ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

REDE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Nº 39 – Julho/Agosto/Setembro de 2014 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

POLÍTICAS PÚBLICAS E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Leonardo Barifouse

Mestre em Direito da Cidade pela UERJ. Especialista em Direito Ambiental pela PUC-RIO. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

1. A problemática da juridicidade das políticas públicas

O controle jurisdicional das políticas públicas, que se insere no tema mais geral da judicialização da política, figura como preocupação recente nos estudos jurídicos brasileiros. A tendência em questão tem seu marco inicial no advento da Constituição Federal de 1988, que – assim como se observou com relação a outros documentos políticos que representaram a ruptura com um regime de exceção, tal como a *Grundgesetz* alemã de 1949, a Constituição portuguesa de 1976 e a espanhola de 1978 – trouxe à comunidade jurídica um sentimento de prestar plena eficácia às suas disposições, isto é, aquilo que KONRAD HESSE chamou de "vontade de Constituição" (*Wille zur Verfassung*)[1].

Nesta esteira, o encantamento dos juristas brasileiros com a assim chamada Constituição cidadã os levou a importar a noção de Constituição dirigente[2], tão propalada, naquele momento, pelo constitucionalista português JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, e plasmada a partir da doutrina social-democrata alemã[3]. Tal atitude importou na defesa da plena aplicabilidade indiscriminada de todas as normas constitucionais, sem considerações acerca da diferente normatividade e tipologia das normas em questão. Mais especificamente, o interesse atual pela discussão

[1] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

[2] "[...] a teoria da constituição assume-se como teoria da constituição dirigente enquanto problematiza a tendência das leis fundamentais para: (1) se transformarem em estatutos jurídicos do Estado e da sociedade; (2) se assumirem como norma (garantia) e tarefa (direção) do processo político-social." CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 169-170. "Conceitua-se Constituição Dirigente como a que enuncia programas (valores, metas), os quais, como normas que são, vinculam a atuação do Estado, dos Governos, através de pautas formais e materiais, sujeitando negativa e positivamente a conduta de cada um dos três Poderes, direcionando, conforme um balanço entre abertura e fechamento, a vontade e o proceder do Poder Público, bem como conformam, ainda quando em outra medida, grau e qualidade, os cidadãos, a sociedade, isto é, a deliberação e o agir comunitários." OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 14.

[3] TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 70-71.

decorre da praxe forense, na qual se tem observado o ativismo judicial na concreção dos fins constitucionalmente delineados – principalmente no que concerne à efetivação dos direitos sociais.

Em que pese a atualmente farta literatura nacional e estrangeira sobre o tema, pode-se dizer que o fenômeno da intervenção judicial na formulação e na implementação das políticas públicas colheu a doutrina pátria de surpresa, na medida em que o *conceito* de política pública e, por conseguinte, seu *regime jurídico* haviam sido muito pouco trabalhados[4]. Não obstante, digno de referência é o pioneirismo de FÁBIO KONDER COMPARATO, que cunhou a seguinte definição de política pública:

> A política ou 'polícia' pública, como se usava dizer na antiga linguagem jurídica portuguesa, é um programa de ação governamental. Ela não consiste, portanto, em normas ou atos isolados, mas sim numa atividade, ou seja, uma série ordenada de normas e atos, do mais variado tipo, conjugados para a realização de um objetivo determinado. Toda política pública, como programa de ação, implica, portanto, uma meta a ser alcançada e um conjunto ordenado de meios ou instrumentos – pessoais, institucionais e financeiros – aptos à consecução desse resultado. [...] O que organiza e dá sentido a esse complexo de normas e atos jurídicos é a finalidade, a qual pode ser eleita pelos Poderes Públicos ou a eles imposta pela Constituição ou as leis.[5]

Em trabalho anterior, o eminente jurista já havia lançado as bases da citada definição:

> Mas se a política deve ser claramente distinguida das normas e dos atos, é preciso reconhecer que ela acaba por englobá-los como seus componentes. É que a política aparece, antes de tudo, como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado. [...] A política, como conjunto de normas e atos, é unificada pela sua finalidade.[6]

Na mesma linha, MARIA PAULA DALLARI BUCCI, estudiosa do conceito jurídico de política pública, oferece sua definição:

> Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

---

[4] "Apesar da determinação de juristas que despertaram para a importância do tema, a definição do objeto não tem sido clara na medida em que ora se aplica a teoria do controle dos atos administrativos – a partir do cabedal dogmático já existente – ora se busca no próprio direito constitucional as respostas para importantes questões: quais são os limites da jurisdição dos juízes brasileiros? Ou ainda, até que ponto cabe falar de politização do Poder Judiciário com a qual, segundo Carl Schmitt, os juízes não teriam nada a ganhar mas, ao contrário, tudo a perder." APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 21-22.

[5] COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 248-249.

[6] COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, vol. 737, mar. 1997. p. 18.

> Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.[7]

Das definições em questão, assomam três características essenciais das políticas públicas: a) ação governamental, no sentido de *atividade*; b) *ordenação* de normas, atos e recursos; c) *finalidade* a ser alcançada. Ademais, especificamente na definição oferecida por BUCCI, é digno de nota que a política pública expressa uma *seleção de prioridades*.

Cumpre, ainda, trazer à baila o entendimento de PATRÍCIA HELENA MASSA-ARZABE, por, a par de acentuar as características citadas, evidenciar um aspecto fundamental da problemática e que, no mais das vezes, permanece oculto na discussão: as políticas públicas se destinam a propiciar oportunidades para o exercício da *autonomia* pelos indivíduos. Segundo a autora, as

> políticas públicas podem ser colocadas, sempre sob o ângulo da atividade, como conjuntos de programas de ação governamental estáveis no tempo, racionalmente moldadas, implantadas e avaliadas, dirigidas à realização de direitos e de objetivos social e juridicamente relevantes, notadamente plasmados na *distribuição e redistribuição de bens e posições que concretizem oportunidades para cada pessoa viver com dignidade e exercer seus direitos, assegurando-lhes recursos e condições para a ação, assim como a liberdade de escolha para fazerem uso desses recursos*.[8]

As políticas públicas, portanto, não podem servir como plano de implantação de um Estado *paternalista* (seja pela via da deliberação majoritária, seja pela via jurisdicional), mas sim proporcionar as condições e recursos necessários ao desenvolvimento dos indivíduos.

O esforço recente de formatar juridicamente o conceito de política pública busca superar um nítido descompasso: de um lado, o ativismo judicial dentro do quadro institucional do Estado social que a Constituição Federal pretendeu estabelecer, formulando políticas públicas, nos casos de omissão do Poder Público, e controlando as políticas já implementadas; de outro lado, a dogmática jurídica, que não atingiu a abrangência e a compreensão necessárias para controlar a legitimidade desta nova faceta da atividade jurisdicional e das respectivas decisões judiciais.

Não se ignora que a interseção entre a esfera política e a esfera jurídica impõe tormentosa interpretação, mas a mesma se mostra inevitável, já que "é sobre o direito que se assenta o quadro institucional no qual atua uma política". No entanto, há de se discriminar o papel de cada instância, para que não ocorram desconfortos institucionais, reconhecendo-se que:

> [...] À política compete vislumbrar o modelo, contemplar os interesses em questão, arbitrando conflitos, de acordo com a distribuição do poder, além de equacionar a questão do tempo, distribuindo as expectativas de resultados entre curto, médio e longo prazos.

---

[7] BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

[8] MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 63. [grifei]

> Ao direito cabe conferir expressão formal e vinculativa a esse propósito, transformando-o em leis, normas de execução, dispositivos fiscais, enfim, conformando o conjunto institucional por meio do qual opera a política e se realiza seu plano de ação.[9]

O ponto se revela particularmente sensível no tocante aos direitos sociais, consagrados de forma tão generosa na Constituição brasileira, na medida em que sua realização depende inevitavelmente de *prestações estatais concretizadas por políticas públicas*[10]. Neste passo, COMPARATO já advertia que "uma das grandes insuficiências da Teoria dos Direitos Humanos é o fato de não se haver ainda percebido que o objeto dos direitos econômicos, sociais e culturais é sempre uma política pública". Ao revés, observa-se que a "generalidade dos autores continua a repetir, sem maior aprofundamento, que se trata de direitos a uma prestação estatal positiva, em contraste com o dever de abstenção dos Poderes Públicos, característico das liberdades individuais."[11]

Levando-se em conta que os direitos sociais, enquanto *direitos positivos*, demandam prestações estatais, o Judiciário tomou para si o papel de concretizar estes direitos em situações de omissão do Poder Público em formular ou implementar as respectivas políticas públicas. Ao estender a linha de plena e imediata aplicabilidade dos direitos individuais para os direitos sociais, o Judiciário passou a gozar de um amplo espaço de interferência no debate democrático majoritário – ocupando o vácuo criado pelo déficit de legitimação dos Poderes Executivo e Legislativo no contexto político brasileiro.

Posteriormente, contudo, a doutrina começou a levar em consideração os obstáculos que se apresentavam à ampla efetivação judicial dos direitos sociais, como a separação de poderes, a tendência contramajoritária do Judiciário, a reserva do possível, dentre outros. Tais preocupações passaram a integrar, a partir de então, qualquer estudo sério sobre o tema do controle jurisdicional das políticas públicas.

Deste modo, a realização dos direitos sociais depende da compreensão de que não é possível se apegar ferrenhamente a uma das duas posições tradicionais observadas no Brasil: a *programaticidade* e a *aplicabilidade imediata*[12]. Em outras palavras, significa reconhecer, de um lado, que não é admissível que a previsão de direitos sociais na Constituição Federal seja desprovida de conseqüências jurídicas concretas e, de outro lado, que, aos direitos sociais, não se deve conferir a mesma estrutura que aos direitos individuais[13].

