

ASPECTO SUBJETIVO E JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS¹

SUBJECTIVE ASPECT AND JUSTICIABILITY OF FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS

ASPECTO SUBJETIVO Y JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES

Zulmar Fachin²

Alexandre Almeida Rocha³

Pricila Krahl⁴

Resumo

O presente estudo aborda a problemática acerca de se considerarem subjetivos os direitos fundamentais sociais constitucionalmente garantidos, mais especificamente, enquanto direitos a prestações em sentido estrito, a serem ofertados pelo Estado ao cidadão. Isso porque não é pequeno o número de autores que defendem que a salvação acerca dos mais relevantes e urgentes problemas sociais paira sobre o Judiciário, enquanto outra forte corrente afirma que a interferência Judicial em questões dessa natureza caracteriza ofensa ao Princípio da Tripartição de Poderes e que importa, muitas vezes, em sentenças destituídas de eficácia, tendo em vista a ausência de recursos materiais para serem cumpridas. Desta forma, pretende-se expor as principais teses a respeito do assunto, apontando qual é o posicionamento que ganha força hoje, no Brasil, bem como delinear em quais casos é possível dizer, frente à Constituição do Brasil de 1988, que há direito subjetivo do cidadão a prestações sociais. Pretende-se contribuir para a efetivação dos direitos sociais, cruciais à dignidade humana, tão necessários em um país marcado pela desigualdade e carência de boa parte de sua população.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais. Direitos subjetivos. Justiciabilidade.

Abstract

The present study will approach the issue about considering subjectives the fundamental social rights that are constitutionally guaranteed, specifically while rights to a certain render that is offered by the State to the citizen. Is not small the number of authors who argue that the salvation of the most relevant and urgent social problems focus on the Judiciary, while another strong part of them says that the judicial interference in matters of this nature constitute a violation of tripartite division of powers and will originate sentences devoid of efficacy because of the

¹ Artigo recebido em: 02/06/2016. Aceito para publicação em: 05/06/2016.

² Doutor em Direito pela UFPR. Professor da UEL e do mestrado da Unicesumar. Presidente do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). *E-mail:* <zulmarfachin@uol.com.br>.

³ Professor Assistente na Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduado em Direito pela UEPG e Advogado. *E-mail:* <professor.alexandre.rocha@gmail.com>.

⁴ Graduada em Direito e Advogada em Florianópolis. *E-mail:* <pricilakrahl@gmail.com>.

absence of material resources to be complied. Thus, we intend to highlight the main theses about the subject, pointing out what is the strongest position today in Brazil, as well as outlining in which cases it is possible to say that there are subjective rights of citizens to social benefits, according to the Brazilian Constitution of 1988. It is intended to contribute to the fulfillment of social right, crucial to human dignity and so necessary in a country marked by social inequality and poverty of much of its population.

Keywords: Fundamental social rights. Subjective rights. Justiciability.

Resumen

Este estudio aborda la problemática generada al considerar subjetivos los derechos fundamentales sociales garantizados por la Constitución, más concretamente en lo que se refiere a prestaciones en sentido estricto que el estado debe ofrecer al ciudadano. No son pocos los autores que defienden que la responsabilidad de solucionar los problemas sociales más relevantes y urgentes recae sobre el Poder Judicial. Por otro lado, otra fuerte corriente afirma que la interferencia judicial en cuestiones de esta naturaleza representa una ofensa al Principio de Separación de Poderes y provoca, muchas veces, que las sentencias sean despojadas de su eficacia debido a la falta de recursos materiales para su cumplimiento. De esta forma, se pretende exponer las principales tesis sobre el asunto, indicando cuál es la postura que gana fuerza hoy en día en Brasil así como definir en qué casos es posible decir, con base en la Constitución brasileña de 1988, que existe un derecho subjetivo del ciudadano a recibir prestaciones sociales. Se pretende, asimismo, ayudar a hacer efectivos los derechos sociales, vitales para la dignidad humana y tan necesarios en un país marcado por la desigualdad y las carencias de buena parte de sus ciudadanos.

Palabras clave: Derechos fundamentales sociales. Derechos subjetivos. Justiciabilidad.

Sumário: 1. *Considerações iniciais;* 2. *Os direitos fundamentais: conceitos iniciais e inserção na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;* 3. *O duplo caráter dos direitos fundamentais: dimensão objetiva e dimensão subjetiva;* 4. *Os limites da subjetivação dos direitos fundamentais sociais;* 4.1. *A problemática decorrente da subjetivação dos direitos sociais;* 4.2. *Principais posicionamentos quanto ao reconhecimento de direitos subjetivos a prestações sociais;* 4.3. *Critérios indicadores da existência de direitos subjetivos a prestações sociais.* 5. *Considerações finais;* 6. *Referências.*

Summary: 1. *First Considerations;* 2. *The fundamental rights: initial concepts and application in the 1988 Brazilian Constitution;* 3. *The double nature of fundamental rights: objective and subjective dimension;* 4. *The limits of social fundamental rights subjectivation;* 4.1. *The issue originated from social rights subjectivation;* 4.2. *Main standpoints regarding the recognition of subjective rights related to social benefits;* 4.3. *Criterion of the existence of subjective rights towards social benefits.* 5. *Final considerations;* 6. *References.*

Sumario: 1. *Consideraciones iniciales;* 2. *Los derechos fundamentales: conceptos iniciales e inserción en la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988;* 3. *El doble carácter de los derechos fundamentales: dimensión objetiva y dimensión subjetiva;* 4. *Los límites de la subjetivación de los derechos fundamentales sociales;* 4.1. *Los problemas derivados de la subjetivación de los derechos sociales;* 4.2. *Principales posiciones respecto al reconocimiento de derechos subjetivos a prestaciones sociales;* 4.3. *Criterios indicadores de la existencia de derechos subjetivos a prestaciones sociales.* 5. *Consideraciones finales;* 6. *Referencias.*

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Desde o evento da Segunda Guerra Mundial, a tendência nos Estados Ocidentais vem sendo pela positivação dos direitos fundamentais, de modo a minimizar as possíveis arbitrariedades cometidas pelo Estado contra seus próprios cidadãos. Juntamente com os direitos fundamentais que preconizam a liberdade, estabelecendo limites ao atuar estatal, foi incorporada aos textos constitucionais, também, uma gama de direitos que estabelecem objetivos sociais.

Em um mundo em que quase metade de sua população é assolada pela miséria, o Estado não pode conter-se a ser mero árbitro da sociedade, devendo intervir de modo a assegurar a todos, ao menos, o mínimo necessário à dignidade humana (BARUFFI, 2009, p. 16). E dignidade somente existe quando há saúde, moradia, educação, seguridade, alimentação, entre outros direitos sociais materiais sem os quais o exercício das liberdades jurídicas resta impossibilitado.

Amplas são as teses que discorrem acerca do real efeito normativo e vinculante que as normas de direitos sociais impõem. Abrangem desde aqueles que defendem a mera pragmaticidade de tais dispositivos, que apenas apontariam horizontes aos poderes públicos, até os que sustentam que seriam verdadeiros direitos subjetivos dos cidadãos, que estariam, assim, dotados do poder de exigência, inclusive judicial, de tais prestações.

Nessa ordem, o presente objetiva expor tais teses, com atenção especial para discussão acerca da existência ou não de direitos subjetivos dos administrados, no que diz respeito aos direitos sociais, incorporados à Constituição de 1988, aludindo-se aos diversos posicionamentos doutrinários existentes e apontando qual, atualmente, é o que vem melhor se amoldando aos contornos nacionais.

A discussão assume relevância, vez que não é pequena a parcela doutrinária que aponta pairar sobre o Judiciário o poder de salvação do Estado Social. Todavia, importantes questões, tais como as competências dos poderes legislativo e executivo na destinação dos bens públicos e, principalmente, a escassez de recursos do Estado, não podem ser ignorados, sob pena de ofensa ao princípio da tripartição de poderes. Dessa forma, o estudo da subjetividade dos direitos fundamentais sociais mostra-se crucial para a imposição dos limites da atuação judiciária nessa área e, conseqüentemente, a manutenção do Estado de Direito.

A abordagem será feita por meio de pesquisa bibliográfica, através da análise da construção doutrinária atual a respeito do tema. O estudo será dividido em quatro seções. Inicialmente, apresentar-se-á o que se entende por “direitos fundamentais”, dando-se destaque ao tratamento relegado pela Constituição da República de 1988 a tais direitos, sendo apontadas suas principais características. Ainda, será apresentada a tradicional classificação a respeito dos direitos fundamentais.

