

FUNDAMENTOS E CONTRAFUNDAMENTOS À JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

*BASICS AND FUNDAMENTALS COUNTER TO THE JUSTICIABILITY OF
SOCIAL RIGHTS*

*FUNDAMENTOS Y CONTRA FUNDAMENTOS SOBRE LA
JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES*

Lisianne Sabedra Ceolin¹

Hector Cury Soares²

-
- 1 Doutora em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica – Rio Grande do Sul (PUC/RS). Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Professora Adjunta da Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA), campus São Borja. Contato: lisianne.sabedra@gmail.com.
 - 2 Doutor em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), tendo realizado doutoramento sanduíche na Universidade de Coimbra (Portugal). Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Coordenador do Grupo de Pesquisa "Direito, Estado e Movimentos Sociais". Professor Adjunto da Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA), campus Santana do Livramento. Contato: hectorcury@gmail.com

Resumo: O artigo centra-se na abordagem dos direitos sociais prestacionais, com enfoque nos principais obstáculos impostos à sua justiciabilidade. Examina classificações doutrinárias e tipologias sobre suas formas de proteção. A partir da análise das teorias propostas, traça cotejo com o modo de positivação de tais direitos no sistema constitucional brasileiro, conferindo destaque à consideração das circunstâncias (contexto socioeconômico) diante dos casos concretos em que aplicável a técnica da ponderação.

Palavras-chave: Direitos sociais. Justiciabilidade. Ponderação. Discricionariedade. Contexto socioeconômico brasileiro.

Abstract: The article is centered on the approach to political social rights, focusing on the main obstacles imposed to its judicial application. It examines doctrinal classifications and typologies regarding their forms of protection. Based on the analysis of the proposed theories, it outlines collation with the way in which these rights are transformed into positive law in the Brazilian constitutional system, highlighting the consideration of the circumstances (social-economic context) before the concrete cases in which the technique of thought applies.

Keywords: Social rights. Justiciability. Thought. Discretion. Brazilian social-economic context.

Resumen: El artículo se centra en el abordaje de los derechos sociales prestacionales, con enfoque en los principales obstáculos impuestos a su justiciabilidad. Examina clasificaciones doctrinarias y tipologías sobre sus formas de protección. A partir del análisis de las teorías propuestas, esboza una comparación con el modo de positividad de tales derechos en el sistema constitucional brasileño, dándole destaque a la consideración de las circunstancias (contexto socioeconómico) frente a los casos concretos en los que se puede aplicar la técnica de la ponderación.

Palabras clave: Derechos sociales. Justiciabilidad. Ponderación. Discrecionalidad. Contexto socioeconómico brasileño.

INTRODUÇÃO

A aplicação judicial dos direitos fundamentais sociais é tema que suscita abordagens teóricas distintas, seja no cenário pátrio, seja na doutrina e jurisprudência internacionais. Inexiste consenso sequer sobre a consideração de tais mandamentos como direitos subjetivos.

A justiciabilidade dos direitos sociais, mormente, dos direitos sociais a prestações em sentido estrito, que exigem a promoção/ação do Estado (positiva) para a sua efetivação, apresenta posições e argumentos diversificados que vão desde a justiciabilidade plena - e, portanto, a efetivação pelo Poder Judiciário - até a inadmissibilidade.

Fato é que, de um lado, para além da teoria geral dos direitos fundamentais e seus conflitos doutrinários, o Brasil possui pesadíssima herança histórica de desigualdade econômica e exclusão social. Por vezes, os direitos sociais prestacionais não respondem às necessidades dos indivíduos ou as atendem de forma ineficiente ou mesmo constituem-se em casos de omissão. Para que haja a concretização desses direitos, tem-se exigido um Poder Judiciário mais responsivo às demandas sociais³, tornando-se o bastião da defesa dos direitos prestacionais⁴.

De outro lado, o Legislador Constituinte brasileiro optou pela inserção dos direitos sociais no corpo da CF/88, destinando-lhes o regime jurídico da aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º). Assim, direciona aos poderes públicos a criação de condições de vida digna, sendo assegurada, com base no direito positivo, a justiciabilidade dos direitos sociais em caso de não cumprimento dessa cláusula, premissa que doutrinariamente nem sempre é confirmada.

Frente a este cenário, utiliza-se de revisão bibliográfica e de análise de jurisprudência do STF e STJ para elaborar os fundamentos da justiciabilidade dos direitos sociais (prestacionais) no Brasil e também seus contrafundamentos. Assim,

3 CAMPANTE, Rubens Goyatá. Direitos Sociais e Justiça. In: AVRITZER, Leonardo (Orgs.). **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 379

4 MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford, 2013 (versão em kindle). pos. 123. O livro, por ser na versão *e-book (kindle)* e ter prevista para 2014 o lançamento da versão impressa não conta com numeração de página.

a sua estrutura de trabalho está direcionada para, inicialmente, expor proposta de classificação de tais direitos, em que incluída a posição que refuta sua justiciabilidade, bem como apresentar indicativos sobre suas formas de tutela jurisdicional em sistemas em que permitida a sindicabilidade por meio do Poder Judiciário.

Traçada tal exposição, são examinados os principais obstáculos dirigidos à aplicação judicial dos direitos sociais, com a indicação de argumentos hábeis a afastá-los ou, em algumas hipóteses, minimizá-los. Em tal verificação, ganham destaque as questões da indeterminabilidade do conteúdo de tais direitos, a alegada afronta ao princípio da separação dos poderes e a reserva do possível.

Uma vez analisados tais argumentos, o escrito busca conectar o referencial teórico construído com a técnica da ponderação, conferindo especial relevo à consideração das circunstâncias do caso concreto nas hipóteses em que direitos sociais entram em colisão com outros interesses constitucionalmente protegidos.

FUNDAMENTOS DA JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Distantes da vida cotidiana e próximas do poder do Estado, com rasgos de elitismo, as Cartas Políticas, no interior do liberalismo, de imediato pouco fizeram frente às explorações e às angústias sociais. **Qual trabalhador ousaria, então, invocá-las como instrumento de transformação e de dignidade? Quem, em um leito de hospital ou em busca dele, pensaria encontrar na constituição seu direito? Como pensar a normatização constitucional da assistência?**⁵ (grifo nosso)

Os questionamentos formulados por Cláudia Maria Gonçalves retratam concepção que reinou absoluta durante largo espaço de tempo com relação aos direitos sociais, e cujos resquícios ainda marcam sua interpretação. Como destacam Victor Abramovich e Christian Courtis, tal visão provém da clássica posição de um Estado mínimo, que possuía como dever apenas prover defesa, justiça e segurança, de modo que, mesmo que uma constituição fizesse menção

5 GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais:** releitura de uma constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2006. p. 44-5.

a direitos como à saúde, à educação ou ao trabalho, “estas expresiones no deben tomarse literalmente, pero sólo en sentido figurativo o metafórico”.⁶

Na atualidade, a maior parte das constituições, de que é exemplo a brasileira, estabelece direitos de conotação social; a inscrição nos *catálogos*, todavia, não constitui garantia de sua eficácia e efetividade. Dentre os principais obstáculos para a concretização de tais direitos, encontra-se a possibilidade de justiciabilidade, ainda refutada ou restringida em alguns sistemas.

Partindo de tal cenário, e de modo a esclarecer os porquês das barreiras impostas à exigência judicial, passa-se a enfrentar aspectos doutrinários, legais e jurisprudenciais atinentes à temática.

