

35 anos da Constituição Federal de 1988: vinculatividade e justiciabilidade dos direitos sociais

MARCUS GOUVEIA DOS SANTOS*

Resumo: O presente artigo objetiva analisar a vinculatividade e a justiciabilidade dos direitos sociais na Constituição Brasileira. Para alcançar este propósito, pretende-se: a) analisar a trajetória histórica do reconhecimento dos direitos sociais; b) investigar as ordens jurídico-constitucionais e as diferentes concepções doutrinárias acerca da vinculatividade e justiciabilidade dos direitos sociais. Do ponto de vista metodológico, desenvolveu-se pesquisa descritiva, cujas fontes principais foram: Constituição Brasileira, Constituição de outros Estados Nacionais, doutrina produzida por juristas de diferentes países e a jurisprudência de Cortes Constitucionais, que trazem a lume alguns consensos e divergências quanto à vinculatividade e justiciabilidade dos direitos sociais. Ao final, apresentam-se considerações, no intuito de contribuir para uma interpretação coerente do ordenamento constitucional brasileiro, que confira eficácia e efetividade às normas constitucionais de direitos sociais.

Palavras-chave: Estado Social; Vinculatividade e justiciabilidade; Direitos Sociais; Princípio Democrático; Princípio da Separação de Poderes.

Abstract: This article intends to analyze the binding and justiciability of social rights in the Brazilian Constitution. To achieve this purpose, the following objectives will be pursued: a)

* Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Procurador do Município do Rio de Janeiro.
| Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4879458908472564>

analyzing historical trajectory of the recognition of social rights; b) investigating the legal-constitutional orders and the different doctrinal conceptions regarding the binding and justiciability of social rights. From a methodological point of view, descriptive research was developed, whose main sources were: Brazilian Constitution, Constitution of other National States, doctrine produced by jurists from different countries and the jurisprudence of Constitutional Courts, which bring to light some consensuses and divergences regarding the binding and justiciability of social rights. At the end, considerations are presented, with the aim of contributing to a coherent interpretation of the Brazilian constitutional order, which confers efficacy and effectiveness to the constitutional norms of social rights.

Keywords: Social State; Binding and Justiciability of social rights; State of Law; Social Rights; Democratic Participation.

Enviado em 4 de novembro de 2023 e aceito e aceito em 1 de dezembro de 2023.



1. Introdução

Durante o processo constituinte da Carta de 1988, além de uma preocupação com a liberdade individual após as sequelas deixadas pelo regime militar, havia um forte anseio de que esse documento jurídico fosse um instrumento transformador da realidade social. Foi adotado o Estado Social como princípio estruturante da Constituição Federal, impondo à República Brasileira ambiciosos objetivos (artigo 3º), como a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I); a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades regionais e sociais (inciso III); a promoção do bem de todos, sem

preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV).

O projeto do Estado Social propiciou a ampliação da aplicação das normas constitucionais nas seguintes direções: em garantia de todos os direitos fundamentais, não somente dos direitos de liberdade, mas também dos direitos sociais; frente a todos os poderes, não só o público como também o privado; em tutela não só dos direitos fundamentais como também dos bens fundamentais da coletividade (como o meio ambiente); em garantia da democracia em todos os níveis, não somente o estatal.

Em relação ao objeto do presente estudo, a fundamentalização dos direitos sociais teve como justificativa a distribuição mais justa da riqueza produzida pela sociedade e a respectiva proteção de vulneráveis em face dos riscos sociais. Diferentemente das Cartas anteriores, os direitos sociais passaram a constituir a medula axiológica da Constituição e a conferir concretude ao princípio da socialidade.

Por conseguinte, a interpretação das normas e a resolução das questões constitucionais passaram a ser enfrentadas sob a ótica de uma Constituição de Estado Social, propulsora de uma intervenção estatal na área econômica e social em favor da promoção de uma justiça social. Significa dizer que a interpretação e aplicação da Constituição passou a ter como norte a perspectiva solidária, refratária ao individualismo, em que todos os membros da sociedade seriam responsáveis pela consolidação da igualdade social.

Todavia, passados 35 anos da promulgação da Constituição, ainda se discute uma dogmática jurídica que confira efetividade aos direitos sociais. Por um lado, existe uma crise do sistema representativo democrático que provoca uma desídia do legislador no desempenho de sua tarefa de implementação de direitos sociais, por outro lado, o excesso de judicialização impede que os bens sociais cheguem àqueles que mais necessitam.

Embora os direitos sociais devam ser levados a sério e tratados como verdadeiros direitos fundamentais, não se deve desprezar que sua concretização está sujeita a fatores que o Estado não pode prever e sequer controlar. Existe uma margem de decisão do representante democrático que é ínsita ao

direito social prestacional. Isso fica bem evidente quando analisada a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a intervenção judicial em políticas públicas de saúde, consubstanciada no Tema 698.

Dessa forma, o presente estudo pretende analisar aspectos históricos e o direito comparado para, ao final, propor uma interpretação e aplicação da Constituição de 1988, que confira uma adequada vinculatividade e justiciabilidade aos direitos sociais.

2. Aspectos históricos

O Estado Social resultou da pressão de grupos sociais vulneráveis sobre o Estado Liberal burguês, com a reivindicação de direitos sociais e a uma maior participação nas decisões estatais. Os marcos históricos da superação do Estado Liberal pelo Estado Social foram a Constituição do México de 1917, a Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da Rússia de 1918 e a Constituição de Weimar de 1919.

Ao longo do século XX, o Estado Social sofreu evolução, donde é possível diferenciar dois tipos de Estado Social. O primeiro caracterizado como marxista, no qual o dirigismo estatal é imposto e se forma de cima para baixo, com a apropriação social dos meios de produção e a respectiva extinção das bases capitalistas. O segundo denominado de Estado Social das democracias, consolidado na segunda metade do Século XX, embora aceite o dirigismo estatal este é imposto de baixo para cima, através do consentimento democrático da sociedade, preservando ainda o fundamento capitalista. Esse Constitucionalismo da social-democracia inspirou as Constituições do pós-guerra, uma

vez que, diante do perigo do comunismo, as novas Constituições acabaram por consagrar o Estado de Direito Social e Democrático.¹

Em um primeiro momento, o Estado Social das democracias adotou o modelo da Constituição programática, compromissada com a concretização de uma justiça social por meio da declaração de direitos de cunho abstrato e dependentes da intervenção do órgão legislativo. Tinha a tarefa de realizar a igualdade por meio da intervenção estatal na sociedade e na economia, com o mínimo sacrifício das conquistas providas do Estado Liberal.²

As Cartas Brasileiras de 1934 e 1946 são exemplos de Constituições programáticas. Foi na Constituição de 1934 em que se consagrou pela primeira vez na história brasileira o Estado Social. Com forte influência da Constituição de *Weimar*, foram garantidos direitos sociais e houve um comprometimento com o modelo democrático.³ Posteriormente, com o fim da ditadura do Estado Novo, foi promulgada a Constituição de 1946, que teve vigência até a

Constituição do regime militar de 1967. A Constituição de 1946 também consagrou um modelo programático, com um extenso número de direitos sociais previstos em normas constitucionais programáticas, refletindo o conflito social entre a elite brasileira e a nova classe trabalhadora, formada principalmente pela mão de obra imigrante.⁴

Após a segunda metade do século XX, o Estado Social adotou um modelo de valorização dos direitos fundamentais, em que a nova hermenêutica desempenhou papel fundamental para a interpretação e a aplicação das normas constitucionais, conferindo juridicidade e concreção aos direitos fundamentais.⁵ Esse novo modelo de Estado assumiu um compromisso com o ser humano, em que não bastaria a declaração de direitos de cunho programático, dever-se-ia conferir normatividade aos direitos fundamentais. A velha hermenêutica formalista positivista, baseada no princípio da legalidade, não se mostrava adequada para a concretização dos novos valores constitucionais. Os novos valores decorrentes da dignidade da pessoa humana careciam de concretização à luz de uma nova forma de interpretação e aplicação da Constituição. Nesse tipo de Estado, a sociedade importava mais que o Estado, onde os objetivos do poder público e do cidadão convergiam para um mesmo fim, consubstanciado na concretização dos direitos, princípios e valores

¹ BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp. 143-167; CALLEJÓN. Francisco Balaguer. A dimensão constitucional do Estado Social de Direito na Espanha. Tradução: Hugo César Araújo de Gusmão. Revista Direitos Fundamentais e Justiça n° 2, jan./mar. 2008, pp.105-131; BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª Ed., Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2017, pp. 169-199.

² BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp. 143-167; pp. 353-366. BONAVIDES denomina este tipo de Estado Social de '*Estado Social do Estado*' ou '*Estado Social das Constituições programáticas*'.

