada rigorosamente, salvo, talvez, nos Estados Unidos, onde houve mais rigor em função do maior controle orçamentário exercido pelo Legislativo estadunidense sobre o Executivo. Assim, desde o início havia invasões a âmbitos fundamentais da competência de outros poderes. Ademais, Zippelius aponta para a existência de paulatinas rupturas no modelo ideal, não só pela influência de um poder sobre outro, como sói ocorrer com o Legislativo e Governo, no caso de Estados parlamentaristas, como no próprio exercício de funções típicas de outro poder: os regulamentos do Poder Executivo, o exercício de função administrativa pelo Judiciário nos procedimentos de jurisdição voluntária, o exercício de uma função legislativa na integração do Direito pelo Judiciário, ao colmatar lacunas e na interpretação dos textos legais, especialmente das normas de textura aberta. Entre Executivo e Legislativo, essas interpenetrações de funções ficaram distorcidas em razão das “leis-medidas”, que regulam situações concretas, cada vez mais utilizadas no âmbito de um Estado progressivamente mais interventor e regulador da vida econômica e social. Portanto, conclui o autor, que a real finalidade da separação de poderes sempre foi permitir o controle recíproco dos diversos órgãos estatais.

⁸⁰ GARCIA, Emerson. *Princípio da Separação dos Poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais*. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLVI, nº 2, Coimbra: Coimbra, 2005, p. 967-969. Feliz a expressão do autor de que a Constituição funciona como “elemento polarizador” dessas correntes contrárias, bem como que não se podem interpretar direitos sociais sob o pensamento liberal oitocentista, do mesmo modo que não se devem interpretar direitos de liberdade sob o viés marxista-leninista. Sobre uma eventual colisão entre separação de poderes e os direitos fundamentais sociais caso haja papel mais ativo do Judiciário, o autor sustenta que não há esse embate, em função de que a releitura preconizada forceja a

Logo, com essa necessidade de releitura do princípio de separação de poderes, a objeção de que este axioma do Estado Constitucional de Direito retira do Judiciário a possibilidade de salvaguardar os direitos fundamentais sociais não pode ser aceita.

2.2 O problema da legitimidade democrática do juiz

A primeira objeção dirigida à justiciabilidade dos direitos sociais é de que eles estão na zona das *political questions*. Essa vertente argumentativa traz à baila a tese de que a apreciação jurisdicional de demandas que tenham por objeto prestações sociais perpassaria pelo domínio político, vedado ao Judiciário pela doutrina de separação de poderes e pelo princípio democrático. Em uma democracia, o governo é delegado ao Legislativo e ao Executivo; os juízes não possuem legitimidade para decidir sobre políticas públicas e, por isso, impor aos demais poderes prestações, com inequívocos reflexos no orçamento, representa justamente uma intromissão na arena política sem que tenha essa competência.⁸¹

Essa concatenação teorética, a qual parece sedutora e envolve não apenas a pauta dos direitos sociais, mereceria tratamento mais aprofundado, o que escapa aos limites impostos a este trabalho. De fato, coloca uma séria questão sobre os limites de competência do Poder Judiciário, porquanto ninguém aceitaria delegar a representação popular de uma democracia representativa a um corpo composto de “sábios” togados, que não foram eleitos para decidir os rumos do país; tal “governo de juízes” sobrepujaria a soberania popular ao não permitir o rodízio plural que ocorre nos certames eleitorais. Ainda que demande uma questão de complexa análise, algumas considerações merecem ser trazidas a lume.

De início, escamoteia-se uma plena ilegitimidade dos juízes. Eles possuem uma legitimidade indireta, uma legitimidade argumentativa.⁸² Quando o Poder

elevação da separação de poderes a um patamar superior, cuja exegese leva em conta justamente as inflexões de cunho social presentes em uma ordem constitucional social e democrática de Direito, p. 991-996.

⁸¹ Essa objeção é encontrada nos estudos de TUSHNET, Mark. *Social welfare rights and the forms of judicial review*. In: *Texas Law Review*, v. 82, 2004, p. 1.895-1.900 e p. 1.909-1.919, o qual, ao separar direitos fortes e fracos e remédios fortes e fracos, acaba por concluir que manter a credibilidade dos tribunais e das normas constitucionais consegue-se ao fazer os direitos sociais não justiciáveis; MICHELMAN, Frank. *The constitution, social rights, and liberal political justification...*, p. 13-30, o qual, embora defenda a constitucionalização dos direitos de bem-estar social, sustenta que eles devem estar fora do alcance jurisdicional dos tribunais, em razão da importância da condução desses assuntos públicos; YOUNG, Katherine G. *The minimum core of economic and social rights...*, p. 159-175, a qual, embora analisando o tema sob a ótica dos direitos humanos, entende que sequer o *minimum core* dos direitos sociais pode ser justiciável sem quebra da separação de poderes.

⁸² ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*. In: *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4, 2005, p. 578-581. Conforme preleciona o autor, a representação pautada puramente no modelo centralizado em eleições e regra da maioria criaria uma democracia de decisão somente, desvinculada da argumentação. No entanto, a democracia deliberativa almeja que se acrescente o elemento argumentativo, como ferramenta institucionalizadora do discurso

Judiciário decide, decide em nome do povo e deve fundamentar não só para permitir o conhecimento dos caminhos exegéticos percorridos pelo órgão jurisdicional, mas também o próprio controle sobre a coerência de suas decisões. Essa legitimidade foi-lhe confiada pela Constituição – o artigo 202º, 1, da Constituição portuguesa tem fórmula linguística bastante feliz nessa questão –, que exprime a vontade política do pacto fundador e direciona a vida do Estado por ela respaldado. Outrossim, as normas de direitos sociais foram positivadas na Constituição e são normas jurídicas e não mais simples apelos ao legislador, sua eficácia já gera efeitos jurídicos e têm, como ocorre com toda a Constituição que assim dispôs, o Judiciário por guardião em última palavra. Tanto é assim que lhe foi conferido o controle de constitucionalidade das próprias normas infraconstitucionais e mesmo de emendas à Constituição, o que representa não um “superpoder” ou uma ascendência desmedida do Judiciário sobre os demais, todavia a prevalência da Constituição e de sua força normativa. Essa representação argumentativa, existente no controle de constitucionalidade, é perfeitamente aplicável ao tema em tela, de forma que o Judiciário representará o povo sempre que decidir com argumentos corretos e/ou plausíveis, aceitáveis pela média dos homens racionais.

Sem embargo, a preocupação de um “decisionismo” ou de uma hipertrofia judicial sobre o campo da política é respeitável e merece uma profunda reflexão. Um pleno poder judicial nesse aspecto não seria desejável porque os juízes, antes de mais, são seres humanos, suscetíveis a vaidades e ambições que, se não refreadas de alguma forma, tenderão certamente a abusar do poder, como sói acontecer com o gênero humano.⁸³ E quais seriam esses limites? A resposta permeia o grau de regulação constitucional de um direito constitucional e sua (in)determinação e perpassa

na tomada de decisões públicas. Portanto, a representação do povo pelo parlamento é decisional e argumentativa, ao contrário da legitimidade da corte constitucional, que é estritamente argumentativa. A representação é definida pela conexão das dimensões normativa, fática e ideal, o que torna possível o judicial review. O autor aponta apenas duas condições para tanto, isto é, para uma autêntica representação argumentativa: o judicial review deve pautar-se em argumentos corretos ou plausíveis e devem existir pessoas racionais dispostas a aceitar a correção ou a plausibilidade desses argumentos, ao menos em geral. A respeito da legitimidade do controle de constitucionalidade de normas, a qual pode ser aproveitada ao tema em tela, preleciona HOECKE, Mark Van. *Judicial review and deliberative democracy: a circular model of law creation and legitimation*. In: *Ratio Juris*, v. 14, n. 4, 2001, p. 417 e ss, que a legitimidade juízes não pode ser vista com uma “perspectiva linear”, porém de uma “perspectiva circular”, em razão de um relacionamento “circular” e não mais vertical entre legisladores e juízes, de sorte a salvaguardar a defesa das minorias. Assim, se antes o direito posto era fruto da atividade legiferante do Parlamento exclusivamente, cabendo aos aplicadores apenas aplicá-lo, agora os legisladores também se submetem à Constituição. Aí está a circularidade: ao passo que o Parlamento normalmente tem alguma influência na escolha ou confirmação dos magistrados de um tribunal constitucional, cumpre aos juízes a última palavra a respeito da interpretação constitucional. Para o autor, a legitimidade será plenamente alcançada com a deliberação comunicativa.