A conciliação destes dois pontos de partida levará o Judiciário a adotar uma atuação mais consentânea com a justiça social e com o perfil institucional que a Constituição de 1988 lhe reservou [14]. Em busca deste ponto de equilíbrio, é

---

[9] BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. p. 39.

[10] SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo*: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 208.; e BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. p. 2-3.

[11] COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. p. 249.

[12] LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 93.

[13] SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 588.

[14] GUSTAVO AMARAL apresenta três posições tradicionais com relação ao tema em debate: "a dos que entendem serem exigíveis todos os direitos classificados pela constituição como fundamentais, a dos que entendem serem exigíveis apenas os direitos negativos, já que os positivos, por demandarem recursos, vigeriam sob a *reserva do*

necessário ter a exata compreensão do modo como os direitos sociais produzem efeitos no mundo jurídico, isto é, da eficácia jurídica dos direitos sociais.

2. Entendendo os direitos sociais

2.1. Direitos sociais como direitos fundamentais

Os direitos sociais são direitos constitucionais, previstos de forma extensa no Capítulo II do Título II ("dos direitos e garantias fundamentais") da Constituição de 1988. Logo, é incontornável a discussão sobre a *jusfundamentalidade dos direitos sociais*, isto é, se os direitos sociais são também direitos fundamentais, tal como tradicionalmente é reconhecido com relação aos direitos individuais.

ROBERT ALEXY afirma que "direitos fundamentais da Lei Fundamental são posições que, do ponto de vista do Direito Constitucional, são tão importantes que sua concessão ou não concessão não podem ser deixadas para a maioria parlamentar ordinária"[15]. Conforme adverte o constitucionalista alemão, este é um conceito formal que serve como idéia motriz (*Leitidee*), podendo e devendo ser preenchida com concepções materiais; a concepção material básica, a seu ver e dentro do contexto da Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*), seria a dignidade da pessoa humana[16]. Nesta esteira, ALEXY parece reconhecer a jusfundamentalidade apenas para os direitos prestacionais (e, por conseguinte, aos direitos sociais) que representem posições que, do ponto de vista do Direito Constitucional, são tão importantes que sua concessão ou não concessão não podem ser deixadas para a maioria parlamentar ordinária – trata-se do que o autor chamou de expressão de um direito prestacional geral (*Ausdruck eines allgemeinen Leistungsrechts*)[17], mero desdobramento de sua *Leitidee*. Por óbvio, há de se tomar o devido cuidado, ao se importar a concepção alexyana, quanto à verificação de sua compatibilidade com o Direito Constitucional positivo brasileiro, devido à existência de um rol expresso de direitos sociais, diferentemente da realidade constitucional alemã.

INGO SARLET, a partir da lição de ALEXY – porém com uma compreensão mais abrangente de jusfundamentalidade –, define direitos fundamentais como

> todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).[18]

Utilizando-se desta "conceituação de cunho genérico e universal, [...] propositalmente aberta, de modo a permitir a sua permanente adaptação à luz do

---

possível, a depender de mediação legislativa e a dos que entendem haver um núcleo de direitos positivos ligados ao *mínimo existencial* que seria sempre exigível, quedando os demais direitos positivos sob a reserva do possível" [grifos no original]. As duas primeiras são as posições já expostas, enquanto a terceira é a adotada no presente trabalho. O autor, porém, descarta as três posições para adotar uma pretensa quarta via. AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 35.

[15] ALEXY, Robert. *Thorie der Grundrechte*. 2ª ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp. p. 407.

[16] ALEXY, Robert. *Thorie der Grundrechte*. p. 409.

[17] ALEXY, Robert. *Thorie der Grundrechte*. p. 410.

[18] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 77.

direito constitucional positivo pátrio"[19] e lançando mão de outros argumentos, SARLET conclui pela jusfundamentalidade dos direitos constitucionais sociais[20].

RICARDO LOBO TORRES relata três teses principais em torno da jusfundamentalidade dos direitos sociais, perfilhando-se com a última delas:

> a) a da simbiose dos direitos fundamentais com os sociais, defendida pelos socialistas e pelos adeptos da social-democracia;
>
> b) a da indivisibilidade dos direitos humanos, que compreenderiam os direitos fundamentais e os sociais, adotada pelas correntes favoráveis ao intervencionismo estatal e ao comunitarismo;
>
> c) a da redução da jusfundamentalidade dos direitos sociais ao mínimo existencial, de corte liberal, que permite a translação da lógica, da retórica e da eficácia dos direitos da liberdade para os direitos fundamentais sociais em seu conteúdo essencial.[21]

Uma análise mais aprofundada da jusfundamentalidade dos direitos sociais extrapola os limites e a proposta do presente trabalho. Vale apenas fazer referência a duas importantes ressalvas: a) nem todos os direitos com assento constitucional são direitos fundamentais, sendo preciso verificar sua jusfundamentalidade mediante critérios formais e materiais referentes ao arranjo constitucional positivo; b) mesmo que se confira jusfundamentalidade aos direitos sociais, isso não implica na transposição *ipso facto* do regime jurídico dos direitos fundamentais individuais (direitos de defesa)[22], principalmente a aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, CF)[23].

2.2. Direitos sociais como direitos subjetivos

O direito subjetivo tem sido tradicionalmente exposto como figura central do Direito Privado (e, por vezes, do próprio sistema jurídico). Entretanto, a aplicação acrítica do conceito de direito subjetivo na teoria dos direitos fundamentais, mormente no que respeita aos direitos sociais, tem obnubilado a correta apreensão de sua eficácia jurídica.

Neste passo, para que se possa formular de maneira clara qualquer proposição, avulta uma indagação preliminar: o que significa identificar os direitos sociais como direitos subjetivos? "De um modo geral, [...] temos em mente a noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado)."[24] Contudo, o grau de exigibilidade "é de intensidade variável e dependente da normatividade de cada direito fundamental"[25].

---

[19] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 77.
[20] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 82-84.
[21] TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 43.
[22] SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas. p. 597: "Contudo, o fato de serem 'não menos jurídicas' não me parece implicar que as normas que garantem direitos sociais devam ser tratadas como se tivessem a mesma estrutura daquelas que garantem direitos civis e políticos, nem que sejam justiciáveis da mesma maneira."
[23] "A tese da aplicabilidade imediata não resolve, contudo, o nó górdio da dogmática dos direitos fundamentais sociais: a possibilidade de existirem prestações fáticas positivas judicialmente invocáveis." LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. p. 95.
[24] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 154-155.
[25] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 154.

É de se notar que o direito subjetivo já se apresenta *de per si* como uma categoria multifacetária, abarcando posições jurídicas as mais variadas[26]. Decerto, da mesma forma, "os direitos fundamentais constituem posições jurídicas complexas, no sentido de poderem conter direitos, liberdades, pretensões e poderes da mais diversa natureza e até mesmo pelo fato de poderem dirigir-se contra diferentes destinatários". Entretanto, cresce o sentido, quanto aos direitos fundamentais, destas variações do objeto do direito subjetivo, considerando-se que "o espaço de liberdade da pessoa individual não se encontra garantido de maneira uniforme" e tendo em vista, principalmente, "a existência de inequívocas distinções no que tange ao grau de exigibilidade dos direitos individualmente considerados, de modo especial, em se considerando os direitos a prestações sociais materiais"[27].

É comum afirmar, na doutrina constitucional, que, em relação às normas de direitos fundamentais, milita uma *presunção de existência de direito subjetivo*[28]. O constitucionalista português JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, ao afirmar a presunção da dimensão subjetiva, enfatiza o ponto nevrálgico da questão: "se um direito fundamental está constitucionalmente *protegido como direito individual*, então esta protecção efectua-se sob a forma de direito subjectivo"[29].

Todavia, o conceito de direito subjetivo, como usualmente empregado, desconsidera a miríade de posições subjetivas anteriormente referida e parte de uma relação jurídica simples de caráter obrigacional entre um credor e um devedor em torno de uma prestação patrimonial[30]. Ao se aplicar esta óptica individualista de direito subjetivo aos direitos sociais, desconsidera-se sua indiscutível *dimensão coletiva*:

> Direitos coletivos não podem ser considerados como a mera soma de pretensões individuais, mas sim, gozam de *status* diferenciado, assumindo um sentido solidarista na sociedade brasileira contemporânea. A equiparação dos direitos sociais a direitos individuais oponíveis em face do Estado conduziria a um modelo de Estado utilitarista de sociedade. Neste modelo, os cidadãos seriam meros clientes porque pagam impostos, o que de modo algum se coaduna com uma visão de Estado como um espaço público no qual todos os cidadãos devem receber um mesmo tratamento pela simples condição de cidadãos.[31]

Esta dimensão coletiva decorre do caráter prestacional dos direitos sociais, que importa, por sua vez, na necessidade de formulação e implementação de políticas públicas. As políticas públicas, conforme exposto no capítulo 1, realizam a alocação de recursos públicos para atingir fins socialmente relevantes. Em outras palavras, a efetivação dos direitos sociais mediante políticas públicas é medida de *justiça distributiva*:

> As políticas públicas se destinam, por conseguinte, a atender de forma desigual os cidadãos, a partir de suas realidades concretas, enquanto que

---

[26] Para uma exposição sobre as diferentes posições jurídicas contidas no conceito de direito subjetivo, com base na teoria de WESLEY N. HOHFELD, cf. GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 132-143. Cf. ainda ALEXY, Robert. *Thorie der Grundrechte*, onde o célebre constitucionalista alemão faz menção a algumas classificações destas posições jurídicas (p. 168-170) e apresenta a sua própria (p. 171-224).