³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Editora Malheiros, 26ª ed., São Paulo, 2011, pp. 361-390; AGRA, Walber de Moura. Direitos Sociais. Tratado de Direito Constitucional. Volume 1. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valter do Nascimento. Ed. Saraiva, 2ª Ed., São Paulo, 2012, pp. 583-633.

⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Editora Malheiros, 26ª ed., São Paulo, 2011, pp. 361-390.

⁵ BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp. 143-167; pp. 353-366. Como denomina BONAVIDES, seria o '*Estado Social da Sociedade*' ou '*Estado Social dos direitos fundamentais*'.

constitucionais, que permitiam ao homem ser livre, igualitário e fraterno.⁶

Junto com as suas funções de defesa e prestacional, os direitos fundamentais no Estado Social surgiram também como dimensões objetivas definidoras de valores, cuja função não era mais somente controlar o Estado, mas legitimar e estimular a realização dos objetivos materiais pelo Poder Público e pela sociedade. Os direitos fundamentais, antes caracterizados pela índole individualista e subjetivista da perspectiva liberal, ganharam também contornos de uma ordem objetiva de valores que caberia a todos concretizar em prol da paz e da justiça social.

Nesse modelo, todos os membros da sociedade assumem compromissos recíprocos para a promoção da justiça social, asseverando um dever de cuidado para com o outro, em que a distribuição de bens econômicos e sociais deve ser direcionada para aqueles que não possuam condições de aceder a eles por conta própria. Portanto, o Estado e toda sociedade estão incumbidos de implementar uma nova perspectiva de cooperação, de responsabilidade social, de igualdade substancial e de justiça distributiva.

Com esse sentido deve ser interpretada a Constituição de 1988. Ao contrário das Constituições de 34 e 46, em que os direitos sociais estavam previstos no Capítulo da Ordem Econômica e Social e com caráter meramente programático, na Constituição de 1988 foram consagrados no Título II, "*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*", como autênticos direitos fundamentais, que devem

ser concretizados sob uma perspectiva solidária.

3. Direito comparado

No âmbito do direito comparado serão analisadas as Constituições da Alemanha, de Portugal e da África do Sul, bem como o correspondente entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da vinculatividade jurídica e justiciabilidade dos direitos sociais.

A Constituição Alemã previu o princípio do Estado Social, no entanto, salvo raras exceções (direito da mãe ao apoio social), não há previsão expressa de direitos sociais. A consagração do Estado Social na Constituição ocasionou a discussão na doutrina sobre em que medida podem ser incorporados os elementos sociais do Estado Social ao Estado de Direito, sem que este perca suas características constitucionais essenciais.⁷

Defende Alexy⁸ que a solução para que os direitos sociais sejam considerados fundamentais deve levar em conta os argumentos contrários e os argumentos favoráveis, envolvendo sopesamento entre princípios. Em um dos lados da balança deve ser colocado o princípio da liberdade fática e o princípio da igualdade fática e, do outro lado, os princípios formais da competência decisória do legislador democrático e da separação de poderes (incluída aqui a competência orçamentária), bem como os princípios materiais da liberdade jurídica de terceiros, de outros direitos fundamentais sociais e interesses coletivos. Como os princípios não são absolutos, os direitos

⁶ BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp. 143-167; pp. 353-366.

⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 35-36.

⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 511.

individuais sociais podem ter maior peso que as razões político- financeiras e os princípios materiais em contrário.

De acordo com o modelo do sopesamento, o direito *prima facie* à liberdade fática é muito mais amplo que o direito em definitivo, bem como tem um caráter vinculante que o diferencia de um simples enunciado programático. O indivíduo teria o direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática detivesse um peso maior que os princípios materiais e formais colidentes. Como a cláusula de restrição não poderia esvaziar a liberdade fática, ao menos deveriam ser assegurados direitos sociais mínimos como direitos definitivos, como por exemplo, o mínimo existencial, moradia simples, educação fundamental e média, educação profissionalizante e um patamar mínimo de assistência à saúde.⁹

Por outro lado, a concepção minimalista da doutrina alemã entende que deveria ser assegurado somente um direito subjetivo a uma prestação social mínima como forma de assegurar o exercício do direito de liberdade. Isto porque os direitos de liberdade somente teriam plena efetividade quando fossem asseguradas prestações materiais mínimas, que permitissem aos titulares do direito o exercício da liberdade. Teriam aplicabilidade direta e recurso ao Tribunal Constitucional, ou seja, consistiriam em direito subjetivo a ser reivindicado judicialmente. Tudo que sobrepusesse ao mínimo existencial dependeria da intermediação do legislador democrático.¹⁰ Com isso, o direito ao mínimo

existencial seria denominado de direito originário à prestação, uma vez que garantido diretamente pela Constituição por meio do princípio do Estado Social. Por outro lado, os direitos derivados à prestação seriam os direitos criados pelo Legislador, cuja garantia se daria através da tese da proibição do retrocesso.

Houve intenso debate no âmbito da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão sobre um dever objetivo do Estado e um direito subjetivo a ações positivas. A primeira decisão do Tribunal Constitucional¹¹ sobre direitos a prestações foi proferida em 1951 e versava sobre a assistência social. O Tribunal Constitucional afirmou que a Constituição (artigo 1, § 1º) não obrigava o Estado a oferecer proteção em face de necessidades materiais e, com isso, não haveria um direito à assistência correspondente (artigo 2º, §2º, 1). Entretanto, ressaltou que isso não significava que o indivíduo não tivesse nenhum direito constitucionalmente garantido à assistência, uma vez que poderia surgir esse direito quando o legislador se abstivesse arbitrariamente (sem razões objetivas) de realizar o princípio do Estado Social.

Mais tarde, em 1975, ainda quanto à assistência social, o Tribunal Constitucional¹² entendeu que o princípio do Estado Social imporia o dever estatal de prestar assistência aos mais necessitados. Com isso, o auxílio social deveria ser prestado aos indivíduos com vulnerabilidades físicas ou psíquicas, que

⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 499-519.

¹⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 118-131; HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução

Luís Afonso Heck. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, pp. 177.

¹¹ BVerfGE 1, 97 (104-105). Em: ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 436-437.

¹² BVerfGE 40, 121 (133). Em: ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 436-437.

não possuíssem condições de se sustentar, como forma de garantir as condições básicas para uma existência humana digna. O Tribunal Constitucional acabou por adotar o entendimento doutrinário acerca da existência de um direito fundamental a um mínimo existencial, caracterizado como um direito fundamental social implícito na Constituição.

Essa jurisprudência restou reafirmada em 1999¹³, no julgamento da Reclamação Constitucional proposta pelo Sindicato da Indústria Metalúrgica Alemã em face de normas do Código de Direito Social. Entendeu o Tribunal Constitucional Alemão que o princípio do Estado Social contém uma ordem direcionada ao legislador que o obriga a harmonizar as contradições sociais, bem como determina que o Estado preste assistência social a indivíduos ou grupos que, em virtude de condições pessoais ou desvantagens sociais, estejam impedidos de alcançar seu desenvolvimento pessoal ou social.

Em virtude do princípio do Estado de Direito e do princípio democrático, o Tribunal Constitucional Alemão¹⁴ assentou que o legislador deve criar as condições para o exercício do mínimo existencial condigno. Embora a pretensão jurídica prestacional esteja fundamentada na Constituição (artigo

1), a abrangência dessa pretensão (tipos de demanda e meios necessários) não decorre diretamente da Constituição, dependendo de concepções sociais sobre aquilo que seja imprescindível à existência humana, da situação concreta dos indivíduos vulneráveis e dos recursos econômicos e técnicos disponíveis, por isso, a prestação deve ser definida pelo legislador. A liberdade de conformação do legislador para a determinação do conteúdo das prestações que asseguram o mínimo existencial será reduzida quando destinada a garantir o necessário à existência física da pessoa, por outro lado, será maior quando se tratar do tipo e do conteúdo da prestação direcionada à participação na vida social.

De acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão¹⁵, pode o legislador escolher o método para fixação da prestação, por meio de um processo transparente, idôneo e racional, uma vez que a Constituição não impõe a escolha de um único método. Como consequência, a prestação que atenda à existência condigna deve ser periodicamente revisada e desenvolvida.

Como menciona o Tribunal Constitucional Alemão¹⁶, o controle exercido pelo Tribunal deve ser comedido, para somente entender

¹³ BVerfGE 100, 271 (107). Em: MARTINS, Leonardo. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Coleção original: Jürgen Schwabe. Ed. Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, Uruguai, 2005, pp. 831-836.

¹⁴ BVerfGE 125, 175 - Hartz IV; BVerfGE 33, 303 [337]; 40, 237 [249]; BVerfGE 91, 93 [111 s.]; BVerfGE 66, 214 [223]; 68, 143 [153]; 82, 60 [88]; 99, 246 [260]; 112, 268 [280]; 120, 125 [155]. Em: MARTINS, Leonardo. Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Volume 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. Ed. Konrad-Adenauer Stiftung - KAS, São Paulo, 2016, pp. 39-47.