⁸³ Como não lembrar o alerta de MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis...*, p. 166, sobre a experiência eterna de que todo o homem que detenha o poder tenda a dele abusar, indo até o ponto dos limites que lhe são impostos?

por uma releitura do princípio da separação de poderes, bem como envolve o grau de vinculação dos poderes e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

A respeito do último aspecto, se no Brasil as normas de direitos sociais foram positivadas na Constituição de forma a vincular todos os poderes públicos (artigo 5º, § 1º), com o artigo 5º, XXXV, da Constituição a impedir que qualquer lesão ou ameaça de lesão seja subtraída da análise do Judiciário, Portugal optou por estabelecer um regime diferenciado mais fortalecido para direitos, liberdades e garantias e os direitos análogos em relação a direitos econômicos, sociais e culturais (artigos 17 e 18), conforme já assentado. Logo, juridicamente há maior base para “atuação proativa” para o Judiciário brasileiro do que para o Judiciário português sobretudo no que se refere à dimensão positiva do núcleo essencial desses direitos.

Porém, mesmo em considerando a aplicabilidade imediata – e no caso português, a aplicabilidade imediata dos direitos econômicos, sociais e culturais que possam ser considerados de forma análoga aos direitos, liberdades e garantias –, representa a vinculação do legislador, do administrador e também do julgador aos direitos fundamentais. Esse dever objetivo de proteger, aperfeiçoar e mesmo de fomentar e realizar todos direitos fundamentais vincula, portanto, não só o Executivo e o Legislativo como também o Judiciário e enseja, por esse aspecto, que haja uma interpretação conforme aos direitos fundamentais por parte dos tribunais e que lhes confira a maior eficácia possível;⁸⁴ mais que isso, se a aplicabilidade é imediata, independeria *a priori* de normatização infraconstitucional sua concreção, ao menos de alguns de seus efeitos jurídicos.

Ocorre que justamente a questão da independência de mediação legislativa infraconstitucional é posta em causa pela indeterminação do conteúdo do direito social. Na hipótese de o juiz não ter elementos extrativos da norma para aferir o que pode aplicar imediatamente, de pouco significado é a imposição constitucional de uma aplicabilidade imediata.

Essa crítica procede em parte. Parcialmente porque esse grau de indeterminação atinge não só os direitos sociais, mas também direitos considerados de liberdade, os quais, para completa garantia e possibilidade de exercício, dependem de uma conformação legislativa e nem por isso se nega sua qualidade de direitos juridicamente dispostos. Em segundo, é fato que a própria ordem constitucional pode optar por determinar mais extensamente um direito social, de sorte que dele haja possibilidade de eficácia jurídica e fundamento a um direito originário a prestações. Destarte, não tem sentido inferir que somente a tutela dos direitos sociais não possa

⁸⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional...*, p. 297. Nesse sentido, também SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais...*, p. 397. Porém, nenhum dos dois autores admite que uma interpretação que assegure a maior eficácia possível aos direitos fundamentais autorize pura e simplesmente a adjudicação judicial de prestações originárias.

estar imediatamente calcada na Constituição, dependendo de ulterior precisão legislativa, pois a conformação da tutela dependerá da própria ordem constitucional e se ela pode criar direitos vinculativos, também pode precisar a própria defesa desses direitos.⁸⁵

Se o nó górdio do problema está na determinação do conteúdo dos direitos sociais, a investigação mais precisa dependeria de avaliar, logo, a ordem constitucional e a positivação do direito. Afinal, isso porque há direitos e direitos. Existem direitos sociais com maior grau de determinação do conteúdo na Constituição do que outros.⁸⁶

Ora, mesmo cimentada a premissa da necessidade de releitura da separação de poderes, conforme preconizado no antecedente tópico, não se advoga a tese de que todas as causas que envolvam direitos a prestações constitucionais sem densificação legislativa possam ser decididas pelo Judiciário, que prolataria a norma individual de decisão por meio de mera exegese. Também não se contesta a legitimidade dos poderes políticos, democraticamente eleitos, atrelada à competência de elaborar o orçamento em consenso; os efeitos de uma decisão judicial que aprecie questões de direitos sociais e que imponha ao Estado prestações certamente acarretarão custos não planejados nem orçados pelo legislador e administrador.

O fator decisivo dependerá do caso concreto e da substancial agressão à dignidade humana, considerado que os poderes públicos não podem tutelar os direitos de forma insuficiente, com um argumento jurídico mais robusto no caso brasileiro a defender uma maior esfera de cognição ao Judiciário brasileiro na dimensão positiva do núcleo essencial dos direitos econômicos, sociais e culturais. Na dimensão negativa desse núcleo, a margem de cognição, que parte da atuação concretizada pelo legislador, é semelhante, ao menos terá uma diferença de poder cognitivo menor.

⁸⁵ Sobre a característica de indeterminação compartilhada também pelos direitos de liberdade, embora entenda totalmente refutada a objeção, PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos sociales y su significación actual...*, p. 52, o qual exemplifica com o direito ao salário igualitário previsto na Constituição italiana como direito social exigível; JHEELAN, Navish. *The enforceability of socio-economic rights*. In: *European Human Rights Law Review*, v. 2, 2007, p. 146-147, aduz que a vagueza semântica dos termos dos direitos sociais é solúvel pela interpretação judicial, com o que não se concorda integralmente. Ainda sobre a indeterminação dos direitos de defesa, que não os difere, por isso, dos direitos sociais, COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. (Tradução de Roberta Arantes Lopes). In: *Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2ª tiragem. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 489-491. Contudo, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, p. 141-147 e ss, alerta que ambas as categorias de direitos possuem uma indeterminabilidade semântica, mas os direitos sociais ainda são mais indetermináveis pela reserva do possível. Ocorre que essa indeterminabilidade decorre do desenvolvimento do direito ao longo do tempo pelo Estado e confirma-se um maior desenvolvimento normativo dos direitos de liberdade em relação aos direitos sociais, decorrente de sua constitucionalização mais tardia, consoante coloca L. HIERRO, Libório. *Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy*. In: *Derechos Sociales y Ponderación*. Madrid: Fundación Colóquio Jurídico Europeo, 2006, p. 180-187 e ss.

⁸⁶ Remete-se à nota de rodapé n. 60.

2.3 Reserva do possível

De outra ponta, com alguma ligação com a separação de poderes e o princípio democrático, aparece a tese da reserva do possível. Os direitos sociais são custosos e sua justiciabilidade implicaria desconsiderar essas despesas; sem o correspondente econômico, de pouco serviria a decisão judicial, além de que atabalhoaria o planejamento orçamentário dos outros poderes políticos.

A tese da reserva do possível foi concebida nas latitudes alemãs. Em sede jurisprudencial, o Tribunal Constitucional Federal alemão defendeu-a no primeiro precedente *numerus clausus*⁸⁷ (BVerfGE 33, 303). Nesse aresto, que versava sobre normas limitadoras do acesso ao ensino superior para medicina e odontologia em *Hamburg* e para medicina no Estado da Baviera, o Tribunal Constitucional Federal declarou inconstitucional a norma universitária de *Hamburg*, porque estabeleceu uma limitação absoluta do acesso ao ensino superior sem respaldo legal, e declarou inconstitucional um dispositivo da norma da Baviera que estabelecia como critério discriminatório para o acesso o fato de ser nascido no Estado da Baviera. Nesse julgamento, o Tribunal manifesta fórmula lapidar de que o direito de liberdade, referindo-se ao direito de escolha da formação profissional, não tem grande representatividade sem os pressupostos fáticos de exercê-lo. No fim, embora formulasse a pergunta, o Tribunal não respondeu se haveria um direito subjetivo à criação de vagas, conquanto expressasse que há dever do legislador de expansão das vagas. O Tribunal definiu que os direitos de participação nas instituições públicas e do gozo dos direitos ficam sob a reserva do possível, conceituada pela corte como aquilo que o particular pode racionalmente exigir da coletividade e que é de responsabilidade primária do legislador.

A respeito da tese, Torres afirma que a reserva do possível deve ser entendida como uma “reserva democrática”, haja vista que as ações estatais legitimam-se no princípio democrático, razão pela qual não se confunde simplesmente com uma reserva de orçamento nem com a ausência de disponibilidade financeira.⁸⁸ Em que pesem essas considerações, sustenta-se que é mais funcional dividir a reserva do possível sob o aspecto fático e de competência orçamental, inclusive porque a “reserva democrática” nada

⁸⁷ O julgado está parcialmente disponível em SCHWABE, Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão..., p. 656-667.

