

ano 21 – n. 84 | abril/junho – 2021

Belo Horizonte | p. 1-282 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v21i84

A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A A&C – *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Remeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da A&C – *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Adjudicação judicial de direitos sociais: do necessário deslocamento do eixo dos direitos públicos subjetivos para a pretensão metaindividual a políticas públicas

Constitutional social rights adjudication: a necessary overcoming of the subjective public right axle to the 'meta-individual' claim for public policies

Luciano Pereira Vieira*

Universidade Presbiteriana Mackenzie (Brasil)
prof.lucianovieira@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-3836-3870>

Vinícius Pacheco Fluminhan**

Universidade Presbiteriana Mackenzie (Brasil)
vf@viniciusfluminhan.com.br
<https://orcid.org/0000-0003-0279-7546>

Recebido/Received: 18.04.2020 / April 18th, 2020

Aprovado/Approved: 25.05.2021 / May 25th, 2021

Como citar este artigo/*How to cite this article*: VIEIRA, Luciano Pereira; FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. Adjudicação judicial de direitos sociais: do necessário deslocamento do eixo dos direitos públicos subjetivos para a pretensão metaindividual a políticas públicas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 253-272, abr./jun. 2021. DOI: 10.21056/aec.v21i84.1356.

* Professor de Direito do Estado na Universidade Presbiteriana Mackenzie (Campinas-SP, Brasil). Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina-PR. Advogado da União (Advocacia-Geral da União). *E-mail*: prof.lucianovieira@gmail.com.

** Professor de Direito da Seguridade Social na Universidade Presbiteriana Mackenzie (Campinas-SP, Brasil). Doutor em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Bacharel em Direito pela PUC-Campinas. Advogado. *E-mail*: vf@viniciusfluminhan.com.br.

Resumo: A judicialização dos direitos sociais de baixa densidade normativa é um fenômeno que desafia a hermenêutica constitucional. A controvérsia centra-se na existência (ou não) de direitos subjetivos diretamente do texto constitucional. Embora haja uma inclinação dos intérpretes pela tese de sua aplicabilidade imediata, nem sempre se considera nesse debate o tipo de tutela em disputa (se individual ou coletiva), apesar de sua importância. Além disso, o discurso dos operadores do direito, focado nos benefícios da judicialização, geralmente fica distante da enorme complexidade dos processos decisórios das políticas públicas e dos danos dela advindos à população. Daí a questão central da pesquisa: os direitos sociais de baixa densidade normativa, e ainda sem regulamentação, ensejam direitos subjetivos em uma perspectiva individual? Para tentar responder ao questionamento, a pesquisa baseou-se em revisão bibliográfica. As conclusões sugerem que a judicialização dos direitos sociais precisa mudar seu enfoque. O que a Constituição Federal garante é muito mais a tutela da pretensão do cidadão à existência de políticas públicas desses direitos do que o atendimento fragmentado e desigual dos indivíduos perante o Poder Judiciário. Disso decorre a necessidade de priorização das tutelas coletivas e da construção compartilhada das políticas públicas com os demais poderes do Estado.

Palavras-chave: Políticas públicas. Direitos sociais. Judicialização. Direito subjetivo. Tutela coletiva.

Abstract: This essay deals with a phenomenon that challenges constitutional hermeneutics: the judicialization of non-self-executing constitutional social rights due to their own low normative density. It focuses on the arising (or not) of subjective public rights directly from Constitution. Although there is a special inclination of interpreters for its immediate applicability, in this debate the kind of lawsuit (if individual or collective) is not always considered, despite its importance. In addition, the discourse of legal practitioners, focused on the benefits of judicialization, is generally far from the enormous complexity of public policy decision-making processes and the damage it does to the population. This is what defines the central point of this research: do low normative density social rights, and still without regulation, can give rise to subjective rights from an individual perspective? To try to answer this question, the research was based on a literature review. The findings suggest that the judicialization of social rights needs to change its focus. What the Federal Constitution guarantees is much more the protection of the citizen's claim to the existence of public policies for these rights than the fragmented and unequal adjudication of individual goods and services by Judicial Branch. It concludes that is necessary to prioritize the collective procedural instruments and a shared policy-making among the branches of government to reach that new approach.

Keywords: Public policies. Social rights. Judicialization. Subjective public right. Collective judicial protection.

Sumário: Introdução – **1** O conceito de políticas públicas como elemento de interseção entre o direito e a política – **2** O papel das políticas públicas na exigibilidade dos direitos sociais – **3** Do direito subjetivo individual à pretensão metaindividual de políticas públicas: uma mudança de foco necessária – Conclusão – Referências

Introdução

A sindicabilidade de direitos fundamentais no Poder Judiciário é um fenômeno que exige profundos exercícios de hermenêutica constitucional e suscita muitas controvérsias que desafiam os intérpretes. Uma delas diz respeito à vocação (ou não) de os direitos fundamentais serem exigíveis diretamente do texto constitucional, que pode ser sintetizada na seguinte questão: na ausência de norma regulamentadora, seriam eles direitos subjetivos do cidadão?

A efetividade dos direitos fundamentais foi desejada de forma expressa pela Constituição Federal de 1988. Tanto é assim que ela foi dotada de instrumentos

processuais para dar concretude aos seus anseios. Por isso, há uma tendência de se responder afirmativamente à questão acima.

Esta inclinação do intérprete, entretanto, traz como consequência a ideia de que qualquer direito fundamental pode ser exigido e satisfeito na via judicial individualmente. As disposições da Constituição Federal sobre direitos fundamentais variam em densidade normativa, razão pela qual é possível vislumbrar alguns direitos subjetivos diretamente do texto constitucional. Mas essa conclusão não se aplica a todos os direitos fundamentais, ainda que todos possuam algum grau de eficácia.