¹⁵ BVerfGE 125, 175 - Hartz IV; BVerfGE 33, 303 [337]; 40, 237 [249]; BVerfGE 91, 93 [111 s.]; BVerfGE 66, 214 [223]; 68, 143 [153]; 82, 60 [88]; 99, 246 [260]; 112, 268 [280]; 120, 125 [155]. Em: MARTINS, Leonardo. Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Volume 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. Ed. Konrad-Adenauer Stiftung - KAS, São Paulo, 2016, pp. 39-47.

¹⁶ BVerfGE 125, 175 - Hartz IV; BVerfGE 82, 60 [91 s.]. Em: MARTINS, Leonardo. Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Volume 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. Ed. Konrad-Adenauer Stiftung - KAS, São Paulo, 2016, pp. 39-47.

como inconstitucionais as medidas legislativas evidentemente insuficientes, por meio de um controle de evidência. O controle da proteção estende-se ao procedimento para a fixação do mínimo existencial e o correspondente controle do resultado deve ser restrito. Caso o legislador tenha investigado os fatos de maneira correta e tenha escolhido um procedimento idôneo para a fixação do mínimo existencial, não estaria ultrapassada sua margem conformadora.

Em Portugal optou-se por adotar o princípio do Estado Social e por prever expressamente os direitos sociais na Constituição. Com o fundamento de que a Constituição Portuguesa expressamente consagrou um regime distinto para os direitos de liberdade (artigo 18) em comparação com os direitos sociais, há o entendimento majoritário que determina a vinculatividade jurídica e a justiciabilidade com base na classificação constitucional entre direitos de liberdade e direitos sociais. Somente os direitos, liberdades e garantias seriam diretamente aplicáveis e vinculariam entidades públicas e privadas (artigo 18, item 1), enquanto os direitos sociais dependeriam da atuação do legislador democrático e de fatores econômicos para serem exigidos judicialmente como direitos subjetivos.¹⁷

Para JORGE MIRANDA¹⁸, a diferença básica reside em que os direitos de liberdade são direitos de agir e têm como característica um respeito e não interferência de outrem. Os direitos sociais constituem direitos de exigir e acarretam uma pretensão a prestações normativas e materiais ou fáticas. Embora a liberdade possa envolver algum aspecto positivo, é essencialmente negativa; ao passo que os direitos sociais são positivos, ainda que possam ser acompanhados de exigências de respeito e não intervenção. Dessa forma, a liberdade será garantida quando menor for a intervenção do Estado, já os direitos sociais serão mais efetivados quanto maior ela for.

Como defende JORGE MIRANDA¹⁹, a segunda diferença consistiria em que o conteúdo dos direitos de liberdade seria determinado ou determinável ao nível de normas constitucionais, seriam normas preceptivas, por outro lado, o conteúdo dos direitos sociais seria determinado por opção do legislador, constando de normas programáticas. A maior margem de decisão do legislador quanto aos direitos sociais decorreria de que, no limite da sua força jurídica e do conteúdo essencial, deve-se preservar o princípio democrático pluralista.

¹⁷ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais. 5ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 171-183; MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais. Almedina Editora, 2ª Edição, Lisboa, 2018, pp. 113-131; MORAIS, Carlos Blanco de. O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, n. 78, jan./mar de 2012, pp. 153-228; OTERO, Paulo. Direitos Económicos e Sociais na Constituição de 1976. In: 35º aniversário da Constituição de 1976, V. 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 37-55; GOUVEIA, Jorge Bacelar. Manual de Direito Constitucional. Volume III, 4ª ed., Editora Almedina, Coimbra, 2011, pp. 1072-1075.

¹⁸ MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais. Almedina Editora, 2ª Edição, Lisboa, 2018, pp. 117-131; MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais. 5ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 96-110; MIRANDA, Jorge. Estado social, crise econômica e jurisdição constitucional. Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014. In Constituição e Cidadania, Almedina Editora, 2016, pp. 81-114.

¹⁹ MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais. Almedina Editora, 2ª Edição, Lisboa, 2018, pp. 117-131; MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais. 5ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 96-110; MIRANDA, Jorge. Estado social, crise econômica e jurisdição constitucional. Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014. In Constituição e Cidadania, Almedina Editora, 2016, pp. 81-114.

Uma terceira diferença, como leciona JORGE MIRANDA²⁰, seria a dependência de condições socioculturais e institucionais para a efetivação dos direitos de liberdade e de condições socioculturais, institucionais, financeiras e econômicas para a concretização dos direitos sociais.

Também defendendo uma distinção de regime, VIEIRA ANDRADE²¹ ensina que os direitos a prestações estatais positivas não estão sujeitos ao regime dos direitos, liberdades e garantias, isto porque estes últimos representariam um núcleo mais próximo da dignidade da pessoa humana, enquanto garantia do indivíduo livre e autónomo. A função primária dos direitos, liberdades e garantias seria de defesa da autonomia pessoal, exigindo uma abstenção estatal, ao passo que os direitos a prestações positivas exigiriam uma atuação do Estado, em que se deve considerar o *'custo social'*, em face da escassez de recursos económicos (prestações materiais) e diante dos limites do poder estatal em uma sociedade democrática (prestações jurídicas). Em consequência, o regime dos direitos, liberdades e garantias se aplica aos direitos nos quais o seu conteúdo principal pode ser determinado ou determinável a nível constitucional, mas não merece aplicação aos direitos a prestações em que, para além de um mínimo, o conteúdo principal depende de determinação pelo legislador ordinário.

²⁰ MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais. Almedina Editora, 2ª Edição, Lisboa, 2018, pp. 117-131; MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais. 5ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 96-110; MIRANDA, Jorge. Estado social, crise económica e jurisdição constitucional. Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014. In Constituição e Cidadania, Almedina Editora, 2016, pp. 81-114.

²¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012, pp. 172-184.

Adotando uma posição minoritária na doutrina portuguesa, ressalta Reis Novais²² que a diferenciação de regimes deixa de fazer sentido quando for analisada a posição jurídica subjetiva em concreto, uma vez que de um dispositivo constitucional que preveja um direito fundamental poderiam ser extraídas normas de aplicabilidade direta de direitos sociais ou normas de direitos de liberdade não diretamente aplicáveis. Deveria-se distinguir o direito fundamental como um todo e cada uma das faculdades, obrigações, permissões e proibições que compõem o feixe de garantias do direito. Tanto nos direitos de liberdade como nos direitos sociais poderia ser encontrada cada uma dessas faculdades, obrigações, permissões e proibições, com idêntica estrutura, natureza e determinabilidade.

Para REIS NOVAIS²³, há diferentes parâmetros que devem ser aplicados a cada uma das faculdades, obrigações, permissões e proibições que compõem o direito como um todo, para se determinar o conteúdo do direito e a correspondente justiciabilidade. A justiciabilidade do direito fundamental estaria condicionada ao dever estatal envolvido (respeito, proteção ou promoção) e às respectivas reservas de ponderação, do politicamente adequado e do financeiramente

²² NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais- Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 366-367; NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 291-312; NOVAIS, Jorge Reis. Uma Constituição, dois sistemas? Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição Portuguesa. Editora Almedina, Coimbra, 2020, pp. 71-96.

²³ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais- Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 366-367; NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 291-312; NOVAIS, Jorge Reis. Uma Constituição, dois sistemas? Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição Portuguesa. Editora Almedina, Coimbra, 2020, pp. 71-96; pp. 110-118.

possível, bem como à dimensão positiva ou negativa do direito e à estrutura da norma constitucional (regra ou princípio), situação na qual seria totalmente indiferente classificar o direito fundamental em direito de liberdade ou social.

No Acórdão n 3/10, que analisou a constitucionalidade das alterações legislativas no regime de aposentação e cálculo das pensões de trabalhadores da Administração Pública, a Corte Constitucional Portuguesa entendeu que no âmbito do direito social o legislador teria ampla liberdade, desde que fosse garantido um mínimo de subsistência condigno.²⁴

A Constituição da África do Sul também consagra o Estado Social e os direitos sociais. Prevê que a eficácia do direito fundamental está condicionada à natureza do direito e à obrigação imposta ao Estado (artigo 8º, 2). O Poder Público teria o dever de respeitar, proteger e promover os direitos fundamentais (artigo 7º, 2), sendo certo que, quanto aos direitos sociais, há necessidade de observância de uma realização progressiva e razoável, através de medidas legislativas e de recursos disponíveis.