⁸⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. In: *Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2ª tiragem. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 324-327. No mesmo sentido caminha NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, p. 115-120, que afirma que ao juiz somente caberá o poder de decidir sobre direitos sociais caso ele possa não malferir a separação de poderes, em virtude de que há uma premência gritante da realização do direito ou uma não relevância do impacto financeiro. Dividindo a reserva do possível em uma reserva fática e jurídica, SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*. In: *Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2ª tiragem. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 553-586.

mais faz que reconduzir a questão ao princípio democrático, de sorte que valem os mesmos argumentos ali lançados.

É uma falácia raciocinar que o custo do direito retira-lhe o estatuto jurídico. É fato que essa objeção não é característica dos direitos econômicos, culturais e sociais, contudo partilha de todos os direitos que tenham cunho prestacional e/ou que demandem a organização de procedimentos e instituições como pressupostos materiais para seu gozo.⁸⁹ Aqui não se pretende uma “aproximação absolutista”,⁹⁰ constata-se, sim, que a deficiência de recursos é impeditivo fático para a concretização efetiva dos direitos prestacionais, frisando que a dificuldade econômica impõe óbices não apenas aos direitos sociais, porquanto, consoante já visto, existem direitos que, considerados clássicos ou análogos a eles, impõem uma estrutura orgânica e administrativa pressuposta.

É óbvio que alguma gradação de concretização é aceitável. Não se é ingênuo de acreditar que os direitos sejam maná que caia do céu constitucional pela sua mera incorporação no sistema jurídico. Todos os direitos são custosos.⁹¹ Mas se uma ausência de recursos impede a efetivação de direitos prestacionais, é notório que tal argumentação não pode ser aceita sem algumas reservas.

Num quadro hipotético em que esteja em jogo o núcleo essencial dos direitos econômicos, sociais e culturais e se houver arrimo de aplicabilidade imediata, como sói ocorrer no ordenamento brasileiro e no ordenamento português, neste em relação aos direitos sociais considerados análogos aos direito, liberdades e garantias – especialmente quando se tratem do referido mínimo existencial –, o argumento da reserva do possível não pode ser apenas alegado pelo Estado, mas deve ser por ele demonstrado, de modo que reorganizar despesas sujeitaria ofensas a outros direitos considerados fundamentais ou a fins essenciais do próprio Estado.⁹² Entrementes, a omissão

⁸⁹ Explicita-se, assim, que todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão estrutural positiva e negativa, de forma a cobrar do Estado tanto ações como omissões, e que os custos são inerentes aos que demandam uma ação positiva do Estado.

⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O tom e o dom na teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais*. In: Estudos sobre direitos fundamentais, 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 127. O autor refere-se a uma abordagem positivista cega, que pretenda extrair da interpretação das normas e de sua aplicação por meio de subsunção a própria efetividade dos direitos fundamentais.

⁹¹ É a lição desde muito aprendida de HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights – Why liberty depends on taxes*. London/New York: Norton, 1999, p. 13-15 e ss, que esclarece que tanto os “antigos” direitos como os direitos oriundos do New Deal implicam custos orçamentários. Afinal, como bem lembra CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Bypass” social e o núcleo essencial de prestações sociais..., p. 249, a concretização das prestações sociais não dependem só da previsão constitucional, mas dependem também da boa gestão dos recursos públicos.

⁹² A respeito do ônus da prova, importante contributo é dado pelo Comentário Geral n. 3 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (E/1991/23), que asseverou, na interpretação do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que a não realização do piso básico dos direitos sociais somente será legítima se for por absoluta impossibilidade econômica

que malfira o núcleo essencial dos direitos deve ser tolerada somente em circunstâncias excepcionais, quando demonstrada a ausência cabal de recursos e que as demais despesas não podem ser rearranjadas sem considerável risco de ofensa a outros direitos fundamentais.

Nesse ponto, apenas mais um adendo. A impossibilidade cabal não pode, de fato, ser pensada para uma única situação concreta, sob pena de mácula ao princípio da igualdade: o Judiciário deve cogitar sobre um possível “efeito multiplicador”, isto é, a possibilidade de que sua decisão implique um pulular de novas ações judiciais movidas por outros particulares que pretendam o mesmo bem da vida. Logo, o impacto deve ser considerado de forma global, cabendo também ao Estado demonstrar, em bases mais objetivas possíveis, o índice espalhador de novas demandas – número provável de pessoas que fariam jus ao determinado medicamento, parcela da população que estaria em fase de gozo do benefício, o total dos custos para universalizar a pretensão etc.⁹³

Alicerçada a consideração global do impacto financeiro, parece que a crítica de uma reserva do possível esvaece a níveis aceitáveis. Condensada a opinião a respeito dessa objeção, segue-se para a crítica da inadequação do Judiciário em apreciação de temas relacionados a políticas públicas.

2.4 “Hidrólise” judicial de políticas públicas

Paralelamente aos questionamentos da legitimidade judicial e da própria característica dispendiosa dos direitos sociais, constrói-se uma corrente de inaptidão ou falta de vocação ordinária dos juízes de julgar demandas dessa natureza, de cunho técnico-político. Agora não se questiona a legitimidade ou a competência no sentido técnico-jurídico do termo, mas a própria capacidade dos julgadores de compreender os fatos em causa. Nesse aspecto, gerir políticas públicas demanda noções administrativas e técnicas, cada área com suas particularidades; os juízes são preparados para interpretar textos normativos e decidir com bases em regras jurídicas, mediante subsunção do fato à norma, mas faltar-lhes-ia aptidão para administrar, planejar, elaborar diretrizes orçamentárias e administrativas. Mesmo na área dos próprios direitos sociais, é preponderante o critério técnico que normalmente é carente a um profissional jurídico, isto é, os juízes não entendem de matérias pertinentes à área da saúde, da educação, da geração de renda e fomento ao trabalho.

de dar-lhes efetividade, o que é ônus da prova do Estado, revelando uma tendência no sistema de direitos humanos.

⁹³ Em suma, sustenta-se que os impactos financeiros devem ser considerados não de forma isolada, mas global, considerando um universo hipotético mais ou menos seguro da possibilidade de expansão de prestações idênticas a outros casos análogos, de modo a respeitar o princípio da igualdade. Nesse jaez, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros*. In: *Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2ª tiragem. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 526-546; SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos...*, p. 553-586.

Outorgar-lhes competência para decidir matérias dessa natureza contribuiria para um “fuzzismo”⁹⁴ de todo indesejável.

Será salutar, para aclarar o discurso, diferenciar direitos sociais de política pública de direitos sociais. Políticas públicas são programas ou direções normativamente dimanados, com o afã de coordenar e organizar a burocracia e estrutura estatais em prol da persecução de determinados fins eleitos pelo poder político, sob imposição ou inspiração de princípios e valores constitucionais. Especificamente quanto a direitos sociais, as políticas públicas almejam a satisfação ótima desses direitos. A forma de cristalizar o conceito exposto neste trabalho deduz-se das considerações a seguir desenvolvidas.

Dworkin denominava políticas os padrões que estabelecem metas a serem alcançadas, normalmente com a finalidade de melhoria de algum aspecto econômico, político ou social – embora não descartasse também a pretensão de manutenção do estado atual, e diferenciava a política dos princípios em sentido mais estrito, ao sugerir que estes são padrões de necessária observância, em razão de exigência de justiça, equidade ou moralidade.⁹⁵

Canotilho, em referência à Constituição portuguesa, assevera que houve uma “introversão estatal da socialidade”,⁹⁶ isto é, os direitos sociais, tomados como prestações exigíveis do Estado, demandam recursos que são custeados com os tributos e, respectivamente, por todas as demais pessoas. Os direitos sociais possuem sistema bastante impreciso, como é conatural a qualquer sistema jurídico aberto; essa imprecisão esclareceria a confusão entre o conteúdo do direito e a recomendação desse conteúdo, passível de entalhamento político-jurídico modificativo. Em outras palavras, ele critica a alternância do discurso fundado em categorias de direito subjetivo e deveres,

⁹⁴ O termo é emprestado na concepção doutrinada no âmbito jurídico por CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “Metodologia fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: Estudos sobre Direitos Fundamentais, 2. ed., Coimbra: Coimbra, 2008, p. 99-100. A inaptidão institucional do Poder Judiciário já foi decantada por SUNSTEIN, Cass R. Against positive rights – Why social and economic rights “don’t” belong in the new constitutions of post-Communist Europe. In: East European Constitution Review, v. 2, 1993, p. 35-38; MICHELMAN, Frank. *Socioeconomic rights in constitutional law: explaining America away...*, p. 669 e ss; YOUNG, Katherine G. *The minimum core of economic and social rights...*, p. 159-175, analisando o tema sob a ótica dos direitos humanos; HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights...*, p. 94-95 e ss.

