



# OS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PRESTAÇÕES POSITIVAS E O TESTE DA PROPORCIONALIDADE

*Anizio Pires Gaviao Filho<sup>1</sup>,  
Ana Luiza Liz dos Santos<sup>2</sup>*

## RESUMO

O presente estudo trata dos direitos fundamentais a prestações positivas e o teste da proporcionalidade, realizado com o método de abordagem dedutivo e técnica de pesquisa jurisprudencial e bibliográfica. O objetivo geral é analisar as especificidades dos direitos fundamentais a prestações positivas e as medidas de sua exigibilidade. Como objetivos específicos, tem-se: o estudo da origem, do conceito, da natureza jurídica e das espécies de direitos fundamentais a prestações positivas; a análise dos direitos sociais, que são os direitos a prestações positivas em sentido estrito; o estudo dos problemas que decorrem dos direitos a prestações positivas, com ênfase no problema da competência; e a análise da aplicação do teste da proporcionalidade na colisão dos direitos fundamentais a prestações positivas com outros direitos fundamentais. A conclusão é que, no Brasil, os direitos a prestações positivas são considerados direitos fundamentais subjetivos, passíveis de exigibilidade, bem como que, sendo princípios materiais, são mandamentos de otimização e devem ser realizados na maior medida possível.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais sociais. Justiciabilidade. Teste da Proporcionalidade. Ponderação de princípios.

## THE FUNDAMENTAL RIGHTS TO POSITIVE PROVISIONS AND THE PROPORTIONALITY TEST

### ABSTRACT

This study deals with the fundamental rights to positive actions and the proportionality test, carried out using the deductive and technical method of jurisprudential and bibliographic research. The general objective is to analyse the specificities of fundamental rights to positive actions and the measure of their enforceability. As specific objectives, it have: the study of the origin, the concept, the legal nature and the types of fundamental rights to positive actions; the analysis of fundamental social rights, which are rights to positive actions in the strict sense; the study of the problems arising from the rights to positive actions, with emphasis on the problem of competence; and the analysis of the application of the test of proportionality in the collision

<sup>1</sup>Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (1985), Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2004) e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2010). Professor Titular Coordenador PPGD -Mestrado Acadêmico - da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Professor Coordenador do Projeto de Pesquisa Colisão de direitos fundamentais e argumentação jurídica do PPGD/FMP.

<sup>2</sup>Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (FMP-RS). Especialista em Proteção de Dados: LGPD e GDPR - Curso Binacional com dupla titulação (FMP-RS e Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa). Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC).

of fundamental rights. The conclusion is that, in Brazil, the rights to positive actions are considered subjective fundamental rights, subject to enforceability, as well as that, being material principles; they are commandments of optimization and must be realized to the greatest extent as possible.

**KEYWORDS:** Fundamental social rights; Proportionality Test; Balancing of principles.

## INTRODUÇÃO

A presente investigação tem por objeto a judicialização dos direitos fundamentais sociais, que demandam prestações estatais positivas fáticas e normativas. Judicialização dos direitos fundamentais não poucas vezes é identificada com politização da jurisdição na medida em que a determinação judicial de prestações positivas estatais pode ser identificada com o estabelecimento e implementação de políticas públicas, tarefas da legislação e da administração executiva.

Essa investigação se justifica pelo seu interesse tanto teórico como prático. Muitos são os estudos que buscam alcançar cientificidade às discussões sobre a judicialização dos direitos fundamentais sociais e igualmente muitas são as decisões dos juízes e tribunais que podem ser tomadas como casos de jurisdicização que assuntos políticos. As divergências são intensas. No âmbito da prática judicial dos tribunais, um número expressivo de decisões diz que a implementação de políticas públicas é uma atividade de competência do Poder Executivo. Por outro lado, igualmente, muitas decisões reconhecem à atividade jurisdicional a competência e legitimidade para a concretização de políticas públicas.

Os direitos fundamentais sociais como direitos a prestações estatais positivos estão positivados na Constituição Federal de 1988 e, por isso, vinculantes para a legislação, administração e jurisdição. Cuida-se de vinculação jurídica e, por isso, obrigação jurídica que significa o reconhecimento de direitos e deveres jurídicos. A formulação amplamente aceita é a de que as normas de direitos fundamentais, e assim também as normas de direitos fundamentais sociais, configuram um amplo escopo de proteção, cujo resultado é a configuração de um conjunto de posições jurídicas definitivas e *prima facie*, cuja exigibilidade judicial definitiva depende de otimização em comparação com outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

Mas, por outro lado, igualmente acha-se formulado que as normas de direitos fundamentais sociais não configuram posições jurídicas passíveis de exigibilidade judicial definitiva, mas tão somente determinações de objetivos estatais dirigidos à legislação e à administração. A partir dessa formulação, por exemplo, afirma-se que as ações materiais de concretização dos direitos fundamentais a prestações em sentido estrito se acham integralmente inseridas na margem de apreciação discricionária da legislação e administração.

O problema se coloca quando os casos de omissões do Poder Executivo nas áreas da saúde, trabalho, educação, habitação, segurança e meio ambiente, configuram violação de direitos fundamentais sociais. A questão central é determinar o papel da jurisdição nos casos em que a inércia da legislação e da administração representa violações de posições jurídicas fundamentais dos direitos fundamentais sociais, inclusive atingindo os casos de violação do mínimo existencial. Os juízes e tribunais estão

constitucionalmente autorizados, no marco da ordenação constitucional da Constituição Federal de 1988, a determinarem à administração a concretização de prestações materiais estatais, independentemente do decidido pela legislação, de sua capacidade e expertise para conhecer sobre o assunto e do custo da prestação material?

A fim de responder e contribuir com algumas reflexões sobre essa temática, esta investigação, com base método de pesquisa bibliográfica comparativa, será assim desenvolvida. Inicialmente, serão apresentadas formulações gerais sobre os direitos fundamentais sociais, notadamente, origem, natureza e tipos. Em seguida, serão apresentadas anotações sobre as especificidades dos direitos fundamentais sociais. Na sequência, a discussão será encaminhada à discussão dos problemas que decorrem dos direitos fundamentais sócias a prestações positivas, especificamente os problemas da justificação, do conteúdo, da estrutura e da competência, com ênfase especial a este último. Finalmente, será dado fechamento como a apresentação do teste da proporcionalidade como critério racional para justificar a superação das objeções levantadas contra a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais.

O que se pretende deixar provado é que o reconhecimento de direitos definitivos passíveis de exigibilidade judicial depende da satisfação das exigências das regras do teste da proporcionalidade.

## 1. FUNDAMENTOS, NATUREZA E TIPOLOGIA

Os direitos fundamentais das primeiras constituições escritas, decorrentes do pensamento liberal-burguês do século XVIII, foram caracterizados por um perfil extremamente individualista, “concebidos como direitos do indivíduo perante o Estado, mais especificamente, como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder” (SARLET, 2018, p. 318). Nesse cenário, assumem papel de destaque os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade, que são os chamados direitos de primeira geração.