No caso dos direitos sociais, a inclinação pela aplicabilidade imediata das suas normas gera um enorme desafio ao hermenêuta, porque a maioria delas possui caráter programático. São direitos que dependem de recursos públicos e de uma estruturação institucional capaz de coletivizá-los a todos os cidadãos. Quanto a este grupo de direitos é preciso questionar novamente: na ausência normas infraconstitucionais de implementação, seriam eles direitos subjetivos tuteláveis individualmente?

A questão acima oferece dificuldades para ser respondida por conta da transversalidade com outra área do conhecimento, as políticas públicas, que é pouco explorada pelos juristas. É que embora sejam frequentemente convocados a tratar dos problemas jurídicos diretamente relacionados às políticas públicas, os juristas nem sempre estão próximos e conscientes de todos os seus aspectos operacionais e sociológicos. À distância, a perspectiva deles é exclusivamente (ou predominantemente) legalista. E assim, esquece-se de que por trás dos direitos sociais existe um processo complexo de construção que justifica o seu caráter programático.

Mas essa ressalva implica dizer que inexistem direitos subjetivos a direitos sociais de baixa densidade normativa? A Constituição Federal de 1988 seria tão somente um conjunto de promessas apenas por não se vislumbrar a sindicabilidade individual de tais direitos? O artigo pretende esboçar respostas a essas questões. A pesquisa baseou-se em revisão bibliográfica e suas conclusões sugerem a necessidade de se trabalhar com uma nova perspectiva de judicialização dos direitos sociais no Brasil.

1 O conceito de políticas públicas como elemento de interseção entre o direito e a política

A preocupação dos juristas com a temática das políticas públicas é um fenômeno relativamente recente no Brasil. Até bem pouco tempo atrás, as políticas públicas

eram objeto de pesquisas e discussões quase que exclusivamente no âmbito das ciências políticas e da gestão pública.¹

Mesmo nesses campos do conhecimento, o debate em torno do conceito de políticas públicas só ganhou ênfase em meados do século XX, ainda que com escopos diferentes entre a análise empreendida na Europa e nos Estados Unidos.² Para os europeus, a preocupação com esse tema centrava-se na explicação do “papel do Estado e de suas organizações mais importantes na produção das políticas públicas”, enquanto que nos Estados Unidos “a ênfase se deu na ação dos governos”.³

Assim, sempre se identificaram as políticas públicas como uma atividade a ser gestada e desenvolvida pelo Estado, através de seu governo democraticamente eleito, em interação com outros agentes políticos (entidades sem fins lucrativos, organizações não governamentais, instituições públicas e privadas, entre outros), no intuito de satisfazer interesses coletivos, mas segundo uma agenda de implementação a ser definida pelos próprios atores políticos envolvidos.⁴

O estudo da formulação e execução de políticas públicas raramente esteve atrelado a um viés jurídico *prima facie*, já que sempre foi inserido no contexto de um *processo político*,⁵ ou seja, centrado na análise do processo decisório governamental na gestão de problemas e de demandas coletivas,⁶ sendo de pouca – ou nenhuma – relevância a discussão em torno do arcabouço jurídico que lhe dá suporte.

Entretanto, a permeabilidade existente entre o direito e a política⁷ não se coadunava com essa neutralidade aparente e com o relativo abandono do estudo

¹ Entre outras obras de relevo produzidas no campo da ciência política e da gestão pública, sugerimos as seguintes leituras: LERNER, Daniel; LASSWELL, Harold D. *The policy sciences*. Stanford: Stanford University, 1965; HOWLETT; Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. *Política pública: seus ciclos e subsistemas – Uma abordagem integral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013; DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012; SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

² DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 10-11.

³ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 10.

⁴ Cf. SILVA, Christian Luiz da; BASSI, Nadia Solange Schmidt. Políticas públicas e desenvolvimento local. In: SILVA, Christian Luiz da (Org.). *Políticas públicas e desenvolvimento local: instrumentos e proposições de análise para o Brasil*. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 20-29.

⁵ SCHMIDT, João Pedro. Gestão de políticas públicas: elementos de um modelo pós-burocrático e pós-gerencialista. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007. p. 2024.

⁶ Cf. DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 11-14.

⁷ Dieter Grimm afirma que, embora ainda se possa falar em separação entre direito e política no nível da aplicação do direito, tal distinção já não é mais factível ao menos “no nível da legislação”, pois “embora a política programe a aplicação do direito por meio da promulgação de normas gerais, a interpretação e a aplicação das normas no caso concreto subtraem sua influência” (GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 11-12). Antonio Isidoro Piacentini, por sua vez, destaca que o fato de o

acadêmico das políticas públicas por parte da comunidade jurídica. Embora cientificamente relegadas a um segundo plano pelos juristas, as políticas públicas sempre contaram – ou puderam contar – com a participação, direta ou indireta, dos operadores do direito em todos os seus ciclos de formação e implementação.

Essa relação um tanto ambígua com o campo transversal das políticas públicas recebeu a atenção de Diogo Rosenthal Coutinho, que aponta essa estranha relação entre a rotina dos juristas com as políticas públicas e o tímido estudo acadêmico desta por eles. De acordo com Coutinho, os juristas:

[...] são a todo o tempo solicitados a opinar e decidir sobre problemas que surgem nas diferentes fases de tais políticas, defendê-las ou questioná-las judicialmente, responder consultas e dirimir dúvidas sobre os mais diversos expedientes e providências que as envolvem. Desde o ponto de vista acadêmico, contudo, os juristas brasileiros estudam pouco as políticas públicas e o fazem com recursos metodológicos escassos e frágeis [...] Se, de um lado, quando desempenham papéis de gestão, administradores ou procuradores, os juristas interagem com elas intensamente (moldando-as e operando-as), de outro, delas mantêm, como cientistas sociais, uma reveladora distância.⁸

Esse panorama da indiferença dos juristas brasileiros com o estudo científico das políticas públicas começou a ser alterado, notadamente, a partir dos trabalhos publicados por Fábio Konder Comparato e Maria Paula Dallari Bucci no final da década de 1990. O conceito e os ciclos de formulação e implementação de políticas públicas passaram a figurar nos ensaios sobre a concretização de direitos sociais e sua justiciabilidade, dada a sua inegável relevância para a compreensão desses institutos jurídicos.

