

# A VINCULAÇÃO DOS PODERES DO ESTADO À CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: HÁ ESPAÇO PARA UMA MARGEM DE APRECIÇÃO?<sup>1</sup>

## THE LINKING OF STATE POWERS TO THE FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS CONCRETIZATION: IS THERE A SPACE TO MARGIN OF APPRECIATION?

Rosana Helena Maas<sup>2</sup>  
Maria Valentina de Moraes<sup>3</sup>

**Resumo:** A efetivação e proteção de direitos fundamentais sociais é uma das finalidades do Estado, vinculando todos os Poderes nessa tarefa. Diante disso e das problemáticas e debates que cercam os direitos de caráter social, objetiva-se analisar sua condição como mandamentos de otimização, seu caráter multifuncional e as dimensões objetiva e subjetiva dos mesmos. Questiona-se, assim, se diante dessas características e da vinculação estatal de sua proteção, há espaço para uma margem de apreciação legislativa em sua implementação, utilizando-se, para tanto, o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica. É possível concluir, diante da análise realizada, que o espaço de decisão legislativa não é ilimitado, estando o legislador, como os demais Poderes do Estado, vinculado à implementação desses direitos fundamentais e à garantia da dignidade humana.

**Palavras-chaves:** Direitos fundamentais sociais. Controle de constitucionalidade. Margem de apreciação do legislador. Princípio da Separação de Poderes.

- 
- <sup>1</sup> Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Fórmulas” de aferição da “margem de apreciação do legislador” (Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5), coordenado pela Professora Pós-Dr<sup>a</sup>. Mônia Clarissa Hennig Leal, onde as autoras atuam na condição de participantes. A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.
  - <sup>2</sup> Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado, da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (2016), com doutorado sanduíche na *Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald, Rechts – und Staatswissenschaftliche Fakultät*, Greifswald, na Alemanha (2016). Professora concursada da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, no Curso de Direito e na Pós-Graduação em Direito, onde disciplina matérias relacionadas ao direito civil, ao direito constitucional e a teoria do direito. É integrante do grupo de estudos “Jurisdição Constitucional aberta” coordenado pela Profa. Pós-Doutora Mônia Clarissa Hennig Leal e vinculado e financiado pelo CNPq. E-mail: rosanamaas@unisc.br.
  - <sup>3</sup> Mestranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista PROSUC/CAPES e Bolsista CAPES no Processo nº. 88887.156773/2017-00, Edital PGCI nº 02/2015, Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil) e Universidad de Talca - Centro de Estudios Constitucionales de Chile - CECOCH (Chile). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Membro do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos", vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dr<sup>a</sup> Mônia Clarissa Hennig Leal. E-mail: <mariavalentina.23@hotmail.com>.

Abstract: A efetivação e proteção de direitos fundamentais sociais é uma das finalidades do Estado, vinculando todos os Poderes nessa tarefa. Diante disso e das problemáticas e debates que cercam os direitos de caráter social, objetiva-se analisar sua condição como mandamentos de otimização, seu caráter multifuncional e as dimensões objetiva e subjetiva dos mesmos. Questiona-se, assim, se diante dessas características e da vinculação estatal de sua proteção, há espaço para uma margem de apreciação legislativa em sua implementação, utilizando-se, para tanto, a análise bibliográfica. É possível concluir, diante da análise realizada, que o espaço de decisão legislativa não é ilimitado, estando o legislador, como os demais Poderes do Estado, vinculado à implementação desses direitos fundamentais à garantia da dignidade humana.

**Key words:** Fundamental social rights. Judicial review. Margin of legislative appreciation. Principle of separation of powers.

## 1 INTRODUÇÃO

O reconhecimento de direitos fundamentais pelos Estados vem sendo fortalecido com os diferentes mecanismos de proteção e efetivação dos mesmos, restringindo a possibilidade de uma mera escolha política para sua efetivação. No que toca aos direitos fundamentais de caráter social, algumas características ainda dificultam sua máxima concretização, como os custos gerados ao Estado e o reconhecimento tardio de uma aplicabilidade imediata e da possibilidade de uma tutela subjetiva dos mesmos.