Na segunda etapa, será feita uma análise acerca dos aspectos objetivos e subjetivos dos direitos, com ênfase nas consequências desses âmbitos para os direitos fundamentais. Na sequência, discorrer-se-á a respeito da força normativa dos preceitos constitucionais, classificando as normas a partir do seu nível de abstração, de acordo com a proposta de Celso Antônio Bandeira de Mello. Por fim, será apresentado o desenho imposto pela Constituição da República de 1988 aos direitos fundamentais sociais, analisando-se o tratamento constitucional conferido aos principais direitos relacionados – saúde, educação, moradia, previdência, etc.

Na terceira fase, será abordada a problemática a respeito de se considerar como subjetivos os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, bem como serão apresentadas as principais teorias a respeito do assunto. Analisar-se-ão as diretrizes, segundo as quais deverão os juízes se pautar para a definição acerca de tais direitos serem ou não subjetivos e exigíveis.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONCEITOS INICIAIS E INSERÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Por direitos fundamentais, entendem-se aqueles direitos institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo Estado, ou seja, integrantes das cartas constitucionais de cada país, conforme explana Sarlet (2007, p. 37). Na lição de Otfried Höffe (*apud* SARLET, 2003, p. 35), enquanto os *direitos do homem* fazem referência ao ser humano como tal (pelo simples fato de ser pessoa humana), os direitos fundamentais, positivados constitucionalmente, dizem respeito ao indivíduo como membro de um ente público concreto. Os direitos fundamentais, dessa forma, nascem e se desenvolvem nas Constituições onde foram reconhecidos e assegurados, e é especificamente desses direitos que se cuida neste trabalho.

Assim, conclui Canotilho (2002, p. 377), onde não existir constituição, não haverá direitos fundamentais⁵.

Os direitos fundamentais são tradicionalmente divididos em dois grandes grupos, a partir do critério da funcionalidade: direitos de defesa e direitos prestacionais (SARLET, 2003, p. 168-171).

Os direitos de defesa são geralmente relacionados aos direitos de liberdade. São, portanto, imprescindíveis na tarefa de conter o poder estatal, conferindo aos cidadãos garantias de liberdade em face dos poderes extravagantes que detém o Estado. Traduzem-se, assim, em abstenções por parte do Estado, que não pode atuar livremente em determinadas áreas. Isso não significa a exclusão do Estado, mas a limitação de sua intervenção, de acordo com condições previamente estabelecidas constitucionalmente. Correspondem, tradicionalmente, aos direitos de liberdade (incluídos aqui a de locomoção, de consciência, de manifestação de pensamento, de reunião, etc.) e igualdade, bem como ao direito à vida e à propriedade. (SARLET, 2003, p. 177)

Quanto ao grupo dos direitos prestacionais, é identificado pelos autores, de forma abrangente, como aqueles que implicam uma postura ativa do estado, no sentido de colocar à disposição dos administrados prestações de natureza jurídica e material. Para Alexy (2008, p. 266), os direitos fundamentais sociais, foco do estudo, são classificados como direitos à prestação em sentido estrito, uma vez que são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Refere-se, portanto, ao direito à saúde, ao trabalho, à moradia, à educação.

Apesar de parte da doutrina se debruçar sobre o tema da delimitação dos direitos fundamentais, principalmente no que se refere à diferenciação entre direitos de liberdade e direitos prestacionais, é importante ter em mente que essa divisão é

⁵ Nesse ponto, Canotilho não deixa explícito se está a se referir somente às constituições escritas ou também àquelas não escritas, mas dotadas de inquestionável força normativa, como é a da Inglaterra. Isso, pois, apesar de fazer referência a direitos fundamentais como direitos “positivados”, ou seja, *escritos, expressos*, por outro lado afirma que “os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem consequências jurídicas” (CANOTILHO, 2002, p. 377). Inegável que a Constituição Inglesa, apesar de não formalizada, encaixa-se materialmente no conceito exposto, motivo pelo qual resta a dúvida a respeito da aplicação do conceito estrito de “direitos fundamentais” às constituições não escritas. Todavia, por fugir aos limites do presente estudo, não desenvolveremos a fundo a questão.

meramente metodológica, já que boa parte dos direitos, de acordo com a roupagem estrutural conferida a eles pelas Constituições, encontra-se no limiar dos dois grupos e são dotados de aspectos diversos, dependendo do contexto em que estão inseridos, podem requerer uma ação ou omissão do Estado para que sejam garantidos.

Os direitos fundamentais vêm inseridos logo no início da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Sob o título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, estão abarcados 12 artigos, divididos em 5 capítulos: “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, “Dos Direitos Sociais”, “Da Nacionalidade”, “Dos Direitos Políticos” e “Dos Partidos Políticos”. Não resta dúvida, portanto, de que todos eles, inclusive os direitos fundamentais sociais contidos na Constituição de 1988, recebem tratamento especial e são considerados verdadeiros direitos fundamentais, em todos os seus aspectos⁶.

Atente-se, todavia, para o fato de nem todos os direitos fundamentais constantes na Constituição de 1988 estarem inseridos nestes 12 artigos; pelo contrário, muitos deles podem ser encontrados no decorrer de toda a Constituição⁷. Por outro lado, alguns dos dispositivos contidos no rol de direitos fundamentais, ressalta Sarlet (2003, p. 81-82), não podem ser verdadeiramente enquadrados como fundamentais, aproximando-se mais da noção de normas de organização, a exemplo dos §§ 3º a 8º do artigo 14. Dessa forma, importantes direitos ficaram de fora do âmbito de proteção conferido ao título II da Constituição, enquanto outras normas, que não abarcam direitos fundamentais, são alvo de um sólido e questionável amparo legal.

Canotilho (2002, p. 378-379) observa que, para a real consolidação dos direitos fundamentais, não basta a sua positivação; é ainda necessária a *fundamentalização* desses direitos, de modo a evitar que se tornem, na prática, “direitos meramente semânticos”. Desta feita, a fundamentalização constitui-se no processo de prever, para os direitos constitucionalizados, certas consequências

⁶ Trata-se de inovação trazida pela Constituição da República de 1988, já que, nas anteriores, os direitos sociais não faziam parte do título referente aos direitos fundamentais, estando inseridos no capítulo a respeito da ordem econômica e social, com carácter meramente programático e enquadrando-se como normas de eficácia limitada.

⁷ É o que ocorre com vários dos direitos de 2ª e 3ª dimensão, como o direito ao meio ambiente equilibrado, consolidado no artigo 225, e o direito à educação, que apesar de previsto genericamente como direito social no artigo 6º, é garantido de forma específica no artigo 205 e seguintes.

jurídicas que se traduzem, especialmente, na sua colocação como normas que constituem limites materiais de revisão constitucional, dotadas de vinculatividade imediata aos poderes públicos e, ainda, que abram a possibilidade de inclusão de novos direitos.

Na Constituição de 1988, a referida fundamentalidade das normas de direitos fundamentais encontra-se consolidada por meio de alguns dispositivos: o § 1º do artigo 5º, que confere aplicabilidade imediata às normas de direitos e garantias fundamentais, o que lhes retira o caráter meramente programático; o *status* de cláusulas pétreas que lhes é conferido pelo § 4º do artigo 60; e a possibilidade de inclusão de novos direitos oriundos de Tratados Internacionais, fornecida pelo artigo 5º, § 2º da Constituição.

Em relação à aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, a doutrina é uníssona em reconhecer que, apesar de o dispositivo estar inserido no artigo 5º, referente aos direitos e deveres individuais e coletivos, aplica-se igualmente a todos os outros direitos fundamentais, inclusive aos sociais. Para Sarlet (2001, p. 27), inclusive, a aplicabilidade imediata estende-se não apenas aos direitos contidos no Título II da Constituição, mas a todos os direitos fundamentais difundidos pelo texto constitucional, além daqueles reconhecidos por meio de tratados internacionais.

Unanimidade, porém, não pode ser encontrada quando se trata do conteúdo da norma de aplicabilidade imediata. Na doutrina pátria, conforme observa Sarlet (2001, p. 27), podem ser encontradas posições das mais diversas, oscilando entre os mais tímidos, que defendem que a norma em questão não pode atentar contra a natureza das coisas, de modo que muitos direitos fundamentais alcancem eficácia apenas na medida da lei, e os que, no outro extremo, defendem que até mesmo normas que apenas fixam objetivos abstratos ao Estado, – as normas iminentemente programáticas – podem viabilizar, em razão da previsão de sua aplicabilidade imediata, o surgimento de direito subjetivo individual, independentemente de concretização Legislativa.