No decorrer do século XIX, diante do impacto da industrialização e dos graves problemas sociais e econômicos dela decorrentes, restou constatado que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava uma garantia de seu efetivo gozo, o que gerou um abrangente movimento de reivindicação de reconhecimento progressivo de direitos, a partir da atribuição de um comportamento ativo do Estado na realização da justiça social (SARLET, 2017, p. 319). Nesse contexto, surgiu a necessidade de reconhecer o papel duplo do Estado em relação aos direitos fundamentais: de um lado, evitar qualquer limitação a esses direitos; de outro lado, proteger esses direitos (BARAK, 2012, p. 422).

A partir da origem dos primeiros direitos fundamentais e, na sequência, com o advento do Estado Social e o surgimento dos direitos sociais e econômicos, ganhou importância a teoria do *status* de Georg Jellinek (1912) segundo a qual, conforme Robert Alexy (2017, p. 255), a concepção de *status* pressupõe uma forma de relação entre o cidadão e o Estado. Nesse sentido, é no *status* negativo, na esfera individual de liberdade, que os fins estritamente individuais encontram a sua satisfação por meio da livre ação do indivíduo, e é por isso que se diz que o *status* negativo é formado por uma

esfera individual de liberdade (ALEXY, 2017, p. 258). O *status* positivo, por sua vez, para Jellinek, surge em exata oposição ao *status* negativo e, portanto, ocorre quando o Estado reconhece capacidade jurídica para o indivíduo recorrer à estrutura do próprio Estado (ALEXY, 2017, p. 263-264).

Um dos principais problemas da teoria do *status* de Jellinek relaciona-se com os direitos de defesa (ou, em suas palavras, direito ao não-embaraço), pois eles não conseguem ser adequadamente inseridos em nenhum dos dois *status*. Para Alexy (2017, p. 266-267), tal dilema é consequência da natureza relativamente embrionária da teoria de Jellinek, mas pode ser resolvido a partir da teoria das posições jurídicas fundamentais, “por meio da divisão dos *status* negativo e positivo em *status* negativo e positivo em sentido estrito e amplo”.

O *status* negativo em sentido estrito representa a ideia original de Jellinek, ou seja, relaciona-se exclusivamente com as liberdades jurídicas não-protégidas; os *status* negativo em sentido amplo, por sua vez, representa justamente os direitos de defesa, que são os direitos a ações negativas do Estado que, por consequência, protegem o *status* negativo em sentido estrito. Com relação ao *status* positivo, o sentido amplo abrange tanto os direitos a ações positivas, quanto a ações negativas, ao passo que ao sentido estrito pertencem apenas os direitos a ações positivas (ALEXY, 2017, p. 267).

Em que pese seu caráter rudimentar, não se pode desconsiderar que a teoria de Jellinek foi elaborada no século XX, em um momento de descrédito da ciência jurídica alemã na teoria dos direitos naturais e, diante do contexto histórico, representou um marco teórico fundamental para a problemática da época. Ademais, a atualidade da teoria do *status* e Jellinek justifica-se uma vez que serve de fundamento para a classificação dos direitos fundamentais (GAVIÃO FILHO, 2007, p. 41).

Superada breve exposição da teoria do *status* de Georg Jellinek, bem como a apresentação dos necessários acréscimos atribuídos à teoria por Robert Alexy, é possível adentrar especificamente no estudo dos direitos a prestações positivas.

Direitos a prestações em sentido amplo são todos aqueles direitos que correspondem a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado. Por suas características, é possível que, em um primeiro momento, a expressão “direito a prestações” seja associada exclusivamente com a ideia de prestações fáticas, ou seja, um direito a algo que o titular poderia obter de outras pessoas privadas se houvesse no mercado uma oferta suficiente e se houvesse meios financeiros suficientes. No entanto, existem substanciais motivos para que o conceito de direitos a prestações seja estendido para além das prestações fáticas, alcançando também as prestações normativas, como, por exemplo, a proteção por normas de direito penal ou a criação de normas organizacionais e de procedimento (ALEXY, 2017, p. 442).

Um dos principais motivos para o reconhecimento dos direitos a prestações como abrangendo também prestações normativas está no fato de que os direitos sociais – que serão abordados na sequência e são tidos como os direitos a prestações por excelência – possuem um feixe de posições que compreendem tanto prestações fáticas quanto prestações normativas.

Uma situação bastante exemplificativa é a relacionada ao direito ao meio ambiente: abstenção do Estado em determinadas intervenções (direito de defesa); direito

que o titular do direito fundamental tem de ser incluído, pelo Estado, nos procedimentos relevantes para o meio ambiente (direito a procedimentos); direito a que o Estado proteja o titular do direito fundamental contra intervenções que possam ser lesivas ao meio ambiente (direito e proteção); e direito a que o próprio Estado adote medidas que sejam benéficas ao meio ambiente (direito a prestação fática).

Esse cenário demonstra que o direito fundamental ao ambiente é configurado a partir de um conjunto de posições jurídicas que, por um lado, aponta para a direção das prestações fáticas e, por outro lado, para a direção das prestações normativas (GAVIÃO FILHO, 2005, p. 143).

Outro motivo está relacionado com o fato de que os direitos a prestações positivas possuem problemas que outros direitos não enfrentam. Esta situação decorre principalmente do fato de que, em certa medida, os direitos a ações positivas impõem ao Estado a busca de alguns objetivos e, por isso, “todos os direitos a ações positivas suscitam o problema de saber se e em que medida a persecução de objetivos estatais pode e deve estar vinculada a direitos constitucionais subjetivos dos cidadãos” (ALEXY, 2017, p. 444). Nesse contexto, para as constituições que submetem os direitos fundamentais a um amplo sistema de controle de constitucionalidade, esse dilema corresponde, essencialmente, ao problema da competência e da separação dos poderes.

Uma vez considerando os direitos a prestações como decorrentes de prestações fáticas e normativas, na concepção de Robert Alexy (2017, p. 445), tem-se que os direitos dessa natureza podem ser considerados direitos a prestações somente se forem direitos subjetivos e de nível constitucional. A partir de então, enquanto direitos subjetivos, todos os direitos a prestações consistem em relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva. Ademais, sempre que houver uma relação constitucional nesses moldes, o titular do direito fundamental terá competência para exigir judicialmente esse direito. Por decorrência da sua exigibilidade, os direitos a prestações adquirem caráter *prima facie*, ou seja, são mandamentos de otimização e, por isso, possuem natureza de princípio.

Os direitos a prestações em sentido amplo, ou seja, que envolvem tanto prestações fáticas, quanto prestações normativas, podem ser divididos em três grupos: direitos a proteção, direitos a organização e procedimento, e direitos a prestação em sentido estrito.