A Constituição Federal brasileira reconhece expressamente a aplicabilidade imediata desses direitos, reforçando, ainda, a vinculação dos três Poderes do Estado a sua concretização, como forma de concretização também do conteúdo constitucional. A medida em que configuram-se como direitos fundamentais, os direitos sociais devem ser tratados como mandamentos de otimização, ou seja, garantidos a maior medida possível, exigindo, assim, uma atuação do ente estatal nessa realização.

Em razão dessas características, que soma-se a dupla possibilidade de tutela destes direitos - subjetiva e objetiva -, há que se questionar qual a margem de apreciação do legislador (e se há dita margem) em sua aplicabilidade. A partir da análise bibliográfica, discute-se, então, o caráter multifuncional dos direitos fundamentais e a noção de mandamentos de otimização, após, as formas de tutela desses direitos - coletiva e individual - e por fim, são apresentados aspectos da relação entre Poderes e da margem de apreciação legislativa, para compreender o espaço de decisão no que toca à efetivação de direitos fundamentais sociais.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO MANDAMENTOS DE OTIMIZAÇÃO E SEU CARÁTER MULTIFUNCIONAL

Há, inegavelmente, nos direitos fundamentais uma função de defesa que, por sua vez, remonta aos direitos mais básicos do cidadão, sendo considerada sua função originária<sup>4</sup>. Muitos autores defendem, contudo, a não realização de uma

---

<sup>4</sup> Cara destaca que “los derechos fundamentales son obra de la revolución americana. Los colonos americanos reaccionaron oponiendo estos derechos al característico déficit de los derechos de libertad ingleses, anclados exclusivamente en el plano de la ley ordinaria y que, por tanto, no

distinção entre direitos de defesa (1º dimensão) e direitos sociais (2º dimensão) e sim o reconhecimento do caráter multifuncional desses direitos ou seja, uma função de defesa e uma função de prestação, que não se excluem, mas se apresentam ao mesmo tempo<sup>5</sup>. Há com tal reconhecimento, a superação da noção de que alguns direitos demandam apenas uma abstenção por parte do Estado, quando também "exige dos poderes públicos prestações normativas e fáticas, [...] de modo a evitar a violação de direitos e a criação de instrumentos processuais ou procedimentos adequados à defesa e garantia desses direitos e liberdades"<sup>6</sup>.

Como decorrência dessa necessária intervenção estatal para a concretização de direitos fundamentais e o abandono de uma concepção liberal de Estado, "constitucionalizaram-se catálogos mais ou menos amplos de direitos econômicos sociais e culturais - direitos esses que, contrariamente aos direitos de liberdade, não são meros poderes de agir, mas de exigir"<sup>7</sup>, o que fez com que "la aparición de los derechos sociales ha supuesto una notable variante en el contenido de los derechos fundamentales"<sup>8</sup>. No que diz respeito à estrutura constitucional brasileira, esses direitos possuem posição que revela sua importância e que indica a necessidade de embasarem a aplicação das normas de nosso ordenamento:

a Constituição brasileira não apenas prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (art. 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (arts. 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como também não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I do Título II) e os direitos sociais (Capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata (CF/88, art. 5º, §1º).<sup>9</sup>

Pode se afirmar que os direitos fundamentais sociais exigem, por parte do poder público e legislativo, uma ação voltada à sua concretização, constituindo, assim "obrigações de prestação *positivas* cuja satisfação consiste num *facere*, uma 'acção (sic) positiva' a cargo dos poderes públicos"<sup>10</sup>. Dotados de um caráter

---

constituían defensa alguna contra las limitaciones de la libertad decididas en el parlamento". Gavara de Cara, José Carlos: "La dimensión objetiva de los derechos sociales", em: \_\_\_\_\_: *Cuadernos de derecho Constitucional*. Barcelona, Librería Bosh, 2010. p. 158.

<sup>5</sup> Esclarece o autor, ainda, que essas funções estariam divididas em "función de *prestaciones fácticas* (sentido estricto); (2.2) función de *prestaciones normativas* (sentido amplio). Este último subgrupo se separa en (2.2.1) función de *protección*; (2.2.2) función de *participación en la organización e en el procedimiento*". Wunder Hachem, Daniel: "Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión", em: *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 1, 2014, Talca, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, p. 285-328. p. 292.

<sup>6</sup> Queiroz, Cristina: *O princípio não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Lisboa: Coimbra, 2006. p. 22.

<sup>7</sup> Hennig Leal, Mônia Clarissa: *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 16.