Seguindo a linha dworkiniana, Fábio Konder Comparato identificou as políticas públicas como uma *atividade finalística*, ou seja, como “um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”.⁹

direito ser o resultado das decisões políticas não deve levar à conclusão de que haveria submissão entre aquele primeiro para com a política. Segundo sustenta, “na medida em que o poder político cria o direito, aquele é limitado por este, pois o poder político determina o direito e este disciplina e limita a ação do poder político”. Ainda segundo Piacentini, o direito funcionaria como “crítica e instrumento limitador das ações políticas que devem seguir os limites impostos pelas leis”, sendo que referido instrumento deve ser a Constituição (PIACENTINI, Antonio Isidoro. *Os direitos políticos nas constituições dos países do Mercosul à luz do direito internacional dos direitos humanos*. 2006. 296 p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 24-25).

⁸ COUTINHO, Diogo Rosenthal. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org.). *Política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Focruz, 2013. p. 182.

⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998. p. 45.

Maria Paula Dallari Bucci, por sua vez, elaborou inicialmente um conceito *analítico-institucional*¹⁰ de políticas públicas, descrevendo-as como um quadro de ação governamental, porque “consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito”.¹¹

Já o conceito formulado por Gustavo Amaral possui um viés *procedimental*. Para ele, política pública é “o conjunto de medidas e procedimentos estatais, diretas ou indiretas, que buscam atingir uma meta ideal”. O conceito de Amaral possui elementos finalísticos na medida em que considera como *dever do Estado* não só o desenvolvimento de mecanismos gerais de atendimento, como também o cumprimento dessas políticas por ele formuladas, efetivando-se, assim, o direito dos indivíduos.¹²

Como se vê, os conceitos variam conforme a ênfase dada pelos autores. De um modo geral, percebe-se que a formulação de políticas públicas significa não só a programação de estratégias, ações e serviços estatais, mas fundamentalmente a eleição de prioridades e o empenho, de modo eficaz, de recursos públicos finitos.¹³ É um processo que envolve escolhas prudentes e o uso racional do dinheiro público.

2 O papel das políticas públicas na exigibilidade dos direitos sociais

2.1 Direitos sociais originários e derivados à prestação

Na dogmática dos direitos fundamentais são muitas as classificações a respeito da sua eficácia e aplicabilidade.¹⁴ Quanto aos direitos sociais, a literatura

¹⁰ Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 145. Em outra obra de sua autoria, Maria Paula Dallari Bucci apresenta um conceito mais institucional (com foco, portanto, na ação governamental), do que analítico, às políticas públicas. Confira-se: “políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 241).

¹¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 14.

¹² AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 82.

¹³ Cf. VIEIRA, Luciano Pereira. Judicialização de políticas públicas na área de saúde: há um direito fundamental ao fornecimento de medicamentos experimentais no Brasil? *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 12, n. 22, p. 91-110, jan./jun. 2012. p. 93.

¹⁴ No Brasil, a título de exemplo, podem-se citar as seguintes obras: SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. ed. São Paulo: Renovar, 2009.

jurídica distingue os chamados *direitos originários a prestações* dos chamados *direitos derivados a prestações*.

Segundo a doutrinadora portuguesa Cristina Queiroz, a distinção conceitual é pertinente porque um grupo dos direitos sociais abrange prestações “que se fundam diretamente na Constituição”, enquanto outros “encontram-se numa relação de dependência, em termos de conteúdo e dimensão, do processo legislativo infraconstitucional”.¹⁵

No Brasil, Ingo Wolfgang Sarlet adota a mesma diretriz. Para ele, os direitos originários à prestação podem ser conceituados como aqueles direitos que podem ser exigidos diretamente do texto constitucional, isto é, “independentemente da existência de um sistema prévio de oferta desses bens e/ou serviços por parte do Estado”, enquanto os direitos derivados à prestação são “posições jurídico-subjetivas deduzidas não diretamente das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais a prestações, mas da concretização destas pelo legislador ordinário”.¹⁶

Entre outras finalidades, a distinção acima possui uma repercussão hermenêutica importante para a identificação de direitos subjetivos. Segundo a noção clássica de Hans Kelsen, a essência do direito subjetivo reside no fato de a ordem jurídica conferir a um indivíduo o poder de fazer valer, através de uma ação, o cumprimento de um dever por outra pessoa, mediante a imposição de uma sanção preestabelecida pelo ordenamento em caso de inércia de quem deveria cumprir o dever jurídico.¹⁷

A previsão de sanção geralmente se dá por um ato legislativo de natureza infraconstitucional, que acompanha a própria criação em si do direito social outrora apenas enunciado pelo texto maior, razão pela qual, em regra, os direitos subjetivos não decorrem sempre diretamente da Constituição.¹⁸

A Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo muitos direitos sociais que podem ser definidos como *derivados à prestação*. Para estes, quando ausentes as políticas públicas (no âmbito normativo e administrativo) que os implementem, torna-se inviável o reconhecimento de direitos subjetivos. Por conseguinte, a própria tutela jurisdicional por demandas individuais fica prejudicada. É o caso do direito à moradia, do acesso ao ensino superior, do lazer, entre outros.¹⁹

¹⁵ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 41.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 188. Sobre o tema, *vide* também: QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 41; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 294.