Destaca-se, todavia, que a Constituição reconheceu a aplicabilidade imediata somente aos direitos fundamentais, e não a toda a Constituição, procurando evitar a fundamentalização das demais normas. Para Sarlet (2001, p. 29), o preceito contido no artigo 5º, § 1º da Constituição da República deve ser visto como um verdadeiro princípio, de modo a ser encarado como mandado de

otimização, ou seja, como uma norma que ordena aos poderes públicos a tarefa de reconhecer, no caso concreto, a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.

A cláusula de aplicabilidade imediata, que está intimamente relacionada à discussão acerca dos efeitos gerados pelas normas de direito fundamental, ganha relevância conforme se analisa a questão sob o prisma de cada um dos grupos de direitos fundamentais: direitos de defesa e direitos de prestação. Isso porque, por muito tempo, costumou-se apontar como diversa a força vinculante e normativa exercida pelos direitos de liberdade e os prestacionais. Canotilho (2001, p. 368), na polêmica obra “Constituição dirigente e vinculação do legislador”, lançada ainda nos anos 80, explica com maestria essa divergência.

Enquanto os direitos de liberdade se apresentam como direitos concretos e de justiciabilidade imediata, já que são direitos a não interferência estatal, sendo que sua exigência pelo cidadão quase sempre ocorre diante de uma ação concreta e fácil de identificar do Estado, o mesmo não se pode dizer dos direitos a prestações, cuja violação ocorre, em regra, por uma omissão estatal. Se a constituição confere um direito social – educação, saúde, moradia – aos administrados, mas não cria mecanismos concretos de implementação desses direitos, como é possível perceber quando tal direito é violado? Até que ponto estará o legislador vinculado à norma socializadora constitucional? Quando é que pode o cidadão exigir que tal direito se faça cumprir? E por quem?

3 O DUPLO CARÁTER DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIMENSÃO OBJETIVA E DIMENSÃO SUBJETIVA

O direito, em geral, pode ser visto sob duas diversas nuances: uma objetiva e outra subjetiva. Segundo Ferraz Junior (2008, p. 116-120), a dicotomia pretende destacar que o *direito* é expressão ambígua e pode configurar-se tanto como fenômeno objetivo que não pertence a ninguém socialmente, uma vez que composto de normas e instituições, mas que também é um fenômeno subjetivo e faz de seus titulares sujeitos de poderes, obrigações e faculdades, criando relações entre eles. O aspecto objetivo refere-se à estrutura de normas, ao próprio ordenamento jurídico; já o aspecto subjetivo diz respeito à faculdade, ao dever ou ao poder do cidadão, enquanto inserido numa relação jurídica, de fazer ou deixar de fazer algo.

O aspecto objetivo dos direitos traz grandes e relevantes implicações para o campo dos direitos fundamentais. Dentre elas, não se pode deixar de destacar,

conforme analisado por Pansieri (2012, p. 47), que o exercício dos direitos fundamentais subjetivos está condicionado, de certa maneira, ao seu reconhecimento pela comunidade onde estão inseridos e da qual não se podem, obviamente, dissociar.

Essa ordem valorativa que origina o ordenamento jurídico é o que se entende por direito objetivo. Assim, a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais contém uma ordem dirigida ao Estado, no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretizar e realizar os direitos fundamentais, seja legislando em seu favor, seja criando mecanismos de garantia, aplicação e acesso ou ainda dirimindo os conflitos que surjam a respeito. Toda e qualquer ação estatal que atente contra tais direitos é considerada ilegal. Mais que isso, todos os impulsos estatais devem pretender promover e proteger tais direitos.

Por outro lado, conforme elucida Queiroz (2006, p. 136), deter um direito subjetivo implica em ter o poder de pretender um determinado comportamento, perante outro sujeito. O conteúdo do direito corresponde ao comportamento que o titular pode exigir de outrem. Adota-se, portanto, a doutrina alemã, que vê o direito subjetivo vinculado a uma relação trilateral entre titular, objeto e destinatário. Ora, se o Estado reconhece a legalidade dessa relação, natural concluir que, diante de alguma anormalidade (inadimplemento da obrigação, por exemplo), possa o sujeito prejudicado socorrer-se ao Estado em busca de ver o seu direito garantido. Quando se fala, portanto, na subjetivação de direitos, refere-se, concretamente, à possibilidade de se exigir judicialmente tais direitos, ou seja, fala-se de justiciabilidade.

A grande problemática que orbita o tema diz respeito à possibilidade e aos limites de se considerarem como subjetivos os direitos fundamentais sociais: são plenamente válidas e diariamente verificáveis decisões do Judiciário que impedem o Executivo de atuar ilegalmente sobre a propriedade de um cidadão, por exemplo. Mas, é igualmente válido que o Judiciário obrigue o Executivo a conceder ao cidadão, nos mais diversos níveis, todas as prestações abstratamente postas pela Constituição, tais como moradia, saúde e educação, caracterizando-se tais direitos como subjetivos? Se se reconhece a legitimidade do Judiciário para atuar sobre o Executivo no caso de ilegalidade por ações, porque não deteria ele a mesma legitimidade frente às omissões?

A resposta mais plausível seria considerar que os direitos sociais conferidos pela Constituição não são dotados da mesma força normativa e vinculante dos direitos de liberdade. De acordo com o eminente constitucionalista José Afonso da Silva (2008, p. 81): “Não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre numa inovação da ordem jurídica preexistente a entrada em vigor da Constituição a que aderem e a ordenação instaurada.” Para Celso Antônio de Mello (2010, p. 22), as normas constitucionais atribuem posições jurídicas diversas em prol dos administrados, a depender da matéria que disciplinam.

Certas vezes, a norma constitucional outorga um “poder jurídico” em sentido estrito, ou seja, “uma situação subjetiva ativa cujo desfrute independe de uma prestação alheia – vale dizer, cuja satisfação não se resolve no cumprimento de uma obrigação a ser resolvida por outrem.” (MELLO, 2010, p. 22). O bem jurídico é desfrutável por si mesmo, uma vez que é concebido fora da relação jurídica: o sujeito de poder, sem colaboração ou contrapartida de outrem, frui do direito deferido pela norma. Trata-se das normas atinentes ao direito de ir e vir, direito de inviolabilidade do domicílio, direito de propriedade, direito à vida e à incolumidade física, etc. O que requerem, ao contrário de uma prestação alheia, é uma abstenção, em geral, do Poder Público. Reclamam, para seu gozo e exercício, uma omissão de terceiros. Essas normas outorgam, de imediato, uma utilidade concreta com desfrute positivo ao administrado e a possibilidade de exigir seu cumprimento no caso de seu embaraço por terceiro. Criam, assim, posição jurídica imediata, de plena consistência ao cidadão, sendo desnecessário qualquer regramento subsequente.

Outras vezes a norma defere o necessário e suficiente para gerar uma utilidade concreta, que pode ser desfrutada imediatamente de forma positiva e que consiste em um direito em sentido estrito, uma vez que depende de uma prestação alheia. É, por isso, fruto de uma relação jurídica, sendo originada a partir do cumprimento da relação. Para que ocorra a fruição do direito, a norma que o contém deve ter “desenhado uma conduta de outrem” (usualmente do Estado), a fim de ser possível identificar qual o comportamento específico deste terceiro que dá concreta satisfação à utilidade deferida ao administrado.

É o que ocorre no art. 210, § 1º da Constituição da República: “O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental”. A norma indica quem é o obrigado na relação jurídica e demonstra qual conduta deve ser por ele realizada para que o

direito contido na norma seja satisfeito. Assim como a categoria anterior, os direitos em sentido estrito outorgam ao administrado uma posição jurídica consistente desde a regra constitucional, atribuindo de imediato o desfrute positivo de uma utilidade concreta e o poder jurídico de exigir esse desfrute quando turbado por terceiro ou negado por quem deveria satisfazê-lo.

Em outros casos, porém, a norma constitucional limita-se a expressar uma finalidade a ser cumprida pelo Estado, sem, todavia, indicar os meios pelos quais se pode atingi-la, ou seja, sem apontar as condutas que satisfariam a fruição do direito contido na norma. É o caso do art. 226 da Constituição da República: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Nesse caso, a posição jurídica dos administrados é menos consistente que as anteriores, já que não lhes é conferida nenhuma fruição imediata, não sendo possível também exigir que a fruição seja respeitada ou possibilitada por outrem, imediata e diretamente. É o que ocorre, segundo Celso Antônio, com grande parte das normas de direitos sociais na Constituição da República de 1988.