<sup>8</sup> Perez Luño, Antônio-Enrique: "Aproximación al análisis conceptual de los derechos sociales", em: BRAVO, Á. S., et al: *Derechos Sociales en tiempos de crisis*. Sevilla, Punto Rojo Libros, S. L., 2013. p. 22. Destaca Queiroz, ainda, que "será, todavía, nos anos 70 do século XX, que se colocará com maior acuidade a questão de saber quanto a esses direitos se os mesmos possuem status constitucional". Queiroz, Cristina: *O princípio não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Lisboa: Coimbra, 2006. p. 16.

<sup>9</sup> Ferreira Mendes, Gilmar: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 483.

<sup>10</sup> Queiroz, Cristina: *O princípio não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Lisboa: Coimbra, 2006. p. 16.

prestacional, os direitos sociais - ou a função prestacional dos direitos fundamentais - faz com que os mesmos configurem-se sinônimos de "pretensión de prestación estatal, implicando acciones de los poderes públicos para dar respuesta a dicha pretensión"<sup>11</sup>, sendo, ainda, direitos-meio, cuja função principal relaciona-se com o gozo de direitos individuais e de liberdade<sup>12</sup>.

O reconhecimento dos direitos fundamentais:

influyen en todo el Derecho [...] no sólo cuando tiene por objeto las relaciones jurídicas de los ciudadanos con los poderes públicos, sino también cuando regula las relaciones jurídicas entre los particulares. En tal medida sirven de pauta tanto para el legislador como para las demás instancias que aplican el Derecho, todas las cuales al establecer, interpretar y poner en práctica normas jurídicas habrán de tener en cuenta el efecto de los derechos fundamentales.<sup>13</sup>

Devem tais direitos serem interpretados como princípios constitucionais e, portanto, mandamentos de otimização que necessitam serem ponderados quando em colisão com "outros bens e princípios constitucionais, designadamente, o princípio do 'equilíbrio financeiro' e 'orçamental', a 'reserva do possível' [...] ou mesmo (mas nem por isso menos imprecisa) a 'proibição do retrocesso social'"<sup>14</sup>. Como observa Leal, dita relação de limitação que se estabelece com a ponderação desses direitos é tratada na doutrina alemã como "tanto-quanto", ou seja, quanto maior for a afetação de um direito em colisão, maior deve ser a realização do outro em jogo<sup>15</sup>. Pode-se dizer, desse modo, que "el punto de partida es la concepción de los principios como normas que exigen su puesta en práctica en su máxima extensión [...]". Pueden entenderse así como <<mandatos para la optimización>>"<sup>16</sup>. Além do caráter principiológico que ostentam os direitos fundamentais, para Canotilho:

parece inequívoco que a realização dos direitos económicos, sociais e culturais se caracteriza: (1) pela *gradualidade* da realização; (2) pela *dependência financeira* relativamente ao orçamento do Estado; (3) pela tendencial *liberdade de conformação do legislador* quanto às políticas de realização desses direitos; (4) pela *insusceptibilidade* de controlo jurisdicional dos programas político-legislativos a não ser quando se manifestem em clara contradição com as normas constitucionais ou transportem dimensões manifestamente desrazoáveis.<sup>17</sup>

Na condição de mandamentos de otimização, que devem ser realizado de melhor e maior forma possível, outra característica reforça a tutela desses direitos,

<sup>11</sup> Gavara de Cara, José Carlos: "La dimensión objetiva de los derechos sociales", em: \_\_\_\_\_. *Cuadernos de derecho Constitucional*. Barcelona, Librería Bosh, 2010. p. 11.

<sup>12</sup> Dalari Bucci, Maria Paula: "O conceito de política pública em direito", em: \_\_\_\_\_. *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo, Saraiva, 2006.

<sup>13</sup> Hesse, Konrad: "Significado de los derechos fundamentales", em: Benda, E. et al. *Manual de derecho constitucional*. Madrid, Marcial Pons, 1996. p. 93.

<sup>14</sup> Queiroz, Cristina: *O princípio não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Lisboa: Coimbra, 2006. p. 31.

<sup>15</sup> Hennig Leal, Mônia Clarissa: *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

<sup>16</sup> Zagrebelsky, Gustavo: *La ley y su justicia*. Madrid, Trotta, 2014. p. 241.