Em decorrência dessa classificação adotada na Constituição, estaria prevista uma cláusula geral de limitação (Capítulo 2, artigo 36), incidente sobre os direitos de liberdade e os direitos sociais, por meio da qual seria admissível a restrição ao direito fundamental para que fosse resguardado outro direito ou bem digno de proteção. Além da cláusula geral de limitação, quanto aos direitos sociais na sua dimensão positiva estaria prevista a cláusula interna de limitação, que impõe que

tais direitos devem estar condicionados à existência de recursos e à realização progressiva (artigos 26, 27 e 29).²⁵

Ao diferenciar justiciabilidade e concretização, Christiansen²⁶ ensina que os direitos sociais prestacionais poderiam ser reclamados judicialmente, mas não seriam passíveis de concretização na esfera jurídica individual por meio de decisão judicial.

No julgamento '*In re: Certification of the South African Constitution*', a Corte Constitucional Sul Africana foi chamada a decidir sobre a interpretação e vinculatividade dos direitos fundamentais, tendo concluído que haveria uma diferença neste aspecto entre os direitos de liberdade e os direitos sociais. Restou consignado na decisão que os direitos sociais seriam dotados de um mínimo de justiciabilidade, mas não poderiam ser implementados por decisão judicial.²⁷

Posteriormente, a Corte garantiu o direito social na sua dimensão negativa. No julgamento do caso *Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers* decidiu que o governo não poderia retirar um grupo de 68 pessoas que ocupava um local por um longo período e que fez ali construções para sua moradia. Com o mesmo entendimento de proteção do direito social na sua dimensão negativa, no julgamento de *Jaftha v. Schoeman*

²⁵ CHRISTIANSEN, Eric C. Decidindo sobre Direitos Não-Justiciáveis: Direitos Sócio- Econômicos e a Corte Constitucional Sul- Africana. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008, pp. 641-695.

²⁶ CHRISTIANSEN, Eric C. Decidindo sobre Direitos Não-Justiciáveis: Direitos Sócio- Econômicos e a Corte Constitucional Sul- Africana. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008, pp. 641-695.

²⁷ PIRES, Maria José Morais. O acórdão da 'certificação' da Constituição da África do Sul de 1996. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes, Coimbra Editora, Lisboa, 2004, pp. 171- 181.

²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais- Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra 2010, pp. 377-397.

proibiu a alienação de moradias para o pagamento de dívidas com o sistema financeiro habitacional.

Já em uma perspectiva do direito social em sua dimensão positiva, a Corte entendeu no julgamento de *Thiagraj Soobramoney v. Minister of Health* que um doente diabético em estado terminal não teria direito a exigir do Estado um tratamento de hemodiálise para prolongamento de sua vida, na medida em que a cláusula interna de limitação impunha que os direitos sociais estariam submetidos à existência de recursos, à adoção de medidas legislativas razoáveis e à progressiva realização. Nessa decisão foram fixados importantes pontos, como a possibilidade de controle judicial da política pública por meio de um critério de razoabilidade, a inexistência de um direito subjetivo individual a exigir uma prestação social, a consideração do aspecto coletivo do direito social e o reconhecimento da competência do legislador para decidir acerca da alocação dos recursos disponíveis.²⁸

No julgamento do caso *Government of Republic of South Africa v. Irene Grootboom and others*, a Corte Constitucional diferenciou justiciabilidade e concretização do direito social. Tratava-se de indivíduos desalojados pelo Estado de uma área particular sob o fundamento de que seriam construídas moradias para cidadãos de baixa renda no local. A Corte entendeu que deveria ser resguardado o direito social de moradia em sua dimensão negativa, uma vez que o poder público não poderia restringir um direito social alcançado com recursos próprios. Já

quanto ao aspecto positivo do direito social à moradia, a Corte entendeu que a política pública não era razoável já que privava os mais necessitados do acesso ao bem social. Por conta disso, foi ordenada a reformulação da política pública e designada a Comissão de Direitos Humanos para a sua fiscalização. Isto porque, embora fosse possível o controle judicial da política pública, não caberia ao Poder Judiciário decidir sobre o modo de concretização dos direitos sociais.

Também se valendo de um critério de razoabilidade, em uma ação movida pela *Treatment Action Campaign*, a Corte decidiu pela obrigação estatal em fornecer medicamento que diminuía a probabilidade de transmissão do vírus HIV da mãe para a criança durante o nascimento. O fundamento da decisão seria de que a justificativa estatal para o não fornecimento do medicamento nevirapina não era razoável, já que não acarretaria gastos para o Estado a adoção de um programa mais eficiente, uma vez que o medicamento seria fornecido gratuitamente pelo fabricante pelo prazo de 5 anos.

4. Vinculatividade jurídica e justiciabilidade dos direitos sociais na Constituição Federal de 1988

A doutrina tradicional brasileira, com fundamento na teoria de Alexy, na concepção de uma Constituição Dirigente e na interpretação do artigo 5º, §1º da CRFB, tem defendido que seria possível garantir direitos sociais prestacionais diretamente de normas constitucionais. Para tanto, aduz que se deve ponderar a competência do legislador democrático e a separação de poderes e, de outro lado, o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana. Como resultado, deve-se assegurar um direito

²⁸ CHRISTIANSEN, Eric C. Decidindo sobre Direitos Não-Justiciáveis: Direitos Sócio- Econômicos e a Corte Constitucional Sul-Africana. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008, pp. 641-695.

subjetivo definitivo à prestação social, consistente no mínimo existencial, bem como, para além desse mínimo, deve-se admitir a existência de um direito social *prima facie*.²⁹

Enquanto o direito ao mínimo existencial pode ser exigido judicialmente como direito subjetivo, o direito social *prima facie* depende do peso conferido aos outros bens ou valores que estejam do outro lado da balança. Através da vinculação do direito prestacional social com o direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana, defende-se uma ampla vinculatividade jurídica e justiciabilidade das normas de direitos sociais previstas na Constituição, caso em que não incidiriam os limites impostos pela questão competencial e de limitação de recursos.³⁰

Defende essa doutrina a concepção de uma constituição dirigente como decorrência lógica da adoção do Estado Social, em que a aplicação das normas constitucionais seria uma mera tarefa interpretativa das decisões do Poder Constituinte, estabelecidas em

metas programáticas. As normas constitucionais teriam uma eficácia vinculante e diretiva para transformação da sociedade, caso em que o legislador democrático estaria obrigado a atender aos programas já predeterminados na Constituição. O Judiciário como último intérprete da Constituição poderia decidir sobre a legitimidade das políticas públicas e, em caso de omissão do legislador democrático, poderia concretizar supletivamente os preceitos constitucionais. Em última análise, por intermédio da judicialização de questões políticas, sempre caberia ao Poder Judiciário decidir se a opção da maioria estaria cumprindo a vontade do Poder Constituinte.³¹

A concepção da constituição dirigente foi inicialmente defendida por Canotilho na década de 80. Como defendia Canotilho³², o

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 366-384; BARCELLOS, Ana Paula. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2002, pp. 247 e ss.

Essa doutrina retrata o caráter amplo conferido ao mínimo existencial e à existência de direitos prestacionais *prima facie*, com fundamento na teoria de Alexy. Embora a doutrina majoritária entenda pelo caráter mais amplo do mínimo existencial, há divergência quanto ao seu conteúdo. Enquanto SARLET defende que as parcelas que compõe o mínimo existencial possam variar segundo o contexto (socioeconômico e cultural) e tem como fronteira demarcatória a garantia dignidade da pessoa humana, BARCELLOS entende que o mínimo existencial deve ser previamente definido por meio de prestações referentes à educação fundamental, à saúde básica, à assistência aos desamparados e ao acesso à justiça.

Em sentido de que o mínimo existencial garante somente a existência física, moral e espiritual: TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008, pp. 313-339.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 366-384.

³¹ PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. In: Democracia, Direito e Política: Estudos em homenagem a Friedrich Müller, Editora Conceito Editorial, Florianópolis, 2006, pp. 251- 264; PIOVESAN, Flávia. Dignidade da pessoa humana e a proteção dos direitos sociais nos planos global, regional e local. In: Tratado Luso- Brasileiro da dignidade humana. Editora Quartier Latin do Brasil, 2ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 401- 416; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e transformação do direito constitucional contemporâneo. In: Democracia, Direito e Política: Estudos em homenagem a Friedrich Müller, Editora Conceito Editorial, Florianópolis, 2006, pp. 481- 492; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. Editora JusPodivm, 9ª Ed., Salvador, 2015, pp. 110-119; BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008, pp. 803-826; DERBLI, Felipe. O Estado de Direito ainda é Social? Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica. Edição Especial, Rio de Janeiro, 2014, pp. 89-131; MEIRELES, Ana Cristina Costa. A Eficácia dos Direitos Sociais – Os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais. Editora juspodivm, Salvador, 2008, p. 375-457; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 384, nota de rodapé nº 369.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a Compreensão das

bloco constitucional dirigente vincularia o legislador negativa e positivamente, tanto vedaria a edição de normas que contrariassem o seu conteúdo material como estabeleceria um dever de elaboração de normas necessárias à concretização do comando constitucional.