⁹⁵ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério..., p. 36.

⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Metodologia fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais..., p. 101-113. Com efeito, essa introversão seria caracterizada pelo dever prestacional correlativo ao objeto dos direitos económicos, sociais e culturais, com seleção dos beneficiários das prestações e a dissolução da reciprocidade no contexto da burocracia estatal, entendida como a relação de troca entre os cidadãos que realmente custeiam os serviços e aqueles que dele se beneficiam. O autor exemplifica com, entre outros, o direito à saúde é garantido por meio de política pública de um serviço nacional de saúde, universal e gratuito; o direito ao ensino, por intermédio de uma política progressiva de gratuidade nos vários graus de ensino; o direito à seguridade social, mediante um serviço nacional e unificado de segurança social. Nesse mesmo sentido, QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais...*, p. 80.

típicas dos direitos, para a de um colóquio político-constitucional fundado em planos materializadores de “princípios sectores” e “diretivas políticas”, condizente com as políticas públicas. Por isso, sugere a “des-introversão”, que poderia passar pela desconstitucionalização de políticas públicas⁹⁷ de direitos sociais, abolindo do texto as tendências políticas dirigidas ao legislador e o esquema estrutural rigidamente concebido para a tarefa estatal, conquanto se mantenham constitucionalizados os direitos econômicos, sociais e culturais, de forma a deixar uma margem estrutural maior ao legislador para definir a melhor maneira de concretizá-los. Caso contrário, o risco do “superdiscurso social” constitucionalizado permite uma clausura comunicativa entre o “direito responsável”, aquele gerado no bojo das instituições jurídicas, e o “direito reflexivo”, aquele desenvolvido nos setores informais da sociedade.⁹⁸

Queiroz abraça a diferença na linha proposta por Canotilho, porque sustenta que a individualização do dever de proteção, exigível do Estado, perpassa pela necessidade de definição quantitativa e qualitativa desse imperativo estatal: há que se distinguir que o dever abarca tanto uma “medida” ou extensão na aura de proteção e cuidado quanto as “alternativas” possíveis para a consecução do resultado pretendido. Em acréscimo, comenta que alguns países inscreveram direitos fundamentais sociais em declarações de direito desprovidas de vinculação jurídica, enquanto outros caminharam por instituir princípios diretivos de política econômica e social, ou seja, como políticas públicas, de sorte a exercer uma pressão para a criação de legislação que tutele esses bens jurídicos protegidos; diverso seria o caso de Portugal, no qual a norma constitucional vincula os poderes públicos à realização dos direitos por meio de políticas públicas.⁹⁹

Após essas considerações teóricas, convém depurar o conceito apresentado. Alexandrino preleciona que o conceito de política pública é afeto às demais ciências sociais (sociologia, economia, ciência política etc.), surgido em meados do século XX, e abrange uma seara multidisciplinar, composto de diversos atores e camadas de decisão, as quais são, em última medida, dadas pelo governo, não se limitando a leis e regras, mas de cunho abrangente, para que permita a compreensão do que o governo efetivamente faz ou que pretende concretizar; pode-se dizer que tem pertinência com uma ação planejada a longo prazo, pois não se restringe a definir a meta, porém abrange as fases sucessivas de implementação, execução e avaliação.

⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Metodologia fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais..., p. 101.

⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O tom e o dom na teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais..., p. 130-134. Segundo o autor, políticas constitucionais são “projeções imperativas sobre órgãos constitucionais do Estado das contingências de várias esferas da sociedade”, o que pressuporia um Estado soberano quando hoje não há tal figura, em consequência da integração jurídico-política cada vez maior dos próprios Estados (União Europeia, Mercosul, NAFTA), o que desloca as decisões dos Estados às instâncias transnacionais, p. 131.

⁹⁹ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais...*, p. 79-80. A autora exemplifica com a Constituição suíça de 1999 e a Constituição espanhola de 1978.

Logo, políticas públicas não se limitam a políticas sociais, já que estas são parte daquelas, não se confundem com a concretização de direitos econômicos, sociais e culturais, tendo em vista que esse desiderato integra parte de uma ou mais políticas, muito menos são direito sociais, os quais pressupõem normas.¹⁰⁰ Em que pese a anotação de que as políticas públicas não se resumem a normas, o conceito apresentado no início deste subitem tem fundamento dentro de uma constituição compromissória e, sobretudo, porque quaisquer ações estatais são reconduzíveis, em última linha, a uma norma que legitime essa ação de conteúdo axiologicamente programado.

Em resumo, direitos sociais não são políticas públicas, muito embora as Constituições brasileira e portuguesa tenham enumerado em seu bojo políticas públicas acopladas aos direitos sociais. Se a técnica não foi a melhor, como sustenta Canotilho, é uma discussão que refoge aos objetivos desta pesquisa, conquanto se possa defender, em linha de princípio, a pretensão do poder constituinte, sobretudo no Brasil, para que haja maior vinculação possível do legislador à concretização de direitos fundamentais, ainda que talvez uma menor especificação em alguns campos fosse mais conveniente.

As críticas que sustentam a incapacidade institucional do poder Judiciário para um *enforcement* de direitos sociais, de sorte a criar o risco de uma verdadeira “hidrólise” judicial de políticas públicas,¹⁰¹ tem a virtude de chamar a atenção para uma maior cautela e responsabilidade do Estado-Juiz ao julgar essas matérias. Mas ela não é incontornável.¹⁰² Ocorre que outro ponto deve

¹⁰⁰ ALEXANDRINO, José de Melo. Controlo jurisdicional das políticas públicas: regra ou exceção? Disponível em: <http://icjp.pt/system/files/Controlo%20Jurisdicional%20de%20Pol%C3%ADticas_Prof%20JMApdf.pdf>, acesso em 4 de abril de 2010.

¹⁰¹ Obviamente, é uma figura de linguagem. Trata-se de uma metáfora que representaria os nefastos efeitos de uma atuação inconsequente do Estado-Juiz. Hidrólise é um fenômeno químico que traduz a quebra de moléculas pela água em excesso; para a definição do vocábulo em termos de ciência química, remete-se a Encyclopaedia Britannica, v. 20. London/Toronto/Chicago: Universities of Chicago/London/Oxford/Cambridge, 2002, p. 963-B. Deveras, se as políticas públicas são ações planejadas de diversos setores estatais a curto, médio e longo prazo, entrelaçadas por uma unidade de objetivos, podem ser comparadas a moléculas. De outro lado, a água, líquido insípido, inodoro e incolor, consubstancia o próprio Judiciário, visto por Montesquieu como poder nulo e invisível. Se o Judiciário, na tentativa de dar uma efetividade aos direitos fundamentais sociais, desconsiderar os custos financeiros, a possibilidade de universalização de demandas, as possibilidades e conceitos técnicos daquela determinada área que julga e não legitimar sua decisão por meio de uma deliberação pública mais qualificada, fatalmente cometerá equívocos que propiciarão a falta de efetividade dessas políticas públicas em benefício de poucos beneficiários, “atomizando” poucas prestações em prejuízo de muitos, que delas estarão alijados.

¹⁰² Em primeiro plano, poder-se-ia aventar que no Brasil o Judiciário possui autogoverno, de forma que lhe incumbe decidir e formular propostas de seu próprio orçamento (artigo 99, caput e § 1º). Logo, admitir que os juizes são incapazes de entender de matérias referentes às questões orçamentárias e de planejamento seria ratificar a ideia de que o próprio projeto orçamentário encaminhado pelo Judiciário ao Legislativo é irracional. Mas esse argumento isolado é fraco, já que se poderia conjeturar, com acerto, que a gestão das matérias envolvidas no âmbito dos direitos sociais são muito mais amplas e complexas do que a administração de sua própria estrutura orgânica, além de que se poderia apor a ideia de que somente a cúpula do Judiciário, e não os juizes todos, detém a prerrogativa de decidir sobre a autogestão.

ser levantado: a decisão de temas que envolvam conhecimentos técnicos de que não dispõe o juiz não é matéria nova e ele sempre se valeu de auxiliares peritos. Inúmeros são os exemplos e não há necessidade de apontar vários, basta que se recorde, ilustrativamente, de um perito médico para avaliar a sanidade mental de um réu em uma ação cível de interdição ou em incidente de insanidade mental no campo penal. Outros exemplos poderiam ser dados, trazendo a lume outros campos técnicos estranhos à formação jurídica: engenharia civil, psicologia, biologia, economia, contabilidade, administração, corretagem, veterinária, agronomia etc.