<sup>17</sup> Gomes Canotilho, José Joaquim: "Metodologia 'fuzzi' e camaleões normativos", em: \_\_\_\_\_. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra, Coimbra, 2004. p. 108.

configurando-se como uma mais-valia jurídica<sup>18</sup>: suas diferentes formas te tutela. Suas dimensões objetiva - característica fortemente identificada com os direitos sociais -, e subjetiva serão, então, analisadas.

### 3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E SUAS FORMAS DE TUTELA: DIMENSÕES OBJETIVA E SUBJETIVA

Uma das principais características dos direitos sociais é sua dimensão objetiva, a qual:

implica una lectura implícita de los derechos en términos de colectividad, es decir, el impulso que genera los bienes jurídicos protegidos (por ejemplo, medio ambiente, asistencia social o educación) se debe interrelacionar con la necesidad de su protección preferente en términos de medidas que sean aplicables a la generalidad de los supuestos y no como un acceso global basado en la individualidad o singularidad que puede implicar una posición jurídica subjetiva. En este sentido, su defensa y protección requiere normas objetivas con un alcance afectivo de su cumplimiento real en términos de lo políticamente posible, es decir, con condiciones y requisitos objetivos de su ámbito de protección, y no una defensa subjetiva para todos los individuos sin concreción objetiva de su alcance.<sup>19</sup>

Em virtude dessa vinculação e da necessidade de atuação dos poderes para a concretização e promoção de direitos fundamentais sociais, a forma de infração mais comum ao seu conteúdo - e, conseqüentemente, à Constituição -, é a omissão dos Poderes do Estado<sup>20</sup>, uma vez que há a "obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais"<sup>21</sup>. Essa intervenção estatal demanda uma planejamento por parte do ente de forma a compreender a realização de uma gama de direitos garantidos constitucionalmente, os quais, por sua vez, tem seus custos, só podendo ser garantidos 'na medida do possível', isto é, de modo

---

<sup>18</sup> Tal mais-valia atua como "um reforço a juridicidade das normas de direitos fundamentais, mais-valia esta que, por sua vez, pode ser aferida por meio das diversas categorias funcionais desenvolvidas na doutrina e na jurisprudência, que passaram a integrar a assim denominada perspectiva objetiva da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais e dentre os quais o reconhecimento de deveres de proteção (imperativos de tutela) assume um lugar de destaque". Wolfgang Sarlet, Ingo: "Breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias de proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos fundamentalismos hermenêuticos", em: Gonçalves Fernandes, Bernardo (Org.): *Interpretação Constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*. Salvador, Juspodivm, 2010. p. 109.

<sup>19</sup> Gavara de Cara, José Carlos: "La dimensión objetiva de los derechos sociales", em: \_\_\_\_\_: *Cuadernos de derecho Constitucional*. Barcelona, Librería Bosh, 2010. p. 13.

<sup>20</sup> Gavara de Cara, José Carlos: "La dimensión objetiva de los derechos sociales", em: \_\_\_\_\_: *Cuadernos de derecho Constitucional*. Barcelona, Librería Bosh, 2010.

<sup>21</sup> Wolfgang Sarlet, Ingo: "Breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias de proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos fundamentalismos hermenêuticos", em: Gonçalves Fernandes, Bernardo (Org.): *Interpretação Constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*. Salvador, Juspodivm, 2010. p. 113. Gilmar Mendes salienta, nesse sentido, a existência de um "postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria assim [...] não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*)". Ferreira Mendes, Gilmar: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 464.

proporcional ao desenvolvimento e ao processo económico (sic) e social"<sup>22</sup>.

Um dos argumentos frequentemente invocados pelo poder público refere-se especificamente a essa problemática decorrente da garantia do mínimo existencial frente à reserva do possível<sup>23</sup>, uma vez que a concretização dos direitos presentes neste mínimo acarreta, inevitavelmente, custos e exige previsões orçamentárias que os contemplem. Radica nesta questão uma das dificuldades na realização dos direitos fundamentais sociais. Importante destacar que no Brasil a reserva do possível é relacionada com a escassez de recursos, não seguindo a origem alemã<sup>24</sup> da teoria, pela qual "*encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade*. Ou seja, a argumentação adotada refere-se à razoabilidade da pretensão"<sup>25</sup>. É possível afirmar, frente a essa inevitável relação com os custos, que os direitos fundamentais sociais "se situan bajo reserva de lo políticamente posible, es decir, los derechos sociales se debe proteger en la medida en que se produzca una adecuación del estándar social a la situación económica y a la capacidad de prestación económica de un Estado"<sup>26</sup>.