FUNDAMENTO N. 1: O REGIME DE APLICABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NA CF/88

Uma das heranças do constitucionalismo contemporâneo é, indubitavelmente, o reconhecimento da força normativa dos direitos fundamentais sociais. No Brasil, esse movimento acadêmico conseguiu realizar um registro que modificou os parâmetros em relação à interpretação/aplicação dos direitos sociais, superando algumas das interpretações errôneas que conduziam vislumbrar a Constituição “como uma mistificação ideológica”⁷.

Sob esta ótica, entende-se que a CF/88 assegurou a aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais de direitos fundamentais na extensão máxima de sua densidade normativa, garantindo o verdadeiro alcance de situações jurídicas instituídas pela CF/88, que geram pretensões dedutíveis frente ao Poder Judiciário – como órgão apto a promover a realização concreta dos direitos fundamentais sociais⁸.

6 “[...] essas expressões não devem ser interpretadas literalmente, mas somente em sentido figurativo ou metafórico” (tradução nossa) ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2004. p. 23.

7 BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso: 08.11.08.

8 Dentro desta perspectiva na doutrina constitucional brasileira há o interessante – e clássico – estudo do Prof. Dr. Luis Roberto Barroso. BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição**

Assim sendo, afirma-se que as disposições constitucionais são dotadas de força normativa e aptas, portanto, à produção de efeitos concretos sem a necessidade de regramento ulterior⁹. A plausibilidade dessa afirmação é sustentada na CF/88, em seu art. 5º, §1º: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”¹⁰.

Nesse sentido, o Legislador Constituinte incorporou ao texto da CF/88 uma regra dispondo acerca da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais; neste caso, afirmando tal aplicabilidade. Este dispositivo constitucional não é inédito em Constituições. A portuguesa, por exemplo, em seu art. 18, item 1, dispõe: “1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”¹¹. Ou mesmo a Lei Fundamental da República Democrática da Alemanha, no art. 1º, item 3, dita que “Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht”¹². Salienta-se, contudo, que, em relação ao exemplo da Constituição da República Portuguesa, são excluídos desse regime os direitos fundamentais sociais¹³.

Por sua vez, a nossa Constituição não estabeleceu a distinção entre os direitos de liberdade e os direitos sociais. Encontram-se, portanto, todas as categorias de

brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 143.

9 Idem, p. 144.

10 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 02.12.13.

11 PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa.** Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso: 04.12.13.

12 “Os Direitos Fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário”. A tradução é disponibilizada no sítio da Embaixada Alemã no Brasil. ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.** Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf> e em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/2677068/Daten/750845/ConstituicaoAlemao_PDF.pdf> Acesso: 04.12.13.

13 Assertiva que é confirmada pela doutrina constitucional portuguesa: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever a Constituição Dirigente ou romper com a Constituição Dirigente? Em defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional.** Coimbra: Almedina, 2012. p. 131. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, op. cit., 2012, p. 359. Na doutrina nacional: SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2010, p. 262. O mesmo acontece em relação à Constituição espanhola: PISARELLO, Gerardo. **La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español.** Disponível em: <http://www.idhc.org/cat/documents/CursDH_2011/09_PISARELLO_Gerardo_01.pdf>. Acesso: 06.12.13.

direitos fundamentais sujeitas ao mesmo regime jurídico (aplicabilidade imediata). Além disso, a previsão do art. 5º, §1º da CF/88, tem o condão, no mínimo, de evitar o esvaziamento dos direitos fundamentais.

O Poder Público deve superar obstáculos para atuar em prol da realização das normas de direitos fundamentais. Para tanto, organiza serviços públicos, edita leis, realizando ações necessárias à sua efetivação dos direitos fundamentais¹⁴. Dito de outra forma, impõe-se aos órgãos estatais a tarefa de criar condições materiais e maximizar a eficácia dos direitos fundamentais sociais¹⁵, muito embora ainda sejam apresentadas concepções como a da “situação topográfica” do art. 5º, §1º, que sugeriria a incidência do regime da aplicabilidade imediata apenas aos direitos individuais¹⁶.

Apesar da positivação do regime jurídico aplicável aos direitos fundamentais, doutrinariamente, ainda são apresentados argumentos para refutar a aplicabilidade, considerando-os meta política e, de forma alguma, um direito justiciável¹⁷. Estas teses passam a ser atacadas, sobretudo, pelos países que incorporam os direitos sociais às suas Constituições¹⁸.

14 LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Os desafios da proteção jurisdicional dos direitos sociais, econômicos e culturais. **Estudos Jurídicos**. V. 32, n.º 86, set./dez., 1999. p. 15-16.

15 KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 38.

16 Argumento exposto por Ramon Botelho. BOTELHO, Ramon Fagundes. **A Judicialização do Direito à Saúde**: a tensão entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível” na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana. Curitiba: Juruá, 2011. p. 94.

17 BÖCKENFÖRDE, Ernst. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos, 1993. p. 114-116.

18 MELLO, Cláudio Ari. Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo. In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). **O Desafio dos Direitos Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 120. No Brasil o ataque a essas teses é realizado, inicialmente, pelo Prof. José Afonso da Silva, em sua Aplicabilidade das Normas Constitucionais, tese apresentada para o provimento da cátedra de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no ano de 1969. O autor dá um grande passo em prol da efetividade dos direitos sociais, ao defender a normatividade dos direitos sociais (defesa da eficácia das normas programáticas). José Afonso da Silva concluirá que os direitos fundamentais sociais se beneficiam de uma eficácia jurídica limitada, estabelecendo efeitos políticos e morais (deveres ao legislador), o que se tornou objeto de crítica na doutrina constitucional brasileira, acentuando-se após a CF/88. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 151-152. Importante chamarmos atenção para as críticas/ contribuições após a tese do Prof. Dr. José Afonso da Silva, algumas delas respondidas pelo autor, na edição de 2008 de seu livro, em apêndice: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos**

Acredita-se que, atualmente, tornam-se insustentáveis as teses que relativizam a aplicabilidade imediata dos direitos sociais diante do texto constitucional, da doutrina e, inclusive, com base em decisões do Supremo Tribunal Federal (STF)¹⁹. O principal argumento contrário à aplicabilidade imediata é a diferenciação entre os direitos de defesa e os direitos sociais prestacionais (em sentido estrito)²⁰, sendo que os últimos demandariam concretização legislativa²¹ e dependeriam das circunstâncias socioeconômicas para sua aplicabilidade²².

Fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. Além disso, há outras obras (artigos e livros) que representaram a discussão da tese de José Afonso da Silva, entre eles: RUSSOMANO, Rosah. Das normas constitucionais pragmáticas. In: BONAVIDES, Paulo. **As tendências atuais do direito público (homenagem ao Prof. Afonso Arinos)**. Rio de Janeiro: Forense, 1976. JUSTEN FILHO, Marçal. Eficácia das normas constitucionais (relendo José Afonso da Silva). **Revista do IAP**. n.º 5, 1981. BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres de. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre a justiça social. **IX Conferência Nacional da OAB**. Florianópolis, 1982. ATALIBA, Geraldo. Eficácia das normas constitucionais e leis complementares. **Revista de Direito Público**. n.º 13, 1968. DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989. PIOVESAN, Flávia. Constituição e transformação social: a eficácia das normas fundamentais. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**. n.º 37, 1992. Ainda convém informar que o Prof. Dr. José Afonso da Silva reconhece que, embora não houvesse sistematização do tema no Brasil, não era novo, isso porque a jurisprudência e a doutrina norte-americanas trataram sob o conceito de *self-executing provisions* e *not self-executing provisions* e de *mandatory provisions* e *directory provisions* (p. 15-16). No Brasil as teses norte-americanas foram retratadas por Ruy Barbosa e Pontes de Miranda. BARBOSA, Ruy. **Obras Completas**. Vol. XLII, Tomo I, 1915 Disponível em: <<http://docvirt.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=ObrasCompletasRuiBarbosa&PagFis=25678&Pesq=self%20executing>> Acesso: 05.12.13. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Borsó, 1960.

