

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA FEDERAL

Especialização em Direito Público

FABIANO HENRIQUE DE OLIVEIRA

EFETIVAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

E A PROIBIÇÃO DA NÃO-SUFICIÊNCIA

PORTO ALEGRE (RS), ABRIL DE 2007.

FABIANO HENRIQUE DE OLIVEIRA

EFETIVAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS
E A PROIBIÇÃO DA NÃO-SUFICIÊNCIA

Monografia de conclusão de curso
Requisito essencial para a obtenção
do título de Especialização em Direito
Público
Escola Superior da Magistratura
Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Paulo Gilbrto Cogo Leivas

Porto Alegre, maio de 2007

LISTA DE ABREVIATURAS

ADIn. – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade

E.C. – Emenda Constitucional

C.F. Constituição da Republica Federativa do Brasil

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

RESUMO

EFETIVAÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A PROIBIÇÃO DA NÃO-SUFICIÊNCIA;

Fabiano Henrique de Oliveira;

Paulo Gilbergo Cogo Leivas (ORIENTADOR); (Escola Superior da Magistratura Federal-ESMAFE);

(INTRODUÇÃO) A efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo poder judiciário frente à omissão dos poderes executivo e legislativo é um tema complexo e muito polêmico na doutrina e na jurisprudência, em razão de que a satisfação das pretensões sociais em demandas judiciais, frequentemente entram em conflito com outras normas constitucionais como a separação dos poderes, a discricionariedade administrativa, a competência orçamentária do poder legislativo, o direito de terceiros afetados pela eventual alocação de recursos, bem como pelas possibilidades financeiras do estado em cumprir com essas obrigações. É no âmago deste problema, que se utiliza do preceito da proporcionalidade em sentido amplo sob a ótica da proibição da não suficiência como um método científico voltado ao enfrentamento de todas as questões que envolvem a concretização judicial dos direitos fundamentais sociais, analisando as teorias existentes e optando-se pela solução que não exclua a determinabilidade destes direitos, mas também não desconsidere as restrições fáticas e jurídicas existentes, já que a constituição federal deve ser concebida como uma unidade normativa em que o interprete deve considerar as suas normas não de forma isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de princípios e regras. (OBJETIVOS) Demonstrar que o poder judiciário pode concretizar um direito fundamental social quando há omissão do poder executivo e legislativo, mediante o método científico da proporcionalidade em sentido amplo sob a ótica da não suficiência, bem como identificar o conteúdo, a forma de interpretação e o grau de determinabilidade dos direitos fundamentais sociais e ainda averiguar as restrições fáticas e jurídicas a estes direitos. (CONCLUSÃO) Com o presente trabalho, buscou-se seguir um método de aplicação do direito que supere a posição teórica da eficácia declaratória dos direitos fundamentais sociais, bem como a eficácia programática destes direitos. Por serem direitos os quais a dignidade da pessoa humana possa ser gravemente comprometida, exige-se do magistrado ir além do mero juízo subsuntivo, pois a efetivação de um determinado direito fundamental social pede um juízo ponderativo destes direitos com as normas constitucionais conflitantes, já que todas as normas constitucionais têm força normativa dentro de um sistema constitucional unitário de regras e princípios. Neste contexto, é que se deve aplicar o preceito da proporcionalidade em sentido amplo, sob a ótica da proibição da não-suficiência para saber se determinado direito fundamental social *prima facie* pode ser exigido definitivamente frente às restrições existentes no caso concreto. (PALAVRAS-CHAVE) Direitos fundamentais sociais; efetividade e proporcionalidade;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
CAPÍTULO I	
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS	09
1.1 Síntese histórica dos direitos fundamentais.....	09
1.2 O respeito, a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana através dos direitos fundamentais.....	17
1.3 Direitos Fundamentais na Constituição Federal: funções, características e perspectivas	18
1.3.1 Funções dos direitos fundamentais.....	19
1.3.2 Características dos direitos fundamentais.....	22
1.3.3 Perspectivas dos direitos fundamentais e a eficácia vertical e horizontal destes direitos.....	23
1.3.4 Direitos fundamentais e o texto constitucional.....	23
1.3.5 Os direitos fundamentais e a construção de uma democracia material.....	24
CAPÍTULO II	
2 TEORIA JURIDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	27
2.1 Conceito de direitos fundamentais sociais.....	27
2.2 Teorias explicativas sobre a efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo poder judiciário	28
2.2.1 Eficácia jurídica enunciativa ou declaratória.....	29
2.2.2 Eficácia jurídica mínima dos direitos sociais anunciados e eficácia jurídica máxima dos direitos sociais detalhados.....	30
2.2.3 A teoria dos princípios aplicada aos direitos fundamentais sociais.....	34
2.3 Método razoável de atuação do poder judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais.....	37
2.3.1 Preceito da proporcionalidade em sentido amplo sob o enfoque da Proibição da proteção insuficiente.....	38

2.3.1.1 Preceito da Adequação.....	39
2.3.1.2 Preceito da Necessidade.....	41
2.3.1.3 Preceito da Proporcionalidade em sentido estrito.....	41
2.3.1.4 Resultados possíveis da aplicação do preceito da proporcionalidade em sentido amplo.....	43
2.4 A Concordância prática e a dimensão de peso e importância: Considerações finais....	45

CAPÍTULO III

3 RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO UM DIREITO DE GRANDE IMPORTÂNCIA	47
3.1 Noção de restrições a direitos.....	47
3.2 Classificação das restrições a direitos.....	48
3.3 Alcance do tipo normativo dos direitos fundamentais sociais e sua relação com as restrições a direitos.....	48
3.4 Normas restritivas a direitos fundamentais sociais.....	50
3.4.1 A separação dos poderes.....	50
3.4.2 O mérito administrativo.....	56
3.4.3 A necessidade de previsão orçamentária para realização das despesas públicas e a reserva do possível pela insuficiência de recursos.....	58
3.4.4 Os direitos de terceiros frente ao princípio da igualdade.....	63
3.5 O mínimo existencial como um direito de alto grau de importância.....	64
CONCLUSÃO.....	67
REFERÊNCIAS.....	70

INTRODUÇÃO

A efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo poder judiciário frente à omissão dos poderes executivo e legislativo é um tema complexo, ideológico e muito polêmico na doutrina e na jurisprudência, em razão de que a satisfação das pretensões sociais em demandas judiciais, frequentemente entram em conflito com outras normas constitucionais como a separação dos poderes, a discricionariedade administrativa, a competência orçamentária do poder legislativo, o direito de terceiros afetados pela eventual alocação de recursos, bem como pelas possibilidades financeiras do Estado em cumprir com essas obrigações.

Neste viés de tensão máxima entre as normas constitucionais, se estabelecem várias correntes sobre o tema. Existe a corrente dos que negam a exigibilidade destes direitos, apontando serem apenas declarações de boas intenções aos governantes. De outro lado, há aqueles que entendem ser possível à concretização de modo absoluto destes direitos, independentemente das normas constitucionais conflitantes e das possibilidades financeiras do Estado. Em posição intermediária, existe a corrente dos que garantem apenas um mínimo existencial referente a estes direitos, não podendo, porém, exigir mais que isso em matéria social. E por fim, a corrente daqueles que entendem serem os direitos fundamentais sociais realizáveis na maior medida do possível, baseada numa interpretação ponderativa que considere as normas constitucionais colidentes, bem como as possibilidades financeiras do Estado, sem excluir em primeira linha a determinação destes direitos ou se restringir de modo absoluto a um exclusivo direito ao mínimo existencial.

É no âmago desse problema, que se busca desenvolver com apoio na teoria dos direitos fundamentais, um raciocínio jurídico voltado ao enfrentamento de todas as questões que envolvem a concretização judicial dos direitos fundamentais sociais, analisando as teorias existentes e optando-se pela solução que não exclua a determinabilidade destes direitos, mas também não desconsidere as restrições fáticas e

jurídicas existentes, já que a Constituição Federal deve ser concebida como uma unidade normativa em que o interprete deve considerar as suas normas não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de princípios e regras.

A pesquisa se desenvolve em três capítulos, sendo que o primeiro trata dos direitos fundamentais em geral, abordando preliminarmente a sua evolução histórica, para, a seguir, discorrer sobre as funções, características e perspectivas desta categoria de direitos, demonstrando por fim, a necessidade da construção de uma democracia material que supere uma ordem democrática formal onde os direitos estabelecidos na Constituição não são efetivamente fruídos pelos seus destinatários.

No segundo capítulo, serão examinadas as construções jurídicas em torno dos direitos fundamentais sociais, iniciando pelo seu conceito, para depois abordar as principais correntes existentes sobre a aplicabilidade ou não destes direitos. Neste mesmo capítulo, tomando posição pela corrente que parte do pressuposto da teoria dos princípios, aponta-se um método científico de atuação do poder judiciário na concretização de direitos fundamentais sociais por intermédio do preceito da proporcionalidade em sentido amplo sob o prisma da proibição da não-suficiência.

Por sua vez, o terceiro e último capítulo é dedicado às restrições a direitos fundamentais sociais, analisando as teorias existentes sobre restrições, bem como alcance do tipo normativo dos direitos fundamentais sociais e sua relação com as restrições a direitos. Nessa perspectiva, opta-se pela teoria externa das restrições e pela teoria ampla do tipo normativo, em virtude de serem as únicas coerentemente compatíveis com a essência das normas tipo princípio. Desse modo, delineado os principais aspectos em torno das restrições, passa-se a analisar pontualmente as restrições frequentemente apontadas pela doutrina que são: a separação dos poderes; o mérito administrativo; a necessidade de previsão orçamentária para realização das despesas públicas; a reserva do possível pela insuficiência de recursos e os direitos de terceiros frente ao princípio da igualdade. Por fim, discorro sobre o mínimo existencial como um direito fundamental social de grande importância.

Relevante se faz mencionar, que a pesquisa teve como metodologia, a leitura e interpretação da doutrina, da jurisprudência e artigos constantes da bibliografia, donde se extraiu os fundamentos teóricos acerca da discussão do tema, através do emprego do método dedutivo.

CAPÍTULO I

1- DIREITOS FUNDAMENTAIS

Este primeiro capítulo tem como objetivo apresentar uma síntese histórica dos direitos fundamentais, bem como analisar o seu conteúdo atual com todas as suas características, funções, perspectivas e o comando destes direitos a construção de uma democracia material.

1.1 Síntese histórica dos direitos fundamentais

A consagração dos direitos fundamentais¹ nas Constituições dos Estados é o elemento mais expressivo do constitucionalismo.

Os direitos fundamentais surgiram como conquistas de prerrogativas e criação de instituições capazes de concretizar a garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

¹ A acepção de direitos fundamentais é tecnicamente diversa de direitos do cidadão, direitos humanos, liberdades públicas, direitos civis e políticos, embora todos se destinem a assegurar a dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais são os reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado, são atribuídos às pessoas com a finalidade de proteger a dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões; Já a expressão “*direitos do homem*”, está no sentido de direitos naturais (imanescentes a pessoa humana) independentemente de estarem positivados; Por sua vez os *direitos humanos* são os positivados na esfera do direito internacional público; As liberdades públicas (acepção utilizada no direito francês) podem ser concebidas como a esfera de ação do indivíduo que é protegida pelo Estado contra ações dos entes públicos ou privados. Os direitos civis e políticos, os quais são vinculados a tradição estadunidense, se constituem por um conjunto de proteções e defesas contra sistemas históricos de segregação racial e sexual. Apesar destas acepções serem tecnicamente distintas, o presente trabalho não pretende uma abordagem rigidamente técnica destas acepções, no que tange a evolução histórica destes direitos, de modo a utilizar como sinônimas todas essas expressões.

Conforme Dirley da Cunha Junior, a evolução dos direitos fundamentais esta centrada na idéia de limitação do poder político e acompanha o processo histórico, as lutas sociais e os contrastes de regimes políticos, assim como, o progresso científico, técnico e econômico².

A doutrina aponta que as sociedades antigas já tinham certo reconhecimento de fundamentos ligados a dignidade da pessoa humana nas construções filosóficas dos gregos, bem como a autonomia individual dos cidadãos atenienses na Grécia antiga e algumas limitações ao poder político da república romana.

Entretanto, é importante observar que a noção de direitos fundamentais concebidas pelos estados modernos só apareceram no final da Idade Média, uma vez que na Grécia Antiga o reconhecimento de direitos ligados à dignidade, como por exemplo, a participação na vida política da *polis*, era restrita apenas a certas classes, restando às mulheres, os estrangeiros e escravos apenas o dever de subordinação as condições estabelecidas pelos cidadãos atenienses. Além disso, na Roma Antiga, uma das formulações mais notáveis de reconhecimento de direitos expressivos do povo era o sistema de limitação do poder político no processo legislativo ordinário, onde os cônsules exerciam as iniciativas das leis redigindo os projetos e passavam em seguida ao exame do Senado, que o aprovava com ou sem emendas, para ser finalmente submetidos à votação do povo reunido em comícios.³

Nesse sentido, apesar de haverem construções filosóficas que originam o jusnaturalismo⁴, a notícia da existência de direitos humanos na idade antiga não se identifica com a concepção de direitos humanos da modernidade, tendo em vista que se restringiam ao direito de participação de um número reduzido de integrantes da sociedade no poder político do Estado.

Com efeito, em 1215, durante a Idade Média, surge com a Magna Carta de João Sem Terra um dos primeiros documentos que visavam à limitação do poder do Estado,

² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 169.

³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2º ed. São Paulo: Saraiva. 2001. p. 42

⁴ Conforme Ingo Sarlet: “Ainda que consagrada à concepção de que não foi na Antiguidade que surgiram os primeiros direitos fundamentais, não menos verdadeira é a constatação de que o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, nos legou algumas das idéias-chave que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis”. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. p. 38.

onde o monarca realizou um acordo (pacto de vassalagem) com os súditos, concedendo-lhes alguns direitos individuais⁵.

Depois, no século XVII advieram algumas declarações inglesas como a *Petition of Right* em 1628, o *Habeas Corpus Act* em 1679 e a mais expressiva declaração inglesa que foi o *Bill of Rights* em 1689. Em decorrência da Revolução Gloriosa, o *Bill of Rights* foi o primeiro documento de limitação do poder de origem parlamentar, dando o decisivo passo para a instituição da separação dos poderes, sendo, por conseguinte, um avanço para o posterior surgimento da monarquia constitucional submetida à soberania popular.⁶

No entanto, as declarações emitidas durante o Estado Absolutista eram de duvidosa exigibilidade, ficando, no mais das vezes, condicionadas a vontade do soberano que as tornavam como meras declarações de boas intenções.

Por isso, a doutrina afirma que somente com os movimentos que sufragaram o absolutismo é que surge verdadeiramente a noção de direitos fundamentais constitucionais, bem como um Estado submisso a uma Constituição em que as funções do poder fossem atribuídas a órgãos distintos, impedindo a concentração de poderes e o arbítrio de uma ou de um grupo de pessoas.⁷

Esses movimentos, que foram chamados de Revoluções Liberais do Século XVIII, resultaram da convergência de grupos idealizadores que representavam a antítese ao regime feudal e a opressão inerente ao absolutismo que esmagavam a dignidade da pessoa humana, cujo traço marcante era a desigualdade entre as pessoas e a arbitrariedade estatal.

A convergência destes grupos idealizadores eram resumidamente compostos: pela doutrina cristã; pelos iluministas ou racionalistas; e pela burguesia.

Segundo Marcelo Novelino Camargo, a doutrina cristã elevava o homem à situação de semelhança a Deus, indicando a igualdade como um dos pressupostos fundamentais para o ser humano ter um patamar de dignidade.⁸

⁵ A Magna Carta de 1215 previa alguns direitos como: o não lançamento de tributos sem o consentimento dos homens do reino (itens 12 e 14), salvo algumas hipóteses; proporcionalidade da sanção penal (item 20); Tribunal do Júri-determinadas classes eram julgadas por seus pares (item 39); devido processo legal (item 39); acesso a justiça e indeclinabilidade de jurisdição (item 40); liberdade para sair e entrar na Inglaterra e liberdade de comprar e vender sem barreiras alfandegárias (item 41); etc.

⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 179.

⁷ BAEZ, Narciso Leandro Xavier. *Direitos e garantias fundamentais* (doc.). http://www.unoescxxe.edu.br/Unoesc/extensao/excel_direito_constitucional.php. pag. 1 e 2. Último acesso em 19/04/2007.

⁸ CAMARGO, Marcelo Novelino. *Leituras Complementares de Constitucional. O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana*. Salvador: juspodivm, 2006. p. 46.

Os iluministas, por sua vez, asseveravam que os indivíduos são seres eminentemente racionais e só podem aceitar o que for objetivamente explicado. Desse modo, a origem divina do poder, o status da nobreza, as ordens ilegítimas do soberano e a existência do Estado como um fim em si mesmo são conceitos destituídos de razão logicamente explicada.

Além disso, a burguesia que deu suporte financeiro as revoluções liberais, aspirava um progresso econômico e financeiro sem os entraves do rei na propriedade, na livre iniciativa e na liberdade de contratar.