¹⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 153.

¹⁸ É possível encontrar exceções, como é o caso do acesso à educação básica (art. 208, §1º, CF).

¹⁹ Cf. VIEIRA, Luciano Pereira. Do direito metaindividual a políticas públicas de promoção do ensino superior no Brasil. In: SANTOS, Bruno Grego; BERNARDO, Leandro Ferreira; FRACALOSSO, William. *Temas avançados da Advocacia Pública*. Maringá: Vivens, 2013. p. 267-291.

Nessas hipóteses, se não houver a prévia formulação e execução de políticas públicas pelos canais políticos legitimados (basicamente, poderes Legislativo e Executivo), tais direitos sociais podem cair num verdadeiro vazio constitucional,²⁰ dada a baixa densidade normativa que pode ser deles extraída a partir do texto constitucional.

De fato, conforme a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, nem todos os direitos fundamentais foram dotados pelo Poder Constituinte de “normatividade suficiente” para assegurá-los como direitos subjetivos aos seus titulares, a despeito, inclusive, da previsão de aplicabilidade imediata pelo art. 5º, §1º, da CF/1988.²¹

A própria Constituição reconhece a possibilidade do padecimento de tais direitos pela *síndrome de inefetividade*, razão pela qual prevê inclusive remédios específicos para enfrentar o mal: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (arts. 5º, inc. LXXI, e 103, §2º, respectivamente).²²

Em se tratando de direitos fundamentais sociais *derivados à prestação* de baixa densidade normativa, porém, são as políticas públicas que servem como instrumento por meio do qual o Poder Público, direta ou indiretamente, busca implementar planos e realizar ações concretas para permitir a efetivação ou a consecução de direitos subjetivos *prima facie*.

De acordo com Ricardo Lobo Torres, “a pretensão do cidadão é à política pública, e não à adjudicação individual de bens públicos”.²³ Daí a enorme importância das políticas públicas para a efetividade desse grupo de direitos sociais.

2.2 A crise do Estado social e a judicialização excessiva

A Constituição Federal de 1988 revelou grandes preocupações com a ordem social – conjugada com a livre iniciativa econômica – e com a efetivação dos direitos

²⁰ Essa também parece ser a conclusão de Ana Paula de Barcellos: “É fácil perceber que apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo Legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais cuja fruição direta dependa de ações” (BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 106).

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 264.

²² Constituição Federal de 1988: “Art. 5º [...] LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. [...] Art. 103. [...] §2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

²³ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 16.

a ela inerentes, não sendo exagero supor estar-se diante de um Estado social de direito em paulatina consolidação (democracia de conteúdo social).²⁴

Todavia, por mais paradoxal que seja, é justamente a crise vivenciada pelo modelo de Estado do bem-estar social (*Welfare State*) que tem dado ensejo às indagações acerca da concretização de direitos fundamentais sociais e da judicialização de políticas públicas, inclusive no Brasil.

Luigi Ferrajoli alerta para a existência de uma crise do direito. Segundo ele, essa crise está disposta em múltiplos planos, mas pode ser esquematizada em três aspectos: a) a *crise da legalidade*, consistente na “ausência ou ineficácia dos controles e, portanto, na variada e marcante fenomenologia da ilegalidade do poder”; b) a *crise do Estado nacional*, relacionada à globalização, decorrente “das transformações da soberania, na alteração do sistema de fontes e, por conseguinte, de um enfraquecimento do constitucionalismo”; e, por fim, c) a *crise do Estado social*.²⁵

Durante muito tempo – e ainda hoje se verifica em alguns setores –, o véu das denominadas “normas programáticas” foi capaz de esconder o ineficiente ou quase inexistente planejamento e execução de políticas públicas pelo Estado. Portanto, a crise do Estado social é uma decorrência do déficit de efetividade dos direitos sociais, ou seja, da deficiente ativação pelo Estado dos direitos fundamentais sociais. Mais precisamente, é fruto da insuficiência ou inadequação das políticas públicas.

Em virtude disso, muito direitos fundamentais sociais *derivados à prestação*, notadamente os de baixa densidade normativa, continuam sendo negligenciados em seu “mínimo existencial” pelo Estado,²⁶ sob o permanente argumento, concreto e não falacioso, das limitações orçamentárias ensejadoras da observância da cláusula da “reserva do possível”,²⁷ embora seja ponto comum que, na maior parte das vezes, o que falta ao Estado é planejamento e direcionamento adequado dos recursos, e não propriamente falta destes.

²⁴ Basta verificar, em especial, o Capítulo II do Título I (Dos Direitos Sociais), o Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira) e o Título VIII (Da Ordem Social). No mesmo sentido: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 185.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 15-16.

²⁶ REMEDIO, José Antonio; REMEDIO, Davi Pereira. Direitos fundamentais difusos e coletivos e equidade. In: KIM, Richard Paulo Pae; BARROS, Sérgio Resende de; KOSAKA, Fausto Kozo Matsumoto (Coord.). *Direitos fundamentais difusos e coletivos: questões sobre a fundamentalidade*. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 52.

²⁷ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 1999. p. 35-48.

Neste ponto, é preciso ressaltar que tanto o Supremo Tribunal Federal²⁸ quanto o Superior Tribunal de Justiça²⁹ possuem julgados nos quais foi sedimentado o entendimento de que a “reserva do possível” não é oponível pelo Estado quando se está diante do “mínimo existencial” de um direito fundamental social, cuja concretização está a depender da implementação de políticas públicas *definidas na própria Constituição*.

Esse entendimento, entretanto, não é suficiente para assegurar a progressiva transformação social apregoada pela Carta de 1988, já que acaba por deixar de fora da proteção do Poder Judiciário justamente os direitos sociais derivados à prestação *de baixa densidade normativa*, carentes de atuação complementar de natureza política para a sua concretização.