Outra forma de demanda dos direitos sociais encontra-se no reconhecimento de uma vertente subjetiva, que permite sua justiciabilidade individualizada e que mostrou-se um fenômeno crescente nos últimos anos, conhecido como judicialização, o qual:

consiste no resultado de um processo histórico, típico do constitucionalismo democrático, que tem por base, notadamente, múltiplos fatores, tais como a centralidade da Constituição e sua força normativa, associada a aspectos como o caráter principiológico, a supremacia e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais [...] que, somados, conduzem a uma ampliação e uma transformação da natureza da atuação da jurisdição constitucional [...]. Sua principal característica reside, portanto, num protagonismo do Judiciário, resultante de uma confluência de fatores que conduzem a uma transferência de decisões estratégicas sobre temas fundamentais (tradicionalmente reservadas à esfera política e deliberativa) a esse Poder, fazendo com que o direito seja, cada vez mais, um direito judicial, construído, no caso concreto, pelos magistrados.<sup>27</sup>

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais sociais vem sendo afirmada pela doutrina como forma de potencialização da efetivação de direitos de índole naturalmente coletiva, sendo reconhecido que citados direitos possuem tanto uma dimensão objetiva, como uma dimensão subjetiva - que lhes concede a possibilidade

---

<sup>22</sup> Queiroz, Cristina: *O princípio não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Lisboa: Coimbra, 2006. p. 25.

<sup>23</sup> Também Luño salienta que são utilizadas "expresiones tales como la de 'el condicionamiento fiscal', o la 'reserva económica de lo posible', para negar, supeditar, limitar o aplazar la satisfacción de los derechos sociales". Perez Luño, Antônio-Enrique: "Aproximación al análisis conceptual de los derechos sociales", em: BRAVO, Á. S., et al: *Derechos Sociales en tiempos de crisis*. Sevilla, Punto Rojo Libros, S. L., 2013. p. 18.

<sup>24</sup> Em decisão do Tribunal Constitucional Alemão (BverfGE n.º 33, S. 333), conhecida como *Numerus Clausus*, em uma lide que versava sobre possível aumento do número de vagas ofertadas por uma universidade.

<sup>25</sup> Borges Mânica, Fernando: "Teoria da Reserva do Possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas", em: *Cadernos da Escola de Direito*, Curitiba, n. 08, 2008, p.89-104. p. 99.

<sup>26</sup> Gavara de Cara, José Carlos: "La dimensión objetiva de los derechos sociales", em: \_\_\_\_\_: *Cuadernos de derecho Constitucional*. Barcelona, Librería Bosh, 2010. p. 58.

<sup>27</sup> Hennig Leal, Mônia Clarissa; Maas, Rosana Helena: *O Amicus Curiae e o Supremo Tribunal Federal: fundamentos teóricos e análise crítica*. Curitiba: Multideia, 2014. p. 26.

de buscar judicial e individualmente sua pretensão. É nesse sentido um dos debates que envolve o reconhecimento de direitos sociais: saber se estes, tais quais os direitos de cunho individual, podem caracterizar-se como posições subjetivas prestacionais frente ao Estado<sup>28</sup>. A diferenciação entre direitos individuais e direitos sociais é uma característica marcante no processo de reconhecimento destes, fazendo com que os segundos não ostentassem inicialmente essa possibilidade de tutela individualizada<sup>29</sup>.

Assim, "un determinado derecho fundamental investirá su titular en diversas posiciones jurídicas de caracteres diferenciados, y con base en cada una de ellas el ciudadano podrá reclamar diferentes obligaciones del Poder Público"<sup>30</sup>, sem uma restrição de sua forma de tutela, permitindo uma vertente de possibilidades. Por sua complexidade, os direitos fundamentais configuram-se como:

direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos objetivos, os direitos fundamentais outorgam aos seus titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais - tanto aqueles que não asseguram primeiramente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais - formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático<sup>31</sup>.