Esses movimentos culminaram na Independência das Treze Colônias Inglesas e na Revolução Francesa, as quais derivaram a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia em 1776 e posteriormente a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Esse foi o marco real da superação do Estado de Polícia e surgimento do Estado de Direito, cujas características seriam: a submissão do império a lei, a separação dos poderes e a definição de direitos e garantias individuais.

Os direitos resguardados pela Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia em 1776, bem como os direitos reconhecidos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, tinham por finalidade especial proteger a esfera de ação dos indivíduos contra arbitrariedades do Estado, como por exemplo: a vida, a liberdade contratual, a liberdade de reunião, liberdade de expressão, a inviolabilidade de domicílio, a autonomia privada, a propriedade e a igualdade formal, bem como traziam algumas características como o devido processo legal, o *habeas corpus* e o direito de petição.

De acordo com Dirley Cunha Junior, os direitos previstos nestas declarações, foram reconhecidos para a tutela das liberdades públicas, em razão de haver naquela época uma única preocupação, qual seja, proteger as pessoas do poder opressivo do Estado.⁹

Em razão de impor um comportamento de abstenção do Estado na violação das prerrogativas dos indivíduos, esses direitos podem ser classificados como direitos fundamentais de primeira dimensão¹⁰ ou direitos negativos.

⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 201.

¹⁰ Conforme George Marlmestein de Lima o termo gerações dos direitos fundamentais foi utilizado pela primeira vez pelo jurista francês Karel Vasak sob inspiração dos três temas da Revolução Francesa. Assim, as “três gerações de direitos humanos” seriam as seguintes: a primeira geração se refere aos direitos civis e políticos (*liberté*); a segunda geração aos direitos econômicos, sociais e culturais (*égalité*); e a terceira

Conforme nos ensina Paulo Bonavides:

“Os direitos de primeira dimensão expressam poderes de agir, reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica a todos os seres humanos, independentemente da ingerência do estado, e correspondem ao status negativo da teoria de Jelinek, fazendo ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre o estado e a sociedade”.¹¹

De acordo com a doutrina, em virtude de estes direitos terem uma concepção individualista, pode se afirmar que a proteção do indivíduo contra o Estado não foi suficiente para proteger o indivíduo da opressão por outros indivíduos.

Nesse sentido, em razão dos impactos da revolução industrial, do agigantamento dos problemas sociais e econômicos decorrentes das práticas dos donos dos meios de produção, evidenciou-se que o absentismo estatal e a mera garantia de uma liberdade formal não eram capazes de trazer homeostase social.

Desse modo, com a finalidade de evitar a suplantação do modelo capitalista pelo modelo socialista, foi concebido um estado social capaz de efetivar as necessidades mínimas do ser humano, sem as quais não haveria dignidade.

O Estado Social visava superar a mera exigência da igualdade formal conferindo direitos sociais e econômicos através de um conjunto de políticas públicas que deveriam ser prestados a população.

Em virtude destes direitos sociais e econômicos outorgarem aos indivíduos a faculdade de exigirem uma prestação positiva do Estado, estes direitos foram classificados pela doutrina como direitos de segunda dimensão, direitos positivos, ou direitos sociais. Como exemplos desses direitos, podemos destacar: a saúde, a educação, o trabalho, a assistência social, a alimentação, a moradia e a previdência social etc.

Segundo Paulo Bonavides, os direitos de segunda dimensão “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-los equivaleria a

geração se refere aos novos direitos de solidariedade (*fraternité*). Hoje em dia, a expressão “geração dos direitos fundamentais” tem sofrido várias críticas da doutrina nacional e alienígena. De fato, o uso da expressão “gerações” pode ensejar a errada impressão da substituição gradativa de um geração por outra, o que é um erro. Daí, a doutrina mais moderna tem preferido o termo “dimensões dos direitos fundamentais”. É o que nos explica o prof. Paulo Bonavides quando diz que “o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. *Direitos fundamentais e o poder judiciário*. Fortaleza: Premius. 2001. p. 13.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 517.

desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.”¹² Os direitos sociais estão intrinsecamente ligados ao princípio da igualdade porque visam reduzir as desigualdades sociais, que apartam certos grupos da sociedade do gozo de certos bens da vida, os quais estando ausentes afetam diretamente a dignidade da pessoa humana. .

Com efeito, a ascensão do Estado Social (welfare state) ocorrida no século XX, cujas primeiras manifestações ocorreram com a criação da Constituição Mexicana em 1917 e depois com a Constituição da República de Weimar de 1919 na Alemanha, evidenciava a necessidade de maior intervenção do estado na economia e, por conseguinte a ampliação das atribuições do poder executivo em realizar as políticas públicas necessárias para garantir a efetividade do gozo dos direitos sociais aos mais fracos e mais necessitados.

Desse modo, em virtude da ampliação das atribuições do Estado em atender os objetivos almejados pelo Estado Social, houve o deslocamento do eixo do poder institucional dominante, passando a ter o poder executivo uma função mais relevante e complexa do que o poder legislativo.

Nesse sentido, é o magistério de Fábio Konder Comparato:

“A transformação do Estado contemporâneo, engendrada pela revolução industrial, não acarretou a criação dessas funções governamentais ativas que sempre existiram, mas a mudança do eixo central das atividades estatais, da legislação para a administração, da proclamação e aplicação do direito para a elaboração e execução de programas de ação. Mais do que isso: os objetivos ou resultados a serem alcançados por essas políticas passaram a se impor, doravante, como normas obrigatórias, ao próprio governo, pois a finalidade do Estado já não é a conservação, mas a transformação da sociedade. O sistema jurídico como um todo tende, assim, a ser organizado em função desses objetivos concretos das políticas públicas. O Estado torna-se teleocrático e o Poder principal desloca-se, decididamente, para o núcleo governamental, que somente por força da tradição ainda continua a se denominar Executivo.”¹³

O reconhecimento dos direitos de segunda dimensão na Constituição Mexicana de 1917, na Constituição de Weimar da Alemanha em 1919 e posteriormente na Constituição brasileira de 1934, deixaram evidente a necessidade de superação do Estado Liberal pelo Estado Social, uma vez que a dignidade da pessoa humana pode ser desatendida não somente por intervenções ilegais do Estado, mas também através das omissões do poder público.

Nas palavras de Paulo Bonavides:

¹² Idem. p. 518.

¹³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2º ed. São Paulo: Saraiva. 2001. p. 192.

“Com o Estado Social, o Estado-inimigo cede lugar ao Estado-amigo, o Estado-medo ao Estado-confiança, o Estado-hostilidade ao Estado-segurança. Ou seja, o “Estado mínimo” que havia sucumbido o Estado-polícia agora é abatido de vez pelo Estado-providência”¹⁴.

No entanto, é importante observar que apesar de serem os direitos fundamentais sociais reconhecidos formalmente nas constituições sociais, houve negação por muito tempo da concretização material desses direitos, seja por motivos ideológicos, seja porque eram entendidos como declarações de boas intenções aos governantes e não verdadeiros direitos subjetivos, seja pela ausência de meios e recursos que os estados dispunham para a sua realização.

Ressalta Paulo Bonavides que:

“[...] esses direitos sofreram uma crise de observância e execução, cujo fim decerto esta próximo, sobretudo nos Estados, como no Brasil, cujas constituições formularam o preceito da aplicabilidade imediata e incondicional de todos os direitos fundamentais de segunda geração, ou simplesmente direitos sociais, tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os de primeira [...]”.¹⁵

Nesse sentido, é que se defende a suplantação da democracia formal do Estado Liberal pela criação de uma democracia material, onde o Estado Social possa garantir os meios necessários ao alcance das condições mínimas indispensáveis a uma vida digna e ao pleno desenvolvimento da personalidade.

Apesar da previsão de direitos fundamentais negativos e direitos fundamentais sociais, o aparecimento de estados totalitários no Século XX, que violaram substancialmente os direitos humanos, e os impactos tecnológicos do segundo pós-guerra, evidenciaram, após o fim dos regimes nazistas, fascistas, comunistas e franquistas que era necessário a criação de uma nova categoria de direitos fundamentais que protegesse as coletividades, sobretudo as minorias.

Nessa direção, surgiram como resultado de novas reivindicações do ser humano, gerados pelas atrocidades dos sistemas totalitários e dos impactos tecnológicos do segundo pós-guerra, os direitos fundamentais de terceira dimensão que tinham por finalidade preservar a existência de grupos humanos. Esses direitos também são chamados de direitos de fraternidade ou direitos de solidariedade, tendo em vista que se destinam ao ser humano enquanto gênero e não adstrito ao indivíduo ou mesmo a uma coletividade determinada.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p 518.

¹⁵ Op cit. P 518.

Comenta Ingo Wolfgang Sarlet, que os direitos de terceira dimensão são denominados de direitos de fraternidade ou direitos de solidariedade, em razão do interesse comum que liga e une as pessoas, e de modo especial, em face de sua implicação universal, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mundial, para sua efetivação.¹⁶

Complementa Lima que:

(...) é inócua a proclamação desses direitos por um único ou poucos Estados. A união de todos os povos, universalmente conscientizados, é a única maneira de se buscar a concretização dos direitos humanos. Daí, percebemos, no segundo pós-guerra, uma série de proclamações no nível inter-estatal para proteger os direitos de todas as dimensões, demonstrando uma tendência nítida à internacionalização desses direitos.¹⁷

São exemplos desses direitos: a paz no mundo, a autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento econômico dos países, a solidariedade universal, à preservação do meio ambiente, do patrimônio comum da humanidade e o direito à comunicação.

Em virtude da globalização política, econômica e institucional, alguns autores como Paulo Bonavides, anunciam a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais que compreendem o direito à democracia direta, ao pluralismo e a informação, sendo segundo o citado autor a última fase de institucionalização do Estado Social. Além disso, outros autores trazem como direitos de quarta dimensão os direitos a biotecnologia e os direitos contra manipulações genéticas.¹⁸

Desse modo, conclui-se que a evolução dos direitos fundamentais é caracterizada pelas lutas e conquistas de prerrogativas e criações de instituições que possam frear a opressão do Estado e dos particulares sobre os indivíduos ou sobre a comunidade, possibilitando o pleno desenvolvimento da pessoa humana e da sociedade como um todo.

Nesse contexto, é que se finaliza esse item com a passagem sintética de Paulo Bonavides:

“A história dos direitos humanos, direitos fundamentais de três gerações sucessivas e cumulativas, a saber, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos- é a história mesma da liberdade moderna, da separação e limitação de poderes, da criação de mecanismos que auxiliam o homem a concretizar valores cuja identidade jaz primeiro na Sociedade e não na esfera do poder estatal”.¹⁹

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. p 53.

¹⁷ LIMA, George Marlmestein de. *Direitos fundamentais e o poder judiciário*. Fortaleza: Premius. 2001. p 20.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 525.

¹⁹ Idem. p 528.

1.2 O respeito, a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana através dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensão são oponíveis não só ao Estado, mas também aos particulares que possam violar esses direitos, como por exemplo, milícias armadas, organizações criminosas, empresas privadas que abusam ilegalmente do poder econômico, etc.

George Marlmestein de Lima comenta que:

“Presenciamos, nesta era em que o homem pisou a lua e avançou fenomenalmente no campo tecnológico, a fome endêmica na Etiópia a matar populações em massa, o terrorismo gratuito na Argélia, as guerras de extermínio na Ásia e na África, as perseguições políticas e torturas institucionalizadas na América Latina; a par disso, no Brasil, ao mesmo tempo em que se vai desenhando os contornos de uma nova noção de cidadania e democracia material, presenciamos o massacre do Carandiru, a carnificina da Candelária, a brutalidade de Diadema *etc...* É a *Era dos Extremos!*

No entanto, não se pode deixar passar ao largo que, se por um lado ainda estamos há anos-luz da plena efetivação dos direitos fundamentais, é certo, também, que há uma tendência crescente rumo à conscientização da humanidade para não apenas a enunciação, mas, sobretudo, proteção, vale dizer, concretização desses direitos (fundamentais) da pessoa.”²⁰

De acordo com o que foi registrado no item da evolução histórica dos direitos fundamentais, já é perceptível que a dignidade da pessoa humana é o núcleo central dos direitos fundamentais negativos e positivos, uma vez que visam proporcionar um pleno desenvolvimento da pessoa humana, sendo certo que o Estado Constitucional moderno deve (i) respeitar, (ii) proteger e (iii) promover a dignidade humana em todas as suas dimensões.

Desse modo, respeitar significa uma exigência de abstenção de atividades que importem violação a dignidade humana.

Conforme ensina Marcelo Novelino Camargo,²¹ as atitudes que ocasionam a violação da dignidade da pessoa humana devem ser vistas sob dois prismas: a) Objetivo; b) Subjetivo.

²⁰ LIMA, George Marlmestein de. . *Direitos fundamentais e o poder judiciário*. Fortaleza: Premius. 2001. p. 1.

²¹ CAMARGO, Marcelo Novelino. *Leituras Complementares de Constitucional. O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana*. Salvador: juspodivm, 2006. p. 53.

O prisma objetivo de violação consiste no tratamento da pessoa humana como simples meio para atingir determinados fins, ou seja, no tratamento da pessoa como mero objeto; Já o prisma subjetivo de violação, consubstancia-se na expressão de desprezo ou desrespeito a pessoa humana decorrente deste tratamento, ainda que não seja esta a intenção ou a finalidade de quem pratica o atentado²².

Proteger a dignidade da pessoa humana implica uma ação positiva para defendê-la contra qualquer espécie de violação por parte de terceiros, como por exemplo, a criação e a aplicação de normas sancionadoras de condutas que atentem contra a dignidade.

A promoção por sua vez, consiste na elaboração de normas definidoras de direitos fundamentais, bem como proporcionar, por meio das prestações materiais positivas, os bens e serviços indispensáveis para uma vida digna.

1.3-Direitos Fundamentais na Constituição Federal: funções, características e perspectivas.

Antes de adentrar no conteúdo dos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988 é relevante anotar que além de terem a finalidade destinada ao respeito, proteção e promoção da dignidade humana, os direitos fundamentais possuem funções, características e perspectivas próprias que os distinguem de outros direitos.

Num autêntico Estado Democrático de Direito há a necessidade de reconhecer um núcleo irreduzível de direitos essenciais aptos a estruturar a sociedade, fixar a forma política das tarefas estatais, os procedimentos para a resolução dos conflitos emergentes, estabelecer os limites materiais do Estado, as garantias e direitos fundamentais e ainda disciplinando o processo de formação político/jurídico do Estado²³.

Desse modo, parte deste núcleo irreduzível e necessário do ordenamento jurídico é os direitos fundamentais, que devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena de deslegitimação paulatina das funções estatais. Visando a construção de uma democracia substancial ou material é que os direitos fundamentais assumem funções, perspectivas e características hábeis a consolidar no futuro uma sociedade livre, justa e solidária.

²² Idem. p. 54. Conforme o autor, exemplos destas violações estão: a tortura, o genocídio, a manipulação genética, a clonagem humana, a utilização de detector de mentiras, o tratamento elétrico de choque e ainda um possível monitoramento cerebral de um preso.

²³ ROSA, Alexandre Moraes da. *O que é garantismo jurídico?*. Florianópolis: Habitus, 2003. p 34.

1.3.1 Funções dos direitos fundamentais

José Joaquim Gomes Canotilho²⁴ define as funções dos direitos fundamentais da seguinte forma: a) Função de defesa ou de liberdade; b) função de prestação; c) função de proteção perante terceiros; d) função de igualdade.

A função de defesa ou liberdade está associada aos direitos de primeira dimensão, desempenham o papel de tutela da autonomia individual, e reclamam a abstenção do Estado em intervir arbitrariamente na vida e liberdade dos indivíduos. São exemplos desse *status libertatis*: a vida, a integridade física, as liberdades fundamentais (de consciência, de culto, de pensamento, de locomoção, de reunião etc...) e o direito de propriedade.

Segundo J.J Gomes Canotilho, a função de defesa dos direitos fundamentais pode se manifestar em duas perspectivas:

1) constituem num plano jurídico- objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual; 2) implicam num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). Assim, por ex., o artigo 37 da CRP garante subjetivamente: a) direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer meio (liberdade positiva); b) direito de a liberdade de expressão e informação ser feita sem impedimento ou discriminações por parte dos poderes públicos (liberdade negativa). Além disso, impõe-se objetivamente aos poderes públicos a proibição de qualquer tipo ou forma de censura.²⁵

Além disso, os direitos de liberdade negativa contra as atividades do Estado podem se apresentar resumidamente sob três faces: a.a) direito ao não impedimento de ações: impede o Estado de obstaculizar determinadas faculdades jurídicas, como por exemplo, o cerceamento do direito de locomoção; a.b) direito a não afetação arbitrária de bens jurídicos, propriedades e situações do titular do direito; a.c) direitos a não eliminação de posições jurídicas, do titular do direito, como por exemplo, o direito de propriedade, o matrimônio, etc.²⁶

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5º ed. Coimbra: Livraria Almedina. 2002. p. 405.

²⁵ Idem. p. 405 e 406.

²⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales. Tercera reimpresión, 2002.. p. 189 a 194.