Mesmo que a norma constitucional se limite a apontar diretrizes, sem indicar os meios necessários para que se cumpra a ordem, Celso Antônio (2010, p. 27) destaca que geram três efeitos de imediato: a proibição da edição de normas ou a prática de comportamentos contrários ao disposto no preceptivo, pois seriam inconstitucionais; o dever de obediência da Administração ao dispositivo, já que deverá comportar-se em sintonia com esses preceitos, e a utilização desses vetores pelo Judiciário, na interpretação das relações levadas a ele. Diante dessas considerações, é possível identificar que as normas em apreço oferecem ao administrado, de imediato, o direito de opor-se judicialmente a regras ou comportamentos que forem contrários aos preceitos constitucionais, e ainda, de obter, nas prestações jurisdicionais, decisões orientadas no mesmo sentido dessas normas, sempre que esteja em causa, interesse constitucional contido em tais dispositivos.

Como se verifica, os argumentos no sentido de que o Judiciário detém competência para verificar os atos *contrários* aos direitos sociais prestacionais, garantidos constitucionalmente, são abundantes, fortes e consolidados, podendo-se dizer que poucas dúvidas circundam, nos dias atuais, o tema – ao menos no que respeita à área doutrinária. Mas, é necessário sempre ter em mente que, mais que atos comissivos que turbem a estrutura social já consolidada no país, o que realmente impede o acesso dos cidadãos brasileiros aos direitos sociais

constitucionalmente garantidos – saúde, educação, trabalho, moradia – é a falta de estrutura por si só. Mais que um caso de atos Estatais que atrapalham o exercício de um direito, o quadro apresentado é o da falta de atos Estatais que criem o acesso ao direito. Diante dessa ótica, nem todas as considerações levadas a cabo anteriormente podem ser aproveitadas.

Ainda, é necessário analisar como a Constituição da República estampa tais direitos, de modo a poder identificar, frente à realidade brasileira, qual é a consistência normativa fornecida aos direitos sociais. Conforme destacado por Sarlet (2009, p. 06), o Constituinte de 1988 acabou por reconhecer, sob a denominação de direitos sociais, um conjunto heterogêneo de direitos, nem sempre em consonância com as classificações doutrinárias em voga. Assim, sob o título de “direitos fundamentais sociais” estão inclusos, no texto maior, tanto direitos prestacionais positivos quanto direitos defensivos negativos. Dessa forma, como não é possível isolar os dispositivos atinentes especificamente aos direitos prestacionais em sentido estrito, far-se-á, conforme sugere Sarlet (2009, p. 329-366), por meio da análise de seus institutos.

O primeiro bloco a ser verificado trata do direito à garantia de uma existência digna, que engloba, segundo Sarlet, o salário mínimo, a assistência social, a previdência social, o acesso à saúde e à moradia, todos eles intimamente relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Em relação ao direito à saúde, a própria Constituição cria toda a malha funcional e estrutural do sistema de saúde a ser disponibilizado, impondo diretrizes e fixando princípios aos quais os poderes obrigados não podem se furtar. É possível afirmar que as ações e os meios que devem ser criados para atingir os objetivos fixados pela Constituição em relação à saúde encontram-se suficientemente esclarecidos.

Veja-se o artigo 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (BRASIL, 1988). Ao definir que a saúde é direito de todos e dever do Estado, impondo seu acesso universal, a própria constituição, explicitamente, torna subjetivo o direito do cidadão às ações de saúde. Mas ela vai além, criando, materialmente, a estrutura necessária para que tais

políticas e ações sejam disponibilizadas ao cidadão, prevendo um Sistema Único de Saúde e impondo suas diretrizes, no artigo 198.

De maneira similar, as ações relativas à previdência social encontram base nos artigos 194, 201 e 202 da Constituição da República. Nesses dispositivos, todas as diretrizes necessárias à criação do sistema de previdência são previstas, especificando-se os casos aptos a ensejar o atendimento previdenciário⁸, além de especificidades como parâmetros para o cálculo dos salários de benefício⁹ e contagem de tempo para fins de aposentadoria¹⁰. Assim, salienta Sarlet (2007, p. 338), é pacífico o entendimento doutrinário a respeito da possibilidade de que se reconheça um direito subjetivo individual à aposentadoria, mesmo sem intermediação infraconstitucional.

Em relação ao trabalho enquanto direito social, algumas observações devem ser feitas. Conforme destaca Marmelstein (2009, p. 176), o mesmo possui uma função diferente, vez que tem como principal destinatário empresas privadas, e não o Estado. Assim, o constituinte estabeleceu limitações ao empregador quando da relação de emprego, visando ofertar condições mínimas de dignidade ao trabalhador. É uma expressão da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, já que, enquanto extensão da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais devem ser respeitados, inclusive nas relações entre particulares. (MARMELESTEIN, 2009, p. 336)

São encontradas, todavia, regras dirigidas diretamente ao Estado, como é o caso do inciso XX¹¹. Segundo Marmelstein, as garantias constitucionais de trabalho são usualmente fixadas de forma genérica, todavia, o constituinte brasileiro optou por detalhar cada uma dessas exigências de maneira impressionante. O artigo 7º, por exemplo, é composto por 34 incisos, que contém os direitos mínimos decorrentes de toda relação de trabalho, tais como seguro-desemprego, FGTS,

⁸ O artigo 201 da Constituição da República de 1988 prevê a cobertura para casos de doença, invalidez, morte, idade avançada, maternidade, desemprego involuntário, baixa renda, além de, nos casos de aposentadoria, fixar as idades mínimas e demais condições para sua concessão.

⁹ Segundo o artigo 201, § 3º, da Constituição da República de 1988, os salários de contribuição, base para o cálculo do benefício, deverão ser atualizados.

¹⁰ O artigo 201, §7º, da Constituição da República de 1988, determina a idade mínima e o período contributivo para efeitos de aposentadoria. O § 9º fixa a garantia de compensação de tempo para casos de mudança de regime.

¹¹ O artigo 7º da Constituição da República de 1988 prescreve: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”.

salário mínimo, irredutibilidade salarial, décimo terceiro salário, jornada de trabalho máxima, férias, dentre outros. Ainda, delimita a atuação, composição e direitos das associações profissionais e sindicais.

Não cabe nos objetivos e limitações do presente estudo a análise pormenorizada de cada um dos direitos sociais prestacionais referentes ao trabalho. Compete-nos, todavia, proceder à verificação de seu núcleo principal, que se concentra na garantia do salário mínimo. De acordo com os contornos defendidos por Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 59) e Luis Roberto Barroso (*apud* SARLET, 2007, p. 335), longe de estabelecer apenas princípios gerais ou tarefas e fins a serem alcançados pelo Estado, o artigo 7º, inciso IV¹², da Constituição, descreve os diversos critérios a serem adotados pelo legislador na fixação do salário mínimo, razão pela qual defendem tratar-se de norma diretamente aplicável e plenamente eficaz.

De maneira similar, a Constituição trata, no artigo 203 e 204, da assistência social sob diversos âmbitos de proteção, incluídos aí a previsão genérica de medidas destinadas a amparar e proteger crianças, adolescentes, gestantes e idosos, além de promover a integração no mercado de trabalho e a reabilitação dos deficientes à vida comunitária. Não define, porém, de que forma se dará essa proteção. Ressalta-se que o único benefício materialmente previsto na Constituição é o relativo ao pagamento de um salário mínimo de benefício mensal ao deficiente ou idoso, que não pode ter sua subsistência provida por si ou por sua família, independentemente de contribuição à seguridade social¹³.

De forma diversa das anteriores, o direito à moradia, inserido no rol de direitos sociais da Constituição da República de 1988, por meio da Emenda Constitucional nº 26 de 2000, é previsto apenas de forma genérica no artigo 6º, sem que a Constituição lhe forneça contornos mais específicos ou indique os meios pelos quais tal direito deverá ser oferecido.

¹² O artigo 7º da Constituição prescreve: “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) VII – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;”.

¹³ O artigo 203 da Constituição da República de 1988 prescreve: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...) V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal a pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

Afastando-se um pouco do núcleo da dignidade da pessoa humana, aqui entendido como atinente aos direitos essenciais, vitais à subsistência do ser humano, encontra-se o direito à educação. Observa Sarlet (2007, p. 355) que, além da previsão genérica contida no artigo 6º, o direito à educação é alvo de uma extensiva normatização, em Seção especial. O artigo 205 da Constituição da República determina que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, sendo exercida com o apoio da sociedade. Contém, assim, norma que estabelece fins genéricos, diretrizes a serem alcançadas. Impõe, portanto, tarefas aos órgãos públicos e em especial ao legislador. Nos dispositivos seguintes, fixa os princípios segundo os quais deverá a educação ser disponibilizada, garantindo, inclusive, a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais¹⁴ e padrões de qualidade¹⁵. O artigo 208 determina, explicitamente, os meios segundo os quais a educação será efetivada, fixando, dentre outros, horários¹⁶ e critérios especiais¹⁷ de prestação das ações de ensino, o atendimento em creches pré-escolares e o fornecimento de material didático, transporte, alimentação e assistência à saúde do educando durante o ensino fundamental. Ademais, os §§ 1º e 2º do citado dispositivo fixam explicitamente a possibilidade de exigência judicial do acesso à educação¹⁸.