[27] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 152-153.

[28] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 154-155.

[29] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1257. [grifei]

[30] GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos* p. 130.

[31] APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. p. 56-57.

> nas demandas de natureza individual, o objetivo consiste em manter o equilíbrio entre as partes, corrigindo desigualdades artificiais que venham a surgir em decorrência das relações comerciais e da convivência humana.[32]

A distinção entre *justiça distributiva* e *justiça comutativa* remonta a ARISTÓTELES, mais diretamente ao Livro V da "Ética a Nicômaco". O filósofo grego define a primeira como uma proporção geométrica na distribuição dos bens públicos de acordo com o mérito de cada cidadão; a segunda, como uma proporção aritmética com função corretiva na transação entre os indivíduos, tratando-se as duas partes como iguais e compensando-se a perda com um ganho, ou seja, subtraindo-se daquele que tem mais tanto quanto se acrescenta àquele que tem menos.

A efetivação dos direitos sociais, portanto, deve considerar a função de justiça distributiva (justiça social) que os mesmos possuem e que imanta as respectivas políticas públicas, não cabendo utilizar o modelo de justiça comutativa a que corresponde a visão privatística do direito subjetivo.

É neste ponto que a comunidade jurídica se defronta com um dos problemas mais relevantes em sede de controle jurisdicional de políticas públicas. Está o Poder Judiciário preparado para aplicar a justiça distributiva do mesmo modo que aplica a justiça comutativa? Por outro lado, está o Poder Judiciário preparado para aplicar a justiça distributiva do mesmo modo que a aplicam o Poder Executivo e o Poder Legislativo? Em caso positivo, cabe, ainda, indagar em que medida os direitos sociais geram pretensões individuais plenamente sindicáveis em juízo.

Em suma, a extração de direitos subjetivos das normas constitucionais de direitos sociais deve levar em consideração a multiplicidade de posições jurídicas em que pode se encontrar o titular, bem como a dimensão coletiva da justiça distributiva. Para tanto, mostra-se indispensável a utilização da teoria dos *status*, que considera a variedade dos vínculos de cidadania.

3. Teoria dos *status*

A teoria dos *status* (*Statuslehre*) foi originalmente formulada por GEORG JELLINEK em sua clássica obra *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (sistema dos direitos subjetivos públicos). Apesar das críticas que tem sofrido no decorrer dos anos, esta construção tem sido aproveitada pela literatura jurídica e atualizada através de algumas reformulações pontuais.

Na obra de JELLINEK, o *status* é "uma relação para com o Estado que qualifica o indivíduo"[33] e se divide em quatro classes. O *status passivus* ou *subjectionis* diz respeito ao indivíduo em estado de submissão, isto é, enquanto detentor de deveres para com o Estado. O *status negativus* ou *libertatis* consiste na esfera individual de liberdade que nega o poder de *imperium* do Estado, ou seja, que não está adstrita a um mandamento ou a uma proibição. O *status positivus* ou *civitatis* enxerga o indivíduo como detentor de direito a uma prestação por parte do Estado, bem como

[32] APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. p. 59.

[33] JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Tübigen: J. C. B. Mohr, 1919. p. 83: "A personalidade é, em teoria, uma relação para com o Estado que qualifica o indivíduo. Daí ser um estado jurídico, um *status*, ao qual cada direito se liga, mas que não é em si um direito." Ver também p. 86: "Pelo seu pertencimento ao Estado, pela sua posição de membro, que o homem nele recebe, ele é assim qualificado em diferentes direções. As relações possíveis nas quais ele pode se encontrar perante o Estado o deslocam numa seqüência de estados juridicamente relevantes."

dos meios jurídicos para sua realização. Por fim, o *status activus* concerne ao indivíduo influindo na formação da vontade do Estado[34].

É importante notar que o autor alemão apresentou o *status* como uma categoria formal abstrata, que independe de seu conteúdo – por exemplo, bastaria, para configurar o *status subjectionis*, a competência estatal para ditar mandamentos ou proibições, não importando quais sejam eles ou sua existência propriamente dita em determinado caso. Em outras palavras, o conteúdo (liberdade, mandamentos, proibições, competências), entendido como âmbito atual ou potencial, pode sofrer modificações, mas o *status*, considerado em si mesmo, em sua essência, continua igual. Entretanto, em que pese seu cunho formal, o *status* tem o condão de gerar pretensões, entendidas por JELLINEK como direitos subjetivos públicos concretos e atuais – quanto a isto presta testemunho o próprio título da obra.

Deste modo, a *Statuslehre* se mostra plenamente propícia a tratar a problemática acerca do reconhecimento de direitos subjetivos nas normas constitucionais de direitos sociais, a qual foi abordada no tópico anterior, uma vez que reformula, mas não prescinde do conceito de direito subjetivo[35]. Em lugar da simples transposição da categoria privatística de direito subjetivo para o campo dos direitos fundamentais, que tem sido bastante tormentosa por inadequada, os *status* apresentam uma explicação bem mais aprofundada (e apropriada) à eficácia dos direitos fundamentais.

Como já se adiantou, os termos originais da teoria de JELLINEK sofreram modificações, adaptações, atualizações e acréscimos pelos doutrinadores que a seguiram e a criticaram. ALEXY, por exemplo, defende a grande utilidade da teoria dos *status* para a discussão da eficácia dos direitos constitucionais, mas não se furta a aportar algumas críticas.

Uma das invectivas mais interessantes e contundentes de ALEXY diz respeito ao conteúdo do *status negativus*. Atualmente, a doutrina identifica o *status negativus* com os direitos de defesa. Contudo, para JELLINEK, os direitos de defesa possuem um caráter particularmente oscilante (*eigentümlich vagabundierenden Charakter*)[36]. Isto porque o *status negativus* conteria apenas liberdades jurídicas não protegidas, isto é, "ações dos súditos juridicamente irrelevantes para o Estado", ao passo que o seu reconhecimento e a proibição de perturbação das mesmas pelo Estado são pretensões a um determinado comportamento estatal e, por conseguinte, devem ser incluídos no *status positivus*. A inconsistência apontada por ALEXY é que o *status positivus* se refere a um "fazer positivo do Estado", o que não se coaduna com o direito a uma ação negativa do Estado[37].

A solução trazida por ALEXY é diferenciar entre *status positivus lato sensu* e *stricto sensu*, bem como entre *status negativus lato sensu* e *stricto sensu*. Contudo, tal formulação, embora consiga resolver a incongruência e, simultaneamente, manter os termos originais da proposta de JELLINEK, pode ser fonte de confusão e não apresenta simetria com os outros dois *status* (*subjectionis* e *activus*), que não necessitam da dita distinção. Assim, mais conveniente seria incluir, no *status*

---

[34] ALEXY salienta que o *status activus* corresponderia sempre a competências vinculadas a posições de outro *status*, pois o exercício da competência está sempre ordenado ou proibido (*status passivus*) ou é livre (*status negativus*). ALEXY, Robert. *Thorie der Grundrechte*. p. 243.

[35] GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. p. 80.

[36] ALEXY, Robert. *Thorie der Grundrechte*. p. 234.

[37] ALEXY, Robert. *Thorie der Grundrechte*. p. 240: "A omissão de impedimentos pode perfeitamente ser descrita como um 'fazer', mas não como um 'fazer positivo'. Caso se levasse a sério o discurso de Jellinek acerca do fazer positivo, o direito ao não impedimento, que corresponde àquilo que se designa correntemente como 'direito de defesa', não seria enquadrado em nenhum *status*."

negativus, os direitos de defesa em sua completude, quer dizer, tanto as posições livres, quanto as pretensões à abstenção estatal.

ALEXY ainda apresenta outra crítica ao *status negativus*, quando JELLINEK afirma que toda liberdade é simplesmente liberdade de coações ilegais. Na verdade, o conteúdo do *status negativus* corresponde às normas permissivas de direito fundamental. Também o legislador está jungido às normas de direito fundamental, não podendo, por exemplo, lesioná-las através de normas de proibição que contradigam uma norma permissiva de direito fundamental. Em resposta, ALEXY constrói o conceito de *status negativus* de direito fundamental, que, de resto, induz à liberdade de coações *inconstitucionais*.[38]

A par das correções realizadas pela doutrina à formulação original de JELLINEK, alargou-se a categorização restrita inicialmente aos quatro *status* já analisados. Dentre os novos *status*, interessam mais diretamente o *status positivus libertatis* e o *status positivus socialis*. Seguindo a idéia de *status positivus* compreendendo direitos a prestações estatais, pode-se relacionar o *status positivus libertatis* às prestações sociais mínimas que condicionam o exercício das liberdades individuais (mínimos sociais), ao passo que o *status positivus socialis* diria respeito às prestações sociais que são realizadas progressivamente, de acordo com o exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária (máximos sociais).

A criteriosa diferenciação entre o *status positivus libertatis* e o *status positivus socialis* é fundamental para a problemática da eficácia dos direitos sociais. Nesta esteira, cumpre trazer à baila as lições do constitucionalista alemão JOSEPH ISENSEE.

ISENSEE, inicialmente, identifica a liberdade com o *status negativus* e a segurança com o *status positivus*, sustentando, entretanto, que ambos são dois lados da mesma moeda. Neste sentido, "segurança e liberdade designam a incolumidade dos bens jurídicos, a primeira em relação aos particulares, a última em relação ao Poder Público"[39]. O autor germânico conclui que "a proteção do Estado constitui o *status positivus* do cidadão, a preservação do direito, o *status negativus*"[40].