Esses julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, invariavelmente, referem-se apenas àquelas situações de direitos fundamentais sociais originários (*v.g.*, oferta da educação básica) ou derivados, mas de elevada densidade normativa (*v.g.*, direito à saúde), ficando de fora do espectro de incidência dos referidos julgados os direitos derivados à prestação *de baixa densidade normativa* (*v.g.*, direito à moradia, ao lazer etc.).

Nessa última hipótese, haveria de ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, ao menos, a existência de um progressivo dever constitucional de *policy-making*. Afinal, à medida que o tempo passa para a Constituição, mais juridicamente robustas ficam as exigências de satisfação dos direitos fundamentais sociais derivados à prestação dela decorrentes, sobretudo porque nesse intervalo as demandas sociais também vão se tornando cada vez mais crescentes e complexas.

Portanto, as demandas por ações governamentais em forma de políticas públicas e a intervenção do Estado na realidade social vão se tornando cada vez mais necessárias.³⁰ Como muitos desses novos direitos comumente exigem prévia formulação e implementação de políticas públicas para sua fruição, sua justiciabilidade no plano individual fica geralmente prejudicada, além de tornar facilmente justificável a arguição da famigerada “reserva do possível” pelo Estado.

Essa postura de permanente letargia estatal fere de morte os ideários do *Welfare State*, aproximando-o, em termos de insucesso na seara social, dos resultados pífios também experimentados pelos Estados liberais. Para ambos os modelos, o que se constata é que, *na prática*, o problema da concretização dos direitos

²⁸ Entre inúmeros outros, cita-se o seguinte julgado: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo em Recurso Extraordinário nº 639.337/SP, Segunda Turma, 23 ago. 2011. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, n. 177, 15 set. 2011. p. 65.

²⁹ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.041.197/MS, Segunda Turma, 25 ago. 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, n. 440, 16 set. 2009.

³⁰ Essa mesma advertência é feita por Reinaldo Dias e Fernanda Matos (DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 19).

sociais derivados à prestação sempre esbarra, justificada ou injustificadamente, na arguição das limitações orçamentárias estatais.

Com isso, a problemática volta a repousar politicamente no campo da mera eleição discricionária de prioridades estatais e, embora tal decisão possua viés ideológico marcadamente distinto para os dois modelos, os resultados experimentados por ambos são rigorosamente os mesmos: a mera expectativa constitucional de progressão social *sine die*.

Diante desse cenário de expectativas constitucionais, há a imperiosa necessidade de impor (ou resgatar), por via inversa, a ideia de vinculatividade objetiva dos direitos fundamentais sociais, como forma de impedir a condenação das Constituições democráticas a um legado histórico de inefetividade que culmina em um arriscado descrédito por parte das sociedades organizadas por elas.

Surge daí a importância de identificar-se, para além dos meios tradicionais de pressão política (como os protestos e o *lobby*),³¹ os mecanismos que estariam à disposição da sociedade para retirar o Estado da sua posição de inércia na transformação social. Como seria possível exigir a formulação e implementação das políticas públicas necessárias à concretização de direitos sociais de baixa densidade normativa, já que não se reconhece o direito público subjetivo individual à sua imediata fruição?

3 Do direito subjetivo individual à pretensão metaindividual de políticas públicas: uma mudança de foco necessária

Uma das críticas à teoria dos direitos fundamentais de Georg Jellinek é o fato de não incorporar adequadamente os chamados *novos direitos* de índole transindividual, neles incluídos muitos dos direitos sociais prestacionais, por não reconhecer a titularidade coletiva ou difusa dos direitos fundamentais.³²

Esta lacuna faz emergir um delicado problema inexistente nos demais direitos fundamentais: “a impossibilidade de determinar o que cada titular do direito pode fazer ou exigir em determinadas circunstâncias concretas”.³³

Ingo Wolfgang Sarlet adverte que todos os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, inclusive os não elencados em seu Título II, são

³¹ VIEIRA, Luciano Pereira; REMEDIO, José Antonio. Os novos movimentos sociais e os direitos humanos: a utilização da legal opportunity como estratégia para mudanças político-culturais contramajoritárias. *Revista da Advocacia-Geral da União*, Brasília, n. 39, p. 201-224, jan./mar. 2014.

³² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 60-62, *passim*.

³³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 128.

“direitos de titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva”.³⁴ Assim, sustenta a justiciabilidade (ou judicialização) dos direitos sociais pelos indivíduos como direitos subjetivos, sem prejuízo das tutelas jurisdicionais advindas de demandas coletivas.³⁵

Por isso, Sarlet critica aqueles que negam a natureza de direitos subjetivos aos direitos sociais e recusam a possibilidade de judicialização das políticas públicas por meio de demandas individuais. Para ele, os direitos sociais estão sempre compreendidos numa simultânea dimensão individual/coletiva.³⁶

Em termos de direito constitucional positivo brasileiro, entretanto, há direitos fundamentais sociais classificáveis como *derivados à prestação*, os quais, na ausência de normas instituidoras de políticas públicas, perdem o caráter de direitos subjetivos e inviabilizam a própria tutela jurisdicional por demandas individuais.

José Reinaldo de Lima Lopes recorda que os direitos sociais nem sempre são fruíveis *individualmente*, pois, *em regra*, sua eficácia está condicionada à atuação concretizadora dos poderes Executivo e Legislativo. Além disso, nem todos são exercíveis exclusivamente em face do Estado (como é o caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado).³⁷

Lopes destaca, ainda, que isso não significa que “juridicamente não possam, em determinadas circunstâncias, ser exigidos como se exigem judicialmente outros direitos subjetivos”.³⁸ Os instrumentos processuais, todavia, são distintos.