Entretanto, o próprio Canotilho³³ entende que estaria superada tal teoria. Sustenta CANOTILHO³⁴ que as constituições dirigentes, entendidas como constituições programático-estatais, importariam em eleger o Estado como agente exclusivo de transformação social e o Direito como a única direção a ser tomada pelo Estado. Ao pretender transformar o Direito como instrumento dirigente da sociedade, peca-se por estatizar todos os aspectos da vida social e por desprezar outros fatores políticos a que estão sujeitos os Estados modernos, principalmente decorrentes da globalização.

Adotando um conceito de identidade reflexiva, CANOTILHO³⁵ entende que as

normas constitucionais programáticas. Editora Coimbra, 2ª Ed., Coimbra, 2001, pp. 244-245.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a Compreensão das normas constitucionais programáticas*. Editora Coimbra, 2ª Ed., Coimbra, 2001, pp. VI- XXX.

³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Rever a Constituição Dirigente ou romper*. In: “Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017, pp. 101-129; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado Pós-moderno e Constituição sem sujeito*. In: “Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017, pp. 131-162; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Direito Constitucional na encruzilhada do milênio. De uma disciplina dirigente a disciplina dirigida*. In: “Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017, pp. 183-184; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 217-218.

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Rever a Constituição Dirigente ou romper*. In: “Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017, pp. 101-129.

normas estruturantes da ordem jurídico-constitucional (identidade da Constituição) devem estar articuladas com as formas de evolução da Constituição (desenvolvimento constitucional), de maneira a preservar sua capacidade de se adequar à realidade da sociedade e dos cidadãos (capacidade de prestação). A inserção de fórmulas emancipatórias na Constituição seria contrária à identidade reflexiva e, por isso, não representaria reforço à normatividade constitucional.

Embora seja ética e juridicamente justificável a inserção dos direitos sociais no catálogo dos direitos fundamentais na Constituição, com fundamento na dignidade da pessoa humana, não se pode confundir a sua importância jusfundamental pela sua previsão constitucional e a imposição constitucional de medidas conformadoras de políticas públicas de direitos econômicos, sociais e culturais. A imposição de medidas diretivas de políticas pública sociais pode levar à crise do Estado Social e à própria ingovernabilidade, o que representa uma clara dessintonia com a proposta emancipatória constitucional.³⁶ Conforme valiosa lição da VIEIRA ANDRADE³⁷, “(...) as forças vivas de uma comunidade não se resignam (senão, quando muito, transitoriamente) a cumprir com subserviência um destino legado em testamento, muitas vezes elaborado em época de euforia utopista.”

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Rever a Constituição Dirigente ou romper*. In: “Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017, pp. 101-129.

³⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012, p. 206, nota de rodapé 41.

Leciona Canotilho³⁸ que haveria um aspecto da democracia, chamado de democracia econômica, social e cultural, em que a incumbência de implementação dos direitos sociais seria do legislador democrático. O princípio da democracia econômica, social e cultural seria um mandato constitucional juridicamente vinculativo, que limitaria a discricionariedade dos órgãos democráticos no desenvolvimento de uma política econômica e social. A limitação da discricionariedade incidiria sobre o "se" da atuação, deixando uma grande margem de decisão sobre o "como" da concretização. Como princípio jurídico fundamental, cujo objetivo e a tarefa devem ser desempenhados pelo legislador democrático, em regra, não poderia fundamentar pretensões subjetivas perante o Poder Judiciário.³⁹

Isto porque seria impossível ao Poder Constituinte determinar de forma unívoca e completa todas as decisões a serem tomadas pela maioria democrática. Somente determinados aspectos já estariam previamente definidos pelo Poder Constituinte, notadamente alguns limites impostos ao Poder Público pelos direitos fundamentais. Tudo que fosse além disso, a Constituição somente permitiria e orientaria a atuação do legislador democrático quanto à

decisão política a ser tomada, em nome do princípio da alternância democrática.⁴⁰

Vale ressaltar que o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi aprovado no Brasil por meio do Decreto nº 591/1992 e, como leciona a doutrina⁴¹, deve ser concebido como norma materialmente constitucional no ordenamento jurídico brasileiro (artigo 5º, § 2º da CRFB). Com isso, vincula diretamente as autoridades públicas, inclusive quanto à interpretação e aplicação das normas de direitos sociais previstas na Constituição.

O artigo 2º, item 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais prevê o dever do Estado de promover os direitos sociais de forma progressiva, de acordo com os recursos disponíveis e através de medidas legislativas. Ao prever que haveria necessidade de medidas legislativas, expõe a ideia de que os direitos sociais devem ser concretizados prioritariamente através de decisões do legislador democrático. Por sua vez, ao estabelecer que a concretização de direitos sociais está condicionada à existência de recursos denota a consagração da reserva do possível.

O segundo argumento da doutrina tradicional seria a teoria de Alexy, na qual o conteúdo do direito social resulta da ponderação indevida entre princípios

³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 335-354.

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 335-354. O autor ressalta a possibilidade do princípio da democracia econômica, social e cultural ser dotado de eficácia vinculante no caso de arbitrária inatividade do legislador, no caso de particulares situações de necessidade, com base no princípio da defesa de condições mínimas de existência, e no caso do legislador intervir restritivamente na legislação social, com a violação do mínimo de existência condigna.

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 217-218; pp. 1436-1438; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia "Fuzzy" e "Camaleões Normativos" na problemática actual dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: Estudos sobre Direitos Fundamentais, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 115-136.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais em matéria de Direitos Humanos – Revisitando o tema. In: Direito Internacional na Constituição – Estudos em homenagem a Francisco Rezek. Editora Saraiva, São Paulo, 2014; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. Ed. Revista dos Tribunais, 4ª Ed., São Paulo, 2010, p. 341, p. 764-781.

materiais e formais, por se tratar de grandezas distintas.⁴² Além disso, a ponderação do princípio competencial da separação de poderes pode acarretar a violação da supremacia e da rigidez constitucionais, na medida em que o juiz poderia se imiscuir em questões de competência definidas originariamente pelo Poder Constituinte. Isto porque ponderar a competência dos órgãos constituídos é desconsiderar a vontade do Poder Constituinte e, com isso, a própria Constituição. Nesse caso, o juiz seria dotado de um superpoder para superar aquilo que foi decidido pelo Poder Constituinte e atribuir para si a competência para decidir sobre questões políticas e de alocação de recursos. Decisões estas que devem ser tomadas pela maioria democrática, em decorrência dos princípios democrático e da separação de poderes.⁴³

A concepção de Alexy também atrairia o inconveniente de se exigir do legislador sempre a melhor e a mais ampla realização dos direitos sociais. Isto faria com que houvesse um constante estado de inconstitucionalidade por omissão e, com isso, sempre fosse submetida a decisão final sobre a realização dos direitos sociais ao crivo do Judiciário. Como resultado, as decisões sobre o emprego dos recursos disponíveis e o

melhor meio de realização do direito seriam sempre tomadas ao final pelo juiz.⁴⁴

Como os direitos fundamentais com estrutura positiva ensejariam um estado de omissão inconstitucional permanente, também haveria uma dificuldade para o exercício da fiscalização judicial sobre a inconstitucionalidade da omissão. A mesma indeterminação do conteúdo do direito fundamental na sua dimensão positiva impediria a aplicação de uma teoria externa da restrição, em que se deve analisar o âmbito de proteção do direito e a legitimidade da restrição. Como a determinação do âmbito de proteção e a análise da constitucionalidade da afetação ocorrem no mesmo momento, somente seria possível a verificação da violação do conteúdo normativo do direito, por meio de uma teoria interna.⁴⁵

A concepção radicalmente ampliativa do conteúdo do direito *prima facie* ainda pode importar em afronta ao princípio da igualdade material previsto na Constituição, uma vez que mesmo os indivíduos com recursos financeiros poderiam exigir prestações sociais do poder público, enquanto, considerando a escassez moderada de recursos, pessoas carentes poderiam deixar de ter suas necessidades atendidas.⁴⁶

Especificamente quanto à realidade brasileira, essa perspectiva de que a norma garantiria *prima facie* tudo acaba por ocasionar a transferência de recursos para cidadãos que têm melhores condições financeiras, em detrimento da grande massa

⁴² JESTAEDT, Matthias. Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, p. 72 e segs. apud SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 915- 937.

⁴³ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 189-237.

⁴⁴ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 189-237.

⁴⁵ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 27; pp. 223-237.