Indo mais além na formulação, ISENSEE introduz a distinção entre *status positivus libertatis* e *status positivus socialis*. Enquanto variantes do *status positivus*, ambos os novos conceitos impõem o reconhecimento de tarefas estatais; porém, enquanto, no *status positivus libertatis*, tais tarefas são legitimadas pelos direitos fundamentais liberais (*liberal-grundrechtlich legitimierte*), no *status positivus socialis*, a fonte de legitimação é o Estado Social (*sozialstaatlich legitimierte*)[41]. A noção central do *status positivus socialis* é a *segurança social*, ou seja, "trata-se não da incolumidade dos direitos, mas sim do auto-sustento econômico na sociedade"[42]. Em outras palavras, "ela [a segurança social] não se refere a lesões a direito, mas sim a riscos da vida, que ameaçam os necessitados com doença, acidente, velhice e desemprego"[43].

A teoria dos *status* continua atual e possui fundamental importância para a compreensão da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, bem como serve de

---

[38] ALEXY, Robert. *Thorie der Grundrechte*. p. 244-245.

[39] ISENSEE, Joseph. *Das Grundrecht auf Sicherheit*. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates. Berlin: Walter de Gruyter, 1983. p. 21.

[40] ISENSEE, Joseph. *Das Grundrecht auf Sicherheit*. p. 21.

[41] Tal afirmação quanto à legitimação deve ser entendida *mutatis mutandis*, na medida em que, ao contrário da Constituição brasileira de 1988, a Lei Fundamental alemã não apresenta um rol de direitos sociais expressos, o que leva a doutrina e a jurisprudência a deduzirem os direitos sociais da cláusula do Estado Social.

[42] ISENSEE, Joseph. *Das Grundrecht auf Sicherheit*. p. 22.

[43] ISENSEE, Joseph. *Das Grundrecht auf Sicherheit*. p. 22.

parâmetro para sua classificação[44]. A multifuncionalidade, principalmente no que concerne à eficácia dos direitos sociais, será tratada posteriormente. Com relação à classificação dos direitos fundamentais, sem pretender debater profundamente o tema, cumpre apenas fazer a distinção entre direitos de defesa ou negativos e direitos prestacionais ou positivos e relacioná-los aos respectivos *status*:

> Assim, enquanto os direitos de defesa (*status libertatis* e *status negativus*) se dirigem, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos, os direitos a prestações, que, de modo geral, e ressalvados os avanços registrados ao longo do tempo, podem ser reconduzidos ao *status positivus* de Jellinek, implicam uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática).[45]

Em que pese a acolhida generalizada desta classificação, há quem se posicione de forma contrária, principalmente por conta do desenvolvimento da *teoria dos custos dos direitos*. Neste passo, faz-se mister responder a tal posicionamento, de modo a permitir uma análise mais sólida da eficácia dos direitos sociais.

4. A distinção entre direitos negativos e direitos positivos

4.1. A teoria dos custos dos direitos

À vista do que se expôs no tópico anterior, é lícito concluir que a análise dos direitos constitucionais a partir da aplicação da teoria (renovada) dos *status* não prescinde da consideração da natureza prestacional de determinados direitos. Contudo, há quem aponte como ilusória a discriminação entre direitos prestacionais e direitos não-prestacionais.

Nesta esteira, influente, sem dúvida, é a obra *The Cost of Rights* (o custo dos direitos), escrita por CASS SUNSTEIN em parceria com STEPHEN HOLMES. Seus autores partem da concepção ampla de que "os direitos não podem ser protegidos ou efetivados sem custeio ou suporte públicos" [46] e de que "a liberdade tem pouco valor se àqueles que a possuem ostensivamente faltam os recursos para tornar seus direitos efetivos"[47].

Segundo esta visão, a categorização dos direitos constitucionais em termos de eficácia prestacional é diversionista, na medida em que os chamados direitos negativos também demandam gastos públicos para a sua eficiente proteção.

HOLMES e SUNSTEIN sintetizam a dicotomia entre direitos de defesa (negativos) e direitos prestacionais (positivos) da seguinte forma:

> Os direitos negativos banem e excluem o governo; os positivos convidam e demandam o governo. Os primeiros requerem a contenção dos agentes públicos, enquanto os últimos requerem sua intervenção afirmativa. Os direitos negativos tipicamente protegem a liberdade; os direitos positivos tipicamente promovem a igualdade. Os primeiros defendem um reino privado, ao passo que os últimos realocam o dinheiro dos impostos. Os primeiros são privativos ou obstrucionistas, enquanto os últimos são

[44] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 156.
[45] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 185.
[46] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights*: why liberty depends on taxes. New York City: Norton, 2000. p. 15.
[47] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights*. p. 20.

> caritativos e contributivos. Se os direitos negativos nos abrigam do governo, então os direitos positivos nos conferem serviços do governo.[48]

A crítica feita pelos autores à dicotomia dos direitos constitucionais gira em torno da idéia de *enforcement*. Isto porque, em sua visão, não só a prestação dos direitos positivos, mas também a efetivação (*enforcement*) dos direitos negativos gerariam custos para o erário público, minando a divisão tradicional (vigente nos Estados Unidos) entre *liberal rights* (direitos liberais) e *welfare rights* (direitos do bem-estar) com base na necessidade ou não de despesa pública. Conforme afirmam:

> Os indivíduos gozam de direitos – num sentido legal, em oposição a um sentido moral – somente se as ofensas que eles sofrerem forem apropriada e previsivelmente reparadas por seu governo. Este simples ponto percorre um longo trajeto para desvendar a inadequação da distinção direitos negativos/direitos positivos. Mostra que todos os direitos garantidos (*enforced*) legalmente são necessariamente direitos positivos.[49]

E ainda:

> Direitos são custosos porque remédios são custosos. A efetivação é cara, principalmente a efetivação uniforme e apropriada; e direitos legais são vazios à medida que permanecem sem efetivação. Em outras palavras, quase todo direito implica em um dever correlato, e deveres são levados a sério apenas quando a negligência é punida pelo poder público com recursos do erário.[50]

GUSTAVO AMARAL chama de artificial a identificação dos direitos sociais como direitos positivos, invocando, a título de contra-exemplos, o direito de sindicalização e o direito de greve, que "não demandam qualquer conduta estatal *intrinsicamente* relacionada"[51]. AMARAL formula, em substituição à distinção corrente entre direitos negativos e direitos positivos, a discriminação entre *direitos parcialmente independentes*, isto é, "aqueles que não dependem necessariamente da ação estatal" (*v. g.*, liberdade de expressão e liberdade de credo), e *direitos dependentes*, quais sejam, "aqueles cuja dependência é intrínseca" (*v. g.*, direitos ligados à assistência social)[52].

Esta classificação dos direitos, para AMARAL, tem o principal benefício de expor as formas de conflitos a que estão sujeitos. Os ditos *direitos parcialmente independentes* sofrem *conflitos de delimitação*, na qual o Estado afirma que a situação concreta está dentro do domínio de um direito e não de outro, "retroagindo a decisão à data dos fatos, de modo que, juridicamente, dir-se-á que jamais houve para a situação concreta o direito negado, mas apenas o afirmado" (*v. g.*, choque entre direito à informação e direito à intimidade, entre direito à honra e liberdade de expressão)[53].

Já os *direitos dependentes* estão sujeitos a uma *opção disjuntiva* na competição por recursos escassos, caracterizando uma *escolha dramática*. O exemplo dado pelo autor é o caso de dois feridos à bala, que têm direito ao

---

[48] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights*. p. 40.
[49] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights*. p. 43.
[50] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights*. p. 43.
[51] AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*. p. 44. [grifei]
[52] AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*. p. 44.
[53] AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*. p. 44-45.

atendimento médico, mas somente um dos quais pode ser assistido, por existir apenas um centro cirúrgico – hipótese em que uma solução deverá ser dada, pois a inação importará na morte dupla. De acordo com AMARAL, a decisão não será retroativa, como nos conflitos de delimitação – na medida em que não estará sendo negado o direito daquele que não for atendido –, tampouco prospectiva – pois, ao surgir os meios para atender o outro necessitado, ele deverá sê-lo. Trata-se de decisão meramente relativa e circunstancial[54].

FLÁVIO GALDINO apresenta várias criticas à classificação de GUSTAVO AMARAL, taxando-a de inconsistente. Primeiramente, aponta que "o autor procura 'abstrair' de determinados custos para tornar seu argumento viável"[55]. Ademais, ressalta que não foi explicitado um conteúdo para as expressões "necessariamente" e "intrinsecamente", empregadas na definição de ambas as categorias formuladas. Por fim, dirige uma crítica especificamente à categoria dos *direitos parcialmente independentes*, tendo em vista que, se dependem parcialmente de prestações estatais, "há alguma dose de positividade, a qual, numa análise que se pretenda útil, merece ser considerada (ou precisa de um bom fundamento para ser desconsiderada)"[56].