Em se tratando de direitos sociais derivados à prestação com baixa densidade normativa, a ausência de lei ou ato administrativo que especifique seu conteúdo e os modos de satisfação da prestação inadimplida tornam inadequada a tutela pela dimensão individual. Além de gerar situação de desigualdade para com aqueles cidadãos que não integram a lide – mesmo estes se encontrando sob a mesma situação jurídica –, a tutela individualizada é incapaz de equacionar o problema constitucional de modo global e definitivo.

Exemplos típicos dessas dificuldades seriam o direito à moradia e o direito ao trabalho e emprego individualmente considerados. Uma sentença teria o condão

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição: contributo para uma leitura constitucionalmente adequada. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 1, p. 631-680, 2003.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 217.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 217. No mesmo sentido: PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*: elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007. p. 72 e ss.

³⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 113-143.

³⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 129.

de conceder um lar a um sem-teto invocando, diretamente do art. 6º do texto constitucional, o direito fundamental à moradia? Teria condições de assegurar emprego a um desempregado em situações econômicas precárias apenas com base no art. 7º da Constituição Federal?

Embora desejável fosse, certamente, isso não pode ocorrer, sob pena de total ineficácia da medida judicial e descrédito do Poder Judiciário, não só por ausência de amparo normativo, mas também pela inexistência de suporte material para assegurar, em definitivo, o mesmo direito a todas as demais pessoas nas mesmas condições fáticas e jurídicas.

Por outro lado, os direitos sociais derivados à prestação revelam aptidão de serem adjudicados judicialmente quando analisados pela dimensão metaindividual (ou coletiva *lato sensu*). Para tanto, apenas os instrumentos processuais de tutela coletiva mostram-se viáveis, seja para meramente constituir em mora os poderes públicos, seja para suplantar a falta de norma regulamentadora por meio de sentença aditiva de perfil normativo.³⁹

Nesse caso, não se estaria diante de mero ativismo judicial nem de hipótese configuradora do malferimento do preceito basilar da tripartição dos poderes ou de desbordamento dos limites da “reserva do possível”, mas sim de legítima *judicialização da política pública* capaz de ensejar a concretização dos direitos sociais de baixa densidade normativa, nos estritos limites delineados na Constituição Federal.

Da mesma maneira que não é adequado confundir direitos sociais com políticas públicas, é preciso não se olvidar que, ante a baixa densidade normativa de muitos deles, será mesmo a formulação e a implementação de políticas públicas que terão o condão de materializá-los após sua positivação no texto constitucional, o que ordinariamente ocorre por atos formais de origem legal ou infralegal.

Portanto, são os instrumentos processuais de tutela coletiva *lato sensu* o caminho mais adequado para satisfazer a pretensão metaindividual a políticas públicas. Afora essas hipóteses, o que se tem é uma *promessa constitucional* que, embora dotada de eficácia mínima e vinculante para o legislador, está destituída de concreitude na realidade fática e impossibilitada de imediata exigibilidade judicial no plano individual.⁴⁰

Evidentemente, a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não pode ser reduzida apenas a um “apelo ao legislador”, porquanto “existe

³⁹ José Adércio Leite Sampaio preleciona que as sentenças normativas são “aqueles pronunciamentos judiciais que importam a criação de norma jurídica de caráter geral e vinculante”, as quais podem ser classificadas em a) sentenças interpretativas ou de interpretação conforme a Constituição; b) aditivas; c) aditivas de princípio; e d) substitutivas (SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 208-217).

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 295.

uma verdadeira *imposição constitucional*, legitimadora, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos”.⁴¹

Tal imposição constitucional à transformação social exige, entretanto, a construção de mecanismos operacionais e institucionais que permitam a consecução material desses direitos. Esses mecanismos, conforme visto nos tópicos anteriores, são idealizados, esquematizados e operacionalizados por meio da elaboração de *políticas públicas*, seja por meio do Poder Legislativo (instrumentos legais), seja por meio de atos do Poder Executivo (instrumentos infralegais).

Não se pode descurar da possibilidade *excepcional* de intervenção judicial para suprir, direta ou indiretamente, políticas públicas no plano coletivo *lato sensu*, conforme já manifestado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 45, ocasião em que a Corte manifestou a pertinência de ocupar o espaço deixado por uma “injustificável inércia estatal” ou pelo “abusivo comportamento governamental”.⁴²

Com efeito, o raciocínio da Corte Maior aponta para o reconhecimento de que os direitos econômicos, sociais e culturais, notadamente os derivados à prestação com baixa densidade normativa, impõem ao legislador e ao administrador público a obrigação de prever e adotar políticas públicas conformadoras desses direitos.

Entretanto, esse dever estatal não configura um direito subjetivo do cidadão,⁴³ mas sim uma *pretensão metaindividual a políticas públicas*, cuja omissão ou má prestação estatal autoriza as pessoas legitimadas constitucionalmente a exigí-las perante o Poder Judiciário,⁴⁴ mediante o uso de *instrumentos processuais de tutela coletiva*, como a ação civil pública, o mandado de injunção coletivo, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, o mandado de segurança coletivo e a ação direta de inconstitucionalidade (por ação ou omissão).

Segundo Peter Häberle, no Estado prestacional o aspecto jurídico-material dos direitos básicos é reforçado pela “inclusão de procedimentos mais precisos”, vale dizer, de uma “reserva processual de prestações”, as quais podem ser compreendidas

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 478.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF, Decisão Monocrática, Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, 29 abr. 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 12-13, 4 maio 2004.

⁴³ Exceto quando ele está previsto expressamente na própria Constituição (*vide* nota 22 *supra*).