Ademais, remanesce o fato de que nem os próprios legisladores ou administradores possuem formação técnica para a maioria das próprias questões e são subsidiados pelo corpo técnico interno do poder, da mesma forma que o Judiciário é auxiliado por órgãos internos de sua estrutura orgânica ou mesmo por expertos nomeados em confiança do juiz. Logo, essa inaptidão dos juízes de apreciar corretamente a complexidade da matéria deve ser afastada. O essencial é que haja uma maior *accountability*, uma maior transparência na decisão e maior exigência de fundamentação, com a correspondente possibilidade de participação argumentativa dos indivíduos na questão e ampliação e qualificação do fórum de debate, por meio de oitiva de especialistas, realização de perícias e audiências públicas, com estabelecimento de um diálogo institucional entre os poderes sempre que a situação exigir, entre outras estratégias.¹⁰³ Outra questão seria colocar que o Legislativo e o Executivo são os foros próprios para decidir esse tipo de questão, mas aí, como já se viu, corresponde à tese de ilegitimidade do Judiciário e da separação de poderes, o que já foi enfrentado anteriormente.

Há outras críticas que poderiam ser referidas, porém as mencionadas são seguramente as principais; esse tema, por si só, abraçaria uma tese de

¹⁰³ A respeito da inaptidão técnica do Judiciário e a possibilidade de superá-la pela maior responsabilidade e ampliação da qualificação do debate, remete-se a SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros...*, p. 526-546; SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos...*, p. 553-586. De outro prisma, DIXON, Rosalind. *Creating dialogue about socioeconomic rights*. In: *International Journal of Constitutional Law*, v. 5, 2007, 398-418, sugere um tipo de enforcement enfraquecido dos direitos sociais na dimensão positiva por tribunais, baseado no modelo de direitos fracos e remédios fortes – sem prejuízo de poderem alternar-se (direitos fortes, remédios fracos), a depender da circunstância concreta e da realidade constitucional de um país –, porquanto admite a possibilidade desse tipo de competência permitir a superação de “pontos cegos” e dos limites de inércia do Legislativo, criando um diálogo institucional entre os Poderes. Para ela, uma tentativa de justiciabilidade plena fatalmente falharia na universalização das prestações aos demais e acabaria por ferir a igualdade, p. 402, falha que parece ser afastada se no impacto financeiro pensar-se na possibilidade do efeito multiplicador, isto é, no impacto de forma global, conforme se propõe. Nesse tocante, HOECKE, Marck Van. *Judicial review and deliberative democracy...*, p. 419-420, menciona os cinco “círculos comunicativos” da democracia deliberativa, capazes de legitimar as decisões judiciais vistas como um componente sistêmico: comunicação entre partes e o juiz, justificação pública apreciada em recurso às instâncias superiores, publicação da decisão e comentários doutrinários, opinião da imprensa e público leigo, discussão na sociedade como um todo.

mestrado e até doutoramento, o que evidentemente não foi o desiderato aqui. Destarte, no tópico final do trabalho, que se divide em dois, passar-se-á ao estudo dos modelos de atuação jurisdicional, com concentração nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro e com o foco nos tribunais de guarda última da Constituição.

2.5 Modelos de tutela jurisdicional: Tribunal Constitucional português e Supremo Tribunal Federal

Conforme apregoado na introdução, este tópico tem a finalidade de averiguar os modelos de tutela judicial desenvolvidos em Portugal e no Brasil, a fim de verificar a evolução da jurisprudência nesse sentido. Para tanto, a análise limitou-se apenas aos tribunais que tenham a primazia da defesa da Constituição: o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que alargar a investigação a outros tribunais transbordaria imensamente os limites de espaço e tempo pertinentes a este trabalho.

Como não se trouxeram à baila muitos precedentes, julgou-se possível manter um único tópico para a análise da linha percorrida por ambos os tribunais, iniciando com o Tribunal Constitucional português e finalizando com o Supremo Tribunal Federal. A apreciação consistirá no estudo dos principais julgados desses tribunais nessas matérias, tentando agrupá-los na dimensão positiva e negativa dos direitos fundamentais sociais. Renuncia-se, desde já, à pretensão de analisar todos os casos pertinentes; apenas alguns dos principais serão mostrados, de modo a dar uma visão atual do pensamento predominante em cada areópago.

A atuação do Tribunal Constitucional português, talvez inclusive por decisão do poder constituinte de estabelecer um regime mais reforçado de direitos, liberdades e garantias, tem-se pautado pela autocontenção no que se refere aos direitos fundamentais sociais, referendando as decisões políticas dos demais poderes. No entanto, em algumas situações, o Tribunal fugiu de seu padrão regular para impor uma maior eficácia aos direitos econômicos, sociais e culturais, com alguns avanços que parecem mais consolidados.

O primeiro precedente digno de nota e que foi o precursor de uma tendência de rompimento foi o acórdão n. 39/84, em que a corte invalidou por inconstitucionalidade o diploma normativo que derogava parte substancial da lei do Serviço Nacional de Saúde.¹⁰⁴ O acórdão, relatado pelo Conselheiro Vital Moreira, aproximou-se muito da tese da proibição de retrocesso social, estipulando que não era possível, após a concretização das promessas constitucionais, retornar ao estado de omissão sem alguma medida compensadora.

No acórdão n. 148/94, referente às propinas e matrículas das instituições

¹⁰⁴ Como não se localizou a decisão no sítio eletrônico do Tribunal Constitucional, o teor sintetizado da decisão foi buscado em NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, p. 377 e ss. As demais decisões foram encontradas no sítio "http://www.tribunalconstitucional.pt".

de ensino superior, uma das causas de pedir da ação consistia na ofensa ao núcleo essencial do direito ao ensino, localizada pelo polo ativo no artigo 74, n. 1, primeira parte, da Constituição portuguesa. O Tribunal julgou parcialmente inconstitucional o diploma legislativo, embora não tenha o voto condutor do acórdão entrado na questão do núcleo mínimo, a qual foi referida, porém, pelos votos parcialmente vencidos dos Juizes Conselheiros Guilherme da Fonseca e José de Souza e Brito. O mote maior do julgado foi o de entender que a atualização das propinas não ofende o dispositivo constitucional do artigo 74, 3, “e”, que estabelece a progressiva gratuidade do ensino superior.

Posteriormente, *obter dictum* o Tribunal retomaria a discussão iniciada pelo Conselheiro Souza e Brito sobre a admissão de uma proibição de retrocesso relativa, proibitiva apenas de ferir o conteúdo essencial do direito social no acórdão n. 509/02, que declarou a inconstitucionalidade da lei que substituiu o rendimento mínimo garantido pelo rendimento social de inserção. Porém, o fundamento do *decisum* não adentrou no tema da proibição de retrocesso social, mas entendeu violado o conteúdo mínimo do direito ao mínimo de existência condigna no aumento da idade daqueles possíveis titulares do benefício, sem alternativa própria apresentada. Com isso, reconhece o Tribunal um direito ao mínimo existencial como direito público subjetivo.

Com o acórdão n. 67/07, relatora Conselheira Fernanda Palma, em que se apreciava a constitucionalidade da norma que impunha a apresentação do cartão de utente do Serviço Nacional de Saúde como condição para a gratuidade do serviço, o Tribunal Constitucional decidiu que a cobrança dos custos do serviço de saúde a um utente que era integrante do sistema apenas porque não apresentou o cartão era desproporcional e, por isso, merecia a pecha de inconstitucionalidade material. Esse acórdão, portanto, relata a tendência de admitir um controle jurisdicional com base em juízo ponderativo de restrições.¹⁰⁵

Essa tendência ficou um tanto enfraquecida com o acórdão n. 3/2010, em que o Tribunal decidiu pela constitucionalidade de uma série de normas relativas ao regime de aposentadoria, as quais criaram condições mais desfavoráveis no sistema previdenciário. O Tribunal rejeitou os argumentos de ofensa ao direito à segurança social, de proibição de retrocesso social e ao princípio da igualdade. Nesse ponto, o Tribunal, conquanto se refira a julgados anteriores, salienta que o direito de segurança social é um direito econômico, social e cultural e que, não obstante passível de aplicação de um núcleo mínimo desse direito, de um modo geral há maior margem de conformação pelo legislador do que a existente no tocante a direitos, liberdades e garantias. Deveras, o Tribunal defendeu que o conteúdo nuclear dos direitos econômicos, sociais e culturais é menor que o dos direitos, liberdades e garantias. Em alusão ao acórdão n. 509/02, o Tribunal assentou que algumas concretizações do direito à segurança social estão resguardadas