Ao afastar as observações e a classificação de AMARAL, GALDINO se emparelha mais diretamente com o pensamento de HOLMES e SUNSTEIN, no sentido de que todos os direitos demandam prestações estatais:

> Não se trata, portanto, propriamente de importação de uma idéia, mas de observação de um mesmo fenômeno comum, não sendo possível ignorar a correção da afirmação dos autores consoante a qual todos os direitos fundamentais são, afinal, positivos – no sentido de que demandam prestações estatais positivas.
>
> [...]
>
> Saliente-se, então, que a importante conclusão de que todos os direitos fundamentais são positivos não pode mais ser desconsiderada pelo pensamento jurídico brasileiro.
>
> O equívoco parece residir precisamente em considerar-se que a tutela dos direitos da liberdade consista ou possa consistir em uma pura obrigação de não fazer gratuita, isto é, uma abstenção sem custos, quando, em verdade, ela contém sempre e sempre um *facere* (um agir positivo) e, mais importante, qualquer ação ou omissão estatal é sempre custosa – positiva.
>
> [...]
>
> Na verdade, mesmo decompondo-se para fins didáticos as complexas situações jurídicas de direitos fundamentais em relações simples, e assim estabelecendo-se deveres negativos para o Estado, mister deixar claro que estes deveres negativos impõem para o Estado outros correlatos deveres positivos, no mínimo para manter uma estrutura que garanta o respeito aos direitos fundamentais em questão.[57]

---

[54] AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*. p. 45.

[55] GALDINO se refere à passagem em que, antes de expor as formas de conflitos dos direitos parcialmente independentes e direitos dependentes, AMARAL faz a seguinte ressalva: "Abstraindo os custos relacionados à solução das controvérsias [...]". AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*. p. 44.

[56] GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. p. 222-223.

[57] GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. p. 225-226.

Ao adotar a teoria do custo dos direitos, GALDINO abandona qualquer peculiaridade prática na eficácia e na efetivação dos direitos sociais, na medida em que confere caráter prestacional a todos os demais direitos constitucionais, inclusive os tradicionais direitos de defesa:

> Em conclusão, demonstrado que todo direito possui um custo, a opção pela sua efetivação independe de sua caracterização como direito individual, direito de defesa ou direito social. Isto é, o modelo de classificação que separa direitos positivos e negativos apresenta escassa ou nenhuma utilidade prática.
>
> [...] Na verdade, os direitos individuais (enquanto direitos subjetivos públicos) sempre foram positivos, no sentido de que sempre demandaram intervenção estatal em forma de prestações estatais positivas. O diferencial do presente momento teórico é o reconhecimento dessa positividade, e não o seu surgimento.
>
> [...]
>
> Na verdade, o reconhecimento dos custos e da positividade de todos os direitos impede que se faça uso ideológico da distinção positivo/negativo, uso que obstaculiza a visão de que – tomando-se em consideração os custos – também os direitos individuais *podem* ser sacrificados em detrimento dos sociais.[58]

4.2. A crítica à teoria dos custos dos direitos

Não obstante a validade das observações, a crítica dos estadunidenses com base no custo dos direitos pode ser superada mediante uma exposição mais aprofundada da questão, ao se distinguir entre o *direito constitucional* e o *bem jurídico* protegido por este mesmo direito. A definição de bem jurídico pode ser haurida da dogmática jurídico-penal, para quem o conceito é nevrálgico (principalmente, dentro da teoria do delito). O bem jurídico é um valor ligado à pessoa ou ao seu livre desenvolvimento no contexto social, consistindo tanto em circunstâncias dadas (estados pré-jurídicos) quanto em finalidades[59].

Não há qualquer incongruência em reconhecer, de um lado, direitos negativos que protegem determinado bem jurídico e, de outro lado, prestações (direitos positivos ou garantias) que promovam este mesmo bem jurídico. Desta forma, o mesmo bem jurídico poderia ser alcançado tanto pela abstenção estatal correlata a um direito negativo quanto por uma prestação estatal, sem que um invalide o outro.

É o que, de resto, se demonstrou anteriormente, contrapondo-se, na esteira dos ensinamentos de ISENSEE, a preservação do direito (*status negativus*) à proteção por parte do Estado (*status positivus*). Um exemplo ajudará a esclarecer o ponto. O bem jurídico "vida humana" é objeto tanto do direito (individual) à vida quanto do direito (social) à saúde. Todavia, naquele, o bem jurídico demanda a preservação do direito (isto é, abstenção estatal de ceifar a vida humana), enquanto, neste, promove-se o mesmo bem jurídico mediante a proteção do Estado concretizada em prestações positivas (serviço de saúde pública, fiscalização da atividade privada de assistência à saúde etc.).

---

[58] GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. p. 229-230.

[59] ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. 1ª ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 56. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 198-199. O autor faz ainda uma breve exposição de algumas correntes da teoria do bem jurídico (p. 181-197).

Partindo da noção de *enforcement*, o exemplo mais utilizado no livro de HOLMES e SUNSTEIN para demonstrar os custos dos direitos negativos não poderia ser outro senão a prestação jurisdicional. Tendo em vista que todo direito necessita da efetivação jurisdicional na hipótese de violação e que o aparato judiciário é mantido por recursos públicos, a conclusão seria de que todo direito gera custos mediante a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional de lesão ou ameaça a direito.

O raciocínio, entretanto, sofre de um desvio de perspectiva. Isto porque tal linha de argumentação trata, na verdade, das chamadas *garantias dos direitos fundamentais*, que "apresentam um papel instrumental em relação aos direitos fundamentais, servindo como instrumentos de efetivação dos direitos por ela protegidos, além de legitimarem ações estatais para defesa dos direitos fundamentais"[60]. GILMAR MENDES faz a seguinte distinção entre os direitos fundamentais e suas garantias:

> Há, no estatuto Político, direitos que têm como objeto imediato um bem específico da pessoa (vida, honra, liberdade física). Há também outras normas que protegem esses direitos indiretamente, ao limitar, por vezes procedimentalmente, o exercício do poder. São essas normas que dão origem aos direitos-garantia, às chamadas garantias fundamentais.[61]

Todavia, cumpre esclarecer que as garantias podem se transfigurar em direitos subjetivos a prestações estatais que protejam determinado direito fundamental (direitos-garantia)[62]. Não é outro o magistério de CANOTILHO:

> Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o carácter instrumental de protecção dos direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a protecção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade (ex.: direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, princípios do *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine crimen*, direito de *habeas corpus*, princípio *non bis in idem*).[63]

Por óbvio, as prestações estatais que constituem o conteúdo das garantias fundamentais demandam recursos do erário público, o que permite afirmar que a concretização dos direitos negativos, através destas garantias, não é isenta de custos. Contudo, não se pode olvidar a diferença qualitativa dos direitos constitucionais, já que uns necessitam da atuação estatal para serem efetivados, ao passo que outros se satisfazem com a mera abstenção do Poder Público. Em outros termos, é a distinção feita por ISENSEE entre os valores "liberdade" e "segurança", conforme já exposto no capítulo 3. O constitucionalista alemão enxerga, na proteção do bem jurídico, um triângulo relacional, assim formatado:

> O sistema da proteção aos bens jurídicos se apresenta como um triângulo de relações jurídicas entre Estado, ofensor e vítima. Entre Estado e ofensor existe uma relação interventiva de Direito Público, entre Estado e

[60] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 179.
[61] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 268.
[62] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 194.
[63] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 396.

> vítima, uma relação prestacional de Direito Público. Contudo, entre ofensor e vítima, vale o Direito Privado.[64]

Este triângulo não se confunde com a eficácia horizontal (*Drittwirkung*) dos direitos fundamentais. "A eficácia horizontal significa a validade imediata ou mediata dos direitos fundamentais entre particulares. O cidadão figura não apenas como titular, mas também como destinatário dos direitos fundamentais [...]."[65] Aqui, diversamente, se fala da *ambivalência dos direitos fundamentais*, no sentido de que os direitos fundamentais têm uma dupla eficácia dirigida ao Estado: "dirigido ao Estado é o *status positivus* daquele protegido pela intervenção; dirigido ao Estado [é] também o *status negativus* daquele constrangido pela intervenção". Tal concepção não se confunde com a eficácia horizontal, pois "a relação de Direito Privado entre ambos permanece intocada"[66].

Assim, a garantia do direito fundamental, ao impor ao Estado a defesa do indivíduo ameaçado em um direito não-prestacional (principalmente em termos de *enforcement* mediante prestação jurisdicional), demanda uma prestação estatal positiva e, via de conseqüência, corresponde ao *status positivus*, sem que o direito garantido deixe de representar o *status negativus*.

Cumpre notar que a ambivalência dirigida ao Estado, assim como a eficácia horizontal, decorre da *dimensão objetiva* dos direitos fundamentais. GILMAR MENDES explica em que consiste a chamada dimensão objetiva:

> Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático.
>
> [...]
>
> Ela [a dimensão objetiva] faz com que o direito fundamental não seja considerado exclusivamente sob perspectiva individualista, mas, igualmente, que *o bem por ele tutelado seja visto como um valor em si, a ser preservado e fomentado*.[67]

O constitucionalista brasileiro explicita, em outra passagem, como a dimensão objetiva vincula o Poder Público à promoção do bem jurídico (valor básico) que é objeto do direito fundamental:

> Outra importante conseqüência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais está em ensejar um *dever de proteção pelo Estado* dos direitos fundamentais contra agressões dos próprios Poderes Públicos, provindas de particulares ou de outros Estados.
>
> [...] Sob esse enfoque, *os direitos de defesa apresentam um aspecto de direito a prestação positiva*, na medida em que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais cobra a adoção de providências, quer materiais, quer jurídicas, de resguardo dos bens protegidos. Isso corrobora a

[64] ISENSEE, Joseph. *Das Grundrecht auf Sicherheit*. p. 35.
[65] ISENSEE, Joseph. *Das Grundrecht auf Sicherheit*. p. 35.
[66] ISENSEE, Joseph. *Das Grundrecht auf Sicherheit*. p. 36.
[67] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. p. 266. [grifei]

> assertiva de que a dimensão objetiva interfere na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, neste caso atribuindo-lhe *reforço de efetividade*.[68]

A dimensão objetiva também fundamenta a previsão das já citadas garantias institucionais, conforme dá conta o célebre constitucionalista PAULO BONAVIDES:

> A importância porém das garantias institucionais é que elas revalorizam sobremodo os direitos da liberdade, até então concebidos numa oposição irremediável entre o indivíduo e o Estado, e o fizeram na medida em que se pôde transitar de uma concepção de subjetividade para uma concepção de objetividade, com respeito aos princípios e valores da ordem jurídica estabelecida.
>
> Se na fase da primeira geração os direitos fundamentais consistiam essencialmente no estabelecimento das garantias fundamentais da liberdade, a partir da segunda geração tais direitos passaram a compreender, além daquelas garantias, também os critérios objetivos de valores, bem como os princípios básicos que animam a lei maior, projetando-lhe a unidade e fazendo a congruência fundamental de suas regras.[69]

O dever de proteção direcionado ao Estado em virtude da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e materializado, principalmente, pelas garantias institucionais não se confunde com o direito fundamental em si, mas o imanta com uma densificação da efetividade (*enforcement*).