Por sua vez, a função de prestação em sentido estrito²⁷ dos direitos fundamentais, consiste no direito do particular em obter prestações materiais do Estado, como por exemplo, saúde, educação, segurança social, etc. De acordo com J.J Gomes Canotilho, se o particular tiver meios financeiros suficientes e houver resposta satisfatória do mercado à procura destes bens sociais, ele pode obter a satisfação de suas pretensões prestacionais através do comércio privado como por exemplo ensino privado, saúde privada, etc.²⁸

Os direitos prestacionais em sentido estrito estão vinculados aos direitos de segunda dimensão, tendo em vista que asseguram a dignidade da pessoa humana através das prestações de natureza normativa ou material capazes de implementar as condições fáticas e pressupostos jurídicos que permitam o efetiva satisfação dos direitos sociais.

A função de proteção perante terceiros consiste no dever do Estado (poder legislativo, executivo e judiciário) em adotar as providencias necessárias para proteger direitos fundamentais dos indivíduos frente a possíveis agressões por parte de terceiros. Tal proteção pode se manifestar através da emissão de normas jurídicas protetivas e sancionadoras de caráter civil, administrativo, penal, processual ou procedimental, bem como injunções concretas e moderadas pelos órgãos públicos às ações de terceiros que visam afetar esses direitos fundamentais.

No que tange a função de igualdade, J.J. Gomes Canotilho nos ensina que os direitos fundamentais servem à concretização do princípio da igualdade através de três vetores: a) Proibição do arbítrio (genérico); b) Proibição da discriminação (concreto); c) Obrigação de diferenciação (discriminação positiva)²⁹.

A proibição do arbítrio informa que todos os indivíduos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sendo o legislador e os aplicadores da lei destinatários principais desse vetor pela impossibilidade genérica de criar leis ou utilizar interpretações capazes de estabelecer desigualdades entre as pessoas. Para J.J. Gomes Canotilho haverá

²⁷ Robert Alexy classifica os direitos fundamentais à prestação em sentido amplo em três facetas: a) direito à proteção, o qual obriga o estado a proteger os indivíduos contra agressões de terceiros; b) direito à organização e procedimento que, de um lado, exigem do legislador a criação de determinadas normas procedimentais, e de outro, o direito de obter dos juizes uma dada interpretação de normas procedimentais; c) direito a prestações em sentido estrito que constitui no direito de obter do estado prestações sociais e econômicas (saúde, alimentação, educação, e demais direitos sociais). ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales. Tercera reimpresión, 2002. p. 395.

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5º ed. Coimbra: Livraria Almedina. 2002. p. 406.

²⁹ Idem.. p. 407 e 424 a 430.

violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: a) num fundamento sério; b) não tiver um sentido legítimo; c) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável.³⁰

O comando concreto da proibição de discriminação significa que ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica ou condição social.

A obrigação de diferenciação visa contrabalancear uma desigualdade de fato para igualar direitos. Consiste na busca real e efetiva da igualdade, levando em conta as peculiaridades existentes em cada indivíduo, fato que pode levar ao tratamento desigual de pessoas em condições faticamente desiguais para garantir uma igualdade substancial entre elas, no gozo de determinados direitos.

São exemplos de discriminação positiva no Brasil: as prestações materiais aos necessitados através da assistência social, as ações afirmativas destinadas à reserva de vagas em universidades públicas aos negros e pobres, a proteção do mercado de trabalho aos deficientes, aposentadorias com tempos diferenciados a mulher e aqueles que trabalham sob condições especiais, bem como a lei penal de violência doméstica.

Relevante esclarecer, que os dois primeiros vetores da igualdade, de acordo com a doutrina, se relacionam preponderantemente com a igualdade formal, enquanto o terceiro vetor está intimamente vinculado à igualdade material ou substancial.

1.3.2 Características dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais possuem características próprias que os distinguem dos outros direitos, as quais serão abordadas abaixo em forma de tópicos:

³⁰ Idem. 426.

a) **Historicidade:** os direitos fundamentais são conquistas históricas de prerrogativas resultantes das lutas contra a opressão do Estado e dos próprios indivíduos, as quais marcam a evolução da humanidade. Segundo, Dirley da Cunha Junior, em razão da historicidade, estes direitos são mutáveis, no sentido de que acompanham as transformações e ampliações do pensamento humano;

b) **Universalidade:** Os direitos fundamentais se destinam a todos os seres humanos independentemente onde estes estiverem³¹, pois constituem uma preocupação generalizadora da raça humana.

c) **Inalienáveis e Irrenunciáveis:** Em regra³², os direitos fundamentais são inegociáveis por serem desprovidos de conteúdo patrimonial, bem como irrenunciáveis já que não se encontram a disposição de seus titulares;

d) **Imprescritíveis:** são direitos que não se perdem no tempo e podem ser sempre exigidos;

e) **Relativos ou Limitados:** não há direitos fundamentais absolutos, pois podem chocar-se entre si, hipótese em que o exercício de um implicará a invasão do âmbito de proteção de outro.³³ Neste caso, soluciona-se a colisão através de um razoável método ponderativo, capaz de fazer a concordância prática dos bens jurídicos em conflito. Na impossibilidade da prevalência de um destes direitos, resolve-se a colisão pela dimensão de peso e importância axiológicas dos princípios;

f) **Concorrência:** não é preciso que se exercite cada direito fundamental de cada vez, pois podem ser exercidos ao mesmo tempo conjuntamente;

g) **Proibição do retrocesso:** impede a revogação, diminuição ou abolição de normas consagradoras dos direitos fundamentais, já que são resultantes de uma evolução marcada pela conquista de prerrogativas concretizadoras da dignidade da pessoa humana.

1.3.3 Perspectivas dos direitos fundamentais e a eficácia vertical e horizontal destes direitos

³¹ Existe uma corrente doutrinária chamada Relativismo Cultural que defende que em algumas situações o reconhecimento de determinados direitos humanos pode colidir com os costumes de outras culturas. Desse modo a melhor solução seria, na medida do possível, a concordância prática dos interesses em conflito.

³² É admissível, sob certas condições, a autolimitação voluntária de um direito fundamental em um caso específico, que deve estar sempre sujeito a reserva da revogação a todo tempo.

³³ SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 185.

É importante explicar que os direitos fundamentais podem ser vistos sob uma dupla perspectiva: a) Subjetiva; b) Objetiva.

Na perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, o homem pode exigir do Estado o respeito e a efetivação dos direitos fundamentais, enquanto na perspectiva objetiva, os direitos fundamentais são vistos como decisões valorativas com eficácia em todo ordenamento jurídico, servindo de inspiração, impulso e diretriz para os poderes legislativo, executivo e judiciário. Tais valores devem ser observados por todos e não somente pelo Estado.

Dessa forma, também cumpre aos particulares respeitar os direitos fundamentais. Essa característica está associada à chamada eficácia horizontal³⁴ dos direitos fundamentais, isto é observância obrigatória destes direitos às relações privadas. De outro lado existe a eficácia vertical dos direitos fundamentais onde são vistos os direitos como limites à atuação do estado para com os particulares. Tal denominação se dá porque a relação entre Estado e particulares os identifica em planos distintos, uma vez que não há uma relação de coordenação entre eles, mas sim relação de subordinação.

1.3.4 Direitos fundamentais e o texto constitucional

O Poder Constituinte de 1988 estatuiu um extenso rol de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões, bem como estabeleceu uma cláusula de abertura material para reconhecimento de direitos de quarta geração. Estes direitos positivados como comandos ao respeito, proteção e promoção da dignidade da pessoa humana são destinados a proteger a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, e podem ser classificados como direitos formalmente fundamentais ou materialmente fundamentais.

Os direitos formalmente fundamentais estão dispostos no Título II da Constituição Federal, apresentando a seguinte divisão: Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e

³⁴ Andrey Borges de Mendonça prefere a denominação eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas à denominação eficácia horizontal dos direitos fundamentais, porque entende o autor, ser equivocada a idéia de que nas relações privadas, estariam os sujeitos da relação sempre em situação de igualdade. Isto nem sempre acontece, por exemplo nas relações trabalhistas e consumeristas é comum a existência de relação de verticalidade entre os sujeitos da relação jurídica privada. In. CAMARGO, Marcelo Novelino (Org). *Leituras Complementares de Constitucional. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Salvador: JusPodivm. 2006. p 67 e 68.

Coletivos; Capítulo II – Dos Direitos Sociais; Capítulo III – Da Nacionalidade; Capítulo IV – Dos Direitos Políticos; Capítulo V – Dos Partidos Políticos.

Os direitos materialmente fundamentais são todos que tenham por finalidade proteger a dignidade humana em todas as dimensões, integrando, ou não, a parte reservada aos direitos fundamentais no texto constitucional, tendo em vista que o §2.º do artigo 5º da Constituição traz uma cláusula de abertura material dos direitos fundamentais o qual descreve expressamente que os direitos fundamentais expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios que ela adota ou dos tratados internacionais em que o Estado brasileiro seja parte.

O próprio Supremo Tribunal Federal já adotou a concepção material dos direitos fundamentais quando reconheceu a natureza de direito fundamental à anterioridade tributária, que, apesar de constar no art. 150, III, b, da Constituição, na parte relativa às limitações do poder de tributar, preenche todas as características acima enumeradas.³⁵

Nesse sentido, os direitos fundamentais são todos os direitos positivados na Constituição que tenham conexão direta ou indireta com a dignidade da pessoa humana, bem como direitos constantes em fontes normativas infraconstitucionais que tem fundamentalidade em razão de serem associados pelo método interpretativo a outros direitos fundamentais previstos na constituição.

1.3.5 Os direitos fundamentais e a construção de uma democracia material

Pode-se perceber que ao estatuir uma complexa sistemática de proteção aos direitos fundamentais, o poder constituinte originário impulsionado pelas forças políticas democráticas decidiu libertar o país do autoritarismo do regime militar, instituindo a obrigação aos poderes públicos e a sociedade em suplantar a mera democracia formal para construir uma democracia material ou substancial, onde nenhuma maioria pode violar os direitos negativos (*status libertatis*), assim como nenhuma maioria pode deixar de satisfazer os direitos sociais (*status positivus*).

Conforme ensina Luigi Ferrajoli:

“la dimensión formal de la democracia política, que hace referencia al quien y al como de las decisiones y que se halla garantizada por las normas formales que

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 939-DF. Sydney Sanches. Brasília. 15.12.1993. Disponível em <http://www.stf.gov.br/noticias> . Acesso em 03/01/2007.

disciplinan las formas de las decisiones, asegurando con ellas la expresión de la voluntad de la mayoría; y la dimensión material de la que bien podría llamarse democracia substancial, puesto que se refiere al qué es lo que no puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría, y que está garantizado por las normas substanciales que regulan la sustancia o el significado de las mismas decisiones, vinculándolas, so pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos por aquélla”³⁶

A Constituição Federal de 1988 assumiu um caráter promocional, de direitos, liberdades e garantias, sobretudo de direitos sociais e culturais, que não são meros instrumentos do governo, mas balizas e diretrizes para os poderes, executivo, legislativo e judiciário, fruto de uma constituição dirigente e programática.

O Estado Democrático de Direito, que tem a legitimação do poder político baseado no povo, onde a criação legislativa é resultante do princípio democrático representativo, não se resume a um ordenamento jurídico que se submete a momentânea vontade da maioria, que em algumas situações esta em posição de franca opressão a minoria, mas sim num Estado que consiga respeitar, efetivar e garantir o núcleo irredutível do ordenamento jurídico que é os direitos fundamentais negativos e positivos.

Passado mais de dezoito anos de constituição, verificou-se que os poderes executivo e legislativo não se comprometeram fielmente com os objetivos e diretrizes estabelecidos pela Constituição Federal, uma vez que sucessivamente esses poderes vem violando direitos fundamentais individuais e coletivos, bem como se omitindo na sua obrigação de efetivar e garantir os direitos fundamentais sociais.

São exemplos desse desrespeito a força normativa da constituição, a falta de regulamentação de cerca de oitenta dispositivos constitucionais, como a lei de greve dos servidores públicos, a edição sucessiva de inúmeras fontes normativas inconstitucionais, a violação dos direitos humanos por parte das autoridades responsáveis pelo controle social formal, a não aplicação das verbas mínimas para educação e as ações e serviços de saúde, a ausência de atuação eficaz na proteção do meio ambiente, o descaso com os povos indígenas, entre outros. Enfim, o aumento de atribuições dos poderes executivo e legislativo em garantir o Estado Social instituído pela Constituição de 1988 não foi rigorosamente acompanhada pelos agentes encarregados destas funções.

Quanto ao poder judiciário, verificou-se nos últimos anos um avanço na teoria dos direitos fundamentais, impulsionada pela criação doutrinária de cunho garantista. Tal

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias. La ley del mas débil*. Madrid: Trotta, 2001. p.23.

evolução se inclinou em frear a atuação do Estado na violação dos direitos e garantias individuais, e bem recentemente as primeiras medidas de concretização judicial de direitos fundamentais sociais, cuja juridicização ainda está em construção, tendo em vista que boa parte dos juristas ainda reluta em afirmar o caráter programático desses direitos positivos.

Nesse diapasão, desejando que os direitos fundamentais sociais não sejam concebidos apenas como promessas de amor, em que os amantes declaram quando sabem que não podem cumpri-las³⁷, se torna necessário abordar a definição jurídica dos direitos fundamentais sociais e fornecer uma análise detalhada das teorias existentes sobre a aplicabilidade destes direitos, bem como a construção de uma dogmática consistente e razoável, capaz de possibilitar o respeito, a garantia e a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

³⁷ Conforme enuncia Luiz Alberto Warat: sem mecanismos hábeis os direitos fundamentais são como promessas de amor, aquelas que os amantes formulam quando sabem que não podem cumpri-las. Warat, Luis Alberto. *Apresentação fora das rotinas*. In: ROSA, Alexandre Moraes da Rosa. *Garantismo Jurídico e controle de constitucionalidade material*. Florianópolis: Habitus, 2002, p.13.

CAPÍTULO II

TEORIA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

2.1 Conceito de direitos fundamentais sociais

Os direitos fundamentais sociais são todos aqueles direitos, expressos ou implícitos na constituição, que conferem, ao indivíduo ou a uma coletividade, prestações materiais indispensáveis ao pleno exercício da dignidade humana.

Neste contexto, é preciso destacar três aspectos relevantemente apontados pela doutrina sobre os direitos fundamentais sociais: a) “se o particular tiver meios financeiros suficientes e houver resposta satisfatória do mercado à procura destes bens sociais, ele pode obter a satisfação de suas pretensões prestacionais, através do comércio privado (cuidado de saúde privado, ensino privado)”³⁸; b) são direitos sociais expressa ou implicitamente estabelecidos na Constituição, que do ponto de vista constitucional são posições tão importantes que sua outorga ou não outorga não pode ficar ao alvedrio da simples maioria parlamentar³⁹; c) os direitos sociais se destinam a garantir a dignidade da pessoa humana em sua integralidade, sendo que a insatisfação desta categoria de direitos pode trazer um prejuízo a vida, a integridade física ou ao pleno desenvolvimento da personalidade.

Conforme Paulo Gilberto Cogo Leivas, os direitos fundamentais sociais se definem da seguinte forma:

³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5º ed. Coimbra: Livraria Almedina. 2002. p. 406.

³⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales. Tercera reimpresión, 2002. p. 494.

Apresento a minha definição de direitos fundamentais sociais: eles são em sentido material, direitos a ações positivas fáticas, que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-las de particulares, porém, na ausência destas condições e, considerando a importância destas prestações, cuja outorga ou não outorga não pode permanecer nas mãos da simples maioria parlamentar, podem ser dirigidas contra o Estado por força de disposição constitucional.⁴⁰

Realizada a definição jurídica de direitos fundamentais sociais, passa-se a análise das teorias que existem sobre estes direitos.

2.2 Teorias explicativas sobre a efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo poder judiciário

A teoria jurídica sobre os direitos fundamentais sociais se apresenta como um tema complexo, ideológico e muito polêmico, uma vez que a concretização judicial de direitos fundamentais sociais frente à omissão dos poderes executivo e legislativo informa uma tensão máxima entre os poderes, a qual necessita de um suporte teórico consistente, capaz de dar ao operador jurídico as ferramentas hábeis para a realização efetiva dos direitos sociais estabelecidos na Constituição Federal.

Entretanto, para que seja possível o desenvolvimento de uma teoria jurídica que de suporte a uma possível efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo poder judiciário, se torna necessário o exame acerca das teorias existentes sobre o caráter obrigacional dos direitos fundamentais.

A abordagem terá a seguinte seqüência: a) primeiramente, se registra a argumentação da *eficácia enunciativa ou declaratória* destes direitos, que afirma serem direitos incapazes de fundamentar obrigações jurídicas; b) depois, passa-se a análise para uma teoria um pouco mais evoluída na questão do caráter obrigacional das normas de direitos fundamentais sociais, que vincula-se ao grau de determinação de cada uma dessas normas, isto é, parte do pressuposto que somente os direitos fundamentais sociais expressos em regras claras, detalhadas e bem definidas é que podem criar obrigações jurídicas e serem aplicadas imediatamente ao caso concreto. As demais normas de direitos fundamentais sociais apenas teriam eficácia jurídica mínima dependente da intermediação dos poderes executivo e legislativo; c) e finalmente, visando superar a doutrina anterior, é que se apresenta a abordagem da teoria dos princípios que concebe uma ordem jurídica

⁴⁰ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006. p. 89.

composta por regras princípios fundamentais, ambos possíveis de fundamentar obrigações jurídicas.