⁴⁶ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 27; pp. 223-237.

carente da população brasileira. Isto porque é notório que o acesso ao Poder Judiciário no Brasil ainda está ligado à capacidade financeira do indivíduo. O reconhecimento judicial de direitos sociais para a classe média, que possui condições de aceder ao Judiciário, teria como consequência a falta de recursos para o atendimento dos anseios sociais de classes sociais mais carentes, sem capacidade financeira para litigar judicialmente.⁴⁷

Por outro lado, a teoria de Alexy foi desenvolvida no âmbito do ordenamento jurídico alemão, onde não estão consagrados expressamente os direitos sociais como fundamentais. Por conta disso, a ponderação entre os princípios da igualdade fática e da liberdade fática e os princípios da igualdade jurídica, da liberdade jurídica e da competência do legislador, se mostra despropositada para a realidade constitucional brasileira, que prevê expressamente na Constituição direitos sociais como fundamentais.

Por fim, o terceiro fundamento da doutrina tradicional seria a norma do artigo 5º, parágrafo 1º, que prevê que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Como resultado, essa doutrina suporta o entendimento de que tanto as normas de direitos de liberdade como de direitos sociais são diretamente aplicáveis.⁴⁸

⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Taking from the Poor to Give to the Rich: the individualistic enforcement of social rights. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.6.24.9890&rep=rep1&type=pdf>; acesso em 13 de novembro de 2020.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 275; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos Sociais, Estado de Direito e Desigualdade: Reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. Revista Quaestio Iuris da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do

Diferentemente do ordenamento jurídico-constitucional português, a Constituição Brasileira teria adotado uma identidade de regime jurídico para os direitos de liberdade e para os sociais. Entretanto, a identidade de regime não permite concluir por um mesmo grau de vinculatividade jurídica e de justiciabilidade, já que estes deverão ser determinados através da análise da faculdade ou da pretensão do direito como um todo discutida no caso concreto. Embora a vinculação dos poderes constituídos seja uma decorrência natural da jusfundamentalidade do direito, a intensidade dessa vinculação e o alcance do controle judicial não são os mesmos para todos os direitos classificados como fundamentais. O grau de vinculação jurídica e de justiciabilidade vai depender mais da forma de positivação e da posição jurídica subjetiva de um dos aspectos do direito fundamental como um todo do que da consagração constitucional de uma aplicabilidade imediata (artigo 5º, §1º). A mera previsão de aplicação imediata dos direitos de liberdade e sociais (artigo 5º, §1º) não é preponderante para se aferir a vinculatividade jurídica e a exigibilidade judicial do direito fundamental.

A norma do artigo 5º, § 1º confere uma vinculatividade jurídica qualificada às normas de direitos fundamentais, de forma a permitir que, sempre que possível, o titular possa reivindicar judicialmente um direito subjetivo diretamente da norma de direito fundamental, sem qualquer necessidade de intermediação legislativa. Caso se possa interpretativamente determinar algum conteúdo da norma constitucional de direito fundamental, mesmo que se trate de um

Rio de Janeiro, vol. 08, nº 03, Rio de Janeiro, 2015, pp. 2080-2114.

direito social prestacional, essa parte deve ser imediatamente aplicada, com ampla vinculatividade jurídica e justiciabilidade.

Não obstante a aplicação imediata, não se pode conferir ao artigo 5º, § 1º, uma interpretação que resulte sempre na existência de direitos subjetivos a serem reivindicados judicialmente, notadamente quando a norma de direito fundamental não possua suficiente determinabilidade. A vinculatividade jurídica e a justiciabilidade podem ser mais débeis, uma vez que a plena eficácia da norma pode depender de decisões da maioria, principalmente quando se tratar de alocação de recursos. Pouco importa que se trate de um direito de liberdade ou de um direito social, caso não se possa determinar o conteúdo do direito fundamental, o titular não poderá reivindicar um direito subjetivo judicialmente.

Especificamente sobre a aplicabilidade dos direitos, liberdades e garantias previstos na Constituição Portuguesa, VIEIRA ANDRADE⁴⁹ leciona que a aplicabilidade direta não equivale à exequibilidade imediata, uma vez que o exercício efetivo dos referidos direitos pode necessariamente depender de uma regulação complementar, de uma organização ou de um procedimento. Nessa hipótese, segundo denomina VIEIRA ANDRADE, a aplicabilidade direta representaria uma '*deverosidade estrita*' da intervenção legislativa, no sentido de que deve ser assegurada a prestação legislativa e a realização de demais atos necessários para o exercício do direito.

Ainda no âmbito da doutrina portuguesa, leciona REIS NOVAIS⁵⁰ que a aplicabilidade direta estaria intimamente conectada com a possibilidade de determinação do conteúdo da norma. Caso seja possível interpretativamente determinar algum conteúdo normativo da norma constitucional, mesmo quando se trate de um direito social prestacional, esse mesmo conteúdo deve ser diretamente aplicável, o que se daria quando a norma tivesse estrutura de regra constitucional, a norma assegurasse o mínimo existencial como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, a norma garantisse o mínimo social assegurado pelo princípio da proibição do déficit ou a norma constitucional fosse concretizada pelo legislador ordinário.

Portanto, em um primeiro momento, quer se trate de direito de liberdade quer se trate de direito social, o intérprete deve analisar se o direito fundamental está previsto em formato de regra ou de princípio. Quando o direito tenha sido previsto em formato de uma regra constitucional, o seu conteúdo já está plenamente determinado por uma decisão definitiva do Poder Constituinte, portanto, não cabe aos Poderes Constituídos qualquer margem de escolha. Nesse caso, a norma constitucional é diretamente aplicável e esta se dá por subsunção, acarretando uma vinculatividade jurídica plena e um total controle judicial. Por outro lado, quando a norma de direito fundamental adquire o formato de um princípio, embora também diretamente aplicável, trata-se de um direito

⁴⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012, p. 193-205.

⁵⁰ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 358-373; NOVAIS, Jorge Reis. Uma Constituição, dois sistemas? Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição Portuguesa. Editora Almedina, Coimbra, 2020, pp. 146-160.

prima facie, com conteúdo relativamente indeterminado e sujeito aos instrumentos de conformação e ponderação para a sua concretização. Assim sendo, diante de uma certa liberdade do legislador democrático, a vinculatividade jurídica e a fiscalização pelo Judiciário são atenuados.⁵¹

Em um segundo momento, o aplicador do direito deve analisar se a faculdade ou a pretensão assegurada no princípio possui uma dimensão positiva ou negativa. Isto porque, assim como os direitos de liberdade, quando analisada a posição jurídica subjetiva em concreto, os princípios constitucionais que preveem direitos sociais representam faculdades e pretensões de índole positiva ou negativa. Embora não se possa negar que o controle judicial de direitos positivos é mais débil, não se pode adotar uma classificação radical quanto à estrutura dos direitos fundamentais, em que direitos de liberdade seriam negativos e direitos sociais seriam positivos. Isto porque, quando analisadas as faculdades ou pretensões que compõem o direito como um todo, os direitos fundamentais comportam dimensão positiva e dimensão negativa, logo os direitos de liberdade também seriam dotados de uma estrutura positiva, assim como os direitos sociais de uma negativa.⁵²

Não se pretende negar que o direito social tem função prestacional e estrutura positiva quando analisada a sua principal dimensão, entretanto, o mesmo não pode ser dito quanto à cada uma das posições jurídicas subjetivas referentes à norma de direito social. Aqui não

é o direito como um todo que é analisado, mas aspectos do mesmo, na medida em que do dispositivo constitucional podem advir diversas normas, que preveem diversas faculdades e pretensões e podem assumir uma dimensão positiva ou negativa.

Na dimensão negativa do direito, o seu conteúdo já está plenamente determinado a nível constitucional e, por isso, cabe ao Estado o dever de não intervir na esfera jurídica individual. A alta densidade normativa permite uma vinculatividade jurídica e uma fiscalização judicial mais intensas, uma vez que há critérios objetivos para análise do âmbito de proteção da norma e da legitimidade da restrição. Constatada a afetação do direito, o poder judiciário é dotado de plena competência para a análise da legitimidade da restrição.⁵³

Por outro lado, o conteúdo do direito fundamental na sua dimensão positiva não é plenamente determinado no plano constitucional, dessa forma, o controle judicial sobre a omissão é mais débil. A determinação do conteúdo do direito em nível constitucional depende de uma decisão da maioria para se estabelecer a obrigação imposta ao Estado.⁵⁴ Nesse caso, a violação do direito dar-se-ia pela omissão em cumprir a determinação constitucional, mas em virtude da escassa densidade, por o conteúdo não poder ser determinado através de uma mera interpretação da norma constitucional, a

⁵¹ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais- Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 255-301.

⁵² NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 123-140.

⁵³ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 189-190.