Assim, é lícito concluir que, "embora seja correta a tese de que a realização e a garantia de qualquer direito custa dinheiro, também é verdade que a realização dos direitos sociais e econômicos custa *mais dinheiro*". Isto porque os gastos com instituições políticas e judiciárias são inerentes tanto aos direitos negativos quanto aos direitos positivos, de modo que "esses 'gastos institucionais', que são diluídos na efetivação de *qualquer tipo de direito*, devem ser deixados de lado quando se comparam os custos dos direitos sociais e econômicos, de um lado, com os custos dos direitos civis e políticos, de outro"[70]. Retirados da conta os custos comuns de efetivação dos direitos, resta claro que as prestações dos direitos positivos drenam recursos públicos, diferentemente das omissões dos direitos negativos.

Em suma, a teoria dos custos dos direitos é fundamental para uma compreensão mais ampla da *reserva do possível*, na medida em que se deve considerar que não só as prestações relativas a direitos sociais demandam recursos públicos, mas também as garantias dos direitos individuais – tanto quanto, ainda, as garantias dos direitos sociais. Entretanto, tal reflexão não invalida, como pretendem HOLMES e SUNSTEIN, a separação entre direitos negativos e direitos positivos, sendo a mesma indispensável para o estudo da eficácia dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais.

Superada, então, a crítica levantada pela teoria do custo dos direitos, passa-se, agora, ao estudo propriamente dito da eficácia dos direitos sociais, sob o enfoque do mínimo existencial.

5. A eficácia dos direitos sociais e o referencial do mínimo existencial

---

[68] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. p. 267. [grifei] No mesmo sentido, SARLET. Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 158-159.

[69] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 568.

[70] SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas. p. 593. [grifos no original]

O conceito de *mínimo existencial*, cunhado pelo Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*), foi trazido para o debate brasileiro pelos trabalhos pioneiros de RICARDO LOBO TORRES. Segundo sua concepção, exposta em obra essencial na qual consolida seus estudos pretéritos sobre o tema:

> Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.[71]

Ressaltando a importância do referido conceito, DANIEL SARMENTO destaca o "relativo consenso na filosofia política contemporânea, da qual estão excluídos apenas os pensadores ditos libertários, de que é papel do Estado assegurar as condições materiais mínimas de vida para as pessoas mais necessitadas"[72]. O mínimo existencial, em seu sentido jurídico, "compreende os direitos fundamentais originários (direitos da liberdade) e os direitos fundamentais sociais, todos em sua expressão essencial, mínima e irredutível"[73]. No que interessa ao presente estudo, o foco recairá somente sobre os direitos sociais.

Dentre as prestações possíveis de serem extraídas de cada um dos direitos sociais, existem algumas que são condições *sine qua non* do exercício da liberdade fática[74] e da cidadania – são os chamados *mínimos sociais*. Tal dimensão dos direitos sociais, indubitavelmente, integra o conceito de mínimo existencial. Por outro lado, para além dos mínimos sociais, os direitos sociais necessitam, para sua concretização, de medidas legislativas e administrativas que implementem políticas públicas, alocando os recursos públicos disponíveis dentro, respectivamente, da liberdade de conformação e da discricionariedade. Neste sentido, LOBO TORRES aponta que:

> A saída para a afirmação dos direitos sociais tem sido, nas últimas décadas: a) a redução de sua jusfundamentalidade ao mínimo existencial, que representa a quantidade mínima de direitos sociais abaixo da qual o homem não tem condições para sobreviver com dignidade; b) a otimização da parte que sobreexcede os mínimos sociais na via das políticas públicas, do orçamento e do exercício da cidadania. O equilíbrio entre os dois aspectos – de liberdade e de justiça – passa pela maximização do mínimo existencial e pela minimização dos direitos sociais em sua extensão, mas não em sua profundidade.[75]

Tal abordagem parece a mais consentânea com os óbices econômicos, políticos e jurídicos enfrentados pela natureza prestacional dos direitos sociais[76] – os quais serão abordados mais à frente. Contudo, não está indene de críticas, como atestam as ponderações de GUSTAVO AMARAL, que se insurge contra a ausência de

---

[71] TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. p. 36.
[72] SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo.* p. 202.
[73] TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. p. 37.
[74] Em outras palavras, trata-se, aqui, da liberdade *para* (*freedom to*), em contraposição à idéia de liberdade *de* (*freedom from*).
[75] TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. p. 53.
[76] "A retórica do mínimo existencial não minimiza os direitos sociais, senão que os fortalece extraordinariamente na sua dimensão essencial, dotada de plena eficácia, e os deixa incólumes ou até os maximiza na região periférica, em que valem sob a reserva de lei." TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 268.

divisão nítida entre os *mínimos sociais* e os *máximos sociais*, bem como contra o *efeito gradual do mínimo existencial*, lançando o seguinte questionamento:

> Ora, se não há divisão nítida, como saber se a prestação é exigível incondicionalmente ou não? O mínimo existencial é o mesmo em Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo e interior de Alagoas e do Piauí? Se a resposta for positiva, então a escassez de recursos não estará sendo considerada. Se a resposta for negativa, então parecerá que foi incluída uma "condição" que afasta a exigibilidade "incondicional".[77]

Na linha de raciocínio do autor, como a determinação concreta do mínimo existencial varia histórica e geograficamente, há certo gradualismo que não se compatibiliza com o resultado binário pretendido (exigível dentro do mínimo existencial e não exigível além do mínimo existencial), o que acarreta subjetivismo. Segundo AMARAL, a solução seria, então, reconhecer um dever do Estado de, alternativamente, entregar a prestação positiva ou justificar a omissão através de critérios de alocação – ressaltando que, quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deve ser a razão para o não atendimento[78].

Por outro lado, AMARAL sustenta que o enfoque do mínimo existencial sofre de unidimensionalidade no que respeita à noção de essencialidade, ao desconsiderar o conflito entre necessidade e possibilidade. Invoca, para tanto, o exemplo de um cataclismo, que pode momentaneamente tornar inexigível algo que antes era conteúdo do mínimo existencial[79].

Não obstante a agudeza da crítica formulada, tais considerações não são suficientes para invalidar o reconhecimento da pronta sindicabilidade do mínimo existencial, em contraposição à submissão dos máximos sociais à *interpositio legislatoris* e à reserva do possível. É que a variação da extensão do mínimo existencial em termos temporais e espaciais decorre da própria indeterminabilidade *a priori* do *âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana*.

A respeito, INGO SARLET faz referência à diferenciação entre *dimensão natural* e *dimensão cultural* da dignidade da pessoa humana, afirmando que, enquanto a primeira consiste numa "qualidade inata pura e simplesmente", a última se traduz em "fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo", frisando que as duas dimensões "se complementam e interagem mutuamente"[80]. Diante desta concepção do princípio da dignidade da pessoa humana,

> resulta evidente que irá depender das circunstâncias concretas de cada ordem jurídica e social qual o nível de proteção ou de prestações materiais e normativas indispensável para que a dignidade pessoal não venha a restar comprometida, o que igualmente aponta para uma inevitável relatividade da dignidade, ao menos na sua condição jurídico-normativa, designadamente em algumas de suas manifestações.[81]

Neste sentido, a necessidade de se analisar, no caso concreto, se determinadas prestações se encontram dentro do conteúdo do mínimo existencial não invalida a utilidade do conceito como parâmetro de eficácia dos direitos sociais,

---

[77] AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*. p. 102.
[78] AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*. p. 102 e 118-120.
[79] AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*. p. 119.
[80] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 46-47.
[81] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. p. 144-145.

tampouco impede que se busque determinar algumas prestações incluídas de forma geral no mínimo existencial.

Ademais, não procede a crítica da unidimensionalidade, pois a situação de calamidade provocada por um cataclismo deixa a sociedade incapaz de fornecer temporariamente as mínimas condições de existência a alguns indivíduos, mas não significa que tais condições mínimas tenham mudado. Deve-se compreender que o cataclismo é uma situação completamente excepcional e, como tal, não pode ser tomado por regra. O mínimo existencial persiste, porém seu cumprimento fica excepcionalmente inviabilizado pela inexistência transitória de recursos sociais suficientes. Todavia, de uma forma geral, o descumprimento do mínimo existencial não decorre da inexistência de bens sociais, mas de sua indevida alocação, o que pode, sim, ser corrigido mediante sua sindicabilidade judicial.