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271286/RS**. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 24.11.2000. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 232335/RS**. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 25.8.2000. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45/ DF**. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000072044&base=baseMonocraticas>> Acesso: 06.12.13.

20 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 183. A distinção entre direitos de defesa e direitos sociais é questionada pelos Profs. Victor Abramovich e Christian Curtis. Consideram que argumentos tendentes a essa diferenciação não resistem como ausência ou presença da exigibilidade social ou argumentos relativos à aplicabilidade. ABRAMOVICH, Victor; CURTIS, Christian, op. cit., p. 47.

21 Tornam-se, portanto, objeto de determinação política. Ibidem, p. 380-381.

22 BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. **Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**. Ano 1, n.º 1, jul./dez., 2008. p. 138.

FUNDAMENTO N. 2: DO TEXTO À NORMA (ENTRE MANDATOS DEFINITIVOS E *PRIMA FACIE*)²³

De maneira geral, a CF/88 não estabelece um comando normativo preciso no tocante aos direitos sociais, que os define materialmente e temporalmente. Ao se examinar, por exemplo, o texto constitucional em relação ao direito prestacional à saúde (art. 6º e arts. 196-200), é tarefa hercúlea se definir imediatamente o seu conteúdo; seria necessário se estabelecer legislativamente seu conteúdo.

Nesse sentido, é preciso que se aplique a lição de Alexy ao estabelecer a distinção entre regras e princípios como chave aos problemas da dogmática dos direitos fundamentais²⁴. Há uma diferença entre o caráter *prima facie* das regras e dos princípios²⁵. Os princípios ordenam a realização de algo na maior medida, levando em consideração as possibilidades jurídicas e fáticas. Dessa maneira, não contêm *mandatos definitivos*, mas *prima facie*.

As regras, por sua vez, exigem a realização do que é ordenado, contendo a determinação no bojo das possibilidades jurídicas e fáticas. Assim, o que a regra estabelece tem validade definitiva. No entanto, é possível introduzir nas regras uma cláusula de exceção²⁶, adquirindo o caráter *prima facie*²⁷ – que não se confunde com o dos princípios. A verificação da aplicação dos princípios está relacionada com a dimensão *peso deles*²⁸.

23 Uma vez que “[a]s *normas*, portanto, resultam da interpretação. E o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, *conjunto de normas*. O conjunto das *disposições (textos, enunciados)* é apenas *ordenamento em potência*, um *conjunto de possibilidades de interpretação*, um *conjunto de normas potenciais*. O *significado* (isto é, a *norma*) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: *o significado da norma é produzido pelo intérprete*” (grifos do autor). GRAU, Eros Roberto. **Ensaio sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 85. No mesmo sentido: ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 33-34. GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e Argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011. p. 8-9. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 43-44.

24 ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian, op. cit., p. 63.

25 Ibidem, p. 79.

26 ALEXY, Robert, **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 80.

27 ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 81.

28 Ibidem, p. 81.

Considera-se, com base na crítica de Humberto Ávila em relação ao modo de aplicação dos princípios e regras, que mesmo as regras admitem a consideração de aspectos concretos e individuais. É possível a exclusão da aplicação de uma regra com base em exceções não previstas pelo legislador. Para tanto, é preciso um forte apelo justificativo: “no caso das regras, a consideração a aspectos concretos e individuais só pode ser feita com uma fundamentação capaz de ultrapassar a *trincheira* decorrente da concepção de que as regras devem ser obedecidas.”²⁹

29 Em relação à insuficiência da distinção de Alexy, é importante ter conhecimento da crítica de Humberto Ávila. Segundo Ávila, “tanto os princípios como as regras podem envolver a consideração a aspectos específicos, abstratamente desconsiderados” (p. 51). É preciso ressaltar princípios e regras admitem a consideração de aspectos concretos e individuais (p. 53), “Os princípios poderiam ser enquadrados na qualidade de normas que geram para a argumentação, razões substanciais (*substantive reasons*) ou razões finalísticas (*goal reasons*).” (p. 53). (grifo no original) ÁVILA, Humberto, op. cit., 2012, p. 53-54. Em relação a diferença entre princípios e normas é preciso dizer que Para Humberto Ávila, uma das razões para o descordo na definição dos princípios advém da manipulação de espécies normativas diferentes como se merecessem igual tratamento. Conforme o autor, tal de dá por dois aspectos principais [...] não apenas porque várias categorias, a rigor diferentes, são utilizadas como sinônimas – como é o caso da referência indiscriminada a *princípios*, aqui e acolá baralhados com *regras, axiomas, postulados, idéias, medidas, máximas e critérios*, senão também porque vários postulados [...] são manipulados como se exigissem do intérprete o mesmo exame. Exposta a carência sobre uma razoável compreensão acerca do que seja um princípio, cumpre buscar uma aproximação do conceito. Quando perseguida tal resposta, observa-se que a distinção entre princípios e regras serve como marco inicial da investigação. A esse respeito, Guastini refere que várias são as formas utilizadas para proceder a diferenciação, sendo possível destacar as seguintes teses: as disposições que expressam princípios são construídas com linguagem vaga e indeterminada, em grau extremo; os princípios, em termos de estrutura lógica, não podem ser reduzidos à forma das normas, nas quais uma consequência normativa está vinculada a um fato condicionante; os princípios são determinados conforme a posição que figuram no ordenamento, como fundamento de outras normas ou como identidade material do sistema. Para o autor, todas estas teses são falhas, eis que não consideram a variedade tipológica dos princípios. Além disso, vagueza e indeterminação não são exclusivas dos princípios; “*al contrario, se puede sostener que la vaguedad es un elemento común a todo enunciado prescriptivo, ya sea una norma o un principio*”. Frente às divergências mencionadas, tem-se que a compreensão do termo princípio deve passar, necessariamente, por visualização mais ampla, qual seja, a do próprio sistema jurídico. Para tanto, adota-se a definição construída por Juarez Freitas [...] uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição. Do conceito referido extrai-se, pois, a composição do sistema jurídico por meio de valores, princípios e regras. Uma vez aceita tal estrutura, vale referir, mesmo que de modo superficial, o papel das regras e dos valores para, posteriormente, retornar ao exame dos princípios de modo mais detido, ainda que não conclusivo, dados os limites deste escrito. No que se refere às regras, a característica que se destaca é a sua presença no direito positivo como imposições *condicionais* de um dever-ser ou, nas palavras de Guastini, frente a ela “*queda excluído que si se produce el hecho condicionante no se produzca la consecuencia jurídica prevista*”. No tocante aos valores, a posição sustentada por Ricardo Aronne caminha no sentido de que os mesmos “antecedem o conteúdo normativo principiológico

Em relação aos direitos sociais, o Legislador Constituinte normatizou as bases para a sua concretização, como no exemplo relatado do direito prestacional à saúde (arts. 196 a 200 da CF/88). Contudo, a norma constitucional não apresenta um comando normativo preciso³⁰, de execução material e temporal determinada; assim, o Poder Judiciário realiza uma ponderação do caso concreto, orientada tanto quanto possível por decisões prévias do legislador ordinário³¹.

O campo dos direitos sociais da CF/88 não fornece um direito absoluto às prestações estatais, mas um direito *prima facie*. Conforme for o grau de densidade estabelecido na CF/88, gera-se um maior grau de vinculação, principalmente, quanto a como deve ser realizado. Contudo, sem estabelecer o *quê* materialmente será prestado. Tal materialização depende das condições fáticas (recursos financeiros) e jurídicas (colisão com outras normas). Inexiste na CF/88 um direito subjetivo incondicionado, garantido a qualquer custo.