⁴⁴ É o que se infere, por exemplo, do rol taxativo do art. 103 da Constituição da República de 1988 quanto à ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental, bem como quanto ao rol dos legitimados para a propositura da ação civil pública, previsto no art. 5º da Lei nº 7.347/1985. Além desses exemplos, acresçam-se os legitimados para a impetração do mandado de injunção coletivo, já que o inc. LXX do art. 5º, da CF/1988, aplicável por extensão, traz um rol bastante restrito de entes legitimados.

como a “multiplicidade de relações jurídicas prestacionais de planejamento, direção, fomento e direcionamento”.⁴⁵

Em síntese, de acordo com o referido autor, “a reserva de lei se converte em reserva de procedimento”, porquanto os direitos fundamentais são concretizados procedimentalmente, mediante o estabelecimento de competências bastante concretas e pela participação ativa do cidadão nos procedimentos públicos de decisão e prestação (*status activus processualis*).⁴⁶

É a dimensão objetiva que “permite a atribuição de efeitos jurídicos concretos mesmo àquelas normas consagradoras de direitos fundamentais que, pela sua natureza, carecem de integração legislativa para criação de direitos subjetivos fruíveis pelos seus titulares”.⁴⁷

Em outras palavras, a eleição pelo poder constituinte dos direitos sociais que serão consagrados no texto constitucional representa o estabelecimento, ainda que parcial, de uma tábua de valores constitucionais a serem observados, com fidelidade, pelos poderes constituídos, naquilo que a doutrina denominou *eficácia irradiante* dos direitos fundamentais, já que “fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional”.⁴⁸

Nessa perspectiva hermenêutica, o simples fato de uma norma de direito fundamental não gerar diretamente do texto constitucional direitos subjetivos não lhe retira a eficácia de ensejar o direito à existência de políticas públicas que estabeleçam, *ainda que de modo mediato*, as condições materiais, diretas e indiretas, necessárias à sua fruição.

De acordo com José Reinaldo de Lima Lopes, “os *novos* direitos sociais, espalhados pelo texto constitucional, diferem em natureza dos antigos direitos subjetivos”, não por serem, muitos deles, coletivos *lato sensu*, mas por “exigirem remédios distintos” para serem exigidos judicialmente.⁴⁹

Em suma, não cuidam esses direitos de conservar uma situação de fato já existente, senão de criar situações que favorecem a sua fruição. São “direitos à

⁴⁵ HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución*: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Madrid: Tecnos, 2002. p. 197-198.

⁴⁶ HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución*: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Madrid: Tecnos, 2002. p. 197-198.

⁴⁷ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 255 (grifos nossos).

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 310.

⁴⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 127.

procura de um autor”,⁵⁰ razão pela qual os instrumentos processuais de índole individualista não são suficientes, no mais das vezes, para assegurá-los.

Conclusão

Miguel Reale sustentava ser inconcebível a previsão abstrata de um direito sem que se pudesse imaginar sua concretização em algum momento da vida, alegando que uma “norma de direito que enuncia uma *possibilidade de fazer ou de pretender algo*, sem que jamais surja o momento de sua concretização na vida dos indivíduos e dos grupos como *ação ou pretensão concretas*, é uma contradição em termos”.⁵¹

É nesse contexto que insistimos em falar na existência de uma *pretensão metaindividual* a políticas públicas quando se trata de direitos sociais derivados de baixa densidade normativa. Afinal, nenhuma norma jurídica, sobretudo a de índole constitucional, deve ser compreendida como um mero enunciado descritivo ou de ordem puramente formal.

Toda Constituição está impregnada de valores e, por isso, deve irradiá-los por todo o sistema jurídico, orientando a atuação dos indivíduos, da sociedade e do próprio Estado. O suporte a essa tese não será, todavia, um *direito subjetivo à norma*. Será uma hipotética *pretensão metaindividual à norma*, mediante o estabelecimento de políticas públicas, como consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Por isso, a conclusão de que não há um direito público subjetivo a direitos sociais de baixa densidade normativa no Brasil não exclui o acerto da afirmação de que há uma pretensão metaindividual à existência de políticas públicas para a efetivação deles.

Entendimento contrário permitiria a ilação de que muitas das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais derivados à prestação, como é o caso do ensino superior, da moradia, da alimentação, do lazer, entre outros, são meras promessas inconsequentes do constituinte, estando ao mero alvedrio do legislador e do Poder Executivo a sua efetivação.

Seria, em outras palavras, esvaziar a força normativa da Constituição,⁵² dando ensejo inclusive à desconstrução de sua função simbólica,⁵³ já que não se pode

⁵⁰ José Reinaldo de Lima Lopes, nessa passagem, parafraseia o dramaturgo italiano Luigi Pirandello, autor da mundialmente conhecida peça de teatro *Seis personagens à procura de um autor*, de 1921 (cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 129).

⁵¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 261.

⁵² Cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

⁵³ A desconstrução constitucional é, segundo sustentamos, o fenômeno que simboliza o momento pré-ruptura de um ordenamento jurídico-constitucional pela perda ou esvaziamento da força normativa da Constituição, ante a desfiguração desta como símbolo fundante de seu povo. É o momento no qual o texto

olvidar que “os direitos sociais constituem ‘compromissos constitutivos’ (*constitutive commitments*)⁵⁴ dos cidadãos expressos em ‘decisões políticas fundamentais’ na Constituição, que não é apenas a Constituição do Estado, mas a Constituição do Estado e da Sociedade”.⁵⁵

Mas a solução que o próprio sistema jurídico assegura para o eventual vazio deixado pelo legislador e pelo Poder Executivo é a utilização dos instrumentos processuais *de tutela coletiva lato sensu*, que permitem a efetividade de tais direitos de modo racional e democrático, e não as ações de índole subjetiva.