De outro giro, de maneira similar ao que ocorre com o direito à moradia, o direito ao lazer e à alimentação são genericamente garantidos pela Constituição da República, que não determina de que forma tal direito será oferecido na prática. Falta, portanto, um tratamento minucioso a respeito desses direitos, sendo mais difícil especificar as situações onde ocorrem omissões legislativas e executivas e que autorizem a atuação judiciária.

Quanto ao direito à segurança, o problema já inicia quanto à dicção utilizada, vez que o termo “segurança” é bastante amplo e pode ser aplicado às mais diversas

¹⁴ Artigo 206, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

¹⁵ Artigo 206, inciso VII, da Constituição da República Federativa do Brasil.

¹⁶ O artigo 208, VI, da Constituição da República de 1988, determina que haverá oferta especial de ensino noturno, com o fim de adequar-se às necessidades do educando.

¹⁷ O artigo 208, inciso V, da Constituição da República Federativa de 1988 prevê ensino especial aos portadores de deficiência.

¹⁸ O artigo 208 da Constituição da República Federativa de 1988 fixa: “Art. 208. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...)”

§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º - O não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. (...)”.

áreas. Todavia, como está indicando um direito “social”, é lógico concluir que se trata da segurança social, ou seja, segurança pública. A esse respeito a Constituição reserva um capítulo, composto pelo artigo 144-A. No dispositivo, a segurança pública é definida como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo exercida por meio das Polícias Federal, Rodoviária Federal, Ferroviária Federal, Civil, Militar, Corpo de Bombeiros Militar e Municipal, onde houver, além de fixar-lhes as competências. Apesar de prever os órgãos responsáveis por zelar pelas políticas de segurança pública, as disposições constitucionais a respeito do tema não dispõem, com exatidão, acerca dos meios e critérios segundo os quais a segurança pública será garantida. São, portanto, disposições mais abstratas quando comparadas à estrutura posta para o direito à saúde ou previdência, por exemplo.

Percebe-se, portanto, que nem sempre os direitos sociais são inseridos nas Constituições de forma cinzenta ou abstrata; impossível concluir que as normas referentes ao direito à saúde, ao salário mínimo, à previdência e à educação social sejam demasiadamente abstratas, incapazes de gerar direitos aos administrados segundo a Constituição da República de 1988; pelo contrário, a malha normativa e a imposição constitucional referente ao tema é muito bem delineada em diversos pontos essenciais. Fixam, de maneira irrevogável, a obrigação estatal e os limites mínimos dessa atuação para com a sociedade, de modo que qualquer ação que viole tais diretivas caracteriza ofensa constitucional.

Uma vez que a própria Constituição Federal determina os meios e a estrutura jurídica mínima que deve ser garantida ao cidadão, a falta de qualquer desses mecanismos, na prática, caracterizará omissão do poder público e fará surgir no administrado o direito subjetivo de exigir sua prestação no âmbito judiciário. Não há dúvida, portanto, que são legítimos direitos subjetivos dos cidadãos, exercitáveis nos limites constitucionais, os quais são, por sua vez, de identificação facilitada, mas sempre diante do caso concreto.

Ressalta-se, conforme observa Marmelstein (2009, p. 302), que o fato de a constituição delimitar a estrutura mínima conforme a qual deverá o direito ser ofertado, não exime o Legislador de dar tratamento específico ao tema, regulando os pressupostos de exercício do direito e garantindo maior segurança jurídica. Nesse sentido, é sempre recomendável que o judiciário respeite a escolha legislativa, sempre que esta esteja em conformidade com a proporcionalidade.

4 OS LIMITES DA SUBJETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O reconhecimento de um direito subjetivo implica na justiciabilidade desse direito, na possibilidade de sua exigência na via judicial, de acordo com Queiroz (2006, p. 143). No entanto, o simples reconhecimento desse caráter subjetivo esconde uma série de problemas que exsurtem das situações concretas. Quando se fala do atuar Judiciário no campo dos direitos prestacionais, são trazidos à mesa, como sói acontecer, argumentos contrários e outras problemáticas essenciais. Passa-se a discutir as questões que decorrem da subjetivação dos direitos sociais.

4.1 A problemática decorrente da subjetivação dos direitos sociais

Os direitos sociais, por se tratarem de direitos prestacionais, exigem para sua concretização a elaboração de políticas públicas; e, portanto, estão necessariamente vinculados ao orçamento público e às prioridades da administração pública, de forma que a atuação do judiciário impacta diretamente na gestão pública.

Assim, muitos apontam para uma ofensa ao princípio da tripartição de poderes, às regras atinentes ao orçamento público e à discricionariedade administrativa a atuação Judicial sobre direitos sociais, vez que seria tarefa primária do Legislativo a criação de leis que implementassem a estrutura e as condições conforme as quais o direito seria prestado, bem como ao Executivo a criação de políticas que permitissem a fruição de tais direitos, independentemente da existência de lei estruturante ou não, configurando, caso houvesse imposição Judicial a respeito do tema, ingerência ilegal acerca de assuntos que competem exclusivamente à Administração e ao Legislador.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 67), discricionariedade administrativa é a “faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito.” À atuação discricionária se opõe a vinculada, quando a lei estabelece uma única alternativa possível para determinada situação fática, fixando todos os critérios que, existentes, deve a Administração apenas constatar, inexistindo qualquer margem de apreciação subjetiva. Todavia, mesmo o atuar discricionário encontra limitações, pois deve ser exercida nos estritos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassar esses limites, a decisão passa a ser arbitrária.

E é exatamente em razão desse atuar limitado que o argumento da discricionariedade administrativa como excludente da atuação Judicial sobre direitos sociais, na totalidade dos casos, notadamente ao impor prestações a serem exercidas pela Administração, não tem razão de ser. Isso porque a discricionariedade permite a escolha, desde que dentro dos limites traçados pela lei. Ora, a Constituição da República, em relação aos direitos sociais, deixa aos Poderes Públicos a escolha dos meios pelos quais a consolidação desses direitos se fará, mas nunca relega ao alvedrio da Administração ou do Legislativo a opção de consolidar ou não os direitos sociais, justamente porque a incorporação desses direitos ao texto constitucional, gozando inclusive de especial proteção, demonstra que essa opção já foi feita de modo definitivo pelo constituinte, cabendo ao Legislador, com primazia, e à Administração, subsidiariamente, apenas escolher a melhor forma de torná-los fruíveis.

Assim, havendo omissão que impeça a fruição dos direitos sociais pelos administrados, há também ilegalidade, que, como visto, deve ser extirpada do mundo jurídico, seja pelo atuar da própria Administração, seja por meio do Judiciário. O que dizer, então, das decisões Judiciárias que impõe um dispêndio de verbas públicas para sua realização? Inegável que causam ingerência ao orçamento público pré-fixado, ordenando despesas anteriormente não previstas e, ainda, por decisão de um poder que não é o originariamente competente para tanto. Há, nesse caso, dois problemas a serem enfrentados: o da teoria da reserva do possível, vez que os recursos são finitos e têm sua destinação previamente estabelecida por meio do orçamento público, e o argumento da ofensa à Tripartição dos Poderes.

Inicia-se pela discussão acerca da Tripartição dos Poderes. Afirma-se que os integrantes do Poder Judiciário, por não terem sido eleitos, não deteriam a legitimidade com que contam os Poderes Legislativo e Executivo, que seriam, por isso, os únicos autorizados constitucionalmente a efetuar escolhas nas áreas sociais, notadamente em razão da implicação dessas escolhas no montante de verbas públicas disponíveis. Assim, o atuar do Judiciário nessa área restaria enfraquecido, vez que implicaria em flagrante ofensa à Tripartição e à democracia.

Conforme destacado por Bonavides (2009, p. 157-159), em uma época em que o povo se firmou como detentor do poder, atribuindo ao Estado responsabilidades como nunca antes se conheceu, não há mais lugar para uma Tripartição dos Poderes rigorosa. Atualmente, já não se pode admitir que a soberania seja seccionada de maneira estanque, pois isso causaria o engessamento

do próprio Estado. Posto que não mais se vive o absolutismo, o remédio a ele empregado, ainda que essencial como pano de fundo de qualquer democracia, não pode ser utilizado como pretexto para o retrocesso social. Utilizar da tripartição dos poderes como forma de barrar implementos sociais, frise-se direitos fundamentais aos cidadãos, é uma contradição em si mesma e não pode ser admitida. Para Clèmerson Merlin Clève (2003, p. 151-161), no atual estágio do Estado de Direito, democracia não mais corresponde a governo da maioria, sendo vital à sua sobrevivência a atuação efetiva do Judiciário, e não o seu afastamento.