O que ocorre em relação aos direitos sociais e à possibilidade de sua exigência social é: o direito subjetivo definitivo vinculante a um mínimo vital em termos de

ou regravativo trazendo o ideário axiológico do sistema, de modo vinculante". A doutrina aponta para a relação existente entre os valores e os princípios. Para Alexy, ambos possuem estreita vinculação. A diferença central seria a seguinte: o que no modelo de valores é *prima facie* o melhor, no modelo dos princípios é *definitivamente* o devido. Em semelhante trilha, Freitas aduz que o traço distintivo reside na constatação de que os princípios, "conquanto encarnações de valores e 'justificadores' do sistema, têm a forma mais concentrada de diretrizes, que falta àqueles, ao menos em grau ou intensidade". Especificamente quanto aos princípios, é possível destacar, na esteira de Guastini, alguns pontos que colaboram para sua conceituação. O autor entende que 1) os princípios possuem o caráter de *reconhecimento de valores* que se tornam indiscutíveis; 2) que não indicam um comportamento preciso, mas a *obtenção de um fim*; 3) que muitos princípios são metanormas, no sentido de que dispõem sobre a aplicação do Direito; 4) que os princípios admitem exceções, vez que, mesmo ocorrido o fato condicionante, tal não significa que se produza a consequência jurídica prevista; 5) que a questão de determinar se uma norma se trata de um princípio é sempre *opinável*, dadas as diferentes valorações do legislador, da jurisprudência e da doutrina. Já para Claus-Wilhelm Canaris, as características dos princípios seriam as de que os mesmos não apresentam validade sem exceção, podendo entrar em oposição entre si; que não ostentam a pretensão de exclusividade; que apenas adquirem seu sentido próprio através de uma combinação e restrição recíprocas; que precisam, para a sua realização, de concretização por meio de sub-princípios e valores, com conteúdo material próprio. Diante de tais considerações, é possível perceber que o sistema jurídico não possui uma espécie única de princípio, mas várias, as quais podem ser identificadas por meio de critérios de conteúdo, alcance, posição no ordenamento, direcionamento a determinados ramos e densidade. A esse respeito, pode-se referir a classificação apresentada por Aronne. Conforme o autor, na tipologia dos princípios, podem ser identificados o estruturante, os fundamentais, os gerais, os especiais e os especialíssimos.

30 ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian, op. cit., p. 122.

31 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**: teoria jurídica dos Direitos Sociais. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 270-271.

prestações³² e o direito subjetivo *prima facie* vinculante, para as prestações para além do mínimo vital³³. Nesta última circunstância, a densidade das prestações pelo legislador ordinário gera maior vinculação, pois a ele compete ponderar as condições fáticas e jurídicas.

CONTRAFUNDAMENTOS À JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

CONTRAFUNDAMENTO N. 1: DIREITOS SOCIAIS NÃO JUSTICIÁVEIS

Esta forma de positivação inscreve direitos sociais no corpo constitucional, mas os afasta da aplicação judicial, razão pela qual também restam denominados como *meramente declaratórios*. Nas palavras de Tushnet, em relação a eles, “os tribunais estão aptos a declarar violados pela política governamental, em emitir ordens aplicáveis”.³⁴

O autor fornece como exemplo a Constituição da Irlanda, que contém uma disposição complexa acerca do direito à educação, prevista nos seguintes termos:

Em casos excepcionais, onde os pais por razões físicas ou morais fracassam no seu dever para com suas crianças, o Estado, como guardião do bem comum, por meios apropriados deve empenhar-se para prover o lugar dos pais, mas sempre com a devida atenção pelos naturais e imprescritíveis direitos da criança.

Com base em tal dispositivo, crianças com retardo mental e distúrbios psicológicos alegaram, por meio de seus representantes legais, que o governo havia fracassado em lhes fornecer educação adequada. Em primeiro momento,

32 Nessa linha argumentativa, relembremos Gomes Canotilho que advoga pela inexistência de grau zero de vinculatividade dos direitos sociais, em que pese os problemas de financiamento do Estado que possam advir. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 109.

33 ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 445.

34 TUSHNET, Mark. Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review. Heionline 82, tx., L., Rev 2003-2004, p. 1901, tradução nossa.

os tribunais inferiores suspenderam o litígio, dando espaço para que fossem adotadas novas iniciativas de educação, o que não restou concretizado pelo governo. Diante desta, as cortes emitiram ordens para que a administração cumprisse com o que havia se comprometido; tais ordens, todavia, acabaram sendo rechaçadas pela Corte da Irlanda:

A Suprema Corte de Ireland finalmente rejeitou o argumento de que as falhas do governo violaram o direito constitucional das crianças à educação. Num julgamento feito pela maioria dos juízes da Corte, o Chefe de Justiça Keane considerou as injunções não permitidas porque elas violaram o princípio da separação dos poderes. Ele concordou que os tribunais poderiam emitir declarações de que o Parlamento e o executivo tinham falhado para cumprir seus deveres constitucionais. Aquilo, entretanto, era até onde as cortes poderiam ir. Elas deveriam esperar pelos funcionários para cumprir com os deveres [...].³⁵

Como é possível observar, direitos assim classificados não carregam força alguma, figurando, tão somente, como fins a serem atingidos, o que, na prática, representa um vazio. Neste particular, registra-se, desde já, que tal posição não se coaduna com o sistema constitucional brasileiro, no qual “todo e qualquer preceito da Constituição (mesmo sendo de cunho programático) é dotado de certo grau de eficácia jurídica e aplicabilidade”.³⁶

CONTRAFUNDAMENTO N. 2: O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A questão ligada à proteção dos direitos fundamentais sociais pelos Tribunais é uma das mais debatidas em relação ao princípio da separação dos poderes. Talvez este aspecto, da perspectiva da separação dos poderes, seja o mais questionável também³⁷. A dificuldade e, portanto, objetivo, é perceber até que ponto a imposição judicial do direito prestacional à saúde não viola uma competência ou do Poder Legislativo ou do Poder Executivo. Nessa dificuldade reside a ambiguidade³⁸ do

35 TUSHNET, Mark, op. cit., p. 1900, tradução nossa.

36 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 268.

37 MÖLLERS, Cristoph. **The Three Branches: a comparative model of separation of powers**. Oxford: Oxford, 2013. p. 134.

38 VILE, Maurice J. C. **Constitutionalism and Separation of Powers**. Indianapolis: Liberty

que doutrina e jurisprudência apresentam acerca do tema.

Importante se salientar que o princípio da separação dos poderes é um princípio aberto à historicidade. A sua compreensão está ligada a cada ordenamento jurídico-constitucional; não se trata de dogma de validade jusnaturalista-intemporal³⁹. As doutrinas da divisão de poderes ligadas a autores como Locke e Montesquieu ou, mesmo, do Federalista, têm pouco em comum com as dogmatizações posteriores⁴⁰; neste sentido, “o princípio da divisão dos poderes deixa-se hoje separar da ordem estatal histórico-concreta e de seus pressupostos. Ele ganha configuração na Constituição [...]”⁴¹.

O princípio da separação dos poderes vem a ser uma garantia de liberdade individual precisamente porque a concentração tornaria impossível a materialização de tal direito. Isso assegura ao indivíduo a manutenção de sua autodeterminação⁴² por meio da previsibilidade dos atos dos Poderes Públicos. A divisão de competências entre funções/poderes estatais assegura os direitos de liberdade⁴³, independentemente do contexto histórico⁴⁴. Esta é, indubitavelmente, uma interpretação constitucionalmente adequada⁴⁵ e se constitui como uma garantia contra a concentração de poderes, de modo a assegurar a liberdade dos indivíduos⁴⁶.