Por constituírem-se como a base do ordenamento jurídico, a vinculação dos Poderes do Estado à concretização destes postulados é reforçada, sendo expressa constitucionalmente. Cabe compreender, nesse sentido, o espaço de margem legislativa permitida diante da complexidade das formas de tutela e das características da função prestacional dos direitos fundamentais, como será analisado.

#### **4 O RECONHECIMENTO DE UMA MARGEM DE APRECIÇÃO DO LEGISLADOR NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

A Constituição Federal brasileira traz expressamente a vinculação dos três poderes do Estado à concretização dos direitos fundamentais, seja através de uma ação - como a implementação de políticas públicas ou regulamentação normativa - ou de uma abstenção. Neste contexto, há que se considerar a existência de uma divisão de Poderes, a qual traz consigo uma noção de equilíbrio e harmonia na relação entre Poderes, com pesos e contrapesos, por meio da qual um poder não deve interferir na esfera de atuação destinada a outro.

É diante desse cenário que cabe questionar qual o espaço de atuação do legislador frente a essa vinculação e à relação de controle estabelecida com os demais Poderes. Com a caracterização de um Estado Democrático de Direito, o

---

<sup>28</sup> Queiroz, Cristina: *O princípio não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Lisboa: Coimbra, 2006.

<sup>29</sup> Müller Bitencourt, Caroline: *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

<sup>30</sup> Wunder Hachem, Daniel: "Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión", em: *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 1, 2014, Talca, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, p. 285-328. p. 292.

<sup>31</sup> Ferreira Mendes, Gilmar: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 468.

"control del órgano legislativo en el respecto a la garantía institucional corresponde a los órganos encargados de hacer efectiva la supremacía constitucional, Tribunal Constitucional y Tribunales de Justicia"<sup>32</sup>, fazendo com que a análise de eventuais omissões legislativas estejam a cargo do Poder Judiciário.

O modelo de Separação de Poderes hoje existente foi estruturado e pensado para uma organização estatal e social distinta da atual, na qual as funções do Estado centravam-se basicamente na manutenção da ordem e da defesa estatal e na produção penal<sup>33</sup>. Um modelo, portanto, restrito, que conforma uma teoria baseada na de Montesquieu - que sistematiza as funções do Estado analisadas por Aristóteles, sendo elas as as funções deliberativa, executiva e judicial<sup>34</sup> - deixando de lado perspectivas abordadas por outros autores, como Locke e Kant.

Com a relação de pesos e contrapesos que se estabelece e com a supremacia da Constituição, a vinculação do legislador às normas constitucionais condiciona a não edição de "normas que disponham contrariamente às normas constitucionais atributivas de direitos sociais. E nem sequer pode revogar lei que dê exequibilidade a uma dessas normas constitucionais sem emitir nova lei"<sup>35</sup>. Há uma significativa limitação da atuação legislativa, não sendo seu espaço de atuação um espaço ilimitado. Sendo assim:

se a margem de acção legislativa se mostra ilimitada do ponto de vista material, então somos forçados a reconhecer que esta resulta incompatível com a vinculação jurídica do legislador aos direitos fundamentais [...]. O Conceito de "margem de acção" defini-se, precisamente, pela ausência de qualquer tipo de vinculação jurídico material [...].

A questão principal radica em saber se nessa "margem de acção" o legislador é livre ou se nela podem intervir ainda os tribunais de justiça constitucional no exercício de sua direito de controle.<sup>36</sup>

Necessário diferenciar, nesse sentido, a decisão de não agir do legislador, que viola direitos fundamentais e, portanto, deve ser apreciada pelo Poder Judiciário na realização de um controle de constitucionalidade (em razão de uma inconstitucionalidade por omissão), da decisão de atuar que permite uma margem de escolha no que toca a alguns elementos - como referente à criação de uma política pública, por exemplo. Bitencourt, nesse sentido, sustenta que direitos sociais como o direito à saúde e à educação, não poderiam - diante da importância da Constituição Federal -, ser colocados a margem da livre apreciação dos Poderes Legislativo e Executivo sem que houvesse, ao menos, a possibilidade de intervenção judicial quando estes forem omissos em sua efetivação<sup>37</sup>.

Dita margem de apreciação do legislador na relação com os demais Poderes do Estado difere-se da margem de apreciação nacional existente na relação entre Corte Internacionais, como a Corte IDH, e os Estados, podendo a segunda ser definida

---

<sup>32</sup> Nogueira Alcalá, Humberto Nogueira: *Teoría de los derechos fundamentales y los derechos humanos*. Montevideo: Ingranusi, 2000. p. 74.