Um direito a proteção consiste no direito que o titular de direitos fundamentais possui em face do Estado, para que ele o proteja contra intervenções de terceiros, ou seja, são os direitos constitucionais a que o Estado configure e aplique a ordem jurídica de uma determinada maneira, relativamente aos sujeitos de direito que têm igual hierarquia entre si (ALEXY, 2017, p. 451). O objeto a ser protegido por esta modalidade de direito pode variar, uma vez que engloba tudo que seja digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais. No mesmo sentido, as formas de proteção destes direitos também são variadas, podendo ocorrer, por exemplo, por meio de normas de direito penal, normas de responsabilidade civil, normas de direito processual, dentre outras.

É possível que surja o questionamento acerca da relação existente entre os direitos a proteção e os direitos de defesa do tipo clássico. Apesar de ser correto afirmar que um

direito a proteção diz respeito a uma defesa, não é possível extrair outros pontos comuns entre ambos (ALEXY, 2017, p. 456). Isso porque, enquanto os direitos a proteção consistem em um direito a que o Estado zele para que terceiros deixem de intervir, os direitos de defesa consistem nos direitos que os titulares possuem em face do Estado, para que ele (Estado) se abstenha de intervir.

No que tange aos direitos a organização e procedimento, antes de sua especificação, necessário se faz a definição e a delimitação do termo “organização e procedimento”. Primeiramente, deve-se definir se o termo envolve apenas um complexo integrado de direitos, ou se combina dois complexos distintos e independentes – “direitos a organização” e “direitos a procedimento”. Na concepção de Robert Alexy (2017, p. 472), as distinções que têm sido feitas não alcançam propriamente os dois conceitos, mas sim outros pontos de vista diversificados, o que faz com que a utilização das expressões não siga um critério técnico.

Um dos fatores responsáveis pela ausência de técnica é a extensão do alcance do conceito, ou seja, questões significativamente diferentes são aglutinadas por compartilharem a similaridade de uma ideia de procedimento. Procedimentos são sistemas de regras e/ou princípios para que seja alcançado um resultado e, portanto, “as normas de organização e procedimento devem ser criadas de forma a que o resultado seja, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, conforme aos direitos fundamentais” (ALEXY, 2017, p. 473).

Outro debate que surge por decorrência dos direitos a organização e procedimento está em saber se são efetivamente direitos a ações positivas do Estado, ou se, porventura, devem ser considerados como pertencentes a um *status* negativo. Isso porque, a ideia de que as posições jurídicas procedimentais existem e não devem ser eliminadas sem compensação ou, ainda, não devem ser pura e simplesmente eliminadas, é verdadeira. No mesmo sentido, é também verdadeira a ideia de que essa proibição é decorrente de um *status* negativo e não atuação do Estado. No entanto, o direito a procedimento é, em sua essência, o “direito a que exista algo para cuja criação sejam necessárias ações positivas, ou seja, o direito hipotético à realização tem primazia em face do direito à não-eliminação” (ALEXY, 2017, p. 478).

Os direitos a prestação em sentido estrito, por sua vez, são os direitos que os indivíduos possuem em face do Estado a algo que, se houvesse uma oferta suficiente no mercado e se ele (indivíduo) dispusesse de meios financeiros suficientes, poderia obter de forma particular. A partir desta ideia, quando se fala em direitos fundamentais sociais, quer-se, em primeiro lugar, fazer referência aos direitos a prestação em sentido estrito.

Por decorrência da sua importância, complexidade, e extensão de seu estudo, o próximo capítulo será dedicado exclusivamente ao estudo dos direitos a prestação em sentido estrito.

## 2. DIREITOS A PRESTAÇÃO EM SENTIDO ESTRITO: OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS A PRESTAÇÕES MATERIAIS

A Constituição Federal de 1988 foi generosa no que tange à positivação de direitos e garantias fundamentais e, seguindo essa linha, dedicou o Capítulo II, do Título II aos

direitos sociais. Os direitos sociais básicos, previstos no art. 6º do texto constitucional, são inseridos num contexto amplo no plano constitucional, inclusive porque o Preâmbulo “já evidencia o forte compromisso com a justiça social, comprometimento este reforçado pelos princípios fundamentais elencados no Título I da CF, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), positivada como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito” (SARLET, 2018, p. 610).

Necessário referenciar que os direitos sociais não se resumem ao rol do art. 6º da Constituição Federal. Isso porque, em sendo considerados como direitos fundamentais, sofrem a incidência do § 2º do art. 5º da CF, que dispõe que os direitos expressamente positivados não excluem outros decorrentes do regime constitucional e dos princípios por ele adotados, bem como dos tratados internacionais que o Brasil seja signatário. Ressalta-se, portanto, que, sob o conceito genérico de “direitos sociais”, a Constituição Federal abrange uma gama extensa e variada de direitos fundamentais que, a partir de uma perspectiva ampla que integra o Título II com as demais partes do texto constitucional, correspondem aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (SARLET, 2018, p. 617-618).

A positivação de um direito fundamental – no sentido de direito positivo a nível constitucional – é considerada apenas um lado dos direitos fundamentais, isto é, seu lado real ou fático. Para além deste aspecto, também possuem uma dimensão ideal, a qual desempenha um papel decisivo na interpretação dos direitos fundamentais (ALEXY, 2015, p. 168). A ideia de dignidade humana está intimamente ligada com o conceito de direitos humanos, uma vez que a dignidade humana implica direitos humanos.

A partir do olhar da previsão expressa no texto constitucional, os direitos sociais foram efetivamente positivados como direitos fundamentais. No entanto, não se pode deixar de mencionar que a doutrina e a jurisprudência registram certa divergência acerca da fundamentalidade dos direitos sociais. Em verdade, tal discordância pode ser detectada em diversos sistemas constitucionais ao redor do mundo.

Robert Alexy (2017, p. 499-500) destaca que a diferenciação entre os direitos a prestações expressamente garantidos pelo texto constitucional e os direitos a prestações atribuídos por meio de interpretação é de extrema relevância. Nesse sentido, do ponto de vista teórico-estrutural, os direitos sociais podem ser diferenciados com base em três critérios, o que resulta em oito normas de estrutura significativamente diversa, quais sejam: (1) normas vinculantes que outorgam direitos subjetivos definitivos; (2) normas vinculantes que outorgam direitos subjetivos *prima facie*; (3) normas vinculantes que outorgam direitos objetivos definitivos; (4) normas vinculantes que outorgam direitos objetivos *prima facie*; (5) normas não-vinculantes que outorgam direitos subjetivos definitivos; (6) normas não-vinculantes que outorgam direitos subjetivos *prima facie*; (7) normas não-vinculantes que outorgam direitos objetivos definitivos; e (8) normas não-vinculantes que outorgam direitos objetivos *prima facie*.