Conforme já ressaltou Luís Roberto Barroso, as tutelas coletivas exigem naturalmente “um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas, o que em regra não ocorre, até por sua inviabilidade, no contexto de ações individuais”. Por isso, possibilitam ao Poder Público trabalhar com “uma ideia mais realista de quais as dimensões da necessidade”, e planejar a sua atuação “evitando o desperdício de recursos públicos e procurando estruturar seus serviços com a máxima eficiência”.⁵⁶

Enquanto no *direito subjetivo* o quadro desenhado pelo direito objetivo pode ser garantidamente exigido pelo seu titular junto a quem tem o dever jurídico de prestá-lo, na *pretensão metaindividual à normação* o que se vislumbra é uma situação que varia entre a hipótese abstratamente considerada (nas situações de baixíssima densidade normativa) até a de *quase direito subjetivo* (nos casos de densidade normativa quase suficiente).⁵⁷

Em ambas as situações há uma legítima pretensão social (ou um legítimo *interesse*) de que ocorra a conexão entre o modelo normativo e a experiência concreta, dando ensejo ao nascimento de direitos subjetivos. Mas é a pretensão

e a norma constitucionais estão demasiadamente apartados entre si, afetando diretamente a segurança jurídica (VIEIRA, Luciano Pereira. Desconstrução constitucional: uma revisitação aos processos informais de mudança da Constituição. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 99-118, ago. 2012. p. 113).

⁵⁴ Cass Robert Sunstein distingue direitos constitucionais (*constitutional rights*) de compromissos constitutivos da nação (*constitutive commitments*). Segundo esse jurista, alguns direitos constitucionais são assim considerados por estarem previstos no “documento fundamental”, ou seja, na Constituição. Outros direitos, porém, não são mencionados expressamente na Constituição, “mas são considerados como abarcados pelos termos da Constituição” (compromissos constitutivos). Neste último caso, ainda segundo Sunstein, esses direitos são “genuinamente constitutivos no sentido de que ajudam criar, ou constituir, os valores básicos de uma sociedade”. São também compromissos “no sentido de que se espera que tenham uma certa estabilidade no tempo” (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 1999. p. 61-62).

⁵⁵ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 213.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Jurisprudência Mineira*, Belo Horizonte, n. 188, p. 29-60, jan./mar. 2009. p. 48-49.

⁵⁷ Acerca da gradação da tutela jurídica a partir da análise da eficácia das normas, José Afonso da Silva adverte que a tutela será “tanto mais intensa quanto mais completa for a eficácia da norma constitucional, tratando-se situações subjetivas de vantagem” (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 171).

metaindividual de políticas públicas que prestigia, com maior extensão e qualidade, os valores constitucionais mais caros da nossa sociedade, em especial o princípio da isonomia.

Referências

AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Jurisprudência Mineira*, Belo Horizonte, n. 188, p. 29-60, jan./mar. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. ed. São Paulo: Renovar, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.041.197/MS, Segunda Turma, 25 ago. 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, n. 440, 16 set. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF, Decisão Monocrática, Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, 29 abr. 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 12-13, 4 maio 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org.). *Política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 7. ed. Madrid: Trotta, 2010.
- GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 1999.
- HOWLETT; Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. *Política pública: seus ciclos e subsistemas – Uma abordagem integral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LERNER, Daniel; LASSWELL, Harold D. *The policy sciences*. Stanford: Stanford University, 1965.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PIACENTIN, Antonio Isidoro. *Os direitos políticos nas constituições dos países do Mercosul à luz do direito internacional dos direitos humanos*. 2006. 296 p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.
- PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007.
- QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- REMEDIO, José Antonio; REMEDIO, Davi Pereira. Direitos fundamentais difusos e coletivos e equidade. In: KIM, Richard Paulo Pae; BARROS, Sérgio Resende de; KOSAKA, Fausto Kozo Matsumoto (Coord.). *Direitos fundamentais difusos e coletivos: questões sobre a fundamentalidade*. São Paulo: Verbatim, 2012.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição: contributo para uma leitura constitucionalmente adequada. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 1, p. 631-680, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SCHMIDT, João Pedro. Gestão de políticas públicas: elementos de um modelo pós-burocrático e pós-gerencialista. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.

SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SILVA, Christian Luiz da; BASSI, Nadia Solange Schmidt. Políticas públicas e desenvolvimento local. In: SILVA, Christian Luiz da (Org.). *Políticas públicas e desenvolvimento local: instrumentos e proposições de análise para o Brasil*. Petrópolis: Vozes, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SUNSTEIN, Cass R. *The second Bill of Rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever*. New York: Basic Books, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VIEIRA, Luciano Pereira. Desconstrução constitucional: uma revisitação aos processos informais de mudança da Constituição. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 99-118, ago. 2012.

VIEIRA, Luciano Pereira. Do direito metaindividual a políticas públicas de promoção do ensino superior no Brasil. In: SANTOS, Bruno Grego; BERNARDO, Leandro Ferreira; FRACALLOSSI, William. *Temas avançados da Advocacia Pública*. Maringá: Vivens, 2013.

VIEIRA, Luciano Pereira. Judicialização de políticas públicas na área de saúde: há um direito fundamental ao fornecimento de medicamentos experimentais no Brasil? *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 12, n. 22, p. 91-110, jan./jun. 2012.

VIEIRA, Luciano Pereira; REMEDIO, José Antonio. Os novos movimentos sociais e os direitos humanos: a utilização da legal opportunity como estratégia para mudanças político-culturais contramajoritárias. *Revista da Advocacia-Geral da União*, Brasília, n. 39, p. 201-224, jan./mar. 2014.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

VIEIRA, Luciano Pereira; FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. Adjudicação judicial de direitos sociais: do necessário deslocamento do eixo dos direitos públicos subjetivos para a pretensão metaindividual a políticas públicas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 253-272, abr./jun. 2021. DOI: 10.21056/aec.v21i84.1356.