<sup>33</sup> Ferrajoli, Luigi: "La esfera de lo indecible y la división de poderes", em: *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Talca, 2008, p. 337-343.

<sup>34</sup> Saddy, André: *Discrecionalidade Administrativa nas normas jurídicas em abstrato. Limites e Técnicas de Contenção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

<sup>35</sup> Miranda, Jorge: "Os direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa", em: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 18, 1986, p. 107-138. p. 124.

<sup>36</sup> Queiroz, Cristina: *O princípio não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Lisboa: Coimbra, 2006. p. 12.

<sup>37</sup> Müller Bitencourt, Caroline: *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

como "una actitud judicial de deferencia hacia las autoridades internas, al estar ubicadas en una mejor sede para el enjuiciamiento de ciertos conflictos de intereses y responder democráticamente ante sus electorados"<sup>38</sup>. Quanto à margem nacional, cabe questionar "cuál es la línea divisoria entre las decisiones de política económica y social (supuestamente fuera del escrutinio de los órganos internacionales) y las violaciones a los derechos humanos económicos, sociales y culturales [...]?", esses sim englobados por uma margem de avaliação dos órgãos judiciais internacionais<sup>39</sup>.

No que se refere a margem interna de apreciação do legislador, a questão cabível diz respeito a linha entre decisões reservadas constitucionalmente como sendo de primazia do legislador e decisões que, sobretudo, consideram a violação de direitos fundamentais, permitindo uma intervenção judicial. Desse modo, interessante observar que, ainda que em muitas questões haja referida primazia legislativa, não necessariamente

o princípio da competência decisória do legislador possa prevalecer em todos os casos e circunstâncias sobre o princípio material da protecção dos direitos fundamentais. A resposta a esta questão está num procedimento de ponderação que respeite uma delimitação jurídico-funcional adequada entre a margem de acção do legislador, reconhecida constitucionalmente, e a vinculação do legislador aos direitos fundamentais.<sup>40</sup>

Sendo assim, é imperioso o reconhecimento da vinculação do legislador a concretização de direitos fundamentais de cunho social, contudo, há que se ter presente também a existência de uma margem de apreciação que contemple a tomada de decisões - de carácter fático ou normativo - que envolva alguns aspectos relativos à tal concretização. A intervenção judicial é possível, entretanto, dentro de limites que mantenham e deferência na relação entre poderes, especialmente no que se refere a algumas decisões de políticas estruturais que encontram-se no processo de efetivação dos direitos fundamentais sociais.

## 5 CONCLUSÃO

O reconhecimento dos direitos fundamentais como mandamentos de otimização e da sua multifuncionalidade permite que os mesmos sejam levados a sério - especialmente em relação aos direitos sociais - em sua concretização. A vinculação dos três poderes do Estado a esses postulados de ordem constitucional permite que sejam prontamente exigíveis e que haja uma fiscalização recíproca quanto a esta vinculação, garantindo ao particular o acesso aos direitos sociais.

Além disso, a certificação da existência tanto de uma dimensão subjetiva como de uma dimensão objetiva nos direitos de cunho social garante distintas formas de justiciabilidade destes. Sua efetividade deixa de guardar relação apenas com o carácter coletivo dos mesmos e passa a ser exigível também de forma

---

<sup>38</sup> García Roca, Javier García: "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía y integración", em: *Teoría y realidad constitucional*, Madrid, n. 20, 2007, p. 117-143. p. 142.

<sup>39</sup> Aguilar Cavallo, Gonzalo: "Cuál es la doctrina de la CIDH em materia de derechos económicos, sociales y culturales?", em: Llanos Mardones, Hugo Ignacio; Picand Albónico, Eduardo: *Estudios de Derecho Internacional: libro homenaje al Profesor Hugo Llanos Mansilla*. Santiago, Abeledo Perrot, 2012. p. 244.

<sup>40</sup> Queiroz, Cristina: *O princípio não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Lisboa: Coimbra, 2006. p. 51.

individualizada, em verdadeira sintonia com o seu reconhecimento como mandamentos de otimização.