2.2.1 Eficácia jurídica enunciativa ou declaratória

Até pouco tempo atrás, alguns autores defendiam que as normas definidoras dos direitos fundamentais sociais seriam destituídas de força jurídica capaz de satisfazer dada pretensão, sendo encaradas apenas como recomendações aos poderes executivo e legislativo, mas não obrigações com força impositiva.

George Marlmestein de Lima, criticando veemente às doutrinas que defendem a inexigibilidade dos direitos sociais, por serem declarações destituídas de força normativa, cita como demonstração de falta de compromisso na efetividade das normas constitucionais, a passagem de José Cretella Júnior:

“A posição concretizada na regra ordinária civil “todo direito corresponde uma ação que o assegura”, (CC artigo 75), é válida apenas para a relação jurídica em que as partes são reciprocamente credoras e devedores de direitos e obrigações. Na regra jurídica constitucional que dispõe que “todos tem direitos e o Estado tem dever”- de educação, saúde-, na realidade, “todos não tem direito”, porque a relação jurídica entre o cidadão-credor e o Estado-devedor não se fundamenta em vinculum iuris gerador de obrigações, pelo qual falta ao cidadão o direito subjetivo público oponível ao estado, de exigir, em juízo, as prestações prometidas, a educacional e a da saúde, a que o estado se obrigara, por proposição ineficaz dos constituintes, pelos representantes do povo. O estado deve, mas o debet tem conteúdo ético, apenas, conteúdo que o bonus administrador procurará proporcionar a todos, embora a tanto não seja obrigado”.⁴¹

Desse modo, para alguns autores administrativistas os direitos fundamentais sociais não seriam direitos, mas apenas declarações com eficácia meramente enunciativa, cujo conteúdo moral é incapaz de produzir pretensões jurídicas concretas frente ao Estado. Ricardo Lobo Torres, por exemplo, contrariando o processo internacional de evolução histórica dos direitos fundamentais, nega aos direitos sociais o status de direitos fundamentais, embora reconheça um direito ao mínimo existencial⁴².

Há também alguns autores, que reconhecem o caráter jurídico dos direitos sociais, mas defendem que em razão destas normas terem um conteúdo indeterminado e uma estrutura normativa sem consistência, não são exigíveis judicialmente, uma vez que necessitam de densificação normativa pelo legislador. Segundo Böckenförde, a pretensão

⁴¹ CRETELA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 1988.p 884.

⁴² Ricardo Lobo Torres. *A cidadania multidimensional na era dos direitos*. In: TORRES, Ricardo Lobo. (org). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar. p. 282-294.

constitucional dos direitos sociais é tão genérica que não podem produzir pretensões jurídicas concretas pela via da interpretação⁴³.

Em 1996, em decisão manifestamente contrária aos dispositivos da Constituição Federal de 1988, o Superior Tribunal de Justiça acatou no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 6564/RS, a tese de que os direitos sociais são apenas declarações de boas intenções:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LIQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. Direito líquido e certo, para efeito de concessão de segurança, é aquele reconhecível de plano e decorrente de lei expressa ou de preceito constitucional, que atribua, ao impetrante, um direito subjetivo próprio. Normas constitucionais meramente programáticas - ad exemplum, o direito a saúde - protegem um interesse geral, todavia, não conferem, aos beneficiários desse interesse, o poder de exigir sua satisfação - pela via do mandamus - eis que não delimitado o seu objeto, nem fixada a sua extensão, antes que o legislador exerça o munus de completá-las através da legislação integrativa. Essas normas (arts. 195, 196, 204 e 227 da CF) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não tem força suficiente para desenvolver-se integralmente, "ou não dispõem de eficácia plena", posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar. **Na regra jurídico-constitucional que dispõe "todos tem direito e o estado o dever" - dever de saúde - como afixam os constitucionalistas, "na realidade todos não têm direito, porque a relação jurídica entre o cidadão e o estado devedor não se fundamenta em vinculum juris gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao estado, de exigir em juízo, as prestações prometidas a que o estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes".**⁴⁴

Essa posição doutrinária e jurisprudencial, além de ser francamente minoritária, é afastada pelos defensores do constitucionalismo, tendo em vista que as normas estabelecidas nas constituições dos Estados Democráticos de Direito tem força normativa e são dotadas de eficácia jurídica.

2.2.2 Eficácia jurídica mínima dos direitos sociais anunciados e eficácia jurídica máxima dos direitos sociais detalhados

A busca da adequação do ordenamento jurídico com a Constituição, que é condição de validade para todos os atos normativos, aliado ao crescente reconhecimento de direitos fundamentais nos estados democráticos de direito, exigiram o desenvolvimento de teorias jurídicas que atribuíssem eficácia aos direitos fundamentais.

⁴³ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006. p 92.

⁴⁴ STJ Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 6564/RS (95/0068782-8). Rel. Ministro Demócrito Reinaldo publicado no Diário da Justiça em 17/06/1996, pág. 21448.

Desse modo, com a evolução da hermenêutica constitucional consignou-se que não há normas constitucionais desprovidas de eficácia jurídica, devendo os aplicadores do direito captar os sentidos expressos na constituição e de acordo com os valores e princípios constantes no estatuto jurídico-político, estabelecer o grau de aplicabilidade e alcance das normas definidoras de direitos fundamentais.

Dentre as teorias mais aceitas no Brasil, a tese de José Afonso da Silva sobre a aplicabilidade⁴⁵ das normas constitucionais, foi a que ganhou mais respaldo no Brasil, sendo de grande valia para demonstrar como é traçado o raciocínio jurídico da justicialização de direitos sociais por boa parte dos juristas brasileiros.

Orienta o autor, que as que as normas constitucionais são criadas para reger relações sociais, condutas humanas e que todas estão ali para serem aplicadas e não somente para constar no ordenamento como meras declarações. Disso, se deduz que todas as normas dispostas numa Constituição são dotadas de eficácia, podendo variar em grau, que pode ir de mínima à máxima, mas jamais, alguma, ser destituída dessa qualidade⁴⁶.

Nesse sentido, é relevante anotar que para esta corrente doutrinária, o parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição que determina a aplicabilidade direta e imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, deve ser entendido como uma presunção relativa de aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais, tendo em vista que a análise atenta e detalhada de cada tipo normativo autoriza o aplicador do direito atribuir graus diferentes de aplicabilidade.

Os tipos normativos, que relativizam a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais, demonstram a existência no ordenamento jurídico de um sistema que classifica as normas definidoras de direitos fundamentais em três categorias: a) normas de eficácia plena; b) normas de eficácia contida; c) normas de eficácia limitada.⁴⁷

As normas de eficácia plena têm aplicabilidade direta e imediata, de modo que a partir da vigência, essas normas produzem integralmente os efeitos relativos aos interesses, comportamentos e situações inerentes ao seu tipo normativo. São normas que receberam

⁴⁵ Para José Afonso da Silva “Aplicabilidade significa qualidade do que é aplicável. No sentido jurídico, diz-se da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos.” Os efeitos, serão produzidos se aplicada a norma. Aplicada a norma a um fato real e produzidos seus efeitos, diz-se que a norma se tornou efetiva. Tornou-se efetiva porque possuía as condições de aplicabilidade. SILVA, José. Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 13.

⁴⁶ Idem. p 82 e 83.

⁴⁷ Idem. p 81-87.

do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata, não dependendo da superveniência de leis posteriores regulando a matéria para sua operatividade.⁴⁸

As normas de eficácia contida também têm aplicabilidade direta, imediata e integral, porém podem ter seu alcance restringido pelo legislador ordinário. José Afonso da Silva explicita com exatidão as normas de eficácia contida da seguinte forma:

[...] I – são normas que, em regra, solicitam intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura; mas o apelo ao legislador ordinário visa a restringir-lhe a plenitude da eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que dela decorrem para os cidadãos, indivíduos ou grupos; II – Enquanto o legislador ordinário não expedir a norma restritiva, sua eficácia será plena [...]; III – São de aplicabilidade direta e imediata, visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam; IV – Algumas dessas normas já contêm um conceito ético juridicizado (bons costumes, ordem pública etc.), com valor societário ou político a preservar, que implica a limitação de sua eficácia; V – Sua eficácia pode ainda ser afastada pela incidência de outras normas constitucionais, se ocorrerem certos pressupostos de fato (estado de sítio, por exemplo)⁴⁹.

Portanto, as normas de eficácia contida incidem imediatamente, independentemente da superveniência de legislação integrativa. Contudo, a estrutura normativa destas normas prevê meios e conceitos que permite restringir ou conter o seu alcance dentro de um limite razoável.

Por sua vez, as normas de eficácia limitada têm aplicabilidade indireta e mediata, isto é, dependem de superveniente integração legislativa para que tenham capacidade de execução. Segundo José Afonso da Silva, a estrutura normativa desta categoria não contém força normativa suficiente para aplicação direta e imediata⁵⁰.

A doutrina aponta que tais normas não são desprovidas de eficácia, pois, mesmo que não seja possível a aplicabilidade direta e imediata aos fatos que pretendem regular, ainda tem uma eficácia jurídica mínima que pode ser dividida em dois tipos: a) força paralisante; b) força impeditiva. A força paralisante indica que a norma constitucional de eficácia limitada paralisa todas as normas ordinárias anteriores incompatíveis com ela, pelo fenômeno da não recepção. A força impeditiva quer dizer que as normas de eficácia limitada impedem a criação de normas ordinárias contrárias a ela, bem como afunilam a discricionariedade da administração pública na escolha das políticas públicas.

⁴⁸ Ibidem. 82 e 101.

⁴⁹ Ibidem. p 104 e 105.

⁵⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros. 2001.p 123.

Para garantir a força paralisante, o poder constituinte instituiu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, enquanto para garantir a força impeditiva o poder constituinte estabeleceu a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Ação e por Omissão, bem como o Mandado de Injunção. Alias, segundo a doutrina defensora desta classificação, este último instrumento constitucional é um forte indício da existência de normas de eficácia limitada no texto constitucional.

Segundo José Afonso da Silva, essa categoria de normas pode ser dividida em dois grupos: a) normas de princípio institutivo e; b) normas de princípio programático. As primeiras são aquelas que contêm esquemas gerais destinadas à instituição de órgãos e entidades, necessitando do legislador ordinário para lograrem êxito. Já as normas de princípio programático são aquelas que traçam os compromissos a serem cumpridos pelos poderes legislativo, executivo, judiciário. Tais normas estabelecem obrigações aos poderes na formulação de políticas públicas ou programas de governo para atingir os fins sociais do Estado.

Desse modo, a elucidação acerca da teoria sobre a aplicabilidade das normas constitucionais que tripartite as normas em eficácia plena, contida e limitada permite ao operador jurídico saber como é traçado o raciocínio da justicialidade dos direitos sociais para boa parte da doutrina e jurisprudência nacional.

Aplicando a teoria da aplicabilidade tripartite aos direitos fundamentais sociais, o hermeneuta deveria observar a estrutura de cada tipo normativo de direito fundamental social. Se da análise do tipo normativo, o hermeneuta identificar um direito social apenas anunciado pela Constituição Federal, estará em frente a uma norma de eficácia limitada de princípio programático, necessitando de intervenção legislativa e administrativa para concretização judicial. Se o hermeneuta identificar um direito social detalhado estará em frente a uma norma de eficácia plena.

Nesse sentido, os direitos sociais apenas anunciados na constituição, como por exemplo o direito a moradia, o trabalho, o lazer, a segurança, entre outros, conferem ao legislador maior espaço para tratar da matéria, bem como traduzem maior discricionariedade aos poderes na escolha das políticas públicas destinadas a efetivar estes direitos.

Contudo, os direitos sociais detalhados como a educação fundamental, a saúde, os direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais previstos no artigo 7º da Constituição

Federal, incidem direta e imediatamente não podendo ter seu enunciado reduzido pelo legislador ordinário, bem como vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário que estão obrigados a aplicar e concretizar essas normas. A estrutura normativa dessas normas são suficientemente completas para limitar a discricionariedade administrativa e legislativa e permitir a concretização judicial desses direitos sociais.

Portanto, segundo essa doutrina, ao verificar a aplicabilidade de uma norma definidora de direito fundamental social, o operador jurídico tem que fazer uma análise detalhada acerca da estrutura normativa de cada direito social.

No entanto, a adoção dessa teoria revela três problemas: a) a maioria dos direitos fundamentais sociais sempre terão eficácia jurídica mínima; b) não haveria sentido atribuir ao §1º do artigo 5º da Constituição Federal a noção de presunção relativa de aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais; c) a contrariedade aos princípios da moderna hermenêutica constitucional como o princípio da unidade da constituição que impede o operador jurídico de interpretar as normas constitucionais de forma isolada das demais normas constitucionais (interpretação em tiras conforme comentário de Eros Grau), bem como inobserva o princípio da máxima efetividade que confere ao aplicador do direito a interpretação que de mais eficácia a Constituição.

2.2.3 A teoria dos princípios aplicada aos direitos fundamentais sociais

Visando uma solução que supere a teoria da eficácia jurídica mínima aos direitos fundamentais sociais, é que se mostra relevante a abordagem sobre a teoria dos princípios desenvolvida por Ronald Dworkin e Robert Alexy, uma vez que os direitos fundamentais encontram-se protegidos amiúde por meio de princípios constitucionais.⁵¹

A teoria dos princípios parte do pressuposto de que as normas jurídicas podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípios e as normas-disposição.

As normas-disposição, também referidas como regras, por ter um grau de generalidade relativamente baixo têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas tipo princípio têm normalmente maior teor de abstração e generalidade, contendo exigências ou *standards* que em primeira linha (*prima facie*) devem ser efetivados.

⁵¹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006. p 28.

Conforme Robert Alexy, não existe apenas uma diferença gradual entre regras e princípios, mas sim uma diferença qualitativa e lógica, no sentido de que os princípios são mandamentos de otimização, isto é, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Contudo as regras são normas que podem ou não ser cumpridas de maneira disjuntivas (dimensão do tudo ou nada). Elas contêm determinações no âmbito fático e juridicamente possíveis de modo que ou são aplicadas de modo completo ou não são de modo absoluto aplicadas. A impossibilidade fática ou jurídica de sua aplicação conduz a sua invalidez, e, com isso à exclusão da ordem jurídica, salvo se for possível a introdução de uma cláusula de exceção por uma outra regra ou com base em um princípio.⁵²

Nesse sentido, eventual colisão entre as normas-disposição causa a antinomia que compromete a validade de uma das normas, devendo tal colisão ser resolvida pelos critérios da hierarquia (*lex superior derogat legi inferiori*), da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*) e da cronologia (*lex posterior derogat legi priori*).

No entanto, a colisão entre princípios não leva a antinomia, tendo em vista que são normas que possuem vários graus de satisfação. Em razão disso, é possível a coexistência dos princípios opostos por meio da concordância prática ou na impossibilidade desta, soluciona-se a colisão através da cedência de um dos princípios em conflito em virtude da dimensão de peso e importância do outro, mas nunca a invalidação de um deles.⁵³

A forma de solução de conflitos entre princípios demonstra que ainda que estas normas contenham expressões deonticas⁵⁴ como um mandado, a permissão e a proibição, eles não refletem mandados definitivos, mas somente conferem direitos *prima facie*, tendo em vista que carecem de conteúdo determinado com respeito aos princípios e regras contrapostos. Desse modo, a determinação do direito fundamental definitivo protegido pelo princípio exige uma investigação das restrições a este princípio com base em outros princípios jusfundamentais ou em regras estatuídas direta ou indiretamente pela constituição⁵⁵.

⁵² Idem.. p 39.

⁵³ . CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5º ed. Coimbra: Livraria Almedina. 2002. p. 1145.

⁵⁴ Tanto os princípios como as regras são espécies de normas que portanto contem mandamentos que pertencem ao âmbito deontológico, ao qual vincula-se ao conceito de dever ser.

⁵⁵ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006. p 59.

Neste contexto, todos os princípios constitucionais que fundamentam os direitos sociais são direitos *prima facie*, que ordenam a otimização de seus conteúdos considerando as possibilidades fáticas (por exemplo, a existência de recursos financeiros disponíveis) e jurídicas (por exemplo, princípios formais e materiais colidentes)⁵⁶.

Para que seja possível a concretização judicial dos direitos fundamentais sociais que se apresentam protegidos por meio de princípios constitucionais, o aplicador do ordenamento jurídico deve seguir um método razoável que considere todas as realidades fáticas e jurídicas opostas à realização do direito. Nesse sentido, é que se registra a afirmação de J.J. Gomes Canotilho:

“Os direitos consideram-se direitos *prima facie* e não direitos definitivos, dependendo a sua radicação subjetiva definitiva da ponderação e da concordância feita em face de determinadas circunstâncias concretas. O *tatbestand* (o domínio normativo) de um direito é também sempre, em primeiro lugar, um domínio potencial, só se tornando um domínio actual, depois de averiguação das condições concretamente existentes.”⁵⁷

A doutrina moderna aponta duas formas de concreção de um princípio sem descaracterizar as restrições fáticas e jurídicas existentes. Uma solução é a concordância prática dos princípios, formulada por Konrad Hesse, e a outra, é a solução pela dimensão de peso ou importância, formulada por Robert Alexy. Ambas as formas são materializadas através do preceito da proporcionalidade *latu sensu*, que será o método razoável para a efetivação ou não de um direito social.⁵⁸

Portanto, a teoria dos princípios⁵⁹ representa uma forma racional de superar a teoria da eficácia jurídica mínima dos direitos sociais anunciados que atribuí a estes direitos apenas uma eficácia limitada de princípio programático, dependente sempre da não ocorrência de omissão constitucional.