A partir deste cenário, quando os direitos sociais operam como direitos subjetivos, tornam-se exigíveis, ou seja, o titular pode exigir seu direito em face do seu destinatário. Diante da dificuldade e das objeções que este entendimento desencadeia, no Brasil é possível constatar uma forte tendência, tanto jurisprudencial, quanto doutrinária, no sentido do reconhecimento de “um direito subjetivo definitivo (portanto, gerador de

uma obrigação de prestação por parte do destinatário) pelo menos no plano do mínimo existencial, concebido como garantia (fundamental) das condições materiais mínimas para uma vida com dignidade” (SARLET, 2018, p. 618).

Em sua perspectiva objetiva, as normas de direitos sociais refletem a estreita ligação desses direitos com o sistema de fins e valores constitucionais que devem ser respeitados e concretizados por toda a sociedade. Nessa esfera, portanto, em sendo consideradas normas de direitos fundamentais, as normas de direitos sociais possuem eficácia dirigente ou irradiante, decorrente da perspectiva objetiva, impondo ao Estado um dever de realização, permanente e constante, dos direitos sociais, bem como permitindo que as normas de direitos sociais operem “como parâmetro, tanto para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, quanto para a criação e o desenvolvimento de instituições, organizações e procedimentos voltados à proteção e promoção dos direitos sociais” (SARLET, 2018, p. 619).

No que tange à eficácia e à efetividade dos direitos sociais, tem-se que, em princípio, na condição de direitos fundamentais, estão sujeitos ao que dispõe o § 1º do art. 5º da Constituição Federal e, por isso, possuem aplicabilidade imediata. No entanto, tal disposição não é capaz, por si só, de afastar diversas controvérsias que surgem no âmbito da doutrina e da jurisprudência.

Ingo Sarlet (2018, p. 626) defende que as normas definidoras de direitos sociais não podem ser reduzidas a normas programáticas, de eficácia diferida, sempre dependente da atuação complementar do legislador infraconstitucional. Para Daniel Sarmento (2012, p. 16), conceber os direitos sociais como meras normas programáticas faz com que eles sejam deixados “praticamente desprotegidos diante das omissões estatais, o que não se compatibiliza nem com o texto constitucional, que consagrou a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais (art. 5º, § 1º), nem com a importância destes direitos para a vida das pessoas”.

A questão da exigibilidade, entretanto, é especialmente sensível quando se trata destes direitos sociais e, mais especificamente, quando se trata de avaliar a medida possível e necessária de o Poder Judiciário impor ao Poder Público uma prestação diretamente fundada na Constituição, e, portanto, quando se trata de verificar a exigibilidade dos direitos sociais na condição de direitos originários a prestação, ou seja, “de uma prestação não previamente assegurada por lei infraconstitucional e/ou já disponibilizada no sistema de bens e serviços por força de políticas públicas já existentes” (SARLET, 2018, p. 626).

O ponto que certamente é considerado o mais polêmico no que tange à exigibilidade dos direitos sociais relaciona-se com a ideia de reserva do possível que, originária da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), foi pela primeira vez invocada na chamada decisão *Numerus Clausus* (BVerfGE 33, 303), em 1972, em que se discutiu o direito de acesso ao ensino superior e a limitação do número de vagas nas universidades públicas alemãs. Naquela decisão, o TCFA sustentou que, não obstante o reconhecimento da existência do direito de acesso ao ensino superior, a pretensão dos estudantes não se mostrava razoável perante a sociedade, ou seja, o cidadão só poderia exigir do Estado e, por consequência, da sociedade, aquilo que razoavelmente se pudesse esperar.



Conforme Ingo Sarlet (2018, p. 629), a chamada limitação/objeção da reserva do possível engloba tanto aspectos fáticos, quanto aspectos jurídicos. A escassez de recursos, em um primeiro momento, assume relevo em sua dimensão fática, uma vez que é efetivamente vinculada ao problema da falta de recursos econômicos e, ainda, de outros recursos, como técnico e humano. Por outro lado, a dimensão jurídica da reserva do possível envolve aspectos jurídico-constitucionais, pois exige que o destinatário das normas de direitos sociais tenha a capacidade jurídica e a competência, sem os quais de nada adiantam os recursos financeiros existentes.

Diante de suas características fáticas e jurídicas, a reserva do possível assume papel de destaque no contexto dos direitos sociais, uma vez que seu caráter essencialmente e majoritariamente prestacional pressupõe a existência de recursos estatais para a sua efetivação (KELBERT, 2009, p. 8). No entanto, necessário ressaltar que, apesar de sua conhecida face relacionada à ausência de recursos, a reserva do possível no âmbito dos direitos sociais possui três dimensões distintas: (a) disponibilidade fática de recursos para a efetivação dos direitos sociais; (b) disponibilidade jurídica de recursos humanos e materiais; e (c) problema da proporcionalidade da prestação, especialmente quanto à exigibilidade e razoabilidade (SARLET, 2018, p. 629).

No cenário brasileiro, os primeiros anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988 foram de incerteza acerca da justiciabilidade das normas constitucionais – se estabeleciam direitos a prestações positivas ou se eram meras normas programáticas. Após aproximadamente uma década, o Supremo Tribunal Federal encerrou a dúvida ao proferir uma série de decisões, especialmente envolvendo os direitos sociais e econômicos (KLATT, 2015, p. 218).

Atualmente, no Brasil é majoritário o entendimento – tanto a nível doutrinário, quanto a nível jurisprudencial – de que a interpretação da Constituição deve ser realizada no sentido da exigibilidade dos direitos fundamentais a prestações positivas. Isso equivale ao fato de que a tutela constitucionalmente garantida dos direitos sociais como direitos fundamentais tem sido importante para a manutenção da atenção para com as políticas públicas, bem como para atuar como relevante instrumento para, diante da insuficiência ou mesmo ausência das políticas públicas, “propiciar o assim designado empoderamento do cidadão individual e coletivamente considerado para uma ação concreta, ainda que nem sempre idealmente efetiva e muitas vezes mais simbólica” (SARLET, 2008, p. 36).

Robert Alexy (2017, p. 511) propõe que, diante das divergências relacionadas aos direitos a prestações positivas, deve ser adotado um modelo que leve em consideração tanto os argumentos favoráveis, quanto os argumentos contrários. Uma resposta detalhada deve ser proferida diante de cada um dos direitos sociais, mas ainda assim é possível propor um modelo geral. Essa resposta geral dispõe que uma posição no âmbito dos direitos a prestações deve ser vista como definitivamente garantida “se o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente”, e se os princípios democrático e da separação de poderes, assim como os princípios materiais colidentes, “forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração” (ALEXY, 2017, p. 512).