O segundo problema refere-se à finitude do orçamento público disponível. Clève (2003, p. 151-161) retrata muito bem esse problema com a utilização da metáfora do cobertor curto: o que se tem é um cobertor insuficiente para cobrir, ao mesmo tempo, todo o corpo; assim, cobrem-se as mãos, ficam de fora os pés. Apesar de o PIB brasileiro, considerado em sua totalidade, resultar numa soma vultosa, esse valor, quando dividido entre os habitantes, torna-se muito reduzido. Por esse motivo é que os recursos públicos devem ser manejados com ainda mais responsabilidade. Por mandamento constitucional, incumbe ao poder público consignar nas peças orçamentárias um montante realista de verbas destinado a efetivar os direitos sociais, num lapso de tempo razoável.

Ocorre que, no Brasil, o que se vê é um Executivo autorizado a estabelecer contingências, sacrificando fatalmente as evoluções nas áreas sociais. Para Clève (2003, p. 151-161), é vital que o orçamento público estabelecido legislativamente seja cumprido de forma fiel: se a lei determina certo programa, seu cumprimento deve ser controlado. Além disso, defende a participação da sociedade na definição dos programas a serem levados a cabo e na escolha da velocidade dos gastos e implementos na área social.

Ora, se o programa a ser realizado na área dos direitos sociais não for implementado ou o for de forma insuficiente pelo Executivo, de maneira a impossibilitar o acesso do cidadão a esses direitos, é inegável que haverá o direito de socorrer-se ao Poder Judiciário, cabendo a este determinar que tal política seja viabilizada. Não se trata de ordenar uma despesa imprevista; trata-se, sim, de fazer cumprir o que é estabelecido como prioritário pela própria constituição. E isso nada mais é que fazer valer a democracia.

Apesar de serem problemas teoricamente contornáveis, é certo que não podem ser desconsiderados, essencialmente quando, já de plano, ultrapassam a

barreira teórica e mostram-se como efetivo problema material, como é o caso da finitude de reservas. Dessa forma, a atuação do judiciário nunca poderá ser desmedida e ilimitada, o que gera uma conseqüente amenização da força subjetiva dos direitos sociais em determinados casos.

4.2 Principais posicionamentos quanto ao reconhecimento de direitos subjetivos a prestações sociais

Como se expôs anteriormente, a dependência dos direitos sociais à conjuntura econômica e social não tem nada de teórico: “Negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe e desconsiderar que o Direito não tem o condão de – qual toque de Midas – gerar os recursos materiais para sua realização fática, significa, de certa forma, fechar os olhos para os limites do real.” (SARLET, 2007, p. 372).

Como observa Flávio Galdino (2005, p. 188), a doutrina dominante defende um modelo teórico da utopia em relação aos direitos fundamentais sociais, uma vez que, embora se admita a relevância da reserva do possível, reconhece-se, por outro lado, que é impossível negar que em determinadas circunstâncias há o legítimo direito subjetivo a uma prestação social por parte do Estado. Na tentativa de identificar quais são as situações que autorizam o cidadão a ir a Juízo pleitear um direito social de cunho prestacional. Sarlet (2007, p. 366-371) identifica três principais posicionamentos.

O primeiro refere-se à tese de Christian Starck, reconhecido publicista alemão, segundo o qual o reconhecimento de direitos originários a prestações advindos de normas de direitos fundamentais sociais não é, a princípio, possível. Todavia, admite algumas exceções, quando restarem caracterizados, na ordem prática, determinados requisitos, que devem ser observados em concomitância: a) necessidade incontornável de se assegurar materialmente um direito de liberdade; b) estar o conteúdo do direito a ser prestado suficientemente determinado pela norma constitucional; c) a grandeza do montante de recursos a ser dispendida não invadir a esfera de competência do legislador em matéria orçamentária; d) estiver o direito social prestacional subordinado à cláusula de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Para Starck (*apud* SARLET, 2007, p. 367), portanto, o conteúdo da prestação deve estar suficientemente determinado, a fim de dispensar a

necessidade de concretização legislativa do direito, garantindo o respeito a não interferência do Judiciário na esfera orçamentária e, conseqüentemente, preservando a reserva do possível e a competência originária do legislador. Destaca, ainda, que essa situação excepcional pode ser visualizada nos casos de garantia das condições existenciais mínimas, os quais, segundo o autor, não geram excessiva carga para o orçamento público.

O segundo posicionamento destacado por Sarlet diz respeito à linha seguida por Rüdiger Breuer (*apud* SARLET, 2007, p. 367), que sustenta que a medida de aferição da realização da justiça social, enquanto tarefa imposta ao Estado, é o grau de garantia das liberdades fundamentais, de modo que os direitos subjetivos a prestações sociais apenas podem ser reconhecidos quando indispensáveis à manutenção das liberdades fundamentais do cidadão. Ainda, defende Breuer que a busca por um mínimo de direitos sociais efetivados, bem como o estabelecimento de seu ponto ótimo, são tarefas que cabem ao Legislador, sendo que os direitos subjetivos a prestações somente serão admissíveis quando o órgão legislativo falhar de maneira tão grave que cause sério risco à liberdade.

Por fim, Sarlet (2007, p. 368) destaca a tese de Alexy, que procurou harmonizar os argumentos contrários e os favoráveis à subjetivação dos direitos fundamentais com base na ponderação entre princípios¹⁹. Assim, de um lado se encontra o princípio da liberdade fática e, do outro, o da competência decisória legislativa, o da separação dos poderes, princípios materiais relativos à liberdade jurídica de terceiros e outros direitos sociais ou mesmo bens coletivos.

Neste ponto, convém destacar o que Alexy (2006, p. 503) entende por liberdade fática, que considera um dos fortes argumentos favoráveis aos direitos prestacionais. Segundo o autor, a liberdade jurídica de se fazer ou deixar de fazer

¹⁹ Para Alexy, as normas jurídicas podem ser divididas em duas grandes categorias: princípios e regras. Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. São, assim, mandamentos de otimização, já que podem ser satisfeitos em graus variados, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas para sua aplicação. Já regras são invariavelmente satisfeitas ou não satisfeitas. A partir disso, infere-se que a diferenciação entre princípio e regra é qualitativa e não gradual: ou é princípio, ou é regra. Os direitos fundamentais são, por sua natureza, princípios. Sempre que ocorrer a colisão entre princípios diversos, ou seja, sempre que um direito fundamental chocar-se com outro direito de cunho principiológico, tal qual a tripartição dos poderes ou a competência originária do legislador para tratar de determinado tema, a solução advirá com a técnica da ponderação. A ponderação consiste na escolha de um em face do outro, no caso específico analisado, levando-se em conta todas as condições determinantes que influenciam o caso. É uma questão de preferência, de peso diverso, de sopesamento diante do caso concreto. (ALEXY, 2006, p. 90 et seq.).

algo não tem valor algum sem uma liberdade fática real, ou seja, sem a possibilidade de se escolher entre as alternativas apresentadas. Assim, de nada adianta deter o direito de se fazer algo se não se detém condições fáticas para fazê-lo. Em completude a essa ideia, defende que, na atual sociedade, grande parte dos titulares de direitos fundamentais não encontra meios autônomos de exercê-los, dependendo, portanto, das prestações estatais.

Assim, apesar de o próprio Alexy reconhecer que o modelo proposto não estabelece quais direitos sociais efetivamente são subjetivos, demonstrando apenas que é possível que o cidadão os detenha, sua formulação permite reconhecer o direito à prestações nas seguintes hipóteses: a) quando a ausência da prestação impossibilita o exercício da liberdade fática e; b) quando o princípio da tripartição dos poderes (incluído nele o da competência orçamentária do legislador) e outros princípios materiais (especialmente os relativos a direitos fundamentais de terceiros) forem atingidos de forma diminuta. Para Alexy (2006, p. 512), essas condições restariam observadas sobremaneira quando se trata de um padrão mínimo, ou seja, quando está em voga o direito a condições existenciais mínimas, o direito à formação escolar e profissional, a uma moradia simples e a atendimentos básicos e essenciais na área da saúde.

Conforme destaca Sarlet (2007, p. 369), as três teses convergem para o reconhecimento de um padrão mínimo a ser garantido pelos direitos sociais, visando evitar o esvaziamento da liberdade material. Neste ponto, às três teorias cabe a crítica de que é extremamente difícil a determinação do conteúdo desse *standard* mínimo, sendo impossível estabelecê-lo de forma genérica, de modo que sua análise deve sempre ser realizada com base no caso concreto.