⁵⁶ Idem. p 28.

⁵⁷ CANOTILHO. Op cit. p. 1255.

⁵⁸ Idem. p. 1209 e 1256.

⁵⁹ O Supremo Tribunal Federal, inclusive, vem abandonando gradativamente a posição de terem caráter programático as normas constitucionais de direito fundamentais sociais para a adoção de uma posição semelhante a teoria dos princípios. Isto vem representado pela análise detalhada da decisão na ADPF nº 45 de 30.04 de 2004, no AGRG em Recurso Extraordinário de 24.11.2005 e ainda no AGREG em Recurso Extraordinário 436.996-6/SP de 3.02.2006. Nos duas primeiras decisões o STF se posiciona favoravelmente a justicialização de direitos fundamentais sociais argumentando que a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. Já no último julgamento o STF reconhece ser a educação um direito fundamental social justicializável que nas circunstâncias do caso tem peso maior que o princípio da separação dos poderes, que a discricionariedade administrativa e a competência parlamentar na definição das políticas públicas. Portanto neste último julgamento, o STF realizou uma ponderação das normas constitucionais em conflito diante do caso concreto, apontando não haver normas constitucionais absolutas.

De certa forma, a tese da eficácia jurídica mínima segue ainda o modelo da discricionariedade judicial construído por Herbert Hart que sustentava que só havia uma obrigação jurídica quando uma regra determinada no ordenamento impõe tal obrigação. Para ele, o juiz não tem discricionariedade quando esta diante de uma regra clara e estabelecida. Porém, se um caso não está controlado por uma regra clara e estabelecida, o juiz deve decidir mediante a discricionariedade judicial.⁶⁰ Ao contrário de Ronald Dworkin, entende Herbert Hart que os princípios não seriam mandamentos vinculantes ao juiz.

Para Ronald Dworkin não é correta a tese de que o juiz tem discricionariedade para decidir nos casos difíceis. Tanto as regras como os princípios balizam a função do juiz porque ambos fundamentam obrigações jurídicas. No entanto, para que seja possível a efetivação de um princípio, o aplicador da lei deve seguir um método razoável que observe a necessidade e adequação da medida satisfativa do princípio, levando em conta as restrições fáticas e jurídicas existentes no caso concreto. Esse método razoável se denomina Preceito da Proporcionalidade em Sentido Amplo cuja explicação vem detalhada no item seguinte.

2.3 Método razoável de atuação do poder judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais

O seguinte método de atuação do poder judiciário na concretização de direitos fundamentais sociais, não é de modo algum, uma técnica de abertura para uma solução meramente casuística, impressionista, de sentimentos ou desprovida de critérios consistentes. Trata-se de um procedimento científico que abriga o caráter determinante dos princípios de direitos fundamentais sociais, no sentido de realizá-los na maior medida do possível sem desconsiderar eventuais impossibilidades fáticas e a existência de normas constitucionais que conflitem com estes direitos.

⁶⁰ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006. p 31.

2.3.1 Preceito da proporcionalidade em sentido amplo sob o enfoque da Proibição da proteção insuficiente

Os direitos fundamentais estão em posição de permanente tensão com as demais normas estatuídas na constituição em razão do caráter relativo de suas determinações.

Como os princípios que protegem direitos fundamentais são normas *prima facie* que não estabelecem direitos definitivos, só haverá certeza da efetivação de determinado princípio quando se realizar a ponderação razoável por meio da metodologia científica do preceito da proporcionalidade. Dessa forma, o preceito da proporcionalidade é uma exigência metodológica decorrente da essência dos direitos fundamentais.

Dependendo da natureza do direito fundamental, a tensão com outras normas pode estar em maior ou menor grau de intensidade.

Os direitos negativos normalmente têm um grau de intervenção menor do que os direitos positivos, uma vez que estes exigem do Estado amplo processo de formulação das políticas públicas para efetivar as prestações materiais, bem como prevêm um custos mais do que aqueles por demandarem de seus destinatários a abstenção de intervenções (impedimento, prejuízo ou eliminação) em determinados bens protegidos⁶¹.

Quando falamos em direitos de defesa ou direitos negativos, o conflito destes com outras normas do ordenamento jurídico é resolvido pelo preceito da proporcionalidade no sentido da proibição do excesso (*Übermaßverbot*).⁶²

No entanto, quando se trata da colisão de direitos positivos com outras normas expressa ou implicitamente⁶³ constitucionais, o preceito da proporcionalidade é aplicado no sentido da proibição da não suficiência ou proibição da proteção insuficiente (*untermaßverbot*).

Conforme Paulo Gilberto Cogo Leivas, “a proibição da não suficiência exige que o legislador (e também o administrador), se está obrigado a uma ação, não se deixe de alcançar limites mínimos”.

⁶¹ Segundo Paulo Leivas “bens protegidos são ações propriedades ou situações e posições de direito ordinário”. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006. p. 66.

⁶² LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006. p 76.

⁶³ É possível a restrição de normas constitucionais por normas infraconstitucionais desde que haja autorização expressa pela constituição. Quando isso ocorre haverá uma restrição indireta da norma.

Neste sentido, o Estado é limitado de um lado pelos direitos negativos sob a ótica da proibição do excesso, e de outro pelos direitos positivos por meio da proibição da não suficiência.

Seguindo a construção jurídica do Tribunal Constitucional Federal Alemão, o preceito da proporcionalidade em sentido amplo, na ótica da proibição da não suficiência, se divide em três dimensões ou preceitos parciais que condicionam uma medida judicial de satisfação de direito fundamental social: a adequação; a necessidade; e a proporcionalidade em sentido estrito.⁶⁴

2.3.1.1 Preceito da Adequação

A satisfação do preceito da adequação exige a seguinte indagação: a medida destinada a efetivar o direito social é adequada? (é útil?). Se a medida foi adequada e pertinente para satisfação do resultado almejado estará atendido este preceito.

Conforme Paulo Gilberto Leivas,

“Uma medida é adequada no sentido da proibição da não suficiência caso ela seja apta a alcançar ou promover o objetivo exigido pela norma que obriga o estado a agir. Assim para, o cumprimento do princípio P1, verifica-se se o meio M1 é adequado para alcançar o objetivo exigido pelo princípio P1. Caso ele não seja adequado a alcançar o objetivo proposto pelo princípio jusfundamental, ele está proibido e impõe-se que sejam buscados outros meios adequados para a realização do princípio P1”.⁶⁵

Nesse contexto, para satisfazer um princípio constitucional que protege um direito fundamental social o aplicador da lei deve reunir argumentos e elementos suficientes para demonstrar o acerto do resultado almejado.

George Marlmestein de Lima exemplifica dizendo que não seria adequada uma medida que proibisse o consumo de bebidas alcoólicas no carnaval com a finalidade de

⁶⁴ Paulo Leivas informa que “Alexy utiliza o conceito de preceito de proporcionalidade e alerta quanto ao erro de chamá-lo de princípio da proporcionalidade uma vez que os três preceitos tem características de regras e não de princípios. “A adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito não são ponderadas frente a algo diferente. Não é que algumas vezes tenham procedência e outras não. O que se pergunta é se os preceitos parciais são satisfeitos ou não e se sua não satisfação tem como consequência a ilicitude. Portanto, os três preceitos tem que ser catalogados como regras”. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006. p. 47.

⁶⁵ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006. p 77.

diminuir os casos de disseminação do vírus da AIDS, uma vez que não há comprovadamente uma relação de causa e efeito entre o álcool e o vírus da AIDS.⁶⁶

Então, o aplicador da lei deverá demonstrar empiricamente o acerto e a eficácia da medida destinada a concretizar o direito social, sob pena de estar sob a reserva da consistência pela inadequação do meio escolhido.

A reserva da consistência denota na necessidade de exposição pelo julgador de elementos empiricamente aceitáveis que demonstrem o acerto do resultado que se pretende alcançar.

Jaqueline Michels Bilhalva ensina que:

Além do elemento contextual as interpretações normativas devem também levar em conta os valores e os fatos envolvidos no processo interpretativo, devendo o julgador valer-se amplamente de dados empíricos fornecidos por ciências não-jurídicas, desde que relevante na ótica já mencionada de Friederich Muller, devendo estes dados ostentarem aptidão para conferirem legitimidade ao resultado da interpretação a fim de testar a consistência das premissas eleitas na argumentação. Em última análise, o recurso a elementos não-textuais conferirá racionalidade ao resultado da interpretação desde que por um lado viabilize a apreensão adequada e completa do contexto relevante para a solução do caso submetido à concretização jurisdicional e que por outro lado preserve a unidade da Constituição.⁶⁷

Desse modo, a reserva da consistência poderá impedir o juiz de efetivar normas constitucionais que demandem a elaboração de políticas públicas de certa complexidade quando não houver carga de argumentação suficiente que demonstre empiricamente o acerto da decisão, tendo em vista que haverá dúvida sobre a adequação da medida utilizada.

Seria, por exemplo, inadequada uma medida judicial que obrigasse o poder público a fornecer um medicamento ineficaz a um paciente ou determinasse que o SUS arcasse com uma cirurgia imprópria ao tratamento de uma dada doença.⁶⁸

De certa forma, a adequação leva ao juiz requisitar informações as entidades públicas ou privadas com a finalidade de decidir a matéria do modo mais correto possível. Essa atitude permite maior democratização na atividade jurisdicional uma vez que a

⁶⁶ LIMA, George Marmelstein. *Efetivação do Direito Fundamental à Saúde pelo Poder Judiciário*. Brasília. Tese de Especialização, Universidade de Brasília. 2003. p. 36.

⁶⁷ BILHALVA, Jaqueline Michels. *A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2005. p. 138.

⁶⁸ LIMA, George Marmelstein. *Efetivação do Direito Fundamental à Saúde pelo Poder Judiciário*. Brasília. Universidade Federal de Brasília: Tese de Especialização, 2003. p. 35.

ampliação da participação de setores da sociedade no processo, além de contribuir para aumentar as chances de acerto da medida tomada, coopera para uma interpretação pluralista e procedimental da constituição.

2.3.1.2 Preceito da Necessidade

Haverá satisfação do preceito da necessidade, sob a ótica da proibição da não-suficiência, caso não haja outro meio disponível menos invasivo dos bens e valores constitucionalmente protegidos que atinja ao mesmo fim almejado.

Paulo Gilberto Cogo Leivas ensina que o preceito da necessidade exige um exame comparativo. Registra o autor que:

Uma medida não é necessária, no sentido da proibição da não-suficiência caso, por outro meio, é alcançado em igual, ou maior medida a realização do objetivo exigido pela norma que obriga o Estado a agir, porém posições jusfundamentais colidentes são atingidas menos fortemente. Portanto, existindo ao lado do meio M1, o meio M2, e ambos são adequados no sentido da proibição da não-suficiência, ou seja, ambos os meios são aptos em igual medida para alcançar a realização do princípio jusfundamental P2, então o preceito da necessidade proíbe a utilização do meio M1.⁶⁹

Assim, dentre as opções existentes o agente concretizador do direito fundamental social deve se ater ao meio menos agressivo ou menos oneroso quando todos eles são capazes de alcançar o resultado exigido pelo princípio. Por exemplo, não será necessária a medida judicial que determina que um tratamento médico seja feito no exterior com altos custos financeiros quando é perfeitamente possível a sua realização no Brasil sem prejuízo a saúde do enfermo.

2.3.1.3 Preceito da Proporcionalidade em sentido estrito

A proporcionalidade em sentido estrito consiste em uma regra de ponderação onde se realizara o contrabalanceamento dos princípios colidentes.

O preceito da proporcionalidade em sentido estrito exige uma aferição em concreto do peso dos princípios em conflito, de modo que se os benefícios gerados por um princípio X são maiores ou sobrevalem aos prejuízos causados no princípio Y, a medida satisfativa

⁶⁹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006. p 78.

do princípio X será proporcional em sentido estrito sob a ótica da proibição da não-suficiência.

Desse modo, para exata aferição da ponderação entre os benefícios e os prejuízos dos princípios colidentes, o magistrado deve primeiro examinar o grau de não realização ou prejuízo de um princípio e depois comprovar a importância da realização do princípio em sentido contrário. E por fim, o magistrado verificará se a importância da realização do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não realização do princípio a ser efetivado.⁷⁰

Paulo Gilberto Cogo Leivas exemplifica a satisfação deste preceito da seguinte forma:

[...] sendo o meio M2 adequado e necessário, procede-se a uma análise quanto ao grau de satisfação do princípio P1, o que pode ser feito utilizando-se a escala triádica de intensidade (leve, média e grave). Verifica-se, a seguir, também por meio da escala triádica, o grau de afetação ou não satisfação que o meio M2 provoca no princípio P2. Se M2 prejudica a satisfação do princípio colidente P2 de modo grave e ele satisfaz o princípio P1 de modo médio ou leve, então o meio M2, apesar de adequado e necessário esta proibido no sentido da proibição da não-suficiência. Nessa situação, outros meios (M3, M4, M5 ...Mn) que promovam a realização do princípio P1 devem ser buscados)⁷¹.

Para Robert Alexy, a realização de um princípio em prejuízo de outro, exige a formação de escalas de intervenção e graus de importância. Sugere o autor, que as escalas estão graduadas no grau leve, médio e grave.

Por exemplo, a determinação judicial obrigando o Estado a fornecer um determinado medicamento a um paciente enfermo, configuraria uma intervenção de grau médio, no princípio da separação dos poderes e na discricionariedade administrativa da escolha das políticas públicas. Entretanto, o risco de prejuízos a posições jusfundamentais da pessoa enferma, como a vida, a integridade física, ou a própria saúde na sua integralidade, poderá em vista do caso concreto ser alto. Desse modo, o grau de importância da intervenção poderia ser classificado como alto. Nessa perspectiva, o grau de importância alto da proteção às posições jusfundamentais justificaria a intervenção média no princípio da separação dos poderes e na discricionariedade administrativa.

Importante se faz destacar que o juízo de ponderação não deve considerar abstratamente o peso dos princípios em conflito, já que a essência das normas tipo princípio evidencia que não há uma relação de precedência absoluta, pois é necessário a

⁷⁰ Idem. p 49.

⁷¹ Ibidem. p. 78.

consideração das circunstâncias do caso concreto e estabelecer uma relação de precedência condicionada. Neste sentido, sob determinadas condições do caso, o princípio X tem precedência sobre o princípio Y. Sob outras circunstâncias, o princípio Y possui precedência sobre o princípio X⁷².

2.3.1.4 Resultados possíveis da aplicação do preceito da proporcionalidade em sentido amplo

Assim, somente depois de verificado sob as condições do caso concreto os três preceitos parciais da proporcionalidade em sentido amplo é que se poderá saber se o princípio constitucional que protege um direito fundamental social será efetivado definitivamente ou não.

Paulo Gilberto Cogo Leivas leciona que aplicado sob as circunstâncias do caso concreto os três preceitos da proporcionalidade em sentido amplo, poderá surgir três situações: a) nenhum meio é exigido definitivamente; b) somente um meio satisfaz os requisitos e é então exigido definitivamente. C) vários meios satisfazem os requisitos requeridos.⁷³

Quando nenhum meio é exigido definitivamente, resta à conclusão que sob as circunstâncias de determinado caso concreto o princípio de proteção cede espaço as restrições que tenham dimensão de peso e importância maior que aquele.

No entanto, quando somente um meio satisfaz os três preceitos parciais da proporcionalidade, então o princípio que protege o direito fundamental social é exigido definitivamente.

Contudo, poderá ocorrer à possibilidade de existir mais de um meio que satisfaça os preceitos parciais da proporcionalidade. Desse modo, como os princípios são mandamentos de otimização que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das restrições fáticas e jurídicas, a escolha do meio poderá seguir dois critérios: a) maximização da intensidade de assistência; b) maximização da proporção entre intensidade de assistência e intensidade de prejuízo.⁷⁴

⁷² Ibidem. p. 51.

⁷³ Idem 79.

⁷⁴ Idem. p 80.

No primeiro critério, elege-se aquele meio que traz mais satisfação ao princípio que impõe a obrigação de efetivação do direito fundamental social, sem levar em conta os princípios colidentes, uma vez que já foram satisfeitos os preceitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O critério da maximização entre intensidade de assistência e intensidade de prejuízo é um critério mais complexo, porque exige uma segunda ponderação que verifique a intensidade da satisfação dos preceitos proporcionais, bem como a intensidade de prejuízo destes aos princípios colidentes.