Fund, 1998. p. 2.

39 HESSE, Konrad, op. cit., p. 368.

40 Ibidem, p. 368.

41 Ibidem, p. 368.

42 MÖLLERS, Christoph, op. cit., p. 51.

43 PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 43. VILE, Maurice J.C., op. cit., p. 10. MÖLLERS, Christoph, op. cit., p.22.

44 Para a compreensão do papel da doutrina da separação dos poderes na história e na teoria política: ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo** civil. Rio de Janeiro: Vozes, 2006. MONTESSQUIEU, Charles de. **L'esprit des lois**. Paris: Garnier-Flamarion, 1979. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. New York: Signet Classic, 1999. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du Contract Social**. Paris: Gallimard, s/d. TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Livro I (leis e costumes), São Paulo: Martins Fontes, 2005. VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. **A separação dos poderes na Constituição Americana**: do veto legislativo ao executivo unitário – a crise regulatória. *Studia Iuridica* n.º 4, Coimbra: Coimbra, 1994. KADRI, Omar Francisco do Seixo. **O Executivo Legislador**: o caso brasileiro. *Studia Iuridica*, Coimbra: Coimbra, 2004.

45 Em que pese corresponda uma leitura liberal do princípio da separação dos poderes, conforme Bonavides: “[n]a doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade”. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 40.

46 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 40.

Para a operacionalização do direito à saúde (prestações), é adotada uma série de medidas pelos Poderes Legislativo e Executivo. A intervenção do Poder Judiciário gera uma limitação na margem de atuação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo⁴⁷. Os Poderes Executivo e Legislativo contam com uma legitimidade de origem de que o Poder Judiciário não goza⁴⁸. Entretanto, os juízes não substituem a vontade democrática dos poderes políticos, mas examinam a idoneidade das medidas adotadas pelo Estado e seu cumprimento⁴⁹.

A violação do princípio da separação dos poderes em função da intervenção do Judiciário coloca-se em questão, pois os Poderes Executivo e Legislativo definem as prestações em termos de direito à saúde. Para que isto ocorra, é necessário que os citados Poderes transformem o direito social em realidade social e, portanto, façam o cotejo com a realidade financeira do Estado. Em tese, para este último exercício, o Poder Judiciário não teria capacidade de lidar.⁵⁰

A presença dos direitos sociais na CF/88 e sua aplicabilidade imediata refletem na expansão da atividade jurisdicional. A existência de uma Jurisdição Constitucional é representativa para assegurar os direitos sociais, como o direito prestacional à saúde. Afinal, o dever de efetivação dos direitos fundamentais tem, nos três Poderes, seu destinatário, embora se apregoe a cautela no reexame dessas questões pelo Poder Judiciário.⁵¹

Diante desse quadro, é possível notar uma dupla funcionalidade do princípio da separação dos poderes na CF/88: limitar as possibilidades de exercício arbitrário do poder (liberdades individuais) e garantir a maior eficiência na atuação do Estado⁵². Desse modo, o Poder Judiciário pode intervir nos direitos sociais, no

47 ABRAMOVICH, Victor. La articulación de las acciones legales y políticas en la demanda de derechos sociales. In: YAMIN, Alicia Ely, op. cit., 2006, p. 150.

48 PISARELLO, Gerardo. **La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español**. Disponível em: http://www.idhc.org/cat/documents/CursDH_2011/09_PISARELLO_Gerardo_01.pdf. Acesso: 06.12.13.

49 ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian, op. cit., p. 126. CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Irresponsáveis?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989. p. 22.

50 ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. **Harvard Law Review**. Vol. 113, n.º 3, jan, 2000. p. 721.

51 BOTELHO, Ramon Fagundes, op. cit., p. 130-131.

52 NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2011. p. 34.

papel de fiscalizador da Constituição⁵³, assegurando nem tanto a excepcionalidade da intervenção, porém uma intervenção com critérios determinados para sua atuação.

Como se pode perceber, o papel do Poder Judiciário, ao confrontar-se com uma demanda em relação ao direito prestacional à saúde, nas palavras de Avelãs Nunes, em dissertação acerca do tema, é “assegurar que o estado (*sic*) actua (*sic*) em conformidade com os procedimentos exigidos, com os princípios e com os objetivos consagrados no programa político da CRP [Constituição da República Portuguesa]”⁵⁴. Em suma, garantir que os Poderes do Estado respeitem a normatização constitucional no processo que dará azo à formação da vontade política e das decisões políticas⁵⁵ – o que reforça a perspectiva da excepcionalidade⁵⁶ da intervenção do Poder Judiciário.

Ao se analisar algumas decisões do STF, encontra-se o entendimento expresso nos acórdãos de que o controle das políticas públicas de direitos prestacionais sociais é um controle excepcional, tendo em vista que, se assim não o fosse, violaria o princípio da separação dos poderes. Conforme aparece textualmente em alguns julgados:

O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes⁵⁷.

53 BOTELHO, Ramon Fagundes, op. cit., p. 134.

54 NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 12.

55 Ibidem, p. 12-13. ABRAMOVICH, Victor. La articulación de las acciones legales y políticas en la demanda de derechos sociales. In: YAMIN, Alicia Ely **Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina: del invento a la herramienta**. México: Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, 2006. p. 151. YAMIN, Alicia Ely; PARRA-VERA, Oscar. **How do courts set health policy? The case of the Colombian Constitutional Court**. Disponível em: <http://www.plosmedicine.org/article/info%3Adoi%2F10.1371%2Fjournal.pmed.1000032>. Acesso: 01.12.13.

56 Numa crítica ao tratamento não excepcional ao controle judicial das políticas públicas, Reis Novais apresenta lição, a qual se endossa e é fulcral ao dizer que as estratégias maximalistas dos direitos sociais e, aqui se adicione, ao recepcionar a justiça individual, geram uma grande massa de excluídos em nome dos quais se pretendia promover a justiça geral por meio das políticas públicas sociais. Não é grande a massa que recorre aos tribunais e, de tal arte, “não pode fazer um ‘uso alternativo do Direito’ porque nem sequer tem condições subjectivas e objetivas para tanto”. Afirma o autor ao chamar atenção para experiência sul-africana de judicialização das políticas públicas. NOVAIS, Jorge Reis, op. cit., 2010, p. 27.

57 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 809.018**. Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 10.10.2012. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agra-**

Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, na esteira dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, assumem dois compromissos: o primeiro, de permitir a participação direta da sociedade no exercício do poder político; o segundo, e mais importante, a fim de averiguar os reflexos ao princípio da separação dos poderes, é aqui e assegurar o progresso social⁵⁸ e uma existência digna, em vista da promoção dos direitos fundamentais sociais. Assim, o princípio da separação dos poderes, que surge como conformador e limitador recíproco dos poderes estatais em face do arbítrio, ganha o sentido de exigir-se dos três Poderes não somente a fiscalização recíproca e a vedação do arbítrio, mas a efetividade de tais direitos.

CONTRAFUNDAMENTO N. 3: A RESERVA DO POSSÍVEL

A reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) confronta as duas dimensões do direito prestacional à saúde: a coletiva (corporificada nas políticas públicas) e a individual (direito subjetivo), apontando no sentido de que a prestação estatal deve corresponder ao que proporcionalmente se pode exigir em sociedade, ainda que o Estado possua recursos que não sejam escassos⁵⁹. Segundo ela, impedem-se exigências acima de um limite básico social⁶⁰.

Isso não significa a denegação a toda e qualquer demanda, de maneira categórica, que disponha acerca de medidas em termos de políticas públicas de saúde que exigem despesas não previstas na Lei Orçamentária Anual (LOA),

vo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 634.643. Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 26.06.2012. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 417.408.** Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 20.03.2012. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 593.676.** Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 28.02.2012. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 635.619.** Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 06.12.2011. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 750.768.** Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 25.10.2011.