Fixadas estas premissas, é momento de utilizar, para se compreender a eficácia dos direitos sociais dentro do contexto do mínimo existencial, a *Statuslehre* de JELLINEK, já debatida no capítulo 3. Em relação ao mínimo existencial, observa DANIEL SARMENTO que:

> Ele ostenta tanto uma dimensão negativa como uma positiva. Na sua dimensão negativa, opera como um limite, impedindo a prática de atos pelo Estado ou por particulares que subtraiam do indivíduo as referidas condições materiais indispensáveis para uma vida digna. Já na sua dimensão positiva, ele envolve um conjunto essencial de direitos prestacionais.[82]

As dimensões negativa e positiva apontadas podem ser reconduzidas, respectivamente, ao *status negativus* e ao *status positivus*, sendo certo que o núcleo dos direitos sociais – isto é, as prestações integrantes do conceito de mínimo existencial – corresponde ao *status positivus libertatis*, ao passo que, no que concerne aos máximos sociais, os direitos sociais outorgam o *status positivus socialis*.

Os direitos sociais, então, quando incluídos no mínimo existencial, investem o indivíduo tanto no *status negativus*, "que impede generalizadamente a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos", quanto no *status positivus libertatis*, "que postula a entrega de prestações estatais positivas a quem se encontra abaixo de certo nível de pobreza"[83]. Já o *status positivus socialis*, correspondente aos máximos sociais (ou seja, à esfera dos direitos sociais que desborda do mínimo existencial) permite a conquista de prestações positivas através da cidadania ativa (reivindicatória). É que, ultrapassado o mínimo existencial, os direitos sociais se submetem à *interpositio legislatoris* e à reserva do possível:

> O *status positivus socialis* depende da situação econômica do país e da riqueza nacional, sendo tanto mais abrangente quanto mais rico e menos suscetível a crises seja o Estado, motivo por que não tem dimensão originariamente constitucional, sendo objeto de legislação ordinária e da política social e econômica. [...] O *status positivus socialis*, ao contrário do *status positivus libertatis*, se afirma de acordo com a situação econômica conjuntural, isto é, sob a "reserva do possível" ou na conformidade da autorização orçamentária.[84]

---

[82] SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo*. p. 204.
[83] TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. p. 54.
[84] TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. p. 296-297.

Deste modo, em termos de eficácia jurídica, podemos afirmar que os direitos sociais funcionam como: a) *regras*, no que tange ao seu núcleo essencial correspondente ao mínimo existencial (*mínimos sociais*); b) *princípios*, relativamente aos *máximos sociais*[85]. Enquanto regra, "o mínimo existencial não pode ser ponderado e vale definitivamente porque constitui o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que é irredutível por definição e insuscetível de sopesamento", sendo aplicado por subsunção[86].

Interessante notar que, segundo o modelo delineado por ALEXY para os direitos sociais, o mínimo existencial é insuscetível de ponderação, mas é construído a partir da própria ponderação:

> De acordo com esta fórmula, a pergunta sobre quais direitos fundamentais sociais o indivíduo tem de maneira definitiva se refere à ponderação entre princípios. De um lado, encontra-se, antes de tudo, o princípio da liberdade fática. De outro lado, ficam os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da divisão de poderes, bem como princípios materiais relativos, sobretudo, à liberdade jurídica de outrem, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a bens coletivos.[87]

O modelo de ponderação não é capaz de indicar, de uma forma geral, os direitos sociais definitivos (que se contrapõem aos direitos sociais *prima facie*), porém oferece um caminho para se chegar à construção do mínimo existencial:

> Deveremos ver, portanto, uma posição jurídica prestacional como garantida definitivamente por um direito fundamental quando (1) o princípio da liberdade fática a exige muito urgentemente e (2) os princípios da separação de poderes e democrático (que inclui a competência orçamentária do Parlamento) assim como (3) princípios materiais concorrentes (especialmente aqueles que repousam na liberdade jurídica de outrem) são restringidos em medida relativamente reduzida pela garantia jusfundamental da posição jurídica prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levam em conta. Estas condições são preenchidas, em todo caso, pelos direitos fundamentais sociais mínimos, como o direito ao mínimo vital [...].[88]

Em resumo, LOBO TORRES, magistralmente, logrou identificar as seguintes características gerais do mínimo existencial, que permitem apreender a forma de aplicação do conceito:

> É pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade *erga omnes*, aproximando-se do conceito e das conseqüências do estado de necessidade; não se esgota no elenco do art. 5º da Constituição nem em catálogo preexistente; é dotado de historicidade, variando de acordo com o

[85] "[...] o chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica. Para além desse núcleo, ingressa-se em um terreno no qual se desenvolvem apenas outras modalidades de eficácia jurídica, decorrência da necessidade de manter-se o espaço próprio da política e das deliberações majoritárias." BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 248.
[86] TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. p. 84.
[87] ALEXY, Robert. *Thorie der Grundrechte*. p. 465.
[88] ALEXY, Robert. *Thorie der Grundrechte*. p. 466.

> contexto social; é indefinível, aparecendo sob a forma de cláusulas gerais e de tipos indeterminados e universal, no sentido de que toca a todos os homens, independentemente de suas nacionalidades ou das classes sociais e econômicas a que pertençam; é negativo, pois exibe o *status negativus* que protege o cidadão contra a constrição do Estado ou de terceiros; cria também o *status positivus libertatis*, que gera a obrigação de entrega de prestações estatais individuais para a garantia da liberdade e das suas condições essenciais; postula garantias institucionais e processuais que provocam custos gerais para o Estado; é plenamente justiciável; independe de complementação legislativa, tendo eficácia imediata.[89]

Sedimentado o alcance do mínimo existencial como medida da eficácia dos direitos sociais, é chegado o momento de verificar os limites da prestação jurisdicional na efetivação das posições jurídicas constitucionais que demandam prestações estatais positivas.

6. O controle jurisdicional das políticas públicas

Na medida em que a definição do mínimo existencial é essencial para se determinar a extensão da eficácia imediata de determinado direito social e que esta definição varia, em sua maior parte, em função de aspectos temporais e espaciais (em suma, culturais), o papel do Poder Judiciário, definindo, caso a caso, o alcance do mínimo existencial, não pode ser desconsiderado. Contudo, uma vez que os direitos sociais são efetivados através de políticas públicas, a atuação (ou melhor, o ativismo) judicial, nesta seara, importa na prerrogativa de alocar, a seu talante, os recursos públicos, gerando séria interferência na atividade dos outros Poderes.

Como já dito, o mínimo existencial atua como regra, sendo aplicável mediante subsunção, ao passo que os máximos sociais funcionam como princípios, ou seja, são mandados de otimização, que só estabelecem direitos *prima facie*. Fala-se em direitos *prima facie*, pois, quanto ao *status positivus socialis*, só haverá direitos definitivos após a implementação, pelos Poderes democraticamente legitimados, da respectiva política pública. Em contrapartida, a omissão na formulação de políticas públicas concretizadoras do mínimo existencial não tem o condão de impedir a entrega da prestação estatal (pela via coativa jurisdicional). Não obstante, a linha tênue que separa o mínimo existencial dos máximos sociais é traçada, em última análise, pelo magistrado, no caso concreto posto em juízo.

Sendo assim, ao tomar decisões políticas tão fundamentais, é preciso que o Judiciário, a bem do regime democrático, atue com autocontenção (*judicial self-restraint*). Em outras palavras, o primeiro obstáculo ao controle jurisdicional das políticas públicas é a limitação institucional do Judiciário, a fim de evitar interferências indevidas nas atividades dos outros Poderes.

Na dimensão política do problema, é de se notar a *tendência contramajoritária* da atuação judicial, pois as políticas públicas são afetas à deliberação majoritária no espaço público democrático. Significa dizer que as políticas públicas são objeto de atividades típicas dos Poderes eleitos (Executivo e Legislativo), que serão substituídos por um Poder que, ao menos no Brasil, não é escolhido pelo povo. Isto gera uma deslegitimação no controle jurisdicional das políticas públicas e leva inevitavelmente ao dever de autocontenção.

---

[89] TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. p. 39-40.

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA resiste em dar muito peso a estes argumentos, conforme se averigua do seguinte trecho:

> Como já foi sublinhado anteriormente, deixar o Judiciário de fora do debate com base apenas em uma idéia anacrônica de separação de poderes é uma estratégia que não será considerada aqui. O mesmo pode ser dito acerca do argumento baseado exclusivamente na falta de legitimidade democrática do Judiciário. Ambos os argumentos – separação de poderes e ausência de legitimidade democrática – costumam ser usados de forma maniqueísta, a qual pretendo aqui evitar. Por isso, e por razões argumentativas, pretendo aqui presumir que um amplo controle de constitucionalidade é um ponto inquestionável do sistema constitucional e que, nesse sentido, deve ser aceito que os juízes têm legitimidade para interferir em questões legislativas e governamentais.[90]

Ao que parece, apesar de tentar evitar tais argumentos em sua exposição, o autor não os descarta completamente, alertando somente quanto à insuficiência dos mesmos quando utilizados de forma isolada. Decerto, os pontos levantados não são suficientes para afastar a intervenção judicial, porém devem ser levados em consideração no conjunto argumentativo. Afinal, os dois argumentos são incontornáveis no contexto do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição de 1988, na medida em que a separação de Poderes é a pedra angular do Estado de Direito[91] e a legitimação pela deliberação majoritária se localiza no núcleo do Estado Democrático[92].