Paulo Leivas, embora critique este último critério, registra que a solução pela maximização da proporção entre intensidade de assistência e intensidade de prejuízo necessita de uma ponderação de segundo nível que pode ser feita sob dois sub-critérios:

“O primeiro critério é o da diferença absoluta entre intensidade da assistência e intensidade de prejuízo. Essa diferença é determinada mediante a mera subtração do valor da intensidade do prejuízo pela intensidade da assistência, o que pressupõe a fixação de valores numéricos para os graus de assistência e prejuízo. A escolha recairá sobre o meio que resultasse, após a operação subtrativa, com maior valor absoluto. Por exemplo, para o meio M1, o resultado é 50 (=100-50, sendo 100 para assistência e 50 para prejuízo); para M2, é igualmente 50 (=80-30); para M3, 70 (=75-5) e para M4 17 (=20-3). M3 seria o escolhido definitivamente. [...] O segundo critério é o do cociente de intensidade entre assistência e prejuízo, elegendo-se o cociente de maior valor. Exemplo, para M1, seria 2:1 (=100:50); M2, em torno de 2,7:1 (=80:30); M3 15:1 (=75:5) e para M4 em torno de 7:1 (=20:3). M3 com o maior cociente, seria exigido de modo definitivo.”⁷⁵

O problema é que a maximização da proporção entre intensidade de assistência e intensidade de prejuízo transforma o preceito da proporcionalidade em um cálculo matemático. Haveria grandes dificuldades de metrificar com exatidão os princípios que regem as relações humanas. Desse modo, é mais aconselhável à utilização apenas do primeiro critério que é a maximização de intensidade e assistência já que não necessita de uma complexa ponderação de segundo nível.

2.4 A Concordância prática e a dimensão de peso e importância: Considerações finais

Parte da doutrina e jurisprudência nacional que conferem o status normativo aos princípios solucionam as eventuais colisões entre eles por meio da dogmática da

⁷⁵ Ibidem. p. 81.

concordância prática, desenvolvida originalmente por Konrad Hesse, para preservar a aplicabilidade dos princípios em conflito. Porém, na impossibilidade da cedência de um deles aplica-se a teoria da dimensão de peso e importância formulada por Robert Alexy.

A concordância prática, concebida como pressuposto lógico do princípio da unidade constitucional, geralmente é utilizada para resolver problemas referentes à colisão de direitos fundamentais. Segundo essa dogmática, os direitos fundamentais e valores constitucionais deverão ser harmonizados, em exame, por meio de juízo de ponderação que vise preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionais protegidos.

Ingo Wolfgang Sarlet comenta a concordância prática da seguinte forma:

Em rigor, cuida-se de processo de ponderação no qual não se trata da atribuição de uma prevalência absoluta de um valor sobre outro, mas, sim, na tentativa de aplicação simultânea e compatibilizada de normas, ainda que no caso concreto se torne necessária a atenuação de uma delas.⁷⁶

Com base no que foi registrado acerca da teoria dos princípios e do preceito da proporcionalidade em sentido amplo é perceptível que tanto a concordância prática como a dogmática da dimensão de peso e importância se caracterizam por serem formas elegidas pela doutrina para a solução de conflitos entre os princípios, de modo que ambas as formas são alcançadas através do preceito da proporcionalidade em sentido amplo.

George Marlmestein de Lima perfilha do seguinte entendimento:

Duas soluções foram desenvolvidas pela doutrina (estrangeira, diga-se de passagem) e vêm sendo comumente utilizada pelos Tribunais. A primeira é a da concordância prática (Hesse); a segunda, a da dimensão de peso ou importância (Dworkin). A par dessas duas soluções, aparece, em qualquer situação, o princípio da proporcionalidade como “meta-princípio”, isto é, como “princípio dos princípios”, visando, da melhor forma, preservar os princípios constitucionais em jogo. O próprio HESSE entende que a concordância prática é uma projeção do princípio da proporcionalidade. A nosso ver, essas duas soluções (concordância prática e dimensão de peso e importância) podem e devem ser aplicadas sucessivamente, sempre tendo o princípio da proporcionalidade como “parâmetro”: primeiro, aplica-se a concordância prática; em seguida, não sendo possível a concordância, dimensiona-se o peso e importância dos princípios em jogo, sacrificando, o mínimo possível, o princípio de “menor peso”.⁷⁷

A linha de raciocínio desenvolvida neste trabalho indica que a dimensão de peso e importância alcançada pelo preceito da proporcionalidade em sentido amplo é tão abrangente que abarca a teoria da concordância prática, uma vez que admite naturalmente

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.p. 121.

⁷⁷ LIMA, George Marlmestein de. *A hierarquia entre princípios e a colisão de direitos fundamentais*. In. Revista independente do Ministério Público, n.5, Fortaleza, 2001.p. 5.

duas possibilidades: a) a cedência recíproca dos princípios em conflito permitindo a preservação da aplicabilidade dos dois ao caso concreto; b) a decisão em favor de um princípio em detrimento do outro pelas escalas de intensidade de intervenção e graus de importância.

Portanto, constatando que os direitos fundamentais são protegidos por meio de princípios, é possível afirmar que a estrutura normativa destes direitos positivos não é empecilho para a concretização judicial subsidiária, uma vez que mandamentos de otimização ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível considerando as restrições fáticas e jurídicas.

Desse modo, mesmo que os princípios não confirmem direitos fundamentais definitivos, será viável a sua efetivação pelo poder judiciário, por meio de um método razoável que se exterioriza pela dogmática do preceito da proporcionalidade em sentido amplo sob a ótica da proibição da não suficiência.

CAPÍTULO III

RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO DIREITO DE GRANDE IMPORTÂNCIA

De acordo com o que foi registrado nos capítulos anteriores, os direitos fundamentais sociais são garantidos por intermédio de princípios constitucionais, os quais não estabelecem uma relação de precedência absoluta.

Para que haja um direito subjetivo definitivo a uma prestação material é preciso examinar a existência das restrições fáticas e jurídicas existentes, que sob o exame do caso concreto e pela aplicação do preceito da proporcionalidade em sentido amplo podem prevalecer ou não sob os direitos fundamentais sociais.

Antes de observar as restrições frequentemente apontadas pela doutrina que possam ensejar a não realização do direito fundamental social é preciso demonstrar uma noção do que seja uma restrição.

3.1 Noção de restrições a direitos

Partindo do pressuposto que os direitos sociais não estabelecem desde logo direitos definitivos, as restrições devem ser compreendidas como posições jurídicas, expressamente ou implicitamente constitucionais⁷⁸, que sejam externas ao tipo normativo e que se satisfeitas segundo um juízo de ponderação podem impedir no caso concreto a realização de um direito fundamental social.

3.2 Classificação das restrições a direitos

Existem, na doutrina, duas teorias acerca das restrições a direitos fundamentais. a) teoria interna; b) teoria externa das restrições;

A teoria interna pressupõe que os direitos fundamentais são definitivos. O aplicador do direito, segundo a teoria interna, deve investigar o conteúdo do tipo

⁷⁸ Se há uma restrição expressa na constituição pode-se dizer que existe uma restrição diretamente constitucional. No entanto, se uma norma infraconstitucional restringe o direito fundamental social por intermédio de uma autorização da constituição estar-se-ia diante de uma restrição indiretamente constitucional.

normativo e observar se na sua própria estrutura haveria algum óbice ao reconhecimento completo do direito fundamental.

Neste contexto, a restrição no âmbito da teoria interna não deve ser propriamente entendida como restrição, mas sim como limite. Conforme Paulo Gilberto Cogo Leivas, esses limites são também chamados de restrições imanentes ao tipo normativo⁷⁹. Desse modo, como a teoria interna parte da existência de direitos fundamentais definitivos, não haveria possibilidade da existência de ponderação destes direitos com outras normas.

Já pela teoria externa, o aplicador do direito observa se existe no ordenamento jurídico um tipo normativo que ordene uma ação ou omissão a ser realizada *prima facie*. Reconhecendo o direito jusfundamental *prima facie* o hermeneuta deve averiguar se existe no ordenamento jurídico, outras normas que possam restringir a satisfação do direito fundamental. Neste sentido, havendo a existência de normas restritivas, o aplicador do direito aplicará o preceito da proporcionalidade em sentido amplo para saber se existe ou não um direito fundamental definitivo⁸⁰.

Portanto, na linha deste trabalho entende-se que somente a teoria externa das restrições é compatível com o caráter *prima facie* dos princípios.

3.3 Alcance do tipo normativo dos direitos fundamentais sociais e sua relação com as restrições a direitos

Tomando posição pela teoria externa das restrições é imprescindível determinar o alcance do tipo normativo de determinado direito fundamental social para que se examine respectivamente o alcance da restrição àquele direito.

Segundo a doutrina há duas teorias: a) teoria estreita do tipo normativo; b) teoria ampla do tipo normativo.

Pela teoria estreita do tipo normativo deve se compreender o direito fundamental social estritamente, excluindo desde o início algumas prestações que a primeira vista podem se mostrar desprovidas de necessidade de proteção.

⁷⁹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006. p 62.

⁸⁰ Idem. p 62 e 63.

Registra Paulo Leivas a explicitação prática da adoção da teoria estreita pelo hermenêuta: “Por exemplo, o direito fundamental a saúde só compreende a assistência médica de emergência e atendimentos básicos de saúde. Ou ainda o direito fundamental a educação compreende tão somente a educação fundamental”⁸¹

No contexto da teoria estreita do tipo normativo, o direito fundamental social contém um alcance desde o início menor. Desse modo, seria mínima a necessidade de restrições.

Por sua vez, a teoria ampla do tipo normativo tem uma compreensão extensiva do direito fundamental social, de modo que se inclui *prima facie* no âmbito de proteção do tipo normativo até aquelas prestações positivas de menor importância. Neste diapasão, como na teoria ampla o direito fundamental social é interpretado amplamente, abarcando um número maior de prestações, haverá a necessidade de maiores restrições que possam informar no caso concreto a desnecessidade da medida.

Seguindo a teoria ampla do tipo normativo é possível afirmar que o Estado não está obrigado apenas a prestar os direitos fundamentais ligados ao conceito de mínimo existencial⁸². Em princípio, o Estado deveria prestar os direitos fundamentais sociais na maior medida do possível considerando todas as restrições existentes no ordenamento jurídico. Desse modo, somente diante do caso concreto poderia se afirmar através do preceito da proporcionalidade em sentido amplo se o direito fundamental social seria satisfeito definitivamente ou não.

Por estar consonante com o caráter de ser dos princípios, no sentido de mandados de otimização, se toma posição pela teoria ampla do tipo normativo e teoria ampla das restrições.

Dessa forma, em virtude de serem necessária restrições em larga medida aos direitos fundamentais sociais de ampla proteção, é preciso verificar as principais restrições à efetivação dos direitos sociais pelo poder judiciário sob o enfoque da doutrina e jurisprudência nacional.

3.4 Normas restritivas a direitos fundamentais sociais

⁸¹ Idem. p 107.

⁸² Conceito que é desenvolvido no capítulo V.

3.4.1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES;

A separação de poderes adotada primeiramente na Constituição Norte Americana em 1787 estabelecendo o chamado *checks and balances* e posteriormente em 1789 pela França, é tida dogmaticamente pelo Estado de Direito como a primeira condição de um governo livre.

No Brasil, Paulo Bonavides afirma que nenhum princípio teve tão presente na federação como o princípio da separação de poderes.

Importante se faz explicar, que o sistema de governo vigente no Brasil é presidencialista. Por esse sistema, o governo atribui funções a três poderes (executivo, legislativo e judiciário) que são independentes e harmônicos entre si.

Dirley da Cunha Júnior ensina que:

“Atualmente entre nós, a separação de poderes se assenta na independência e harmonia entre os órgãos do poder político. Isso significa que não obstante a independência orgânica- no sentido de não haver entre eles qualquer relação de subordinação ou dependência no que tange ao exercício de suas funções-, a Constituição Federal instituiu um sistema de controle mútuo, onde há interferências, que visam o estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados”.⁸³

Registra-se, que a cada poder é atribuída uma função principal ou função típica. Assim, o poder legislativo tem a função precípua de estabelecer de forma compatível com a constituição as normas de convivência. Por sua vez, o poder judiciário tem a função precípua de aplicar o direito ao caso concreto, solucionando os conflitos de interesses, bem como promover a guarda da Constituição Federal. Ao executivo cabe administrar a coisa pública, efetivar os programas determinados pela Constituição Federal e estabelecer as prioridades destinadas a atender ao bem comum.

No entanto, os poderes também têm uma função secundária ou atípica, que se expressa, por exemplo, pela função atribuída ao poder legislativo de fiscalizar, por intermédio de mecanismos de controle e investigação, os atos dos outros poderes, inclusive sob os aspectos contábeis, financeiros e orçamentários, bem como pela possibilidade de julgar o Presidente da República, os Ministros de Estado quando conexos àquele, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, etc, pela prática de crime

⁸³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva. 2004. p 325.

de responsabilidade; pela função que o poder executivo tem de vetar e sancionar leis, expedir medidas provisórias, exercer sua iniciativa legislativa e sua prerrogativa de solicitar a urgência nos projetos de lei de sua iniciativa, de julgar os procedimentos administrativos disciplinares, dentre outros; pelo poder atribuído ao judiciário de elaborar os seus regimentos internos, de emitir sentenças normativas pela justiça do trabalho, de exercer o controle abstrato de constitucionalidade atuando como legislador negativo, dentre outras funções.

As funções típicas de cada poder informam a independência entre os poderes, enquanto as funções atípicas indicam a harmonia existente entre eles.

Desse modo, os poderes cooperam entre si no exercício de suas funções para promover a dignidade da pessoa humana por intermédio da satisfação dos direitos fundamentais, e também para alcançar os objetivos expressos no artigo 3º da Constituição Federal que é: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação.

Nas palavras de Dirley da Cunha Júnior:

“[...] o que se tem, ‘deveras, é uma verdadeira coordenação ou colaboração ou co-participação entre os poderes em certas tarefas, onde um poder participa, de forma limitada e secundária, da função do outro, que a conserva sua, ensejando um funcionamento harmônico ou uma colaboração recíproca, embora independente, na tarefa comum, tendo como objetivo o equilíbrio político, a limitação do poder e, em consequência, a proteção da liberdade e a melhor realização do bem comum. [...] Assim, embora de forma subsidiária, cada poder exerce função que originariamente pertence aos demais”⁸⁴.

Neste contexto, se mostra imprescindível a seguinte indagação: O poder judiciário pode efetivar um direito fundamental social quando há omissão ou prestação insuficiente do poder executivo na sua satisfação ou do poder legislativo na sua regulamentação?

Guisa-se, que no sistema adotado pela nossa Constituição Federal atribui-se precipuamente ao poder executivo a escolha das prioridades de governo para a realização das políticas públicas definidas na Constituição e ao poder legislativo a definição da estrutura orçamentária para a realização dos gastos públicos.

⁸⁴ Idem. p. 327

Diante dessa afirmação surgem várias correntes: de um lado, está a corrente que nega a possibilidade da efetivação de direitos sociais pelo poder judiciário em razão de haver usurpação das funções que seriam de atribuídas ao poder executivo e ao poder legislativo.

Paulo Gilberto Leivas cita a posição de Bockenford no seguinte sentido:

“O autor aponta duas ordens de dificuldades para a realização destes direitos diretamente da constituição: a) grande número de meios possíveis para a realização dos direitos (por exemplo, o direito a moradia pode ser realizado mediante uma fixação estatal do preço das moradias ou por subsídios de aluguel ou por construção de moradias pelo estado; b) os meios financeiros a serem utilizados para a realização destes direitos, que devem considerar políticas orçamentárias e a sua fixação de prioridades. Enfim, para Bockenford, tais tarefas, em um ordenamento constitucional democrático baseado no princípio da separação de poderes, competem, em primeiro lugar, ao legislador legitimado democraticamente, e, em segundo lugar, à administração, e não podem se resolver por via da interpretação do enunciado constitucional que formula o direito fundamental social”⁸⁵.

De outro lado, existe a corrente que defende ser sempre possível à intervenção do poder judiciário como guardião da Constituição, tratando os direitos sociais como direitos subjetivos definitivos, porém não apresentam uma porta de saída para resolver o problema do planejamento administrativo, em que existem diversos meios para cumprimento das prestações, porém com um grau limitado de recursos.

Entretanto, apresenta-se uma corrente intermediária que não nega a possibilidade de satisfação pelo poder judiciário de direitos fundamentais sociais, mas também não atribui desde logo direitos fundamentais sociais definitivos.

A solução que mais se aproxima da linha desenvolvida neste trabalho é que subsidiariamente o poder judiciário poderá efetivar diretamente um direito fundamental social sob a ótica da necessidade do caso concreto e mediante um procedimento razoável alicerçado a uma jurisprudência constitucional continuada, criteriosa e racionalmente orientada pelo preceito da proporcionalidade em sentido amplo.

Esta atitude é a única que preserva a unidade da constituição e se mantém coerente com a característica *prima facie* dos princípios, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e as perspectivas de uma democracia material informada pelo nosso Estado Social.

⁸⁵ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006. p 92.

Cabe salientar, que o caráter *prima facie* dos direitos fundamentais sociais não liberam os poderes da necessidade de proteção, uma vez que os direitos fundamentais pelo seu grau de importância no ordenamento jurídico vinculam a atividade de todos os poderes.