58 GARCIA, Emerson. O princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos Direitos Sociais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.** n.º 2, XLVI, 2005, p. 955-999. p. 968.

59 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 29.

60 KRELL, Andreas Joachim, op. cit., p. 52.

como comumente é o argumento utilizado pelo Estado para o não fornecimento de medicamento/tratamento⁶¹. A resposta não se encontra nesses dois extremos, pois a reserva do possível coloca em discussão os limites da escolha orçamentária como uma forma de implementar o direito social (e coletivo) à saúde pelos Poderes Legislativo e Executivo em face de uma demanda individual (direito subjetivo) à prestação em matéria de saúde.

Nota-se que a argumentação da reserva do possível não é uma negação da efetividade do direito prestacional à saúde. Entretanto, representa ao Estado a necessidade de demonstrar em juízo que possui motivos proporcionais, faticamente, para não cumprir as normas que asseguram prestações positivas⁶².

O exame da reserva do possível deve considerar a disponibilidade fática de recursos financeiros pelo Estado, a disponibilidade jurídica de recursos e a proporcionalidade da prestação⁶³. Com isso, em um primeiro momento, o exame a ser realizado é acerca da disponibilidade de recursos públicos pelo Estado; se há, faticamente, recursos financeiros disponíveis nos cofres públicos para a disponibilização de um medicamento/tratamento. Em um segundo momento, a preocupação deve ser relativa à disponibilidade jurídica dos recursos; em outras palavras, se ainda existe a possibilidade da aplicação de recursos previstos na LOA para a saúde pública (se não foram aplicados todos os recursos autorizados).

O terceiro momento merece uma análise mais densificada, pois preconiza o exame da proporcionalidade⁶⁴ do medicamento/tratamento a ser adotado. No

61 Ibidem, p. 52.

62 AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e Conflito entre Poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renalexovar, 1999. p. 110-111.

63 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 30. Também: PISARELLO, Gerardo, op. cit., 2007, p. 65. De forma ampla, KELBERT, Fabiana Okchstein, op. cit, p. 89 e seguintes.

64 Cumpre inferir a distinção entre razoabilidade e proporcionalidade, na lição de Humberto Ávila "O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para o promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio,

caso *Soobramoney* contra *Minister of Health*, embora houvesse a disponibilidade econômica, o tratamento a ser adotado não foi considerado proporcional⁶⁵, resultando no seu indeferimento pela Corte Constitucional Sul-Africana.

O mesmo ocorreu com a Corte Constitucional Colombiana, que denegou um tratamento a menor face ao prognóstico desfavorável à cura; neste sentido, é proporcional que o tratamento/medicamento impeça que sua saúde se deteriore ou diminua, prejudicando sua qualidade de vida⁶⁶. Este último momento é comumente encontrado em decisões da Corte Constitucional Sul-Africana na temática relativa à justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, centrado, contudo, no exame das escolhas políticas do Estado no curto prazo, em termos de prestações, para grupos vulneráveis (hipossuficientes) com necessidades a serem atendidas e vivendo em condições precárias⁶⁷.

Ao se realizar o exame da aplicação da reserva do possível no âmbito do STJ e do STF, verifica-se que, em ambos, não há uma maior densificação do conteúdo da reserva do possível. Via de regra, a reserva do possível é criticada nos julgados, sendo apresentada como um elemento que não pode restringir a concretização do direito prestacional à saúde, em que pese os direitos fundamentais gerarem custos. Tampouco, a criterização, proposta em decisões da presidência do STF, após a Audiência Pública n.º4/2009⁶⁸, aproxima-se do roteiro aqui apresentado em relação à reserva do possível. Há alguns trechos de votos que releva citar:

promove-se o fim” (p. 180) “A razoabilidade como dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade) atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, ou para expressar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto. Nessas hipóteses, princípios constitucionais sobrejacentes impõem verticalmente determinada interpretação. Não há, no entanto, nem relação de causalidade entre um meio e um fim. Não há espaço para afirmar que uma ação promove a realização de um estado de coisas” (p. 181). ÁVILA, Humberto, op. cit., 2012, p. 180-181.

65 AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Soobramoney vs Minister of Health** (Kwazulu-Natal). Disponível em: < <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1997/17.pdf>>. Acesso: 06.12.13.

66 COLÔMBIA. Corte Constitucional. **T-001 de 1995**. Disponível em: < <http://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/1995/T-001-95.htm>>. Acesso: 18.12.13. A mesma decisão é apresentada em texto do Prof. Rodolfo Arango publicado no Brasil: ARANGO, Rodolfo, op. cit., 2008, p. 99.

67 LIEBENBERG, Sandra. Enforcing Positive Socio-Economic Rights Claims: The South Africa Model of Reasonable Review. In: SQUIERS, John; LANGFORD, Malcolm; THIELE, Bret. **The Road to a Remedy: current issues in the litigation of Economic, Social and Cultural Rights**. Sidney: UNSW Press, 2005. p. 87-88.

68 O Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet é que trata da reserva do possível na sua intervenção.

A teoria da reserva do possível, importada do Direito alemão, tem sido utilizada constantemente pela administração pública como escudo para se recusar a cumprir obrigações prioritárias. Não deixo de reconhecer que as limitações orçamentárias são um entrave para a efetivação dos direitos sociais. No entanto, é preciso ter em mente que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada.⁶⁹

O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.⁷⁰

Chama atenção o voto-vista do Min. Teori Zavascki que questiona o direito ao fornecimento de medicamento de alto custo pelo Estado que não esteja previsto nas listas fornecidas pelo SUS⁷¹. A leitura mais aproximada da reserva do possível, conforme apresentada aqui, foi em julgado do STJ da lavra do Min. Luiz Fux⁷². Em relação à jurisprudência do STF, a reserva do possível é cogitada como justificativa para o não atendimento estatal de alguma demanda e é utilizada como defesa do Estado para o não pagamento de alguma dívida reconhecida em juízo⁷³.

69 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.107.511/RS**. Rel. Min. Herman Benjamin. D.J. 06.12.13. Esse trecho é encontrado também em v., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.136.549/RS**. Rel. Min. Humberto Marins. DJ 21.06.10.

70 Entretanto não explica como racionalmente chega a esse resultado no julgado. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.041.197/MS**. Rel. Min. Humberto Marins. DJ 16.09.09.

71 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança n.º 24.197/PR**. Rel. Min. Luiz Fux. DJ 24.08.10.

72 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 811.608/RS**. Rel. Min. Luiz Fux. DJ 04.06.07.

73 **Amplamente**, V. WANG, Daniel. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

DOS FUNDAMENTOS E CONTRAFUNDAMENTOS À COMPREENSÃO DA JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Até agora se tratou de alguns argumentos que são apresentados tanto na doutrina quanto nos tribunais pátrios. Pode-se separá-los em dois grandes grupos: 1º) fundamentos que tornam acessível a justiciabilidade 2º) contrafundamentos que visam elidir a justiciabilidade. No primeiro grupo, encontra-se a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais e a distinção dos direitos sociais entre mandados definitivos/*prima facie*. No segundo grupo, a ideia da não justiciabilidade dos direitos sociais, o princípio da separação dos poderes e a reserva do possível.

Alerta-se que não se trata de argumentos taxativos, mas sintomáticos. Sintomáticos à compreensão doutrinária e jurisprudencial da justiciabilidade dos direitos sociais no Brasil. Ao longo da vasta revisão bibliográfica e da análise das decisões, principalmente do STF e STJ (entre 2009 e 2014), percebeu-se que quaisquer que sejam os fundamentos ou contrafundamentos empregados, de maneira geral, o são de forma superficial.