Frente a essas características, é possível afirmar a existência de uma margem de apreciação do legislador no que toca à realização dos direitos fundamentais sociais, não sendo a mesmo, todavia, ilimitada. A vinculação constitucional do legislador a concretização dos mesmos consagra-se como uma limitação desse espaço decisório, estando a efetividade dos direitos fundamentais acima de valorações políticas que possam esvaziar seu conteúdo. Assim, é necessário estabelecer um ponto de equilíbrio entre as possibilidades de escolhas existentes nesta margem com a vinculação constitucional que atinge o legislador.

## REFERÊNCIAS

Aguilar Cavallo, Gonzalo: "Cuál es la doctrina de la CIDH em materia de derechos económicos, sociales y culturales?", em: Llanos Mardones, Hugo Ignacio; Picand Albónico, Eduardo: *Estudios de Derecho Internacional: libro homenaje al Profesor Hugo Llanos Mansilla*. Santiago, Abeledo Perrot, 2012.

Bissoli Lage, Livia Regina Savergnini: "Políticas Públicas como programas e ações para o atingimento dos objetivos fundamentais do Estado", em: Pelegrini Grinover, Ada; Watanabe, Kazuo (Orgs.): *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro, Forense, 2011.

Borges Mânica, Fernando: "Teoria da Reserva do Possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas", em: *Cadernos da Escola de Direito*, Curitiba, n. 08, 2008, p.89-104.

Dalari Bucci, Maria Paula: "O conceito de política pública em direito", em: \_\_\_\_\_. *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo, Saraiva, 2006.

Ferrajoli, Luigi: "La esfera de lo indecible y la división de poderes", em: *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Talca, 2008, p. 337-343.

Ferreira Mendes, Gilmar: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

García Roca, Javier García: "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía y integración", em: *Teoría y realidad constitucional*, Madrid, n. 20, 2007, p. 117-143.

Gavara de Cara, José Carlos: "La dimensión objetiva de los derechos sociales", em: \_\_\_\_\_. *Cuadernos de derecho Constitucional*. Barcelona, Librería Bosh, 2010.

Gomes Canotilho, José Joaquim: "Metodologia 'fuzzi' e camaleões normativos", em: \_\_\_\_\_. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra, Coimbra, 2004.

Grimm, Dieter: *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006.

Hennig Leal, Mônia Clarissa: *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a*

*Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Hennig Leal, Mônia Clarissa; Maas, Rosana Helena: *O Amicus Curiae e o Supremo Tribunal Federal: fundamentos teóricos e análise crítica*. Curitiba: Multideia, 2014.

Hesse, Konrad: "Significado de los derechos fundamentales", em: Benda, E. et al. *Manual de derecho constitucional*. Madrid, Marcial Pons, 1996.

Michelman, Frank Isaac: "A Constituição, os direitos sociais e a justificativa política liberal", em: Wolfgang Sarlet, Ingo (Org.): *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Miranda, Jorge: "Os direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa", em: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 18, 1986, p. 107-138.

Müller Bitencourt, Caroline: *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

Nogueira Alcalá, Humberto Nogueira: *Teoría de los derechos fundamentales y los derechos humanos*. Montevideo: Ingranusi, 2000.

Perez Luño, Antônio-Enrique: "Aproximación al análisis conceptual de los derechos sociales", em: BRAVO, Á. S., et al: *Derechos Sociales en tiempos de crisis*. Sevilla, Punto Rojo Libros, S. L., 2013.

Queiroz, Cristina: *O princípio não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Lisboa: Coimbra, 2006.

Saddy, André: *Discricionariedade Administrativa nas normas jurídicas em abstrato. Limites e Técnicas de Contenção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Watanabe, Kazuo: "Controle Jurisdicional das Políticas Públicas - 'Mínimo Existencial' e demais Direitos Fundamentais Imediatamente Judicializáveis", em: Pelegrini Grinover, Ada; Watanabe, Kazuo. (Orgs.): *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Wolfgang Sarlet, Ingo: *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

Wolfgang Sarlet, Ingo: "Breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias de proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos fundamentalismos hermenêuticos", em: Gonçalves Fernandes, Bernardo (Org.): *Interpretação Constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*. Salvador, Juspodivm, 2010.

Wunder Hachem, Daniel: "Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión", em: *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 1, 2014, Talca, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, p. 285-328.

Zagrebelsky, Gustavo: *La ley y su justicia*. Madrid, Trotta, 2014.