Ademais, em relação aos posicionamentos adotados por Starck e Breuer, de que seriam as prestações garantidoras do mínimo também mínimas e, conseqüentemente, ínfimas e irrelevantes para o orçamento. Alexy (2006, p. 512) afirma que mesmo prestações mínimas apresentam inequívoca relevância financeira, especialmente quando são muitos os que delas necessitam. Todavia, ressalta que, mesmo que os direitos a prestações concedidos pelo Judiciário possam gerar enormes efeitos orçamentários, a força do princípio da competência orçamentária do legislador não é absoluta. É necessário nunca perder de vista que mesmo direitos de liberdade, muitas vezes, apresentam grande relevância econômica.

Indo ao encontro das observações tecidas por Alexy, estão os apontamentos de Holmes e Susteim (1999, p. 44), expoentes na doutrina americana, para quem todos os direitos são positivos, no sentido de que mesmo os direitos primacialmente de defesa demandam ações estatais para que possam ser efetivos. Nenhum direito é simplesmente um direito de ser ignorado pelos agentes públicos. Todos os direitos são reivindicações por uma resposta governamental afirmativa. Se os direitos fossem meramente espaços livres da interferência pública, a maior virtude do governo seria sua paralisação ou incapacidade. Mas um Estado incapaz não pode proteger a liberdade, mesmo aquelas que parecem inteiramente negativas, tais como o direito a não ser torturado por agentes estatais. Todos os direitos são custosos porque todos os direitos pressupõem o suporte do contribuinte para, ao menos, uma supervisão efetiva no maquinário estatal. Acrescentam, ainda, que o mais comum meio de monitorar e fiscalizar o Estado no cumprimento dos direitos de defesa ocorre através do Judiciário, de modo que os direitos custam, no mínimo, o que custa para recrutar, treinar, estruturar, pagar e monitorar o judiciário.

Dessa maneira, não se pode concordar com os posicionamentos de Breuer e Starck, parecendo-nos mais coerente a tese proposta por Alexy, da qual se aproximam as proposições feitas por Canotilho, Barroso e Sarlet.

4.3 Critérios indicadores da existência de direitos subjetivos a prestações sociais

Tomando como pano de fundo a classificação da força normativa dos preceitos constitucionais apresentados anteriormente, formulado por Celso Antônio Bandeira de Mello, pode-se distinguir as normas constitucionais em três grupos: poderes direitos, que podem ser exequíveis e desfrutáveis independentemente de uma prestação alheia, ou seja, que não surgem a partir de uma relação jurídica; as normas que, apesar de dependerem de uma prestação alheia, possuem seus meios de efetivação densamente previstos pela Constituição, o que as torna exigíveis e aplicáveis de imediato; e aquelas que, além de dependerem de uma prestação alheia, não possuem os meios previstos, de tal forma que sua densidade semântica baixa configura-se empecilho à aplicabilidade e exigência imediatas.

Tal classificação pode ser aplicada aos direitos sociais, uma vez que, analisando o atual desenho posto pela Constituição ao tema, é possível verificar a existência dos três tipos de normas. Todavia, no âmbito dos direitos prestacionais

em sentido estrito, importa-nos sobremaneira as duas últimas categorias normativas. Conforme visto, nem todas as normas da Constituição de 1988 atinentes aos direitos sociais são genéricas e destituídas de consistência semântica; pelo contrário, ao menos o núcleo essencial dos direitos à saúde, previdência, assistência, trabalho e educação são previstos de forma bastante concreta, estando delimitados os meios e critérios definidores do atingimento dos objetivos firmados. Podem ser considerados, portanto, exigíveis e aplicáveis de imediato, mesmo sem a intermediação do legislador, nos limites concretizados pelo constituinte. Por outro lado, há uma imensidade de normas que são previstas apenas de forma genérica, dependendo da concretização pelo legislador. É o que ocorre, em especial, com o direito à moradia, à alimentação e ao lazer, além de normas periféricas atinentes ao direito ao trabalho, à saúde, à previdência, etc.

Ocorre que mesmo os direitos prestacionais que não detêm seu âmbito de aplicação delimitado constitucionalmente podem vir a serem direitos subjetivos, dotados de justiciabilidade. Essa delimitação é impossível de ser realizada em abstrato, devendo sempre ser feita diante das circunstâncias concretas de cada caso. O ponto crucial na definição da existência ou não de direito subjetivo passa a ser, para grande parte da doutrina, o mínimo existencial.

Ressalta-se, conforme observa Sarlet (2007, p. 374), que o mínimo existencial não se atém à mera existência física. O princípio da dignidade humana perpassa, indubitavelmente, certo grau de autonomia, no sentido de ser o indivíduo capaz de conduzir a própria existência, o que não pode ocorrer, por exemplo, sem um mínimo de educação: “manter o indivíduo sob o véu da ignorância absoluta significa tolher a sua própria capacidade de compreensão do mundo e sua liberdade (real) de autodeterminação e de compreensão da existência”. (SARLET, 2007, p. 374). Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana deve servir como balizador acerca do que se entende por padrão mínimo de existência quanto aos direitos sociais.

Defende Alexy e seus seguidores, dentre os quais Sarlet, que haverá direito subjetivo a um direito prestacional em sentido estrito, quando estiver em causa o mínimo necessário à existência digna de um cidadão e, utilizando-se do método da ponderação, assumir tal aspecto maior peso que os demais princípios que com ele sejam colidentes, tais como separação dos poderes e competência originária do legislador, além de outros que possam surgir.

Afirma que o sopesamento entre os princípios em cheque deve existir sempre, mesmo no caso de direitos sociais densamente previstos na Constituição, pois, para Alexy, todas as normas de direitos fundamentais detêm caráter principiológico, e, enquanto tais, não podem ser vistas como “tudo ou nada”; sempre devem ser alvo de sopesamento, o qual defende ser o instrumento hábil a permitir a harmonização do sistema jurídico, levando-se em conta o dever *prima facie* que emanam e seu caráter de mandado de otimização, o que permite mitigar seus efeitos em caso de colisão com razões que sejam maiores.

É o que ocorre, como bem demonstrado por Sarlet (2007, p. 336), com o salário mínimo. Conforme anteriormente exposto, alguns doutrinadores, como Luis Roberto Barroso e Celso Antônio Bandeira de Mello, prelecionam que, por ter definido suficientemente o conteúdo da prestação, a Constituição autorizou que dela se extraíssem diretamente posições jurídicas subjetivas, sendo que o ato legislativo que fixasse o salário mínimo aquém dos parâmetros instituídos seria ilegal e deveria ser extirpado do ordenamento. Por outro lado, não se pode deixar de considerar os inúmeros reflexos da fixação do valor do salário mínimo em uma conjuntura econômica e social: majorado o salário mínimo, restariam majoradas as pensões, aposentadorias e benefícios a ele vinculados, as contribuições sociais sobre ele incidentes sofreriam alterações relevantes, os custos de produção aumentariam, gerando reflexos na esfera de consumo, eventual diminuição da produção e aumento de desemprego, etc. Todas essas consequências devem ser levadas em conta no momento da ponderação, o que impõe questionar se, apesar do grau de concretude da norma, a decisão acerca do valor do salário mínimo não deve ser deixada ao legislador²⁰, tendo em vista sua legitimação política.

Queiroz (2006, p. 152), partilhando de outro entendimento, afirma que, independentemente da discussão acerca da subjetividade dos direitos sociais em geral, o “mínimo de existência condigna” é sempre qualificado de direito subjetivo, devendo ser garantido nos moldes dos direitos de defesa. Para a doutrina portuguesa, portanto, o mínimo existencial é um direito fundamental análogo aos direitos, liberdades e garantias. Com isso importa dizer que, identificada uma possível ofensa ao mínimo existencial, não deverá ele ser sopesado com os demais princípios colidentes para se chegar à conclusão acerca do fornecimento ou não do

²⁰ No caso do Brasil, cabe ao Administrador, vez que a fixação do salário mínimo é feita por Decreto Presidencial, nos termos da Lei 12382/2011, que foi julgada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn nº 4568.

direito; estando em cheque o mínimo existencial, estar-se-á diante da possibilidade da exigência judicial dos meios necessários para suprir a carência.

Por outro lado, há quem critique a utilização desmedida do princípio da dignidade humana, e, por conseguinte, do mínimo existencial. José Reinaldo Lima Lopes (2006) (*apud* SARLET, 2007, p. 377), por exemplo, afirma que a dignidade humana se tornou uma espécie de “abracadabra” jurídico, de onde se podem extrair as mais diversas conclusões, sem que, todavia, se discuta em público o que vem a ser essa “dignidade humana”. Para Sarlet (2007, p. 377), porém, se por um lado é verdade que a dignidade e o mínimo existencial têm sido utilizados quase que em abstrato, invocados como razões de decisões desacompanhadas de uma análise cuidadosa do caso concreto e do que, efetivamente, vem a ser uma violação à dignidade, isso não significa que não possam continuar a ser critérios materiais para decisões, desde que devidamente contextualizados e justificados.