Conforme Robert Alexy:

“Seria un error considerar a los deberes prima facie, en la medida en que ellos no corresponde ningún deber definitivo, es decir, en el ámbito de lo excesivo, como deberes no vinculantes o como enunciados puramente programáticos.[...] Para el no cumplimiento de un deber prima facie, tiene que existir, desde el punto de vista del derecho, razones aceptables; pero ello no rige para el caso del no cumplimiento de un deber jurídicamente no vinculante. Un deber prima facie puede, si no existe ninguna razón aceptable para su no cumplimiento, conducir a un deber definitivo; un deber no vinculante nunca”⁸⁶.

A eventual conduta omissiva dos poderes em não efetivar os direitos fundamentais sociais se caracteriza como um comportamento contrário a Constituição Federal, e, portanto, deve ser reconhecido como um ato revestido de ilicitude.

Perfilhando deste entendimento, Sérgio Fernando Moro explica o controle do poder judiciário sob a omissão dos poderes executivo e legislativo da seguinte forma:

“Em toda constituição escrita existe o princípio implícito de que qualquer comportamento a ela contrário reveste-se de ilicitude, o que decorre de sua própria supremacia. Se se tratar de inconstitucionalidade por ação, o princípio exige a invalidação retroativa do ato ilícito, salvo se existirem razões superiores em sentido contrário. Se se tratar inconstitucionalidade por omissão, o princípio exige o seu suprimento, nas mesmas circunstâncias. Como a Constituição brasileira atribui ao judiciário o controle da atividade dos demais poderes constituídos, o princípio exige que, em um e outro caso, a referida instituição tome as providências cabíveis para preservar a força normativa da ordem constitucional. O juiz tem, diante de casos concretos, o dever geral de dizer o direito aplicável, mesmo que para isso seja necessário invalidar ato legislativo inconstitucional ou suprir omissão legislativa da mesma natureza”⁸⁷.

Robert Alexy, entende que os direitos fundamentais são posições, que do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que seu outorgamento ou não outorgamento não pode ficar ao alvedrio da simples maioria parlamentar.⁸⁸

Desse modo, havendo omissão do poder executivo e do legislativo na implementação das políticas públicas, o poder judiciário poderá de acordo com o caso concreto avaliar sob um juízo ponderativo se prevalecerá o princípio da separação dos poderes ou o princípio

⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Galzon Valdéz. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales. p. 500.

⁸⁷ MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. Tese de doutorado. Curitiba: Revista dos Tribunais. 2004. p. 193.

⁸⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Galzon Valdéz. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales. 2002. p. 494.

que protege o direito fundamental social, uma vez que ambos os princípios não assumem feições absolutas.

Existem argumentos contrários à efetivação pelo poder judiciário dos direitos fundamentais sociais, que são decorrentes da adoção pelo Brasil do sistema da separação dos poderes. Dentre eles, são frequentemente apontados: a vedação da atuação do juiz como legislador positivo; a contrariedade ao princípio democrático; e a ausência de legitimidade do poder judiciário em definir políticas públicas.

Embora não existam princípios absolutos, ainda prevalece na doutrina e na jurisprudência que o poder judiciário não pode legislar, exceto nas estritas hipóteses definidas na Constituição, como por exemplo, a elaboração dos regimentos dos tribunais e as sentenças normativas da justiça do trabalho.

Diante disso, argumenta-se que o judiciário não poderia efetivar um direito fundamental social que não tenha uma norma infraconstitucional autorizando esta atitude. Caso agisse dessa forma, o juiz estaria desempenhando atividade que lhe é institucionalmente estranha, frente à vedação do juiz como legislador positivo.

Entretanto, essa afirmação estaria ligada a um caráter programático dos direitos sociais, e por essa razão não está normalmente posta como restrição à efetivação do direito fundamental social pelo poder judiciário, tendo em vista que se o parágrafo §1º do artigo 5º da Constituição Federal atribuí aplicabilidade imediata⁸⁹ aos direitos fundamentais sociais, o juiz não estará, em regra, adstrito a alguma espécie de integração legislativa, devendo, então, o aplicador do direito otimizar o conteúdo do direito fundamental social *prima facie* considerando a existência de outras restrições jurídicas existentes.

Aludindo deste entendimento Paulo Leivas registra que:

Se se admite a existência de direitos fundamentais sociais, então eles tem aplicabilidade imediata, uma vez que os direitos fundamentais são posições tão importantes que sua outorga ou não outorga não pode ficar em mãos da simples maioria parlamentar. Portanto, quem defende a programaticidade dos direitos fundamentais sociais necessitará defender a inexistência de direitos fundamentais sociais na Constituição brasileira e argumentar contra a própria literalidade do texto constitucional, que inclui o Capítulo II – Dos Direitos Sociais- no Título II- Dos Direitos e Garantias Fundamentais⁹⁰.

⁸⁹ A aplicabilidade imediata abrange tanto os direitos formalmente fundamentais constantes no título II como também os direitos materialmente fundamentais. Ver capítulo I sobre a concepção material dos direitos fundamentais.

⁹⁰ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006. p.94.

Todavia, cabe salientar que haverá situações que a própria Constituição autoriza a emanção de uma espécie legislativa com o intuito integrativo do direito fundamental social. Nessa hipótese, estar-se-ia diante de uma restrição indiretamente constitucional. Porém, neste caso, o magistrado ao invés de assumir uma função legislativa que lhe seria estranha, deve realizar um juízo ponderativo colocando em conflito a norma constitucional que define o direito fundamental social com o princípio democrático representado pela ausência da norma integrativa.

Neste contexto, se o magistrado seguir um método razoável alicerçado sobre uma jurisprudência continuada, confiável, e orientada pelo preceito da proporcionalidade em sentido amplo sob a ótica da proibição da não-suficiência, poderá se chegar a seguinte conclusão: a) o direito social neste caso concreto não ser exigível definitivamente. b) haver um direito fundamental definitivo em razão da sua dimensão de peso e importância prevalecer sobre a ausência da norma integrativa, bem como pela necessidade e adequação da medida.

No mesmo sentido, afirma Paulo Gilberto Leivas que:

“No modelo aqui desenvolvido, que segue a teoria externa das restrições, os princípios democráticos e da separação dos poderes, que efetivamente conferem, aos poderes legislativo e executivo uma legitimação privilegiada para a conformação e execução dos direitos fundamentais sociais, são princípios constitucionais que restringem amiúde os direitos fundamentais sociais *prima facie*, porém não funcionam como obstáculo a efetivação destes direitos em caso de omissão ou ação insuficiente, inadequada ou desnecessária dos Poderes Legislativo e Executivo.

Os direitos fundamentais sociais somente serão restringidos, contudo, se, após submetidos à análise da proporcionalidade em sentido estrito, concluir-se que os chamados princípios formais (princípio democrático e separação dos poderes) e os princípios materiais (v.g., os direitos fundamentais de terceiros) apresentaram-se como mais importantes no caso concreto, segundo a lei da ponderação, que os são próprios direitos fundamentais sociais”⁹¹.

Não obstante a evolução da hermenêutica constitucional, ainda invoca-se frequentemente o argumento de que o poder judiciário não tem legitimidade democrática para determinar a satisfação dos direitos fundamentais sociais.

Ora, decisões judiciais concretizadoras de direitos fundamentais sociais que são omitidos pelos outros poderes e que sejam cuidadosamente fundamentadas numa jurisprudência continuada, não são desprovidas de legitimidade democrática, tendo em

⁹¹ Idem. p 95.

vista que buscam exatamente o alcance de uma democracia substancial onde os direitos com a carga axiológica mais relevantes são efetivados.

Para J.J. Gomes Canotilho, “os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático”.⁹²

Haveria sim, deslegitimidade democrática se o judiciário tomasse uma atitude conivente com uma sistemática violação dos direitos fundamentais pelos outros poderes, não realizando os mandamentos constitucionais quando possível fazê-los.

3.4.2 O MÉRITO ADMINISTRATIVO;

Muitos direitos fundamentais sociais podem ser satisfeitos por intermédio de uma pluralidade de meios adequados e necessários. Neste caso, o sistema atribui prioritariamente ao poder executivo e ao legislativo certo grau de liberdade de escolha na definição e execução das políticas públicas destinadas a concretizar os standards constitucionais.

Essa válvula de escape (discricionariedade) que permite uma margem de escolha ao administrador na formulação concreta das políticas públicas é ditada pelos juízos de conveniência e oportunidade, que de acordo com a doutrina administrativista compõe o mérito do ato administrativo⁹³.

Segundo o entendimento doutrinário tradicional, em regra não cabe ao poder judiciário rever questões de mérito administrativo, isto é quando o administrador concretizando o standart constitucional age validamente e elege uma das soluções jurídicas para a sua satisfação, o poder judiciário não poderá controlar esse mérito.

No entanto, quando o administrador a pretexto de uma decisão discricionária, não agir validamente, é majoritário o entendimento que o judiciário poderá controlar o ato.

Se faz importante registrar, que a doutrina e a jurisprudência mais recentes, sobretudo a do Supremo Tribunal Federal, vem alargando o campo de abrangência dos atos administrativos, inclusive os discricionários, em razão de que de que o

⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5º ed. Coimbra: Livraria Almedina. 2002. p. 290.

⁹³ O ato administrativo possui cinco elementos: competência, forma, finalidade, motivo e objeto. O mérito administrativo consubstancia-se na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela administração quando autorizada a decidir sobre a conveniência e a oportunidade e justiça do ato a realizar. O resto do ato (competência, forma e finalidade) são requisitos de legalidade.

administrador não tem apenas o dever jurídico da boa administração, mas o dever da melhor administração para atingir a finalidade pública orientada pelos princípios constitucionais.⁹⁴

Observa-se a essa posição, que ainda existem campos do mérito administrativo com maior imunidade⁹⁵, porém há uma tendência no âmbito jurídico a aceitar a idéia de que os princípios constitucionais que protegem os direitos fundamentais são capazes de afunilar a margem de escolha das políticas públicas.

Dessa forma, quando possível a realização de determinado direito fundamental social por uma pluralidade de meios, se reconhece à prioridade do poder executivo e até do legislativo na formulação e execução das políticas públicas, porém isso não impediria ao judiciário de controlar determinado ato discricionário quando este ato se afasta da finalidade pública ditada pelos princípios constitucionais que protegem os direitos fundamentais sociais.

A forma razoável de atuação subsidiária e excepcional pelo poder judiciário será orientada pelo preceito da proporcionalidade em sentido amplo sob a ótica da proibição da proteção insuficiente, a qual obriga ao juiz demonstrar empiricamente o desacerto da medida ou sua desproporcionalidade.

Atualmente, a posição do Supremo Tribunal Federal é exatamente no sentido de que os direitos fundamentais sociais vinculam os poderes legislativo e executivo, de modo a impedir que estes se escondam atrás da discricionariedade administrativa para não cumprir os direitos fundamentais sociais. Embora, os poderes legislativo e executivo tenham a prerrogativa prioritária de definir e executar as políticas públicas, isto não retira a possibilidade de o poder judiciário agir subsidiária e excepcionalmente na ordenação àqueles poderes na satisfação de determinado direito fundamental social. Veja com atenção o seguinte aresto:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO- CRIANÇAS ATÉ SEIS ANOS DE IDADE- ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ ESCOLA- EDUCAÇÃO INFANTIL- DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF ART. 208, IV)- COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO- DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, §2º) RECURSO IMPROVIDO- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se

⁹⁴ LIMA, George Marmelstein. *Efetivação do Direito Fundamental à Saúde pelo Poder Judiciário*. Brasília: Universidade de Brasília. Tese de Especialização, 2003. p 31.

⁹⁵ Por exemplo: declaração de guerra pelo Presidente da República.

expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.- Os municípios- que atuarão prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art 211 §2º)- não poderão demitir-se do mandado constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo artigo 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercitadas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.- Embora resida, primariamente nos poderes legislativo e executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao poder judiciário, determinar ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão- por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estrutura constitucional”.⁹⁶

3.4.3 A NECESSIDADE DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA PARA REALIZAÇÃO DAS DESPESAS PÚBLICAS E A RESERVA DO POSSÍVEL PELA INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS

Os direitos fundamentais sociais dependem, segundo a doutrina, de um inescapável vínculo financeiro condicionado às possibilidades orçamentárias do Estado.

Desse modo, em razão de haver um número limitado de recursos, há em princípio, a necessidade de previsão orçamentária pelo legislador, para que seja possível a realização de despesas públicas pelo poder executivo. É o que se depreende do artigo 167, inciso I e II da Constituição Federal: “São vedados: I o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual. II- a realização de despesas ou assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais”.

A interpretação isolada da norma apontada acima, leva a boa parte da doutrina a afirmar que a efetivação dos direitos fundamentais sociais depende sempre da disponibilidade dos recursos econômicos devidamente previstos na lei orçamentária.

Christian Starck argumenta que é possível a concretização judicial de direitos fundamentais sociais urgentes e necessários para assegurar a liberdade fundamental,

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 436.966-6/SP. Diário da Justiça: 03/02/2006.

desde que exista a garantia dos recursos necessários sem invasão nos orçamentos públicos, o que tornaria, um obstáculos representados pela restrição da reserva do possível e pela falta de competência orçamentária do Poder Judiciário.⁹⁷

Não há dúvida que há necessidade de elaboração da lei orçamentária pelo poder legislativo para que o poder executivo possa efetuar despesas públicas destinadas a satisfazer os direitos fundamentais sociais. Entretanto, essa competência não é absoluta, como toda norma constitucional não é inteiramente absoluta, tendo em vista que podem entrar em conflito com outras normas de igual hierarquia, como por exemplo, os direitos fundamentais sociais.

Neste caso, o poder judiciário pode realizar, nos termos do caso concreto, a ponderação das normas em conflito considerando o grau de intensidade e o grau de satisfação destas normas, sendo que sob determinadas circunstâncias um determinado princípio que protege um direito fundamental social poderá ter peso maior que o princípio da competência orçamentária.

Se o princípio da competência orçamentário fosse entendido como absoluto, o poder judiciário não poderia declarar a inexigibilidade de um tributo inconstitucional em razão de haver previsão orçamentária para a respectiva receita. Na mesma linha, se fosse um princípio absoluto o juiz não poderia determinar a concessão de determinado benefício previdenciário em que o segurado tivesse completado integralmente os requisitos, sob a alegação de que havia insuficiência de recursos no orçamento da seguridade social.

Robert Alexy afirma que a reserva da competência orçamentária não é um princípio absoluto, tendo em vista que os direitos fundamentais podem ter mais peso e relevância que as razões de ordem político financeira.⁹⁸

Neste contexto, é que se faz necessário a utilização do preceito da proporcionalidade em sentido amplo para solucionar os princípios em colisão. Se prevalecer a necessidade de efetivação do direito fundamental social, o poder judiciário emitirá o comando de satisfação ao poder executivo. Este, por sua vez, não poderá se

⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. p. 316.

⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Galzon Valdéz. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales . p 495.

recusar a agir em virtude da ausência da não previsão orçamentária, tendo em vista que terá a obrigação de obedecer à determinação judicial.

A impossibilidade de não cumprimento pelo poder executivo das decisões emanadas pelo poder judiciário neste caso, já foi, inclusive, objeto de consulta pelo atual Ministro Gilmar Mendes quando este ainda agia na função de Consultor Geral da União. Os juristas Eros Roberto Grau e Ives Ganda Martins responderam univocamente que o princípio da legalidade da despesa, estatuído no artigo 167, inciso II, cede no caso concreto quando em colisão com o princípio da sujeição da Administração Pública ao Poder Judiciário, salvo se não houver condições materiais de obedecer à decisão, em razão da absoluta exaustão orçamentária, a qual deve ser devidamente comprovada.⁹⁹

Questão não menos tormentosa que a do princípio da competência orçamentária, é a questão da alegação pelo poder público da reserva do possível¹⁰⁰ pela insuficiência de recursos. De acordo com o que foi desenvolvido neste item, os direitos fundamentais sociais exigem dispêndio de recursos que no mais das vezes são limitados.

Ocorre que circunstâncias de tempo (por exemplo: uma crise financeira temporária) e lugar (como por exemplo, a realidade financeira de países periféricos) podem indicar uma significativa insuficiência de recursos para a realização das políticas públicas.

A devida comprovação pelo ente público da incapacidade financeira poderá configurar-se como uma restrição fática de alta intensidade a realização das políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos fundamentais sociais.

A situação aqui abordada constitui-se em um problema de altíssima complexidade que demanda uma análise bem mais aprimorada do preceito da proporcionalidade em sentido amplo. Robert Alexy ensina que “justamente em tempos de crise parece indispensável uma proteção jusfundamental das posições sociais, por mais mínima que ela seja”.¹⁰¹ Neste contexto, Paulo Gilberto Leivas citando Robert

⁹⁹ GRAU, Eros Roberto. *Despesa Pública. Conflito entre princípios e Eficácia das Regras Jurídicas. O princípio da sujeição da administração às decisões do Poder Judiciário e o Princípio da legalidade da despesa pública*. In Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n.2. p. 130-148, 1993).

¹⁰⁰ Voberhalt des Möglichen para o Tribunal Constitucional Federal Alemão.

¹⁰¹ Robert Alexy dispõe que: “El grado del ejercicio de los derechos fundamentales sociales aumenta en tiempos de crisis económica. Pero, justamente entonces puede haber poco de distribuir. Parece plausible la objeción según la cual la existencia de derechos fundamentales sociales definitivos, por más mínimos que sean, vuelve imposible en tiempos de crisis la necesaria flexibilidad y, por ello, una crisis económica puede

Alexy sugere como solução para o problema em voga a adoção do modelo triádico duplo no preceito parcial da proporcionalidade em sentido estrito¹⁰².

