

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

LUIZ ANTÔNIO FREITAS DE ALMEIDA \*

**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.

**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;

---

*Artigo recebido em 17.02.2011. Pareceres emitidos em 04.03.2011 e 14.03.2011.  
Artigo aceito para publicação em 12.04.2011.*

\* 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.

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 legislativo, com o reconhecimento da força normativa da Constituição, trazem profundas alterações no formato de separação de poderes, 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 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?

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 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 deôntico da imposição; são essencialmente normas impositivas, com escassas normas permissivas e proibitivas no bojo da categoria jurídica.

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. 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. 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.

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. 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. 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.

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. 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.

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, 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.

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*). Destarte, ruiu a distinção clássica e resulta que todos os direitos fundamentais têm uma dimensão positiva, que exige do Estado um *facere*, como uma dimensão negativa, que demanda dele um *non facere*.

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, ainda que com alguns temperamentos em função do fenômeno da derrotabilidade, invariavelmente os direitos fundamentais sociais serão regras ou princípios, conquanto a adoção da natureza principiológica seja mais comum a essa espécie de direitos, em razão da limitação de detalhamento pertinente a uma Constituição.

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 positivação” 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 deste estudo. 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 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. 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.

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.

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. Afinal, se o juiz não tiver elementos extrativos da norma para aferir o que pode aplicar imediatamente, de pouco significado é a imposição constitucional de uma aplicabilidade imediata. 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* de Jellinek, mas complementá-los com os direitos enquadráveis no *status positivus*. 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.

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.

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.

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 dirigidas, foi sem surpresa que se amparasse imediatamente no princípio da socialidade do Estado de Direito e na própria defesa da dignidade humana, mantendo-se o contato próximo com a defesa da confiança, sem o recurso ao direito de propriedade.

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.

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

Entretanto, a posição seguida neste estudo não destoaria 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”. 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. E, finalmente, parece não ter a chamada proibição de retrocesso nenhuma autonomia dogmática que justifique sua emergência 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. 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, 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, conquanto alguns o situem mais como um direito de liberdade do que propriamente um direito econômico, social e cultural, há quem lhe dê natureza de regra jurídica, aplicável por subsunção e não por ponderação, com característica de direito subjetivo definitivo; normalmente se atrela o mínimo existencial ao âmbito do princípio da dignidade humana.

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; pode mesmo ser trabalhado como conjunto de necessidades

e direitos essenciais aos seres humanos, os quais competem ao Estado assegurar, 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.

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.

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 redundava 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.

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 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.

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.

## **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.

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. 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.

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. 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.

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.

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”. Foi concebida no afã de contrapor-se ao absolutismo monárquico, inspirando-se nos ideais iluministas e liberais do período.

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.

Entretanto, 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 juizes e seu papel seria subalterno-instrumental: os juizes seriam vassalos legais sem vontade própria, devendo a tarefa de julgar subsumir-se a mera tradução literal do conteúdo normativo.

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

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.

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 ideológico 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. A limitação do poder do Estado deu-se por normas jurídicas – a Constituição não poderia ser uma mera “folha de papel” – e a submissão do próprio poder estatal ao direito molda a concepção de Estado de Direito, aqui entendido como Estado Liberal de Direito.

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. 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. 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.

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. 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.

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.

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. Pretendeu-se, pois, uma “decantação” político-jurídica do Estado.

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 averso da página social.

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

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, 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. 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.

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.

Essa concatenação teórica, 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. Quando o Poder 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. E quais seriam esses limites? A resposta permeia o grau de regulação constitucional de um direito constitucional e sua (in)determinação e perpassa 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; 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 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.

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.

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.

### 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* (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. 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 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. Aqui não se pretende uma “aproximação absolutista”, 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. 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. Entrementes, a omissão 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.

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 juizes 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. Outorgar-lhes competência para decidir matérias dessa natureza contribuiria para um “fuzzysmo” 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.

Canotilho, em referência à Constituição portuguesa, assevera que houve uma “introversão estatal da socialidade”, 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, 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 públicas 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.

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 diretos 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.

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. 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. 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, 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. Ocorre que outro ponto deve 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. 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 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. 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 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 Juízes 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.

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 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.

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.

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. 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; 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 sobrepor 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.

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 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 conjetura 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](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 una 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 Rodríguez-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.