⁵⁴ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais- Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 255-301.

análise deixa de ser jurídica e passa a ser política.⁵⁵

Essa característica não se restringe aos direitos sociais em sua dimensão positiva. Quanto à vinculatividade jurídica e ao controle judicial dos direitos fundamentais na sua dimensão positiva, não há distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais, quando associados ao dever de proteção ou que exijam uma prestação normativa do legislador (por não envolver custos), na medida em que haveria uma maior liberdade do legislador e a fiscalização judicial seria mais branda.⁵⁶

Ainda que se trate de um dever de atuação do Poder Público, condizente com a dimensão positiva do direito social, o seu conteúdo passa a ser plenamente determinado a partir do momento em que o legislador tenha elaborado a norma infraconstitucional de concretização do direito. A norma infraconstitucional integra a norma constitucional e passa a constituir norma de direito fundamental, com todas as prerrogativas daí advindas. Qualquer futura restrição imposta pelo Estado necessita ser legitimamente justificada.⁵⁷

Questão mais complicada diz respeito à determinação do conteúdo do direito social na sua dimensão positiva, por meio de uma norma- princípio da Constituição que garanta um direito *prima facie* a prestações fáticas, com necessidade de aportes financeiros estatais e sem que ainda tenha havido qualquer intermediação do legislador. Nessa

hipótese, o direito social prestacional previsto constitucionalmente carece de determinação, tendo em vista a necessidade de recursos e, conseqüentemente, de escolhas de competência da maioria, entretanto, ainda sim seria possível extrair um conteúdo mínimo vinculante e justiciável.

A existência de um mínimo social plenamente identificado, a partir da norma constitucional, seria determinado por meio do conteúdo essencial dos direitos sociais. Os mesmos fundamentos jurídicos utilizados para a garantia do mínimo existencial também deveriam assegurar o mínimo social em uma Constituição que consagrasse direitos sociais como fundamentais, quais sejam, o princípio da socialidade e da dignidade da pessoa humana. Esse conteúdo essencial do direito social seria suficientemente determinado e representaria um núcleo do direito social do qual o legislador não poderia dispor. Enquanto núcleo indisponível do direito social, não estaria condicionado por decisões políticas e pela reserva do financeiramente possível, portanto, poderia ser exigido judicialmente.⁵⁸

Assim como ocorre quanto aos direitos de liberdade, há uma subdivisão entre aqueles que entendem pela determinação de forma absoluta⁵⁹, na qual haveria a delimitação

⁵⁵ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 63-64; pp. 123-140.

⁵⁶ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 189-190.

⁵⁷ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 63-64; pp. 123-140.

⁵⁸ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 199-205. Esse parece ser o entendimento de JORGE MIRANDA (MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional - Tomo IV - Direitos Fundamentais. 5ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 351) ao criticar a concepção de VIEIRA ANDRADE, de que o conteúdo do direito social é determinado pela Constituição somente em um mínimo. Segundo JORGE MIRANDA deve-se conferir o 'máximo efeito útil' às normas de direitos econômicos, sociais e culturais, de forma que se possa extrair o máximo possível da determinação do seu conteúdo.

⁵⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge*. In BÖCKENFÖRDE; JEKEWITZ, RAMM (org.). *Soziale Grundrechte*. Heidelberg, 1981, pp. 14 e ss. apud NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos

abstrata de um mínimo ao qual o Poder Público estaria obrigado, bem como os defensores da existência de um mínimo social relativo⁶⁰, definido em concreto de acordo com um contexto em que se relacione a disponibilidade financeira, a necessidade individual e as demandas sociais. A modalidade absoluta retira seu fundamento da dignidade da pessoa humana para se garantir um mínimo existencial, por meio da assimilação do mínimo existencial com o mínimo social, que não estaria na esfera de disponibilidade do legislador democrático. Por sua vez, a delimitação do mínimo social relativo resultaria de uma análise do contexto, por meio da aplicação do princípio da proibição do déficit.

Há uma doutrina que associa o princípio da proibição do déficit a um controle de mínimos, em que, diante de uma colisão de direitos fundamentais, o legislador teria o dever de proteger um direito fundamental e, por outro lado, de respeitar outro. A margem de decisão do legislador encontraria seu limite máximo na impossibilidade de restringir excessivamente o direito que sofreria a restrição caso fosse adotada a medida de proteção, bem como teria seu limite mínimo na obrigação de assegurar um patamar mínimo constitucionalmente exigível de proteção para o direito fundamental que necessita de proteção. Dentro desta margem, entre aquilo que estaria constitucionalmente vedado e o que seria constitucionalmente devido, o legislador poderia livremente decidir. Dessa forma, o controle judicial seria

caracterizado por uma deferência ao legislador e a respectiva fiscalização judicial recairia sobre a garantia de um mínimo de proteção constitucionalmente exigível. Nesse modelo, o controle judicial seria constantemente associado a um controle por evidência ou à garantia do conteúdo essencial.⁶¹

Por sua vez, também existe entendimento que defende o controle da proibição do déficit com base em uma ponderação de direitos em colisão, notadamente entre um direito que necessita de proteção e um direito que sofreria a restrição caso fosse adotada a medida de proteção. Seria abandonado um controle de evidência para se exigir uma proteção adequada e efetiva. Uma proteção além de um patamar mínimo daria ao juiz uma maior margem de ponderação para considerar o que seria adequado e efetivo.⁶²

Embora haja semelhanças entre a concepção de Alexy e a doutrina do mínimo social relativo, elas não se confundem. Isto porque para Alexy o direito *prima facie* envolveria todas as prestações que o cidadão possa exigir do Estado, ao passo que na doutrina do mínimo social já se partiria de um conteúdo mínimo do direito social. Na doutrina de Alexy o conteúdo do direito social seria extraído da ponderação indevida entre princípios materiais e formais, enquanto na

⁶¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 171-218. REIS NOVAIS (NOVAIS, op. cit., 2019, pp. 179) critica esse modelo, uma vez que o controle se daria exclusivamente sobre o resultado alcançado (grau de proteção conferido), não quanto à forma como esse resultado foi alcançado.

⁶² NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 197-200. Segundo Reis Novais, esse posicionamento teria sido adotado pelo Tribunal Constitucional Alemão, no julgamento sobre o aborto (BVerfGE 88, 203). Como menciona o autor, permitiu-se ao juiz uma maior margem de controle das decisões do legislador democrático, sem que se estabelecessem parâmetros jurídicos objetivos de controle.

Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 199-205.

⁶⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. Ed. Malheiros, São Paulo, 2009, pp 204 e ss. apud NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 205.

doutrina do mínimo social relativo a competência do juiz para analisar a omissão inconstitucional do legislador teria como fundamento a violação do conteúdo mínimo determinado pela norma constitucional e a afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Pela doutrina do mínimo social, a competência do juiz decorreria da aplicação de uma norma constitucional, para garantia do mínimo social em face dos demais poderes constituídos, não haveria necessidade de ponderação de um princípio competencial.⁶³

Conclusão

A Lei Fundamental Brasileira impôs o ser humano como fundamento de legitimação da ordem jurídica constitucional e da respectiva atuação do Estado (artigo 1º, inciso III). A consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado de Direito Democrático e Social importa em considerar o ser humano como centro do sistema, valor fundacional, valor direcionador da interpretação e aplicação das normas constitucionais e fim último da intervenção estatal.

O indivíduo deve ser concebido como membro de uma comunidade solidária, com necessidades materiais e espirituais, enquanto pessoa concreta, e que conta com a intervenção do Estado para garantia de sua autonomia, de sua liberdade e de seu bem-estar. Embora a pessoa humana seja um fim em si mesmo, deve-se incorporar uma dimensão social e relacional, representada por um ser humano concreto e real, que usa a razão, faz escolhas e se relaciona socialmente.

A dimensão social e relacional da dignidade da pessoa humana importa no reconhecimento de uma igual consideração e respeito à dignidade de cada membro da sociedade, de forma a assegurar a cada indivíduo a sua autonomia individual e a correspondente capacidade de determinação do seu próprio destino. Como o ser humano em concreto depende das relações sociais para sua sobrevivência, o seu reconhecimento pela sociedade como indivíduo, com características e opções próprias, é fundamental para o desenvolvimento de sua personalidade.

Inicialmente através da consagração de direitos aos trabalhadores, posteriormente por meio da inclusão de indivíduos discriminados econômica e socialmente (mulheres, negros, gays, deficientes físicos, dentre outros), o Estado Social tem o propósito de que os membros da sociedade sejam reconhecidos como pessoas humanas, dignas de igual respeito e consideração. Como a maioria das normas constitucionais que consagram o princípio do Estado Social possuem natureza programática, a sua concretização advém preponderantemente da importância jusfundamental conferida aos direitos sociais, como reflexo da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, em consonância com a perspectiva solidária do Estado Social, deve-se conferir uma adequada interpretação da Constituição, de forma a adotar uma coerente vinculatividade e justiciabilidade dos direitos sociais. Não se pode negar que na principal dimensão os direitos de liberdade e sociais possuem distinções quanto à determinabilidade do conteúdo. Os direitos de liberdade são juridicamente determinados ou determináveis no plano constitucional,

⁶³ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 223-237.

consequentemente, podem ser exigíveis e há uma maior fiscalização judicial. Por outro lado, existe uma indeterminação do conteúdo dos direitos sociais à nível constitucional, por se tratar de uma característica natural dessa espécie de direito, que depende da intermediação do legislador para ser plenamente exigível.