Trata-se de um modelo baseado em ponderação, sendo que é característico deste modelo que “aquilo que é devido *prima facie* seja mais amplo que aquilo que é devido definitivamente” (ALEXY, 2017, p. 514). Em sendo assim, a natureza de um direito *prima facie* vinculante significa que a cláusula de restrição desse direito não pode levar ao esvaziamento do direito, ou seja, “essa cláusula expressa simplesmente a necessidade de sopesamento desse direito” (ALEXY, 2017, p. 515). De acordo com o modelo proposto, portanto, o indivíduo passa a ter um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior do que os princípios colidentes (tanto formais, quanto materiais) considerados de maneira conjunta.

### 3. OS PROBLEMAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS A PRESTAÇÕES MATERIAIS

Um dos principais fatores que atrai a atenção, tanto dos constitucionalistas, quanto do âmbito político, para a direção dos direitos a prestações positivas, está nos problemas que decorrem desses direitos. Esses variados e sérios problemas podem ser divididos em quatro categorias: problema da justificação, problema do conteúdo, problema da estrutura e problema da competência.

O problema da justificação relaciona-se com questões políticas, ou seja, “se” e “em que medida” os direitos a prestações positivas podem ser incluídos em um catálogo de direitos. Nesse sentido, o problema da justificação engloba questões de interpretação do texto constitucional – se ela contempla, ou não, direitos a prestações positivas – e, por isso, o problema pode ser resolvido “tanto a partir de uma referência expressa às palavras de uma norma constitucional, quanto por uma interpretação judicial criativa e extensiva” (KLATT, 2015, p. 218).

Ainda quando a problemática da justificação é solucionada de maneira afirmativa, é possível que surjam divergências acerca do conteúdo, ou seja, da exata extensão das obrigações positivas do Estado, além dos meios que devem ser empregados para efetivar estas obrigações.

O problema da estrutura é especificamente relevante nos direitos de *status* positivo, se comparados com os direitos de *status* negativo, uma vez que os dois grupos de direitos possuem estruturas internas distintas. Os direitos negativos possuem estrutura conjuntiva e, por isso, a judicialização destes direitos é menos problemática, pois “presupõe uma dada situação em que uma medida estatal (entendida em sentido amplo) já existe, ou seja, a conduta estatal devida é condicionada pela existência de uma ação estatal prévia” (OLIVEIRA, 2013, p. 107). Quando a estrutura estatal for considerada constitucional, deve ser mantida; em sendo considerada inconstitucional – por exemplo, na hipótese de violar um direito constitucional – deve ser cessada, a partir da existência de um oposto definido.

A estrutura dos direitos de *status* positivo, por sua vez, pode ser resumida pela ideia de alternatividade, pois são representados por uma estrutura disjuntiva ou alternativa. A judicialização deste grupo de direitos é mais problemática, uma vez que, diante da omissão estatal, não existe uma ação específica definida para realizar o direito, mas sim várias alternativas possíveis. Esta ideia de alternatividade significa que podem existir diversas medidas igualmente eficazes, sem que haja uma prévia definição de qual deve ser adotada no caso concreto.

Finalmente, o problema da competência é considerado o aspecto mais sensível da justiciabilidade dos direitos a prestações positivas. Necessário ressaltar que, acompanhado do problema da competência, surge também o problema da justiciabilidade dos destes direitos, uma vez que ambos os problemas se relacionam com o papel adequado do Poder Judiciário na tarefa de efetivar os direitos a prestações positivas.

Além de fatores que originariamente são externos ao âmbito do Poder Judiciário, tem-se que todo magistrado, no exercício da jurisdição, assume o dever de guarda do texto constitucional. Ademais, é o poder discricionário do juiz que torna possível a execução das funções de adjudicação, uma vez que a legislação é dotada de indeterminações e outras incertezas (SWEET; MATHEWS, 2008, p. 84-85). Nesse contexto, entretanto, autorizar que o Judiciário profira decisões definitivas a respeito da interpretação dos direitos humanos como um todo, inevitavelmente importa na permissão para que sejam elaborados “polêmicos juízos de valor” (KLATT, 2015, p. 222).

Jeremy Waldron (2006, p. 1346), ferrenho combatente da *judicial review*, sustenta que esses moldes de atuação do Poder Judiciário são contrários ao princípio e ao ideal democrático de que as decisões importantes não devem ser tomadas por juízes que não foram eleitos e que não se submetem ao controle externo de suas decisões, mas sim devem ser tomadas pelo povo, através de seus representantes eleitos.

Essa problemática tem se desenvolvido especificamente porque, ao longo dos últimos 50 anos, cada vez mais os juízes têm recebido a incumbência – e, conseqüentemente, o poder – de controlar o modo pelo qual os Poderes Legislativo e Executivo exercem a sua autoridade coercitiva. O Poder Judiciário passou a “determinar se os políticos e demais autoridades ultrapassaram o limite”, ou seja, espera-se dos juízes as respostas e as soluções para os mais variados, polêmicos e controversos dilemas morais e políticos (BEATTY, 2014, p. 2-3).

Diante desse contexto, o problema da competência, no âmbito dos direitos a prestações positivas, ocupa papel de destaque nos mais variados sistemas constitucionais do mundo, inclusive porque decorre de razões práticas e razões teóricas. A razão prática pode ser resumida pelo significativo aumento da justiciabilidade dos direitos a prestações positivas, ou seja, os titulares dos direitos ajuízam ações, e os Tribunais são chamados a decidir. Em um contexto internacional, o Brasil é tido como um exemplo impactante deste cenário, a saber: pesquisas empíricas têm demonstrado taxas que surpreendentemente variam entre 500% e 1400% – entre os anos de 2006 a 2009 em comparação com o ano de 2002 – relativamente aos processos sobre direito à saúde, mais especificamente sobre o fornecimento gratuito de medicamentos e a tratamentos médicos de forma geral (KLATT, 2015, p. 223).

As razões teóricas, por sua vez, decorrem da contrariedade ao reconhecimento da exigibilidade dos direitos a prestações positivas, a partir de duas variáveis: limites da *expertise* e legitimidade do Poder Judiciário. A variável da *expertise* dispõe que, de uma forma geral, o Poder Judiciário não possui aptidão para tratar de questões de alto impacto político que são, conseqüentemente, complexas. A variável da legitimidade, em contrapartida, sustenta que os Tribunais não têm competência e legitimidade para a adjudicação de direitos sociais e econômicos (YOUNG, 2010, p. 3), inclusive porque a atribuição de competência ao Poder Judiciário para controlar os atos do Poder

Legislativo, com fundamento em uma interferência em direitos a prestações positivas, viola o princípio da separação dos poderes (KLATT, 2015, p. 224).