Assim, o grande sintoma – ao qual se referiu – é a superficialidade e a pouca densidade (compreensão) doutrinária do tema da justiciabilidade. Ao contrário de uma decisão que deve ser constituída de sentido a partir da análise de um caso concreto, com instrumentos hermenêuticos, doutrina e precedentes, o que se encontra é a utilização finalística dos fundamentos aqui elencados. Raciocinando de forma simples, é como se já soubesse o que decidir e o fundamento (ou contrafundamento) apenas justifica, sem profundidade, a nossa decisão.

Diante dessas emblemáticas constatações, surge o questionamento: quais fundamentos estão corretos ou incorretos? A resposta é que não se sabe aprioristicamente. Para tanto, retoma-se a distinção de Alexy entre mandatos definitivos e *prima facie*.

Os obstáculos que se apresentam quando se enfrenta a questão da aplicação judicial de direitos sociais encontram assento no próprio texto constitucional,

embora não em sua totalidade, pois também envolvem questões de cunho empírico. As antinomias que se observam neste campo são, em sua maioria, as que assumem sentido amplo, ou seja, “aquelas nas quais entram em choque, de um lado, direitos fundamentais, e, de outro, bens e valores de interesse coletivo ou público”,⁷⁴ como se opera quando direito social entra em colisão, ao menos em tese, com a separação dos poderes, por exemplo.

No entanto, o que é chamado de obstáculo pode, dependendo da interpretação que lhe é conferida, revelar-se transponível. É deste exame que se ocupam as próximas linhas.

Nesse sentido, advoga-se pela rigorosidade na análise de cada caso apresentado, a partir de critérios tópicos que possam, ao final, responder acerca da justiciabilidade ou não do direito social.

Conforme já frisado, uma vez invocado um direito social à prestação em juízo, estabelece-se, no mais das vezes, uma antinomia, ao menos em tese, com outros interesses de igual hierarquia, presentes no texto constitucional. A colisão ocorre, portanto, quando:

[...] *in concreto*, o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de um outro titular, podendo tratar-se de direitos idênticos ou de direitos diferentes; podendo, ainda, ser direito fundamental individual *versus* direito fundamental individual ou direito fundamental individual *versus* direito fundamental coletivo (bem constitucionalmente protegido).⁷⁵

Logo, necessário verificar se os direitos - objeto de análise para fins de ponderação - estão previstos no ordenamento como princípios constitucionais, como fins devidos. “Apenas inicia-se o controle de proporcionalidade se o fim que se almeja tem legitimidade constitucional”.⁷⁶

O passo seguinte é a descrição situacional, destacando-se as circunstâncias relevantes do caso sob exame para, só então, tendo tal material reunido (direitos

74 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, op. cit., p. 232.

75 STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 139.

76 STEINMETZ, Wilson Antônio, op. cit., p. 154.

somados às circunstâncias), proceder-se à verificação em termos de *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito* (os chamados subprincípios do princípio da proporcionalidade).⁷⁷

A adequação ordena que se verifique se a medida é hábil para que se atinja o objetivo almejado; trata-se de saber se o meio é útil. No que se refere à caracterização de um meio como adequado, segundo Steinmetz, a resposta é dada pelo Tribunal Constitucional alemão por meio de formulação negativa e positiva:

Segundo a fórmula negativa, uma medida é não-idônea se o for completamente. Significa que, do ponto de vista do controle de constitucionalidade da restrição por meio do princípio da adequação, nem sempre há um único meio idôneo, mas que pode haver vários. Ou seja, o Tribunal admite que pode haver vários meios para se atingir o objetivo ou finalidade pretendida. Nesse sentido, o juízo de adequação nada diz sobre qual dos meios idôneos deve prevalecer, pois não diz qual é mais ou menos eficaz. Apenas diz se um determinado meio é ou não idôneo, útil, apto, apropriado. [...] A fórmula positiva do princípio de adequação diz que um meio é adequado quando com ele é possível alcançar o resultado pretendido.⁷⁸

Bonavides denomina o subprincípio da adequação como pertinência ou aptidão, o qual, "segundo Zimmerli, [...] deve dizer se determinada medida representa 'o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público'" [...].⁷⁹

Já quanto à verificação da necessidade, explica Barros que o requisito do subprincípio da necessidade "é o de que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa".⁸⁰

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito "é a ponderação de bens propriamente dita, é o mandato de ponderação",⁸¹ contido na lei de ponderação formulada por Alexy, nos seguintes termos: "*Cuanto mayor es el grado de la no*

77 Ibidem, p. 154.

78 Ibidem, p. 150.

79 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 360.

80 BARROS, Suzana Toledo de. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 81.

81 STEINMETZ, Wilson Antônio, op. cit., p. 152-3.

satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro".⁸²

Verifica-se, pois, que as circunstâncias do caso concreto são de extrema valia na argumentação ponderativa. No que se refere à colisão que envolva um direito social à prestação, portanto, serão examinados elementos apresentados tanto pelo demandante quanto pelo demandado, *in casu*, o Poder Público.

É neste exame que o contexto socioeconômico ganha relevo, sobretudo na sociedade brasileira, em que a escassez de recursos é notória, mas, por outro lado, a má distribuição também o é. Por tais razões, autores como Sarlet defendem que cabe ao "poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos, do não desperdício dos recursos existentes, assim como da eficiente aplicação dos mesmos".⁸³

Impõe-se, pois, que a liberdade proporcionada pela discricionariedade tenha sido utilizada de forma adequada, em respeito ao direito fundamental à boa administração pública, como destaca Juarez Freitas:

Nos dias atuais, sem subscrever o decisionismo niilista e autoritário de Carl Schmitt, o direito administrativo *admite, em circunstâncias várias, a escolha do administrador mediante o uso de multicritérios, notadamente na seara das políticas públicas. Deveras, a discricionariedade (liberdade) é condição para implementar as inovações, rumo à eficácia e à eficiência (CF, arts. 37 e 74)*. Entretanto, postular que o ideal seria uma liberdade solta é tão nocivo como pretender uma servil e obscura obediência a programas prévios. Seria infirmar, de todo em todo, o progresso em matéria de gestão pública.⁸⁴

Assim, o administrador possui em suas mãos uma discricionariedade que não é absoluta, mas vinculada à escolha mais adequada diante das necessidades sociais. Se falha em tais escolhas, não está livre da sindicabilidade judicial de seus atos. Tal noção vai ao encontro do pensamento de Canotilho, que defende que o Estado, os poderes públicos e o legislador estão vinculados à proteção da

82 "Quanto maior é o grau da não satisfação ou da afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro". ALEXY, Robert, op. cit., p. 161, tradução nossa).

83 SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2007, p. 381.

84 FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 29.

vida, bem como que, “no caso de só existir um meio de dar efectividade prática, devem escolher precisamente esse meio”.⁸⁵ Nesta senda, há que se considerar que a determinabilidade semântica dos direitos sociais auxilia na especificação dogmática, jurisprudencial ou regulamentar, mas que tais direitos também merecem apreciação em termos de determinabilidade fática, como argumentam Abramovich e Courtis:

*[...] en muchos supuestos, pese a que la conducta debida por el obligado no resulta específicamente reglada por un texto normativo, tácticamente sólo existe uno o un número limitado de cursos de acción determinables para el respeto, garantía o satisfacción del derecho de que se trate.*⁸⁶

Tal compreensão reputa-se fundamental quando realizada ponderação entre um direito social à prestação e à separação dos poderes, por exemplo, vez que a atuação arbitrária do administrador e o seu demérito podem ser examinados pelo Judiciário e, neste caminho, acabar sendo identificada uma escolha contrária ao direito fundamental à boa administração pública; conseqüentemente, resta imperiosa a determinação de atendimento da prestação inadimplida.