¹⁰⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Os direitos sociais...*, p. 392 e ss.

de uma ação erosiva do legislador, o que não ocorre com frequência, exemplificando com o direito ao mínimo de subsistência. Logo, reflete o Tribunal, o direito em tela não é afetado pela sucessão de leis no tempo e apenas nos casos em que esteja em causa o mínimo de existência condigna é que se pode dar uma maior proteção ao direito. Em relação ao princípio do retrocesso social, considerou que não há propriamente uma autonomia dogmática e que a retrocessão somente estará vedada caso afete a segurança jurídica na perspectiva subjetiva de tutela da confiança. Sobre a igualdade, asseverou que a isonomia é preponderantemente avaliada em termos sincrônicos e não diacrônicos; logo, a sucessão de leis no tempo pode, se estabelecer condições desproporcionais e sem justificação legítima para a segregação, propiciar o controle jurisdicional pelo princípio da proporcionalidade. O enfraquecimento notado foi o de limitar o conteúdo mínimo dos direitos fundamentais sociais apenas ao mínimo existencial.¹⁰⁶

Percebe-se, portanto, que o Tribunal tem admitido uma tutela jurisdicional de direitos econômicos, sociais e culturais quando em causa o mínimo existencial, por meio de um exame ponderativo de proporcionalidade, funcionando a tutela de confiança e a igualdade como mecanismos auxiliares nesse juízo de proporcionalidade. Excetuadas essas hipóteses mais evidentes, não desborda de uma atuação mais autocontida, conferindo grande margem de conformação ao legislador dos direitos econômicos, sociais e culturais. Embora outros precedentes pudessem ser referidos, entende-se que esses são suficientes para precisar o modelo de controle adotado pelo Tribunal Constitucional português, de modo que se avança para o próximo subitem.

O Supremo Tribunal Federal, por outro lado, tem tido um acentuado papel na busca de implementação de direitos fundamentais sociais nos últimos anos.¹⁰⁷

Um marco no seu repertório jurisprudencial foi a decisão monocrática dada pelo Ministro Celso de Mello na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF, publicada em 4 de maio de 2004. Na decisão, em que pese a desnecessidade de incursão no mérito pela perda de objeto do remédio constitucional, decidiu-se que, havendo omissão injustificável dos poderes políticos que faça padecer as condições mínimas ligadas à subsistência, o Judiciário deve agir na implementação de políticas públicas de direitos fundamentais sociais, ainda que esses direitos possam derivar de cláusulas revestidas de conteúdo programático, salvo impossibilidade financeira de concretizar a prestação, o que deve ser aferido na justificação estatal.

¹⁰⁶ Conferir crítica de NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...*, p. 394 e ss. Em que pese a observação do jurista, parece que o Tribunal não fugiu tanto de seu padrão de atuação e mesmo não “involuiu” sua jurisprudência; o fundamento parece enfraquecedor no sentido apontado no texto, no demais houve coerência ao modelo de controle percorrido pelo Tribunal.

¹⁰⁷ Todas as decisões do Supremo Tribunal Federal foram coletadas no sítio eletrônico “<http://www.stf.jus.br>”.

Pode-se considerá-la um marco realmente, pois decisões posteriores desse órgão jurisdicional normalmente a citam na fundamentação.

Posteriormente a essa decisão, o Supremo Tribunal Federal, quase sem descarrilar do trilho percorrido nesse precedente, tem pontuado a possibilidade de prestações originárias na área da saúde e da defesa da criança e do adolescente em caso de inércia dos poderes políticos que julgue inaceitável. Em alguns casos, foi até mais incisivo, especialmente no que tange ao acesso à educação infantil.

No Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 464.143/SP, publicada em 18 de fevereiro de 2010, a Corte caminhou no mesmo sentido de uma série de decisões anteriores – as quais tratavam do acesso de crianças à educação infantil (creches – artigo 208, IV, da Constituição Federal), determinando que o ente estatal providenciasse a matrícula dessas crianças, não havendo nenhuma discricionariedade dos poderes políticos em cumprir essa norma. Aplauda-se a decisão da Corte, inclusive porque a norma em tela tem mesmo a natureza de regra e, portanto, plenamente aplicável, sem necessidade de uma densificação legal e sem macular a separação de poderes e o princípio democrático.

Em relação a medicamentos, o Supremo Tribunal Federal teve um notável papel ao manter decisões que implicavam a concessão gratuita dos medicamentos a pacientes portadores do vírus HIV;¹⁰⁸ é fato, porém, que tais vereditos foram proferidos em contexto em que havia norma infraconstitucional que dava supedâneo à pretensão aforada, de forma que não se referem ao objeto do estudo propriamente dito. No entanto, as pretensões têm se avolumado nos órgãos jurisdicionais brasileiros, com pleitos de medicamentos e tratamentos não previstos nas políticas públicas de saúde existentes, sem que haja uma norma legal ou uma decisão administrativa que os reconheça como encargo do Estado. Várias situações chegaram ao conhecimento do Supremo por meio do pedido de suspensão de antecipação de tutela ou liminar, dirigido ao presidente da Corte, com o fim de sobrestar decisão judicial que possa pôr em risco a ordem, a segurança, a economia e a saúde públicas. Conquanto não se tenha apreciado o mérito de decisões judiciais de instâncias inferiores que condenavam os entes públicos a fornecer os referidos fármacos e procedimentos clínicos, as ordens judiciais foram mantidas pelo então presidente, Ministro Gilmar Mendes, com base no argumento de que não afetavam os bens coletivos acima mencionados.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Uma dessas decisões foi proferida no Recurso Extraordinário n. 242.859/RS, Relator Ministro Ilmar Galvão, publicado no Diário de Justiça da União em 16 de setembro de 1999.

¹⁰⁹ Uma dessas decisões foi objeto de recurso e confirmada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE, publicada em 30 de abril de 2010; o voto do Ministro Mendes, confirmando sua anterior decisão, formula alguns parâmetros em relação ao pleito de medicamentos e noticia a ocorrência de audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009, com debate de especialistas na área, louvável iniciativa para qualificar a deliberação pública da

Aliás, o Supremo Tribunal Federal tem cada vez mais acentuado um controle jurisdicional que afeta políticas públicas. No aresto prolatado em Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 367.432/DF, o Tribunal confirmou sua anterior decisão que manteve a condenação do Estado do Paraná em ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado do Paraná, com o escopo de, entre outros, contratar servidores, comprar armamentos, munições, veículos e construir cadeia e delegacia. Em que pese não tenha relação com a temática dos direitos econômicos, sociais e culturais, antes tenha uma propensão de política de segurança, serve para mostrar o grau de ativismo desenvolvido no seio do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, mesmo o Supremo Tribunal Federal não atingiu a plena uniformidade no que tange ao seu posicionamento. Coleta-se a decisão do Supremo Tribunal Federal em Recurso Extraordinário n. 279.455/SP, publicado no Diário de Justiça eletrônico em 17/03/2010, relatora Ministra Ellen Gracie, em que se negou pretensão do Ministério Público do Estado de São Paulo de obrigar o Executivo a realizar reformas em cadeia pública para atender a Lei n. 7.210/84, a qual tem normas que determinam, entre outras coisas, o tamanho mínimo da cela, a necessidade de existência de dormitório, sanitário e lavatório, suas condições de salubridade e higiene (artigo 88), o que caracteriza, por certo, uma densificação do direito fundamental da saúde. É de se notar que, por ter a norma constitucional recebido uma conformação pelo legislador por norma infraconstitucional, não se trataria do objeto de estudo a princípio, mas mostra que há ainda alguma dissensão sobre o papel do Judiciário, uma vez que o argumento central do *decisum* foi o de violação à separação de poderes, uma vez que seria vedado ao Judiciário intrometer-se em políticas públicas, mesmo que houvesse legislação infraconstitucional que amparasse o pleito formulado pelo *Parquet* paulista.