Diante de todas as vertentes e da extensão da problemática da competência com relação aos direitos a prestações positivas, variadas respostas são oferecidas nos variados sistemas constitucionais ao redor do mundo. Algumas respostas mais extremas podem ser percebidas, de um lado, na Irlanda, que proíbe expressamente a justiciabilidade dos direitos a prestações positivas e, de outro lado, no Brasil, que permite uma intensa atividade de controle especificamente nesse grupo de direitos – com destaque para os direitos relacionados à assistência à saúde. Existem, também, as respostas mais moderadas, como, por exemplo, na África do Sul – que adota o controle de razoabilidade – e no Canadá – que propõe uma interação dialógica entre Tribunais e Legislativo (KLATT, 2015, p. 227).

Matthias Klatt (2015, p. 229-230) defende o desenvolvimento de um modelo flexível de atuação do Poder Judiciário no controle da eficácia e da efetividade dos direitos a prestações positivas, a partir de uma ideia de ponderação de competências. Para tal, dispõe acerca dos problemas de muito e pouco controle, seguido da análise da distinção entre diferentes graus de deferência ao Poder Legislativo, chegando a um estudo de conflito de competências.

O problema da usurpação judicial decorre exatamente do excesso de controle do Poder Judiciário em face do Poder Legislativo, pois ocorre quando o Tribunal interpreta e aplica os direitos de uma forma que acaba por assumir o controle do sistema político. Nesse cenário, os direitos a prestações positivas “são protegidos com altos custos para o princípio da democracia” (KLATT, 2015, p. 231). Em oposição à usurpação, está o problema da abdicação judicial, que corresponde à insuficiência de controle, quando o Poder Judiciário se abstém de proteger os direitos.

No que tange aos graus de deferência do Poder Judiciário em face do Poder Legislativo, tem-se que, quanto maior for o grau desta deferência, menor será a intensidade de controle, ao passo que, quanto menor for o grau de deferência, maior será a intensidade de controle. Tem-se, portanto, que o controle do Poder Judiciário poderá ser de intensidade leve, moderada e séria com relação à atuação do Poder Legislativo. Matthias Klatt (2015, p. 234) ressalta que, em qualquer que seja a ordem constitucional, a escolha dos graus de deferência não deve ser realizada em abstrato e de maneira definitiva, isto é, a definição dos graus deve ser uma escolha de cada caso particular, a partir das circunstâncias de fato e de direito.

A ideia de um conflito de competências – entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo – surge a partir da reconstrução do problema institucional do controle judicial (KLATT, 2015, p. 235). Na concepção de Robert Alexy (2017, p. 105), os princípios formais servem de base para a aplicação das normas, sem, em um primeiro momento, considerar o conteúdo destas normas; e é por isso que também são chamados de princípios procedimentais. Para exemplificar, Alexy (2017, p. 138) dispõe que um princípio formal é “o princípio que sustenta que as decisões relevantes para a sociedade devem ser tomadas pelo legislador democrático”.

Os princípios – não importando seu caráter material/substancial ou formal/procedimental – são mandamentos de otimização que podem ser satisfeitos em graus

variados, uma vez que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes (ALEXY, 2017, p. 90). Tomando por base a teoria dos princípios consagrada por Robert Alexy, Matthias Klatt (2015, p. 236) expõe que esta abordagem muito bem se harmoniza com o problema do controle judicial, na medida em que “as Constituições modernas visam proteger a competência de Parlamentos democraticamente eleitos, mas também se empenham na proteção de direitos por meio de um controle de competências exercido pelos Tribunais”.

Uma vez que ambas as competências são princípios constitucionais (formais), ambas devem ser realizadas na maior medida possível, pois trata-se de uma questão de grau. Nesse sentido, no momento em que se tem um conflito entre princípios, a solução deixa de ser uma questão de simples interpretação das normas de competências, e passa a figurar no âmbito do procedimento de ponderação. Assim, “levar as competências colidentes à arena da ponderação permite conciliar a obrigação de transformar direitos positivos em realidade concreta, sem desprezar a autoridade do Legislativo e do Executivo” (KLATT, 2015, p. 237).

Conforme Robert Alexy (2017, p. 116-117), existe uma estreita conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, pois a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e a máxima da proporcionalidade implica a natureza dos princípios. Enquanto os princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas e jurídicas, o teste da proporcionalidade, que se subdivide nos testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação), tem os dois primeiros subtestes (adequação e necessidade) decorrentes das possibilidades fáticas, e o subteste da ponderação decorrente das possibilidades jurídicas.

A lei da ponderação de Robert Alexy dispõe que “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (2017, p. 167). Na construção de seu raciocínio, Matthias Klatt (2015, p. 240) sustenta que, em que pese a lei da ponderação tenha sido idealizada por Alexy para atender à ponderação dos princípios materiais, também é aplicável à ponderação de princípios formais, ou seja, às competências. Diante desta constatação, a ponderação das competências divide-se em três etapas: a) estabelecer o grau de não satisfação da primeira competência; b) estabelecer a importância de satisfazer a competência concorrente; e c) estabelecer se a importância de satisfazer a última competência justifica a não satisfação da primeira.

Para que seja possível cumprir as etapas propostas, necessário se faz que sejam atribuídos pesos às competências. Para Matthias Klatt (2015, p. 242), existem quatro fatores que, apesar de não serem excludentes, podem ser considerados suficientes para demonstrar o funcionamento do processo de justificação externa. Os quatro fatores resumem-se ao seguinte: qualidade da decisão, segurança epistêmica das premissas argumentativas usadas para decidir, legitimidade democrática e princípios materiais. Ademais, além do fato de que estes fatores não são excludentes e, por isso, podem ser complementados por outros fatores, é de extrema importância a compreensão de que nenhum desses fatores é suficiente *per se*, ou seja, “todos têm de ser considerados para que o peso das competências colidentes seja apropriadamente determinado” (KLATT, 2015, p. 252).

Os problemas que decorrem dos direitos a prestações positivas podem ser considerados o principal fator a embasar as objeções que são elaboradas contra o reconhecimento dos direitos a prestações positivas como direitos constitucionais subjetivos. A problemática do controle judicial, uma vez reconstruída como colisão entre competências – que são princípios formais – afasta a ideia de “uma ou outra”, e torna-se passível de resolução do conflito a partir da ponderação. Para tal, os graus de deferência ao Poder Legislativo, bem como os graus de intensidade de controle do Poder Judiciário devem ser definidos diante do caso concreto, a partir das circunstâncias de fato e de direito.

#### 4. A APLICAÇÃO DO TESTE DA PROPORCIONALIDADE

A definição de princípios como mandamentos de otimização leva, de imediato, a uma conexão necessária entre princípios e proporcionalidade (ALEXY, 2014, p. 52). O teste da proporcionalidade, acompanhado de seus três testes parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação), resulta, a partir de um raciocínio lógico, da definição de princípios.