Neste passo, resta plenamente aberta à discussão a imposição da posição pessoal do magistrado no espaço de deliberação majoritária. Vale reprisar, aqui, a advertência feita por EDUARDO APPIO:

> Os riscos de um governo de juízes são imensos, quando se considera que a Constituição Federal de 1988, por se constituir num sistema que permite uma aplicação principiológica de seus dispositivos, amplia de forma considerável o poder de revisão judicial. No Estado Constitucional os juízes são os únicos responsáveis por demarcar com clareza os limites de sua própria jurisdição, motivo pelo qual somente podem-se socorrer de argumentos de natureza jurídica, pois, do ponto de vista político não detêm legitimidade para conduzir as ações do governo. A representatividade eleitoral se apresenta, ainda, como um importante fator de contenção judicial, fixando limites políticos ao decisionismo judiciário, com que se assegura um equilíbrio de forças. No interior de uma sociedade fragmentada como a brasileira, existe uma tendência natural em concentrar no Poder Judiciário todas as expectativas no que tange à manutenção do regime democrático e das garantias individuais, através de verdadeira divinização das concepções morais e filosóficas dos juízes constitucionais. Todavia, um governo de juízes não é desejável num regime democrático, pois restaria inexoravelmente comprometida a função fiscalizadora.[93]

---

[90] SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas. p. 590-591.
[91] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 554-555.
[92] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 224-225.
[93] APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. p. 70-71.

ANA PAULA DE BARCELLOS, em sentido contrário, entende que "a decisão judicial, como regra, não veicula uma vontade única e final, já que será revista por órgãos superiores, assegurando oportunidade de correção de eventuais erros"[94]. Entretanto, a vingar tal concepção, substitui-se a convicção de um indivíduo (magistrado) pela de um círculo deveras restrito de indivíduos (magistrado e instância revisora)[95], com uma visão de mundo talhada institucionalmente – o que, de resto, engendra uma *aristocracia judicial*.

Ainda nesta linha, a autora defende que "os grupos minoritários, ainda que não tenham acesso ao processo político, sempre terão acesso ao Judiciário para a preservação de seus direitos"[96]. A conclusão é discutível, na medida em que

> a promoção de ações coletivas em face do Estado para a defesa de direitos de natureza individual permitiria a privatização do Estado, ou seja, a orientação dos programas de governo – políticas públicas – de acordo com os interesses próprios de grupos organicamente bem representados, reprisando-se na esfera judicial as mesmas desigualdades de representação existentes na esfera parlamentar. Neste sentido, o espaço judicial seria apenas mais uma opção disponível pelos grupos já organizados da sociedade – como, por exemplo, grupos de consumidores de determinados produtos e serviços – para fazer prevalecer seus próprios interesses.[97]

Mesmo assim, em que pesem as considerações lançadas por ANA PAULA DE BARCELLOS e aqui repetidas, insta salientar que o posicionamento da autora é favorável à autocontenção judicial, em razão das implicações políticas do controle jurisdicional das políticas públicas[98].

Noutro giro, a especificação técnica dos demais Poderes (principalmente do Executivo) na formulação e implantação de políticas públicas não é suprível pelo assessoramento técnico do magistrado por peritos judiciais. E mesmo que assim o fosse, em caso de dúvida, entre a decisão técnica de um Poder democraticamente legitimado e a decisão técnica de um Poder contramajoritário, deve prevalecer, sem dúvida, a primeira.

De qualquer forma, é forçoso reconhecer que a eficiência de uma política pública demanda dados de que o magistrado não dispõe nas demandas individuais, pois, uma vez que "o juiz não está vinculado à lógica da disponibilidade dos meios, como está o Poder Executivo, as conseqüências de uma decisão judicial específica sobre o universo de direitos alheio aos limites da lide são imprevisíveis"[99]. Ainda mais considerando-se que as políticas públicas se submetem a "um processo de retroalimentação, onde a avaliação não é feita ao final, mas no curso da execução", para introduzir "novos elementos no quadro inicialmente proposto, modificando-o, de forma a adequá-lo à realização do objetivo"[100].

Além disso, não se pode desconsiderar que a Administração Pública (e, até determinado ponto, o Poder Legislativo), ao contrário do Judiciário, tem uma visão

---

[94] BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. p. 232.

[95] O círculo é ainda mais restrito com o alargamento, dentro do sistema processual brasileiro, das hipóteses de julgamento monocrático de recursos.

[96] BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. p. 232.

[97] APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. p. 57.

[98] BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. p. 232: "É evidente que o Judiciário não tem competência para fixar as políticas públicas de maneira ampla, *nem cabe a cada juiz impor sua própria convicção política, quando há várias possíveis e a maioria escolheu uma determinada*." [grifei]

[99] BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. p. 33.

[100] MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. p. 70.

ampla de todas as políticas públicas (e respectivos custos) e dos recursos (técnicos, humanos e financeiros) disponíveis. É o embate entre o que se convencionou chamar de *macrojustiça* (visão geral de realização das políticas públicas e do orçamento público) e *microjustiça* (justiça do caso concreto)[101].

Neste passo, insta salientar que o processo judicial é um instrumento extremamente inadequado para a alocação dos recursos sociais. Como bem ressalta GUSTAVO AMARAL, "todo o modo de funcionar da judicatura, a iniciativa por provocação, o impulso oficial, a linearidade do procedimento e as regras de preclusão não constituem procedimentos apropriados para lidar com a dinâmica das decisões alocativas."[102] Isto porque:

> O processo judicial foi pensado com foco nas questões bilaterais de justiça comutativa, em que os interesses em disputa são apenas aqueles das partes devidamente representadas. Contudo, a problemática subjacente aos direitos sociais envolve sobretudo questões de justiça distributiva, de natureza multilateral, já que, diante da escassez, garantir prestações a alguns significa retirar recursos do bolo que serve aos demais. [...] Este [o processo judicial], com seus prazos e formalidades, está longe de ser o ambiente mais propício para a análise de políticas públicas, por não proporcionar o pleno acesso a miríade de informações, dados e pontos de vista existentes sobre aspectos controvertidos.[103]

Além das limitações inerentes ao perfil institucional do Poder Judiciário, o controle das políticas públicas esbarra em obstáculos de ordem econômica, mormente na tão discutida *reserva do possível*. O conceito de reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) foi formulado pelo Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) e se transformou no ponto de inflexão da discussão acerca da efetivação dos direitos sociais. A reserva do possível se desdobra em dois elementos: o *fático*, "que diz respeito à efetiva disponibilidade dos recursos econômicos necessários à satisfação do direito prestacional"; o *jurídico*, que diz respeito "à existência de autorização orçamentária para o Estado incorrer nos respectivos custos"[104].

Não é possível, pela amplitude do tema, pretender, no presente trabalho, analisar todos os aspectos da discussão acerca da reserva do possível. Cumpre apenas destacar que, de uma forma geral, "a implementação dos direitos sociais depende de reserva da lei instituidora das políticas públicas, da reserva da lei orçamentária e do empenho da despesa por parte da Administração". Contudo, cabe fazer a ressalva de que a reserva do possível "não é aplicável ao mínimo existencial, que se vincula à reserva orçamentária e às garantias institucionais da liberdade, plenamente sindicáveis pelo Judiciário nos casos de omissão administrativa ou legislativa"[105].

Em suma, os problemas decorrentes da efetivação dos direitos sociais decorrem do fato de que "a pretensão do cidadão é à política pública, e não à adjudicação individual de bens públicos"[106]. Desta forma, a aplicação *tout court* da

---

[101] AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*. p. 82: "Esse caráter disjuntivo das escolhas traz, muitas vezes, uma teia de conseqüências, uma cadeia de ações e reações que não conseguem ser sequer imaginadas dentro da ótica estrita da microjustiça [...]"
[102] AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*. p. 114.
[103] SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo*. p. 210.
[104] SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo*. p. 196.
[105] TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. p. 105-106.
[106] TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. p. 106.

sistemática tradicional do direito subjetivo aos direitos sociais gera inevitavelmente um desvio de perspectiva capaz de influir negativa e decisivamente na alocação dos recursos públicos.

É indispensável que as decisões judiciais, ao exercer o controle jurisdicional das políticas públicas, não olvidem as particularidades observadas na eficácia dos direitos sociais sob o pretexto de lhes emprestar jusfundamentalidade ou de aplicá-los direta e imediatamente.

Em que pese a série de obstáculos apontados para o controle jurisdicional das políticas públicas, uma primeira conquista parece ser a adoção do parâmetro do mínimo existencial para a adjudicação de prestações estatais no caso concreto. Além disso, vale aqui a advertência de FÁBIO KONDER COMPARATO:

> Se o Estado não dispõe, como é óbvio, de condições materiais para atender à totalidade das demandas individuais de bens indispensáveis a uma vida digna, ele tem, não obstante, inquestionavelmente, *o dever constitucional de pôr em prática, com todos os meios ao seu alcance*, as políticas públicas dirigidas à consecução desse objetivo.[107]

Em conclusão, é palmilhando este caminho que o Poder Judiciário poderá ser um ator legítimo na concretização efetiva do projeto construído na Constituição de 1988, sem invadir o espaço dedicado ao exercício da cidadania e sem se expor ao perigo da deslegitimação democrática de suas decisões.

Rio de Janeiro, outubro de 2014.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Thorie der Grundrechte*. 2ª ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, vol. 737, mar. 1997. p. 11-22.

_____. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (org.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

[107] COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. p. 249. [grifei]

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights*: why liberty depends on taxes. New York City: Norton, 2000.
ISENSEE, Joseph. *Das Grundrecht auf Sicherheit.* Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates. Berlin: Walter de Gruyter, 1983.
JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Tübigen: J. C. B. Mohr, 1919.
LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.
MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. 1ª ed. Madrid: Civitas, 1997.
SARLET. Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo*: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
_____. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
_____. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

BARIFOUSE, Leonardo. Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 39, julho/agosto/setembro de 2014. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-39-JULHO-2014-LEONARDO-BARIFOUSE.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.