Em verdade, há várias decisões e não era o objetivo deste estudo uma detida análise da jurisprudência dessas cortes, mas somente sintetizar a posição de cada uma, especialmente com as decisões principais. Conforme exposto ao longo de todo o trabalho, há maior base normativa na Constituição Federal de 1988 do que na Constituição portuguesa de 1976 para desenvolver a linha mais ativa de atuação seguida pelo Supremo Tribunal Federal e algumas decisões merecem ser aplaudidas pela sociedade, na busca de dar maior efetividade aos direitos fundamentais sociais. Contudo, essa postura

tomada de decisão. O Ministro Mendes enumerou alguns parâmetros que deveriam ser considerados pelos juízes: a) registro do fármaco na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, a qual assegura a eficiência do medicamento; b) a existência de motivação para não fornecimento do medicamento ou tratamento no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, priorizando o tratamento ou medicamento alternativo oferecido no Sistema, salvo comprovada ineficácia do tratamento ou medicamento no caso concreto, conforme prova a ser produzida por quem pleiteia o serviço; c) tratamentos experimentais não podem ser autorizados enquanto não comprovada a eficácia perante os órgãos do Sistema Único de Saúde; d) tratamentos eficazes, mas não incorporados no SUS, poderão ser determinados pelo Judiciário quando se impugne, individual ou coletivamente, a omissão administrativa em oferecê-lo, exigindo-se prova cabal dessa efetividade.

do órgão de cúpula do Judiciário brasileiro implica uma constante procura de maior *accountability*, qualificando e conferindo publicidade ao debate celebrado no bojo dos autos, com aumento do diálogo entre os Poderes da República, para que, não se arvorando na seara primordial dos demais poderes políticos e agindo de forma antidemocrática, acabe por “hidrolisar” as políticas públicas desenvolvidas e, fatalmente, contribuir no sentido da falta de efetividade e desigualdade nas prestações fornecidas pelo Estado Social e Democrático de Direito.

CONCLUSÕES

1. Direitos fundamentais sociais são os direitos pertencentes aos particulares de exigir do Estado especialmente prestações, relacionadas com a igualdade material e com o princípio de Estado Social. Enfatiza-se o “especialmente”, porque, com a assunção de que há uma dimensão objetiva de todos os direitos fundamentais, infere-se que há uma pauta de valores que deve nortear a aplicação do direito em conformidade com os direitos fundamentais e todos os direitos invocam deveres de proteção e realização. Com isso, fulmina-se a distinção clássica entre direitos de defesa e direitos de liberdade, pois todos os direitos possuem uma dimensão negativa e positiva, a qual depende normalmente de recursos financeiros. Verificar se um direito é social ou de liberdade exige que se analise o conjunto compreensivo do direito, o qual alberga diversas posições, situações jurídicas e deveres correlatos.

2. A natureza jurídica dos direitos fundamentais sociais pode ser de regra ou princípio, consoante positivação no texto constitucional, embora haja inevitavelmente a exigência conatural de uma maior quantidade de normas principiológicas, em razão da impossibilidade prática de detalhamento de tudo no sistema constitucional. A eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais sociais depende também da técnica de positivação, de sorte que podem ser veiculadas como normas programáticas, normas de organização de competências, garantias institucionais ou direitos subjetivos.

3. As principais objeções lançadas contra a justiciabilidade de direitos fundamentais sociais são as de ofensa aos princípios da separação de poderes e democrático, de não observância da reserva do possível e de inaptidão funcional do Judiciário para gerir políticas públicas, cuja atuação equivocada pode provocar uma “hidrólise” dessas políticas. As críticas não são incontornáveis. Para a refutação da primeira, é preciso lembrar que o Estado caminhou de um modelo liberal para um Estado Social e Democrático de Direito e, com isso, abraçou novas atividades e novas funções, o que enseja uma releitura da separação de poderes na finalidade de adequá-la ao contexto hodierno de um Estado Social e Democrático de Direito, que nada mais é que uma especificação do Estado Social de Direito. Para refutação da segunda, dependerá da própria competência deferida ao Judiciário, da vinculação ou não de todos os poderes públicos aos direitos fundamentais e de sua aplicabilidade imediata, da eficácia das normas constitucionais, do regime jurídico conferido aos direitos fundamentais como um todo – ou se há

diferenciação – e da própria natureza jurídica da norma de direito fundamental em questão. Para o rebate da terceira, deve-se considerar que todas as obrigações positivas geram custos, exigindo-se do Judiciário o respeito pelas limitações de recursos com a conjectura do impacto global no orçamento de sua ordem judicial, cujo ônus da prova pertence plenamente ao Estado; se estiver em jogo o núcleo essencial desses direitos, há que aumentar o ônus argumentativo do Estado, tendo em vista que apenas excepcionalmente se tolera que o direito fundamental seja desrespeitado pela omissão inconstitucional no seu perímetro básico. Para a rejeição da quarta, impera que o Judiciário tenha mais responsabilidade nas suas decisões, com a busca da ampliação e qualificação do debate, por meio de audiências públicas, produção de prova pericial, maior fundamentação das decisões, em prol de aumento da deliberação pública.

4. Em Portugal, há menor base normativa de justiciabilidade, em função do regime diferenciado entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais. Por essa razão, o Tribunal Constitucional português tem-se pautado por uma maior autocontenção, conquanto tenha assentado que o direito ao mínimo existencial não é de livre conformação do legislador e seja mesmo um direito subjetivo.

5. No Brasil, há maior base normativa de justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, em razão da vinculação de todos os poderes públicos aos direitos fundamentais e da não exclusão de lesão ou ameaça de lesão da apreciação do Poder Judiciário. Por isso, o Supremo Tribunal Federal tem atuado de forma mais ativa, determinando o fornecimento de prestações em áreas importantes como saúde e educação. Todavia, essa postura pode desvirtuar a execução das políticas públicas desenvolvidas e pensadas pelos poderes políticos, razão pela qual urge que se busque sempre maior *accountability*, a fim de que possa dar um contributo primordial ao desenvolvimento da democracia e da concretização da Constituição.

BIBLIOGRAFIA

AARNIO, Aulis. *Reason and authority: a treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics*. Cambridge: Ashgate, 1997.

ACHEAMPONG, Kenneth Asamoah. *Reforming the substance of the African Charter on Human and Peoples' rights: civil and political rights and socio-economic rights*. In: *African Human Rights Law Journal*, v. 1, n. 2, 2001, p. 185-204.

ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa de 1976*. V. II, Coimbra: Almedina, 2006.

ALEXANDRINO, José de Melo. *Controlo jurisdicional das políticas públicas: regra ou exceção?* Disponível em: <http://icjp.pt/system/files/Controlo%20Jurisdicional%20de%20Pol%C3%ADticas_Prof%20JMApdf.pdf>, acesso em 4 de abril de 2010.

ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos fundamentais – Introdução geral*. Estoril: Principia, 2007.

- ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*. In: International Journal of Constitutional Law, v. 3, n. 4, 2005, p. 572-581.
- ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito*. (Tradutor não informado). In: Revista de Direito Administrativo, v. 217, 1999, p. 67-79.
- ALEXY, Robert. *On the structure of legal principles*. In: Ratio Juris, v. 13, n. 3, 2000, p. 294-304.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. (Tradução de Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALSTON, Phillip. *The Committee on Economic, Social and Cultural Rights*. In: The United Nations and Human Rights – a critical appraisal. Nova York: Oxford, 1992, p. 473-508.
- ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2009.
- ANSUÁTEGUI ROIG, Fco. Javier. *Argumentos para una teoría de los derechos sociales*. In: Los derechos sociales como uma exigência de la justicia. Cuadernos de La cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Virgilio Zapatero e Maria Isabel Garrido Gómez (Eds.). Madrid: Universidad de Alcalá, 2009.
- ARISTÓTELES. *Política*. (Tradução de Vincenzo Costanzi). 3. ed., Bari: Laterza & Figli, 1948.
- ATIENZA, Manuel. *Sobre lo razonable en el derecho*. In: Revista Española de Derecho Constitucional, año 9, n. 7, 1989, p. 93-110.
- ATIENZA, Manuel; MANERO RUIZ, Juan. *Las piezas del derecho – Teoría de los enunciados jurídicos*. 4. ed., Barcelona: Ariel, 2007.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.
- BACHOF, Otto. *Jueces y constitución*. (*Grundgesetz und richtermacht*, tradução espanhola de Rodrigo Bercovitz Rodrigues-Cano). Madrid: Civitas, 1985.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. (*L'età dei Diritti*, tradução de Carlos Nelson Coutinho). 7ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *O Estado Social e sua evolução rumo à democracia participativa*. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. 2ª tiragem. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 63-83.
- CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Tomo I, 6. ed., 3ª reimpressão, revisão de Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 2009.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. (Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto). 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. (Tradução e introdução de A. Menezes Cordeiro). 4. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "Bypass" social e o núcleo essencial de prestações sociais. In: Estudos sobre direitos fundamentais, 2. ed., Coimbra: Coimbra, 2008, p. 243-268.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1982.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "Metodologia fuzzy" e "camaleões normativos" na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: Estudos sobre direitos fundamentais, 2. ed., Coimbra: Coimbra, 2008, p. 97-113.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O círculo e a linha*. In: Estudos sobre direitos fundamentais, 2. ed., Coimbra: Coimbra, 2008, p. 7-34.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O tom e o dom na teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais*. In: Estudos sobre direitos fundamentais, 2. ed., Coimbra: Coimbra, 2008, p. 115-136.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais*. In: Estudos sobre direitos fundamentais, 2. ed., Coimbra: Coimbra, 2008, p. 35-68.
- COURTIS, Christian. *Crítérios de justiciabilidade dos direitos económicos, sociais e culturais: uma breve exploração*. (Tradução de Roberta Arantes Lopes). In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. 2ª tiragem. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 487-513.
- DERBLI, Felipe. *A aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso social no direito brasileiro*. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. 2ª tiragem. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 343-382.
- DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno - novas perspectivas*. (Tradução de António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- DIXON, Rosalind. *Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-form judicial review revisited*. In: International Journal of Constitutional Law, v. 5, n. 3, 2007, p. 391-418.
- DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa – A teoria da norma e a criação das normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006.
- DUARTE, David. *Rebutting defeasibility as operative normative defeasibility*. In: Liber Amicorum de José de Souza Brito em comemoração do 70º aniversário (Augusto da Silva Dias e outros orgs.). Lisboa: Almedina, 2009, p. 161-174.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. (Tradução de Nelson Boeira). São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA, v. 20. London/Toronto/Chicago: Universities of Chicago/London/Oxford/Cambridge, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Sobre los derechos fundamentales*. (Tradução de Miguel Carbonell). In: Teoría del neoconstitucionalismo – Ensayos escogidos, Colección Estructuras y procesos, serie Derecho. Madrid: Trotta, 2007, p. 71-89.