Os princípios, uma vez que são mandamentos de otimização, exigem uma realização tão ampla quanto possível com relação às possibilidades fáticas e jurídicas. Nesse sentido, do contexto do teste da proporcionalidade, tem-se que os princípios parciais da adequação e da necessidade expressam mandamentos de otimização com relação às possibilidades fáticas, enquanto o princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito expressa uma otimização relativamente às possibilidades jurídicas (ALEXY, 2007, p. 132).

Os direitos fundamentais a prestações positivas, como mandamentos de otimização, carecem do procedimento do teste da proporcionalidade, tanto no que diz com o princípio material – direito a prestação propriamente dito – quanto no que diz com o princípio formal – competências. Robert Alexy (2015, p. 174-175) sustenta que é possível um modelo de relação entre os princípios materiais e os princípios formais, o que pode ser designado como um “modelo de combinação”. De acordo com este modelo, é possível haver uma combinação entre os pesos dos princípios materiais e os pesos dos princípios formais, através de um acréscimo do peso do princípio formal ao do princípio material.

Neste ponto do estudo, entretanto, a análise será dedicada ao âmbito dos direitos a prestações positivas, ou seja, dos princípios materiais.

O teste da adequação é responsável por verificar se a medida adotada tem um objetivo constitucionalmente legítimo e um pressuposto constitucional que a justifique, ou seja, “indaga se a medida, que configura uma interação em um direito fundamental, promove o fim de realizar o outro direito fundamental ou bem jurídico coletivo protegido constitucionalmente” (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 241). Portanto, se a medida de intervenção em um direito fundamental promover a realização de outro direito fundamental, ela estará justificada; em contrapartida, se a medida de intervenção não promover a realização de outro direito fundamental, ela não estará justificada.

O teste da necessidade, por sua vez, é responsável por verificar se foram avaliadas todas as medidas possíveis, e a medida escolhida foi a mais benéfica possível. Isso

significa que, diante de duas ou mais medidas adequadas a promover a realização de um direito fundamental, deve haver uma opção pela medida que com menor intensidade intervém no outro direito fundamental. Nesse sentido, ao passo que no exame da adequação “a questão é de verificação da relação de causalidade empírica entre a medida e o fim a ser promovido, o exame da necessidade é uma questão de comparação entre a medida escolhida ou a ser escolhida e outras medidas alternativas” (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 245).

O teste da proporcionalidade em sentido estrito é formulado através da lei da ponderação que dispõe que “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2017, p. 167).

No âmbito dos direitos fundamentais sociais, o ponto central do modelo é “a discussão sobre quais os direitos fundamentais sociais a que o indivíduo faz jus definitivamente” (ALEXY, 2015, p. 173). Nesse sentido, “quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico” (ALEXY, 2017, p. 117), ou seja, de maneira mais clara e resumida, “as possibilidades jurídicas são determinadas essencialmente por princípios em sentido contrário” (ALEXY, 2007, p. 156). Por isso, diante de um conflito entre dois princípios, torna-se necessário ponderar.

No contexto da ponderação, deve-se atentar para o fato de que “os princípios da divisão dos poderes e o da disponibilidade orçamentária não detêm primazia ou precedência absoluta sobre todos os outros princípios constitucionais, notadamente sobre as normas de direitos fundamentais” (GAVIÃO FILHO, 2019, p. 8). O resultado da ponderação faz com que fique estabelecida uma relação de precedência condicionada entre os direitos fundamentais. Esta precedência, no entanto, deve ser verificada à luz das circunstâncias do caso concreto, inclusive porque não existem direitos absolutos e, em abstrato, todos os princípios constitucionais estão no mesmo nível.

Quando se pensa em direitos fundamentais sociais, na grande maioria das vezes o olhar é, rapidamente, remetido aos direitos fundamentais relacionados à assistência à saúde – por exemplo, fornecimento de medicamentos e realização de procedimentos médicos. No Brasil, esse pensamento é justificado diante do cada vez mais crescente número de processos ajuizados por indivíduos – titulares do direito fundamental – em face da União, dos Estados e dos Municípios, cenário este que, inclusive, ficou conhecido como “judicialização da saúde”. A judicialização dos direitos fundamentais sociais, por sua vez, “identifica-se com a implementação de políticas públicas e, com isso, à judicialização da política” (GAVIÃO FILHO, 2019, p. 3).

O Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 745.745/MG, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2014, é apenas um, dentre os milhares de processos relativos ao direito à saúde, que bem é capaz de representar a judicialização da saúde. No caso em apreço, a Suprema Corte identificou a necessidade de um controle judicial diante de uma omissão inconstitucional, representada por um desrespeito à Constituição provocado por inércia estatal.

No julgamento do caso, o Ministro Celso de Mello destacou a necessidade de que fosse observado se seria possível que o Poder Judiciário determinasse medidas ou

providências destinadas a assegurar concretamente o acesso e o gozo de direitos, sem que incorresse em ofensa ao postulado da separação de poderes. Nesse sentido, ressaltou que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário, a atribuição de formular e de implementar políticas públicas.

Apesar de tais considerações, ressaltou que, “se” e/ou “quando” os órgãos estatais descumprirem seus encargos político-jurídicos, comprometendo, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos de estrutura constitucional, é possível que, excepcionalmente, o Poder Judiciário assumira a incumbência de implementar políticas fundadas na Constituição. Esse foi o que ocorreu no julgamento do caso concreto em questão.

Ao longo de seu voto, o Ministro Celso de Mello referiu que, uma vez justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental, a intervenção jurisdicional torna-se plenamente legítima “sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde” (BRASIL, STF, 2014, p. 5-6).

Do que foi sucintamente extraído da decisão, é possível perceber que o caso em apreço segue um certo padrão de entendimento do Supremo Tribunal Federal quando se trata do direito fundamental à saúde, tanto com relação às decisões anteriores, quanto no que tange às decisões que a sucederam. Este cenário é confirmado em um estudo que foi apresentado no *Health and Human Rights Journal* (2012, p. 36), elaborado a partir do contexto da judicialização da saúde no Brasil. Na análise elaborada pelos estudiosos, em 95% dos casos avaliados os Tribunais estaduais decidiram de forma favorável ao demandante, ou seja, no sentido de conceder o tratamento médico solicitado, sendo que esta situação tem a tendência de ser confirmada pela Suprema Corte.

Os direitos fundamentais sociais, em grande medida, são financeiramente significativos. Por isso, todos os direitos sociais, e especificamente o direito fundamental à saúde, possuem uma determinada dimensão formal, mas as “possibilidades financeiras fáticas não desempenhariam qualquer papel, se fossem consideradas tão somente como princípios formais” (ALEXY, 2015, p. 175-176). É por isso que, em que pese sua certa dimensão formal, a dimensão predominante é a substantiva.