Em termos práticos, interessante estratégia é indicada por Abramovich e Courtis, no sentido de utilizar dados considerados oficiais para demonstrar, faticamente (circunstâncias), a ação ou omissão violadora:

*[...] la clave para que prospere el reclamo judicial reside en identificar situaciones fácticas que el Estado haya reconocido y que ya no puede razonablemente discutir – como el pez que por la boca muere – . En tal sentido los hechos reconocidos por el Estado a partir de estudios e informes que emanen de sus diversas dependencias, las declaraciones de sus funcionarios, las normas y sus considerandos, y todas las acciones que constituyan de algún modo manifestaciones de “actos propios” del Estado, serán los cimientos más firmes para construir el caso. Paralelamente, toda la información que emane del Estado, esto es la información pública será el medio de prueba por excelencia en este tipo de acciones.*⁸⁷

85 CANOTILHO, J. J. Gomes. Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

86 ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian, op. cit., p. 125.

87 Ibidem, p. 137.

No contexto brasileiro, não é raro encontrar exemplos de má distribuição de recursos que acabam violando direitos sociais, como o que se transcreve adiante:

Em 2007, a diferença de gastos entre os dois programas federais foi ainda maior. O Ministério da Integração Nacional desembolsou R\$ 53,5 milhões dos recursos destinados ao programa de “prevenção e preparação para emergências e desastres”, que inclui obras de contenção de encostas e canalização de córregos. O valor representa apenas 20% da verba prevista em orçamento para o programa. Entretanto, no mesmo período, o órgão destinou um montante seis vezes maior para o programa “resposta aos desastres”, que atua após as calamidades terem sido consumadas, o que equivale a R\$ 347,9 milhões. A quantia equivale a 63% do que estava autorizado em orçamento.⁸⁸

Não se pretende, com tal exposição, alcançar uma construção que se afigure como caminho seguro a ser seguido em casos de colisão envolvendo direitos sociais à prestação. A pretensão é bem mais modesta; trata-se, tão somente, da abordagem de uma estratégia que, em certos casos, pode ser viável para a aplicação judicial de direitos de tal natureza.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Das breves linhas traçadas, conclui-se que os argumentos contrários à justiciabilidade dos direitos sociais vêm perdendo força nos últimos anos, dada a sua inserção nas constituições, bem como em função da significativa produção científica que se opera com relação à problemática.

Embora lento, em razão da tradição histórica de não submeter ao Judiciário questões que envolvam discussões *políticas* ou *técnicas*, o processo de consagração de tais direitos evolui, o que se afigura positivo, posto que fortemente conectados com o princípio da dignidade da pessoa humana, ainda carente de efetivação em muitos Estados.

Especificamente com relação ao ordenamento brasileiro, o que se denota é a impossibilidade de subtrair de tais direitos sua submissão ao Poder Judiciário

88 COSTA, Amanda. **Chuvas**: mais gastos com desastres do que com prevenção. Disponível em: <http://contasabertas.uol.com.br>. Acesso em: 17 maio 2008.

quando constatada violação, em função da aplicabilidade imediata que lhes é conferida pela Constituição Federal de 1988.

Ao lado de tal conclusão, entretanto, imperiosa a atenção para a influência da forma de positivação dos direitos sociais na própria Carta, o que se admite representar um peso considerável, vez que nem todos os mandamentos permitem, na prática, uma eficácia plena. Dito de outra forma, não se há de confundir aplicabilidade imediata e busca de máxima eficácia com uma imposição ao Estado para que atue como provedor em qualquer circunstância.

De igual sorte, destaque merece a questão da reserva do possível. Mesmo aceita a afirmação de que tal elemento não serve de obstáculo intransponível à aplicação judicial dos direitos sociais, também não se pode deixar de lado sua consideração, até em homenagem à lógica; como já alertado pela melhor doutrina, não há como buscar algo onde nada existe.

O que se observa é a existência de um aparato de direito positivo suficiente para a tutela judicial dos direitos sociais, mas, ao lado dele, um Estado que, em termos de políticas públicas, ainda falha de modo grave na destinação de seus recursos, o que acaba inviabilizando, muitas vezes, o alcance do direito perseguido.

Desta forma, enquanto não promovida uma gestão séria e equilibrada dos recursos destinados a proporcionar o gozo de tais direitos aos cidadãos, sua justiciabilidade permanece como meio que deve ser utilizado, lançando-se mão de todos os aportes existentes para tanto, entre os quais se destaca a técnica da ponderação, que parte das posições jurídicas fundamentais positivadas, mas não descarta da análise das circunstâncias de cada caso em particular, o que permite chegar a respostas racionais e constitucionalmente adequadas, desde que empregada também de modo equilibrado, ou seja, sem entregar-se ao subjetivismo.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor. La articulación de las acciones legales y políticas en la demanda de derechos sociales. In: YAMIN, Alicia Ely **Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina: del invento a la herramienta**. México: Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, 2006.

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2004.

ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. **Harvard Law Review**. Vol. 113, n.º 3, jan, 2000.

ALEXY, Robert, **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e Conflito entre Poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. **Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**. Ano 1, n.º 1, jul./dez., 2008.

BARROS, Suzana Toledo de. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em: 08.11.08.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BÖCKENFÖRDE, Ernst. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

BOTELHO, Ramon Fagundes. **A Judicialização do Direito à Saúde: a tensão entre o "mínimo existencial" e a "reserva do possível" na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2011.

CAMPANTE, Rubens Goyatá. Direitos Sociais e Justiça. In: AVRITZER, Leonardo (Orgs.). **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever a Constituição Dirigente ou romper com a Constituição Dirigente? Em defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In: _____. **“Brancos” e Interconstitucionalidade:** itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais.** Coimbra: Coimbra, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais.** Coimbra: Coimbra, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

FREITAS, Juarez. **Discricionariade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública.** São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

GARCIA, Emerson. O princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos Direitos Sociais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.** n.º 2, XLVI, 2005, p. 955-999.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio sobre a interpretação/aplicação do Direito.** São Paulo: Malheiros, 2006.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e Argomentare.** Milano: Giuffrè, 2011.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland).** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha:** os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LIEBENBERG, Sandra. Enforcing Positive Socio-Economic Rights Claims: The South Africa Model of Reasonableness Review. In: SQUIERS, John; LANGFORD, Malcolm; THIELE, Bret. **The Road to a Remedy:** current issues in the litigation of Economic, Social and Cultural Rights. Sidney: UNSW Press, 2005.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Os desafios da proteção jurisdicional dos direitos sociais, econômicos e culturais. **Estudos Jurídicos**. V. 32, n.º 86, set./dez., 1999.

MELLO, Cláudio Ari. Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo. In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). **O Desafio dos Direitos Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford, 2013.

MÖLLERS, Cristoph. **The Three Branches: a comparative model of separation of powers**. Oxford: Oxford, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: teoria jurídica dos Direitos Sociais**. Coimbra: Coimbra, 2010.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra, 1989.

PISARELLO, Gerardo. **La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español**. Disponível em: < http://www.idhc.org/cat/documents/CursDH_2011/09_PISARELLO_Gerardo_01.pdf>. Acesso: 06.12.13.

TUSHNET, Mark. Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review. **Heionline** 82, tx., L, Rev 2003-2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2012.

VILE, Maurice J. C. **Constitutionalism and Separation of Powers**. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

WANG, Daniel. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Recebido em: jan/2015

Aprovado em: jun/2015