FORSTHOFF, Ernst. *Concepto y esencia del Estado Social de Derecho*. (Tradução de José Puente Egido). In: El Estado Social. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 69-106.

FORSTHOFF, Ernst. *Problemas constitucionales del Estado Social*. (Tradução de José Puente Egido) In: El Estado Social. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 43-67.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 4. ed., Madrid: Civitas/Thomson Reuters, 2006.

GARCIA, Emerson. *Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XLVI, n. 2, Coimbra: Coimbra, 2005, p. 955-999.

GARGARELLA, Roberto. *Democracia deliberativa e o papel dos juízes diante dos direitos sociais*. (Título original não informado, tradução de Thiago Magalhães Pires). In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. 2ª tiragem. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 207-227.

HÄBERLE, Peter. *La ética en el Estado Constitucional – La relación de reciprocidad y tensión entre la moral y el derecho*. (Título original não informado, tradução de Carlos Ruiz Miguel). In: Derecho, v. 5, n. 2, 1996, 159-165.

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales – Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*. (Tradução de Joaquín Brage Camazano). Madrid: Dykinson, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. (Tradução de Emilio Mikunda-Franco). Madrid: Tecnos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Paradigms of law*. In: Law and Democracy (Editado por Tom Campbell e Adrienne Stone). Aldershot/Burlington: Dartmouth/Ashgate, 2003, p. 275-288.

HAGE, Jaap; PECZENIK, Aleksander. *Law, morals and defeasibility*. In: Ratio Juris, v. 13, n. 3, 2000, p. 305-325.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. *O Federalista*. (Tradução de Heitor de Almeida Herrera). Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. (Tradução de A. Ribeiro Mendes). 5. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. (Tradução de Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HOECKE, Mark Van. *Judicial review and deliberative democracy: a circular model of law creation and legitimation*. In: Ratio Juris, v. 14, n. 4, 2001, p. 415-423.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights – Why liberty depends on taxes*. London/New York: Norton, 1999.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. (Tradução de Fernando de los Ríos). 1. ed., 1ª reimpressão. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

- JHEELAN, Navish. *The enforceability of socio-economic rights*. In: European Human Rights Law Review, v. 2, 2007, p. 146-157.
- KLATT, Mathias. *Taking rights less seriously. A structural analysis of judicial discretion*. In: Ratio Juris, v. 20, n. 4, 2007, p. 506-529.
- L. HIERRO, Libório. *Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy*. In: Derechos Sociales y Ponderación. Madrid: Fundación Colóquio Jurídico Europeo, 2006.
- LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica. (Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik, tradução de Luis Díez-Picazo)*. Madrid: Civitas, 1985.
- LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição. (Über die verfassung, adaptação da tradução de Walter Stönnner por Aurélio Wander Bastos. 9. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.*
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial*. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. 2ª tiragem. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 279-312.
- LOCKE, John. *Segundo tratado de governo – ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil. (Tradução de Carlos Pacheco do Amaral)*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. In: Revista de Informação Legislativa, n. 164, 2004, p. 7-14.
- MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.
- MICHELMAN, Frank I.. *Socioeconomic rights in constitutional law: Explaining America away*. In: International Journal of Constitutional Law, v. 6, n. 3&4, 2008, p. 663-686.
- MICHELMAN, Frank I.. *The constitution, social rights, and liberal political justification*. In: International Journal of Constitutional Law, v. 1, n. 1, 2003, p. 13-34.
- MIRANDA, Jorge. *Ciência Política – Formas de Governo*. Lisboa: Pedro Ferreira, 1996.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 4. ed., Coimbra: Coimbra, 2008.
- MIRANDA, Jorge. *Os problemas políticos fundamentais e as formas de governo modernas*. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes. (Coordenador Jorge Miranda). Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2004, p. 203-250.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2002.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. (Tradução de Cristina Murachco). São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MÜLLER, Friedrich. *Democracia e exclusão social em face da globalização*. (Tradução de Sérgio Krieger Barreira). In: Opinião Jurídica, Ano III, n. 6. Fortaleza: Faculdade Christus, 2005, p. 393-403.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra/Wolters Kluwer, 2010.

OTERO, Paulo. *As instituições políticas e constitucionais*. v. I, Coimbra: Almedina, 2009.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Los derechos sociales: apuntes políticos y jurídicos*. In: Cuadernos de La cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Virgilio Zapatero e Maria Isabel Garrido Gómez (Eds.). Madrid: Universidad de Alcalá, 2009, p. 19-36.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 9. ed., Madrid: Tecnos, 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos sociales y su significación actual*. In: Cuadernos de La cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Virgilio Zapatero e Maria Isabel Garrido Gómez (Eds.). Madrid: Universidad de Alcalá, 2009, p. 37-58.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais – Direito estadual II*. (Tradução de António C. Franco e António Francisco Souza). Lisboa: Universidade Lusíada, 2008.

PINTO, Ilenia Massa. *Contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e concezione espansiva della costituzione*. In: Diritto Pubblico, Anno VII, n. 3, 2001, p. 1.095-1.117.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*. In: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, n. 22, 1995, p. 9-57.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais - funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: manuscrito de Genebra*. (Tradução de Manuel João Pires). Lisboa: Círculo de Leitores, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. In: Revista Brasileira de Direito Comparado, n. 28, 2005, p. 89-148.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia e efetividade do direito à moradia na sua dimensão negativa (defensiva): análise crítica à luz de alguns exemplos*. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. 2ª tiragem. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.1.019-1.049.

SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. 2ª tiragem. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 553-586.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. (*Verfassungstheorie*, tradução de Francisco Ayala). 6ª reimpressão. Madrid: Alianza Editorial, 2009.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. (Tradução de Leonardo Martins *et alli* e introdução de Leonardo Martins). Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2241>>, acesso em 20 de março de 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros*. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. 2ª tiragem. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 515-551.

SUNSTEIN, Cass R. *Against positive rights – Why social and economic rights “don’t” belong in the new constitutions of post-Communist Europe*. In: East European Constitution Review, v. 2, 1993, p. 35-38.

SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. *O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais – a administração pública no Estado moderno: entre as exigências de liberdade e organização*. Coimbra: Almedina, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. 2ª tiragem. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 313-339.

TUSHNET, Mark. *Social welfare rights and the forms of judicial review*. In: Texas Law Review, v. 82, 2004, p. 1.895-1.919.

WEINBERGER, Ota. *Prima facie ought. A logical and methodological enquiry*. In: Ratio Juris, v. 12, n. 3, 1999, p. 239-251.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito administrativo. (Verwaltungsrechte, tradução de António F. de Souza)*. V. 1, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

YOUNG, Katherine G. *The minimum core of economic and social rights: a concept in search of content*. In: Yale Journal of International Law, v. 33, 2008, p. 113-175.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.