Ademais, deve-se levar em consideração que, em qualquer caso de “empate”, “deve prevalecer o decidido pela administração estatal, o que significa a inexigibilidade judicial”, isto é, em havendo “empate”, trata-se de um caso em que “não se tem configurada uma precedência de um princípio sobre outro e, portanto, não pode ser justificada a exigibilidade judicial da prestação material deduzida” (GAVIÃO FILHO, 2019, p. 9).

O constitucionalismo brasileiro, com a Constituição Federal de 1988, alcançou uma significativa vitória ao, após os primeiros anos de incertezas, consolidar a justiciabilidade dos direitos a prestações positivas. Daniel Sarmiento (2012, p. 38) sustenta, entretanto, que é chegada a hora de racionalizar este processo, o que deve ocorrer a partir de dois pontos principais: superação da *euforia judicialista* que tomou conta dos meios jurídicos nacionais, a partir do reconhecimento de que, apesar da função relevante que exerce, o Poder Judiciário “não é, nem tem como ser, por suas limitações institucionais,



o grande protagonista no cenário de afirmação dos direitos sociais, que dependem muito mais das políticas públicas formuladas e implementadas pelo Legislativo e Executivo e da mobilização da sociedade civil"; e necessidade de que sejam traçados parâmetros ético-jurídicos para a intervenção judicial no âmbito dos direitos sociais.

## CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais a prestações positivas ocupam papel de destaque no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar de algumas posições divergentes, tanto as vertentes doutrinárias, quanto as vertentes jurisprudenciais, em sua maioria, têm consolidado a ideia de que os direitos a prestações positivas são judicialmente exigíveis para que sejam protegidos nos casos de intervenções ou omissões ilegítimas.

De uma maneira geral, o desafio está na realização de um direito fundamental social em face das limitações decorrentes da reserva do possível, bem como na atuação do Poder Judiciário como instância de controle em face do Poder Legislativo e do Poder Executivo como instâncias democráticas. O Supremo Tribunal Federal, na condição de instância máxima de proteção e guarda da Constituição, diante da insuficiente e, inclusive, muitas vezes ausente promoção de políticas públicas pelos órgãos competentes, tem assumido a função excepcional de assegurar a realização destas políticas.

Diante desse cenário, um dos principais desafios encontra-se na efetiva promoção das políticas públicas para a realização dos direitos fundamentais por parte das instâncias democráticas, bem como no combate da atuação do Poder Judiciário em uma medida que extrapole sua competência, com conseqüente usurpação das competências democráticas.

Sabe-se que os princípios são mandamentos de otimização, exigíveis *prima facie*, devendo ser realizados de forma tão ampla quanto possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas. Nesse sentido, os direitos propriamente ditos representam princípios materiais, enquanto as competências representam princípios formais. Em se tratando de princípios, tanto a colisão entre direitos, quanto a colisão entre competências, devem ser resolvidos a partir da análise da proporcionalidade, diante das circunstâncias de fato e de direito do caso concreto.

O teste da proporcionalidade dispõe que os princípios parciais da adequação e da necessidade expressam mandamentos de otimização no que tange às possibilidades fáticas, ao passo que o princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação) expressa mandamentos de otimização com relação às possibilidades jurídicas.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Constitutional Rights and Proportionality. In **Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law**, 2014, p. 51-65.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais Sociais e Proporcionalidade. In ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Neri. **Dignidade Humana, Direitos Sociais e Não-Positivismo Inclusivo**. Florianópolis: Qualis Editora, 2015, p. 165-178.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed., 5ª tiragem. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

BARAK, Aharon. **Proportionality: Constitutional rights and their limitations**. Tradução de Doron Kalir. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BEATTY, David M. **A Essência do Estado de Direito**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim e Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: WMF Martins Fontes Ltda., 2014.

BIEHL, João; AMON, Joseph J.; SOCAL, Mariana P.; PETRYNA, Adriana. Between the Court and the Clinic: lawsuits for medicines and the right to health in Brazil. In **Health and Human Rights Journal**, v. 14, nº 1, 2012, p. 36-52.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 745.745/MG**. Relator Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 02/12/2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=290205659&ext=.pdf>. Acesso em 7 jul. 2020.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. A Teoria do Status de Georg Jellinek como Estrutura para o Sistema de Posições Fundamentais Jurídicas. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, v. 01, p. 35-72, 2007.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. O Direito Fundamental ao Ambiente como Direito a Prestações em Sentido Amplo. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**, v. 56, p. 139-160, 2005.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Políticas Públicas e a Judicialização do Direito Fundamental à Saúde. In: Humberto Nogueira Alcalá; Gonzalo Aguilar Cavallo. (Org.). **Derechos sociales, grupos vulnerables y procesos políticos latinoamericanos**. 1 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, v. 1, p. 69-80.

JELLINEK, Georg. **Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi**. Trad. Gaetano Vitagliano. Milano: Società Editrice Libreria, 1912.

KELBERT, Fabiana Okchstein. Reserva do Possível e a Efetividade dos Direitos Sociais no Direito Brasileiro. **Dissertação de Mestrado**. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2009.

KLATT, Matthias. Direitos a Prestações Positivas: Quem deve decidir? Controle judicial ponderado. In ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Neri. **Dignidade Humana, Direitos Sociais e Não-Positivismo Inclusivo**. Florianópolis: Qualis Editora, 2015, p. 215-266.

OLIVEIRA, Flávio Beicker de. Controle da Omissão Estatal em Direitos Fundamentais: conteúdo, estrutura e o problema da justiciabilidade dos deveres de proteção. **Dissertação de Mestrado**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: <[https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-09012014-135648/publico/Flavio\\_Beicker\\_Mestrado\\_Dissertacao\\_Deveres\\_Protecao.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-09012014-135648/publico/Flavio_Beicker_Mestrado_Dissertacao_Deveres_Protecao.pdf)>. Acesso em 6 jul. 2020.

SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns parâmetros ético-jurídicos**. 2012. Disponível em: <<http://files.camolinaro.net/200000426-33a4135980/A-Protecao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>>. Acesso em 6 jul. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988**. 2008. Disponível em: <[http://files.camolinaro.webnode.com/200000489-354bd373fb/Os%20Direitos%20Sociais%20como%20Direitos%20Fundamentais\\_1988\\_Ingo\\_Sarlet.pdf](http://files.camolinaro.webnode.com/200000489-354bd373fb/Os%20Direitos%20Sociais%20como%20Direitos%20Fundamentais_1988_Ingo_Sarlet.pdf)>. Acesso em 7 jul. 2020.

SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. In: **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 47. Nova York: Columbia University Press, 2008, p. 73-165.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. In **The Yale Law Journal**, 2006, p. 1346-1406.

YOUNG, Katharine. A Typology of Economic and Social Rights Adjudication: Exploring the Catalytic Function of Judicial Review. In **Boston College Law School**, 2010.