Todavia, diante da força normativa constitucional e do caráter jusfundamental do direito social, não se mostra adequado o seu enquadramento em mera norma programática, de eficácia limitada e dependente de intermediação legislativa. Os direitos sociais constituem autênticos direitos subjetivos, em que a vinculatividade jurídica e a justiciabilidade estão subordinadas de forma preponderante à técnica de positivação e à posição jurídica subjetiva.

A norma do artigo 5º, §1º da Constituição impõe um mesmo regime jurídico para os direitos de liberdade e os direitos sociais. Para tanto, dispõe que as normas de direitos fundamentais têm aplicação imediata, dessa forma, deve ser entendida como sendo um mandado de otimização, permitindo que se extraia do enunciado normativo que prevê o direito social a máxima eficácia possível. Com isso, de acordo com a posição jurídica subjetiva, pode ser possível extrair uma eficácia à norma de direito social capaz de assegurar uma pretensão subjetiva.

Tanto os direitos de liberdade como os direitos sociais detêm uma dimensão positiva e outra negativa, quando analisada a posição jurídica subjetiva em concreto. Na dimensão negativa, a alta densidade normativa permite a determinação do conteúdo do direito social resguardado, com ampla vinculatividade e justiciabilidade.

Por outro lado, mesmo que se trate de um dever de atuação do Poder Público, condizente com a dimensão positiva do direito social, o seu conteúdo passa a ser plenamente determinado a partir do momento em que o legislador tenha elaborado a norma infraconstitucional de concretização do direito.

Da mesma forma, ainda que diante da dimensão positiva, há vinculatividade plena dos direitos sociais quando a respectiva norma estiver prevista em um formato de regra constitucional. Como o direito fundamental está previsto em formato de regra, decisão objetiva e determinada do Poder Constituinte, o conteúdo do direito já está previamente fixado e os poderes constituídos não possuem escolhas.

Mesmo no que diz respeito à falta de determinação do conteúdo da norma-princípio de direito social na sua dimensão positiva, embora *a partida* o direito social esteja condicionado à existência de recursos e às escolhas da maioria, deve-se reconhecer um conteúdo mínimo do direito social a ser extraído diretamente da norma constitucional, com fundamento na dignidade da pessoa humana e na consagração do Estado Social como princípio estruturante da Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AGRA, Walber de Moura. *Direitos Sociais. Tratado de Direito Constitucional*. Volume 1. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valter do Nascimento. Ed. Saraiva, 2ª Ed., São Paulo, 2012.

- ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais: introdução geral*. 2ª Ed. Príncípia Editora, Cascais, 2011.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012.
- BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2002.
- Barcellos, Ana Paula. *O Direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata*. In: *Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008.
- Barroso, Luís Roberto. *A Constituição Brasileira de 1988: uma introdução. Tratado de Direito Constitucional*. Volume 1. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valter do Nascimento. Ed. Saraiva, 2ª Ed., São Paulo, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª ed. Saraiva, São Paulo, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e transformação do direito constitucional contemporâneo*. In: *Democracia, Direito e Política: Estudos em homenagem a Friedrich Müller*, Editora Conceito Editorial, Florianópolis, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª Ed., Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2017.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge*. In BÖCKENFÖRDE; JEKEWITZ, RAMM (org.). *Soziale Grundrechte*. Heidelberg, 1981.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Editorial Trotta, Madrid, 2000.
- Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*. Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt am Main: Suhrkamp, Frankfurt, 1991.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Editora Malheiros, 26ª ed., São Paulo, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Editora Malheiros, 9ª Edição, São Paulo, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Getúlio Vargas e o Estado Social das Ditaduras*. Revista de Direito do Estado, ano 1, nº 2, abril/ junho 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade*. Ed. Malheiros, 2ª Ed., São Paulo, 2003.
- CALLEJÓN. Francisco Balaguer. *A dimensão constitucional do Estado Social de Direito na Espanha*. Tradução: Hugo César Araújo de

Gusmão. Revista Direitos Fundamentais e Justiça n^o 2, jan./mar., Porto Alegre, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a Compreensão das normas constitucionais programáticas*. Editora Coimbra, 2^a Ed., Coimbra, 2001.

Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7^a ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado Pós-moderno e Constituição sem sujeito*. In: “Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2^a Edição, Coimbra, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Metodologia “Fuzzy” e “Camaleões Normativos” na problemática actual dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais*. In: Estudos sobre Direitos Fundamentais, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Direito Constitucional na encruzilhada do milênio. De uma disciplina dirigente a disciplina dirigida*. In: “Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2^a Edição, Coimbra, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Rever a Constituição Dirigente ou romper*. In: “Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2^a Edição, Coimbra, 2017.

CHRISTIANSEN, Eric C. *Decidindo sobre Direitos Não-Justiciáveis: Direitos Sócio-Econômicos e a Corte Constitucional Sul-Africana*. In: *Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Editora JusPodivm, 9^a Ed., Salvador, 2015.

DERBLI, Felipe. *O Estado de Direito ainda é Social?* Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica. Edição Especial, Rio de Janeiro, 2014.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Constitucional*. Volume III, 4^a ed., Editora Almedina, Coimbra, 2011.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 3^a Ed., Malheiros, São Paulo, 1997.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998.

JESTAEDT, Matthias. *Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.

- MARTINS, Ives Gandra. *A dignidade da pessoa humana desde a concepção*. In: *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*. Editora Quartier Latin do Brasil, 2ª Edição, São Paulo, 2009.
- MARTINS, Leonardo. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Coleção original: Jürgen Schwabe. Ed. Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, Uruguai, 2005.
- MARTINS, Leonardo. *Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. Volume 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. Ed. Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, São Paulo, 2016.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. Ed. Revista dos Tribunais, 4ª Ed., São Paulo, 2010.
- MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A Eficácia dos Direitos Sociais – Os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais*. Editora juspodivm, Salvador, 2008.
- MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Almedina Editora, 2ª Edição, Lisboa, 2018.
- MIRANDA, Jorge. *Estado social, crise econômica e jurisdição constitucional*. Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014. In *Constituição e Cidadania*, Almedina Editora, Lisboa, 2016.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais*. 5ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais*. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, editora Revista dos Tribunais, n. 78, jan./mar de 2012.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria e Interpretação dos Direitos Humanos Nacionais e Internacionais – Especialmente na ótica da Teoria Estruturante do Direito*. In: *Direitos Humanos e Democracia*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito democrático*. Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais- Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*. Editora Almedina, Coimbra, 2019.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Uma Constituição, dois sistemas? Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição Portuguesa*. Editora Almedina, Coimbra, 2020.
- OTERO, Paulo. *Direitos Económicos e Sociais na Constituição de 1976*. In: *35º aniversário da Constituição de 1976*, V. 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Direitos Sociais, Estado de Direito e Desigualdade: Reflexões sobre as críticas à judicialização dos*

direitos prestacionais. Revista Quaestio Iuris da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, vol. 08, nº 03, Rio de Janeiro, 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Dignidade da pessoa humana e a proteção dos direitos sociais nos planos global, regional e local*. In: Tratado Luso- Brasileiro da dignidade humana. Editora Quartier Latin do Brasil, 2ª Edição, São Paulo, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas*. In: Democracia, Direito e Política: Estudos em homenagem a Friedrich Müller, Editora Conceito Editorial, Florianópolis, 2006.

PIRES, Maria José Morais. *O acórdão da 'certificação' da Constituição da África do Sul de 1996*. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes, Coimbra Editora, Lisboa, 2004.

PULIDO, Carlos Bernal. *Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos Sociais: Uma Crítica a "Existem direitos sociais?" de Fernando Atria*. In: *Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia e efetividade do direito à moradia na sua*

dimensão negativa (defensiva): análise crítica à luz de alguns exemplos. In: *Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Breves notas sobre o regime jurídico- constitucional dos direitos sociais na condição de direitos fundamentais, com ênfase na 'aplicabilidade imediata' das normas de direitos fundamentais e na sua articulação com o assim chamado mínimo existencial*. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais em matéria de Direitos Humanos – Revisitando o tema*. In: Direito Internacional na Constituição – Estudos em homenagem a Francisco Rezek. Editora Saraiva, São Paulo, 2014;

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Editora Malheiros, 15ª Ed., São Paulo, 1998.

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

SILVA, Virgílio Afonso da. *Taking from the Poor to Give to the Rich: the individualistic enforcement of social rights*. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download>

[ad?doi=10.1.1.624.9890&rep=rep1&type=pdf](https://doi.org/10.1.1.624.9890&rep=rep1&type=pdf)

; acesso em 13 de novembro de 2020

SUNSTEIN, Cass R. *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever*. Basic Books Press, New York, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. In: *Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008.