Outra barreira que não pode ser ignorada quando da análise judicial dos direitos prestacionais é a da escassez de recursos, sobre a qual já se teceram as considerações pertinentes. Importa ressaltar que o Estado, ao invocar o argumento da ausência de recursos para realização de determinado direito, deverá demonstrá-la:

Apesar de a reserva do possível ser uma limitação lógica à possibilidade de efetivação judicial dos direitos socioeconômicos, o que se observa é uma banalização no seu discurso por parte do Poder Público quando se defende em juízo, sem apresentar elementos concretos a respeito da impossibilidade material de se cumprir a decisão judicial. Por isso, as alegações de negativa de efetivação de um direito econômico, social e cultural, com base no argumento da reserva do possível, devem ser sempre analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la. (MARMELSTEIN, 2009, p. 357).

Exatamente por se tratar de um problema de recursos públicos finitos, cuja destinação cabe ser feita com responsabilidade, é que Sarlet ressalta que boa parte do problema seria minimizada com a observância, pelos três poderes, dos princípios ligados à Administração Pública, tais como o da moralidade e da eficiência, e, principalmente, o da proporcionalidade. São princípios que, quando obedecidos, permitem a maximização da eficácia e da efetividade dos direitos fundamentais, sejam eles de defesa ou prestacionais, sempre dependentes da otimização da boa e proba administração pública.

Importante é sempre lembrar que, conforme observa Queiroz (2006, p. 147), os direitos fundamentais sociais só existem se houver efetividade, ou seja, é condição de existência do próprio direito a sua efetivação material. São direitos cuja existência meramente abstrata não produz os efeitos mínimos esperados. Assim, nunca se pode esquecer que quem governa, em um Estado Democrático e Constitucional de Direito, é a Constituição, cabendo aos poderes constituídos o dever de fidelidade as opções por ela trazidas; tais opções deverão ser utilizadas como limites entre excesso e insuficiência das ações legislativas, das opções administrativas pautadas na discricionariedade e da interpretação levada aos órgãos jurisdicionais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente pode-se concluir que os direitos fundamentais sociais são normas que impõem um atuar do Poder Público, no sentido de torná-los exercitáveis na prática. Assim, não somente os atos comissivos lesivos aos direitos sociais devem ser rechaçados do ordenamento, mas, sobretudo, é essencial para sua efetivação que as omissões sejam evitadas e, sempre que for razoável, corrigidas pelo Judiciário, concedendo ao administrado o direito faltante.

As normas de direitos sociais podem ser agrupadas em razão de sua densidade semântica: de um lado encontram-se normas cuja estrutura é suficientemente criada pela Constituição, que além de conceder o direito, expõem os meios segundo os quais o mesmo deve ser efetivado. Salienta-se que a dicotomia entre direitos de liberdade e direitos sociais, quando se está frente a este tipo de norma, é bastante minimizada. Assim, as inconstitucionalidades são mais facilmente verificáveis, pois, não existindo a estrutura ordenada pela constituição, haverá omissão e esta será ilegal, caracterizando afronta à Constituição.

Se na teoria jurídica os direitos sociais densamente previstos – saúde, previdência, educação, salário mínimo – são plenamente justiciáveis, caracterizando sempre um direito subjetivo do cidadão, exigir, inclusive frente ao Judiciário, o oferecimento das estruturas desenhadas pela Constituição, na prática enfrentam-se problemas de ordem material. Nem sempre haverá recursos suficientes para atender a todas as demandas; algumas vezes, a amplitude das consequências do reconhecimento judicial de um direito é tão grande que chega a impor o questionamento a respeito da legitimação do Judiciário para decidir sobre a

temática, bem como se os resultados trazidos não gerariam efeito contrário ao pretendido. É o que ocorre com o salário mínimo, por exemplo.

Defende-se, portanto, que, quando diante da omissão do Legislativo ou Executivo em criar as estruturas ordenadas pela Constituição relativas aos direitos sociais estruturados densamente, deverá o Judiciário, em regra, impor aos demais poderes a concessão dos meios necessários à fruição desse direito pelo cidadão. Todavia, por exceção, quando o choque com a competência originária do Legislador ocorrer em proporções realmente consideráveis (caso do salário mínimo), e, concomitantemente, deixar a Administração Pública plenamente demonstrada a inexistência de recursos aptos a garantir tal direito, levando-se em conta, inclusive, a existência de contingências, então a análise deverá ser pautada pela proporcionalidade e razoabilidade.

De outro giro, quando se está diante de previsões sociais feitas apenas de maneira genérica pela Constituição – casos da moradia, alimentação, lazer, entre outras normas específicas – a dificuldade advém, de início, do próprio grau de abstração da norma, que torna árdua a tarefa de identificar as omissões ocorridas. Uma vez que a Constituição não estabelece os meios nem o *quantum* da prestação a ser oferecida, como identificar quando nasce o direito de o cidadão exigir judicialmente do Estado algo relacionado a um direito previsto somente de forma abstrata?

A resposta é complexa e, na doutrina, muito controversa. Felizmente, novos estudos e teorias a esse respeito surgem a cada dia, podendo-se apontar no sentido do aumento gradativo das possibilidades de direitos dessa espécie serem considerados subjetivos, e, pela via Judicial, serem disponibilizados aos cidadãos. Atualmente, porém, considera-se que há direito subjetivo a um direito social previsto, apenas, de forma genérica pela Constituição, sempre que seu oferecimento for crucial à manutenção do mínimo existencial, ou seja, sempre que, sem a fruição do direito, o mínimo de existência digna puder ser afetado. Novamente, ocorre o problema de se identificar o que caracteriza o “mínimo existencial”. Para esta questão, a baliza deve ser a dignidade humana, devendo o Judiciário proceder de forma justificada e razoável, expondo os motivos de sua decisão.

A partir do ponto em que se identifica o risco ao mínimo existencial como justificador da atuação Judiciária, mesmo nos casos de norma social abstrata, ocorre uma ruptura na doutrina, que passa a dividir-se em dois grupos: os seguidores de

Robert Alexy, que defendem que para os direitos sociais genéricos serem feitos direitos subjetivos, além do risco ao mínimo existencial, são necessários o seu sopesamento com demais possíveis princípios colidentes, como a primazia da competência do Legislador e do Administrador e a reserva do possível. Sempre que o mínimo existencial adquirir mais peso no caso concreto, deverá o Judiciário impor aos demais poderes a concessão dos meios para fruição do direito omitido.

Por outro lado, a doutrina portuguesa, conforme observado por Queiroz, ressalta que o atentado ao mínimo existencial, por si só, é suficiente para justificar a imposição judiciária no sentido da concessão do direito, uma vez que assume a estrutura de direito de liberdade, não necessitando sopesá-lo com os demais princípios colidentes.

Filia-se ao entendimento de Queiroz, pois nunca se pode perder de vista que a dignidade humana é o fundamento maior do Estado, já que é o Estado que gira em torno do homem, e não o homem em torno do Estado. Assim, não se concebe a ideia de que o mínimo de existência digna do ser humano, um problema real, material e que perpassa o âmbito jurídico, possa ser comparado a princípios de ordem estrutural do Estado, e, em razão destes, possa ser posto de lado.

Entende-se que a realização da justiça social é lenta e gradual. Depende da situação econômica, da atuação dos agentes políticos e da força das instituições democráticas. É, portanto, mais um problema de ordem material que jurídico. Esperamos, todavia, que o Judiciário possa atuar como garantidor da dignidade humana quando falharem nessa missão o Legislador e o Administrador, a quem cabe, verdadeiramente, compor as políticas públicas que tornam viáveis a fruição dos direitos sociais.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARUFFI, Helder. **Direitos fundamentais sociais**: estudos em homenagem aos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e aos 20 anos da Constituição Federal. Dourados: UFGD, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 set. 2013.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Boletim Científico ESMPU, Brasília, n. 8, jul./set. 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionabilidade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- HOLMES, Stephen. SUSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. Nova Iorque: WW Norton & Company, 1999.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**: proclamada em 10 dez. 1948. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2013.
- PANSIERI, Flávio. **Eficácia e vinculação dos direitos sociais**: reflexões a partir do direito à moradia. São Paulo: Saraiva, 2012.
- QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**: questões, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 1, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos sociais como direitos fundamentais**: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Biblioteca do Supremo Tribunal Federal, 2009.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.