Para fundamentar uma decisão em favor de um princípio em detrimento de outro pelo modelo triádico duplo é preciso estabelecer várias escalas e sub-escalas de graus de intensidade e importância. As escalas se dividem em três: leve, médio, grave. Cada escala pode ser subdividida em três: Por exemplo: grave-grave; grave-médio, grave-leve; médio-grave; médio-médio e médio-leve, e assim por diante.

Neste diapasão, primeiramente deve ser reconhecida a necessidade e urgência do direito fundamental social, que caso não seja efetivada possa causar um risco inaceitável em uma posição jusfundamental importante, como o direito a vida, a integridade física ou o livre desenvolvimento da personalidade.¹⁰³ Assim, os direitos fundamentais sociais exigidos de forma necessária e urgente constituem-se em grau de importância considerado grave-grave.

Depois, busca-se averiguar quais são os princípios colidentes, como o princípio da separação dos poderes, o princípio democrático e a exaustão orçamentária devidamente comprovada.

Neste contexto, há a necessidade de qualificar o grau de intervenção da eventual satisfação dos direitos fundamentais sociais nos princípios colidentes. Normalmente nestas situações o grau de intensidade se qualificará no grau grave médio, grave-leve, uma vez que a satisfação daquele direito fundamental social dificilmente trará a consequência de gerar uma crise financeira absolutamente inadmissível. Nesse sentido, deveria prevalecer pelos graus de importância e intensidade o princípio que protege o direito fundamental social urgente e necessário.

Portanto, seguindo esse complexo raciocínio do modelo triádico duplo no preceito parcial da proporcionalidade em sentido estrito, é que o juiz poderá satisfazer o direito

conducir a una crisis constitucional. Sin embargo, cabe señalar aquí que no todo lo que existe como derecho social está exigido por derechos sociales iusfundamentales mínimos; segundo, las ponderaciones necesarias de acuerdo con el modelo aquí propuesto, pueden, bajo circunstancias diferentes, conducir a diferentes derechos definitivos y, tercero justamente en tiempos de crisis, parece, indispensable una protección jusfundamental de las posiciones sociales, por más mínima que ella sea". ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Galzon Valdéz. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales. p. 496.

¹⁰²

¹⁰³ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006. p.113.

fundamental social necessário e urgente¹⁰⁴ frente a um Estado que esta sob grave crise financeira.

Vale ressaltar, que mesmo em tempos de crises os direitos fundamentais não deixam de ser vinculantes aos poderes da República e do mesmo modo não deixam de demandar priorização na distribuição dos recursos públicos indispensáveis para garantir certo grau de efetivação de direitos fundamentais negativos e positivos¹⁰⁵. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, o princípio da competência orçamentária “encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira”¹⁰⁶.

Importante se faz registrar na conclusão do item, uma passagem da decisão monocrática do Ministro Celso de Melo, do Supremo Tribunal Federal na ADPF n° 45, no sentido de que a reserva financeira do possível não pode ser entendida como obstáculo absoluto ao cumprimento dos direitos fundamentais sociais:

"Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível."

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do

¹⁰⁴ Direito fundamental social e necessário é um conceito que se aproxima da garantia ao mínimo existencial.

¹⁰⁵ De acordo com Paulo Gilberto Leivas, “não só os direitos fundamentais sociais em sentido material exigem disponibilidade financeira de recursos e a conseqüente previsão em lei orçamentária. Direitos fundamentais de defesa, em especial quando servem de fundamento para proteção, muitas vezes, também exigem recursos financeiros”. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006. p. 100.

¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. p. 299.

Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas."¹⁰⁷

3.4.4 OS DIREITOS DE TERCEIROS FRENTE AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A insuficiência de recursos pode levar a necessidade de a Administração Pública exercer prestações materiais de forma uniforme, isto é sem beneficiar uns indivíduos em prejuízo aos direitos de outros.

Neste caso, constata-se que a insuficiência de recursos exige ordinariamente um tratamento igualitário às contingências sociais.

Em razão disso, parte da doutrina argumenta a impossibilidade da intervenção do Poder Judiciário nas prestações de direitos fundamentais sociais pela Administração Pública, sob pena de ferir o princípio da igualdade.

Entretanto, circunstâncias podem levar a necessidade de um tratamento desigual para evitar um risco inaceitável em uma posição jurídica relevante, como a vida, a integridade física, o pleno desenvolvimento da personalidade, etc.

Paulo Gilberto Cogo Leivas ensina que:

O mandado para um tratamento igualitário deve levar em consideração, contudo, as diferenças entre pessoas e situações. O mandado de igualdade material exige um tratamento desigual quando há razão suficiente para tanto. Uma razão para um tratamento desigual é, por exemplo, uma maior necessidade de uma pessoa em relação à outra. Nas prestações de saúde, por exemplo, o critério de necessidade prescreve conceder prioridade ao mais enfermo¹⁰⁸.

Embora, os poderes executivo e legislativo tenham atribuição primária para satisfazer os direitos fundamentais sociais de forma uniforme, se mostra legítimo, porém que o poder judiciário possa exercer controle sob uma proteção insuficiente ou desproporcional dos direitos fundamentais sociais.

Observa-se que o juiz deve levar em consideração os direitos de terceiros, como restrição relevante a concretização judicial de determinado direito fundamental social. No entanto, o princípio da igualdade não pode se apresentar como norma absoluta capaz de negar efetivação destes direitos pelo poder judiciário, tendo em vista que haverá situações

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº45. Informativo 345. Brasília. DJU 04/05/2004. Disponível no site: www.stf.gov.br

¹⁰⁸ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006. p. 106.

em que a necessidade do direito fundamental social se mostre mais relevante sob a dimensão de peso ou importância que o próprio princípio da igualdade.

3.5 O mínimo existencial como um direito de alto grau de importância

O direito ao mínimo existencial é uma construção jurídica que teve origem no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha¹⁰⁹, o qual deduziu sua fundamentação no princípio da dignidade da pessoa humana aliada às características do Estado Social.

Assim, o direito ao mínimo existencial, é tanto no ordenamento jurídico alemão como no ordenamento brasileiro, um direito fundamental implícito decorrente da associação interpretativa¹¹⁰ de outros direitos fundamentais constantes em outras normas constitucionais expressas.

O direito ao mínimo existencial é fundamentado, então, numa associação interpretativa dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade fática, igualdade substancial e do Estado Social, bem como vinculado a posições jusfundamentais importantes como o direito a vida e a integridade física.

Neste contexto, o direito fundamental ao mínimo existencial constitui-se por um atendimento básico e necessário a um núcleo essencial, praticamente irreduzível, dos direitos fundamentais sociais, como a saúde, a educação fundamental, a alimentação, a assistência social e a moradia, em razão de estarem vinculados as necessidades mínimas de cada indivíduo.

Visando compreender o conceito do direito ao mínimo existencial Paulo Gilberto Cogo Leivas ensina que este direito compreende a satisfação das necessidades básicas, as

¹⁰⁹ Segundo Ingo Wolfgang Sarlet: [...] o Tribunal Federal Constitucional também veio a consagrar o reconhecimento de um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna. Da argumentação desenvolvida ao longo desta primeira decisão, extrai-se o seguinte trecho: “Certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. [...] Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos concidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental se encontram limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais. Em que pese algumas modificações no que tange à fundamentação, bem quanto ao objeto da demanda, tal decisão veio a ser cancelada, em sua essência, em outros arestos da Corte Constitucional Alemã, resultando no reconhecimento definitivo do status constitucional da garantia estatal do mínimo existencial”. Eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. p. 297.

¹¹⁰ Os direitos fundamentais não são somente aqueles que estão expressos no Texto Constitucional. Em decorrência da abertura material dos direitos fundamentais é possível reconhecer direitos fundamentais que decorrem da associação interpretativa dos demais princípios constitucionais.

quais não satisfeitas podem trazer a ocorrência de dano grave ou sofrimento em razão da deficiência de saúde ou impossibilidade do exercício da própria autonomia do indivíduo. O autor cita a definição de Corinna Treisch da seguinte forma:

O mínimo existencial é a parte do consumo corrente de cada ser humano, seja criança ou adulto, que é necessário para conservação de uma vida humana digna, o que compreende a necessidade de vida física, com a alimentação, vestuário, moradia, assistência de saúde, etc. (mínimo existencial físico) e a necessidade espiritual-cultural como educação, sociabilidade, etc. Compreende a definição do mínimo existencial tanto a necessidade física como também cultural-espiritual, então se fala de um mínimo existencial cultural.¹¹¹

Portanto, o reconhecimento do direito ao mínimo existencial visa evitar um prejuízo a uma posição jusfundamental importante como o direito a vida, a integridade física, a dignidade da pessoa humana, a igualdade substancial, etc.

Neste diapasão, pode-se afirmar que o mínimo existencial compreende o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais e se caracteriza como um direito de alto grau de importância no ordenamento jurídico e por isso se configura como um caso potencial¹¹² de direito fundamental passível de ser efetivado pelo poder judiciário, salvo raríssimas exceções de absoluta impossibilidade de seu cumprimento.

Inclusive, pelo seu alto grau de importância, Marcelo Novelino Camargo afirma que “o aspecto distintivo fundamental entre os direitos que compõe o mínimo existencial e outros direitos sociais, está no fato de que aqueles por serem direitos mínimos imprescindíveis a uma vida digna não se submetem à reserva do possível”.

No entanto, de acordo com a linha apresentada neste trabalho é preferível a posição de que mesmo que existam princípios de alto grau de importância é da essência dos princípios que não haja relações de precedência absoluta. Neste caso, então, seguindo o modelo triádico duplo já apresentado, o direito ao mínimo existencial possui grau de importância grave-grave. Dificilmente haverá restrições devidamente comprovadas que se qualifiquem como grave-grave. Porém, não se descarta que situações excepcionais como uma grande calamidade pública, uma absoluta exaustão orçamentária gerada por uma crise

¹¹¹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006. p. 135.

¹¹² Os casos potenciais de direito fundamental seriam aqueles que não tem caráter duvidoso ou discutível, exigindo do aplicador da lei argumentação jusfundamental mais supérflua. Já os casos atuais de direitos fundamentais seriam aqueles em que para discussões acerca da jusfundamentalidade de determinada pretensão. Pelo caráter duvidoso os casos atuais exigem argumentação mais consistente para estarem em conformidade com as normas jusfundamentais. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006. p. 70.

financeira grave possa ter também um patamar de intensidade grave-grave, a qual resulta a impossibilidade de satisfação daquele direito fundamental.

Ainda, se faz importante registrar, que a aceitação da justicialização dos direitos fundamentais sociais que compõe o mínimo existencial não exclui a possibilidade de efetivação judicial das demais normas de direitos fundamentais sociais que não estão inseridos neste núcleo, uma vez que todos eles são considerados direitos fundamentais que ordenam a sua satisfação na maior medida do possível.

O fato de o mínimo existencial não excluir direitos fundamentais sociais não incluídos no seu campo de abrangência é uma decorrência lógica da adoção da teoria ampla do tipo normativo e a teoria externa das restrições às quais guardam coerência exata com a essência das normas tipo princípio.

Nesse sentido, a diferença é que os direitos que compõe o mínimo existencial são princípios que possuem maior grau de importância que aqueles que aqueles direitos sociais excluídos desse núcleo vital mínimo.

Portanto, ainda que o mínimo existencial tenha mais potencial de se sobrepor a outros princípios constitucionais, não é correto dizer que os demais direitos fundamentais sociais que não compõe o mínimo existencial não possam ser justicializados. Apenas haverá necessidade de uma fundamentação mais consistente para concretização judicial destes direitos sociais não abrangidos pelo mínimo vital, quando há restrições constitucionais a sua satisfação, já que pode se entender que os princípios que protegem posições jusfundamentais devem ser otimizados na maior medida do possível e não podem depender da simples vontade do administrador ou do alvedrio da maioria parlamentar.

CONCLUSÃO

Este trabalho teve a intenção de apontar um caminho para uma correta efetivação judicial dos direitos fundamentais sociais em geral, frente à omissão ou prestação insuficiente destes direitos pelos poderes executivo e legislativo.

O exame sobre a evolução dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões, demonstrou a necessidade da construção de uma democracia material onde as normas constitucionais que outorgam direitos fundamentais à pessoa humana possam ser materializadas no mundo dos fatos.

Neste viés, buscou-se, seguir um método de aplicação do direito que supere a posição teórica da eficácia declaratória dos direitos fundamentais sociais, bem como a eficácia programática destes direitos. Por serem direitos os quais a dignidade da pessoa humana possa ser gravemente comprometida, utilizou-se da teoria dos princípios como uma dogmática consistente e confiável que pudesse atender os anseios da Constituição de caráter social, no sentido de exigir que as normas constitucionais, sobretudo, as que protegem, garantem, e ordenam à promoção dos direitos fundamentais, devem ser efetivados na maior medida do possível, considerando, entretanto as restrições fáticas e jurídicas eventualmente existentes (por exemplo: a separação dos poderes, a competência orçamentária do legislador, a reserva financeira do possível e o direito de terceiros).

A dificultosa tarefa de preservação do princípio da unidade da Constituição exige do magistrado ir além do mero juízo subsuntivo, pois a efetivação de um determinado direito fundamental social pede um juízo ponderativo destes direitos com as normas constitucionais conflitantes. Nesse contexto, é que se deve aplicar o preceito da proporcionalidade em sentido amplo, sob a ótica da proibição da não-suficiência para saber se aquele direito fundamental social *prima facie* pode ser exigido definitivamente frente às restrições existentes no caso concreto.

A análise do princípio da separação dos poderes, do mérito administrativo e da competência orçamentária do legislador, foi relevante no sentido de orientar o entendimento de que os poderes legislativo e executivo devem ter atribuição primária na definição e implementação das políticas públicas voltadas a efetivação dos direitos fundamentais sociais. No entanto, esta atribuição precípua do exercício das funções políticas, não pode se transformar em promessa constitucional incosequente, pois estes

direitos são posições jurídicas tão importantes que não podem ficar ao alvedrio da vontade dos governantes.

Por isso, ao poder judiciário é permitido fazer um controle judicial frente às omissões ou prestações insuficientes dos poderes inertes, mediante um método racional, baseado numa dogmática confiável e numa jurisprudência consistente.

Essa forma de atuação do poder judiciário em favor da aplicação das normas constitucionais, não é uma técnica de abertura a uma solução casuística, sem critérios, ou fundada em sentimentos pessoais, nem se constitui na atuação do magistrado como legislador positivo, mas sim, como exercício obrigatório de uma jurisdição democrática que prima pela aplicação sistemática das normas constitucionais cujo sentido teleológico é direcionado a atender os objetivos, da República Federativa brasileira, expressos no artigo 3º do Texto Maior que é construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No que tange as possibilidades financeiras do Estado em atender as pretensões sociais da sociedade, é de se considerar que esta é uma restrição fática relevante que deve ser observada no caso concreto, pois se devidamente comprovada a exaustão orçamentária, a restrição em comento poderá ter mais peso que determinados direitos fundamentais sociais. De outro lado, se estivermos diante de direitos fundamentais sociais que integram o conteúdo jurídico do mínimo existencial, os recursos financeiros existentes devem ser destinados primeiramente à satisfação destes direitos de alto grau de importância, uma vez que posições jurídicas de suma relevância não podem depender de caixa cheio para serem satisfeitas.

Por fim, cabe que o ponto de equilíbrio entre os direitos fundamentais e as restrições fáticas e jurídicas é o desafio necessário dos juristas preocupados com a força normativa da Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales. Tercera reimpressão, 2002.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. *Direitos e garantias fundamentais*.(doc). http://www.unoescxxe.edu.br/Unoesc/extensao/excel_direito_constitucional.php. Último acesso em 19/04/2007.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 1996.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 1998.

BILHALVA, Jaqueline Michels. *A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CAMARGO, Marcelo Novelino. (Org). *Leituras Complementares de Constitucional*. Salvador: juspodivm, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5º ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2º ed. São Paulo: Saraiva. 2001.

CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5º ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CRETELA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva. 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del mas débil*. Madrid: Trotta, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Conflito entre princípios e Eficácia das Regras Jurídicas. O princípio da sujeição da administração às decisões do Poder Judiciário e o Princípio da legalidade da despesa pública*. In *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n.2. p. 130-148, 1993.

HOBBSBAWN, Eric. *Era dos Extremos*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras. 1996.

LAFER, Celso. *A soberania e os direitos humanos*. Lua Nova, n.º 35, São Paulo, 1995.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2006.

LIMA, George Marmelstein. *A hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais*. In www.georgelimahpg.com.br, acesso em 11.01.2006.

_____. *Direitos fundamentais e o poder judiciário*. Fortaleza: Premius, 2001.

_____. *Efetivação do direito fundamental à saúde pelo poder judiciário*. Tese de Especialização. Brasília: Universidade Federal de Brasília, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros. 17 ed. 2003.

MONTESQUIEU, *Do Espírito das Leis*. Os pensadores. São Paulo. Nova Cultural. 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.