

# Vinculatividade objetiva dos direitos sociais prestacionais

Da teoria da integração à pretensão metaindividual a políticas públicas

LUCIANO PEREIRA VIEIRA

**Resumo:** O artigo debate a exigibilidade judicial dos direitos fundamentais sociais derivados a prestação nos casos de omissão ou má concretização pelos Poderes Públicos. Argumenta que a inexigibilidade imediata de determinado direito social não afasta o reconhecimento de que toda norma constitucional, por menos densa que seja, tem um grau mínimo de vinculação estatal e de exigibilidade pela sociedade, decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Sustenta a objetividade dos valores constitucionais e, por conseguinte, o dever de sua concretização por meio de políticas públicas. Aponta como única forma adequada de adjudicar direitos derivados a prestação o reconhecimento da existência de uma pretensão metaindividual a políticas públicas, dada a inexistência de direitos públicos subjetivos nessa seara. Conclui que os instrumentos processuais de tutela coletiva *lato sensu* devem ser reconhecidos como a única via legitimadora dessa atuação complementar do Judiciário para garantir a igualdade entre os cidadãos no acesso aos direitos sociais.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais sociais. Dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Teoria da integração. Valores constitucionais. Judicialização de políticas públicas.

## Objective binding of fundamental social rights: from theory of integration to the meta-individual claim for public policies

**Abstract:** It discusses the judicial enforcement of fundamental social rights that don't enshrine subjective public rights directly from the constitutional text in cases of omission or low concretizing performance from Political Branches. It argues that even a non-enforceable fundamental social right has a minimum degree of binding effect on the State and an enforceable

Recebido em 17/9/19  
Aprovado em 9/10/19

degree by society, owing to the objective dimension of fundamental rights that becomes the state values in objective data. The purpose of this study is to state that the only suitable way to require that the State formulate and implement public policies for social rights not qualified as subjective public rights by Constitution is through the recognition of the existence of a 'meta-individual' claim for public policies arising from the objective dimension of fundamental rights. It intends to demonstrate that the collective procedural instruments are the only lawful way for this purpose to ensure the equality between citizens when the political branches fail in their tasks.

**Keywords:** Fundamental social rights. Objective dimension of fundamental rights. Theory of integration. Constitutional values. Judicialization of public policies.

*La gestión o, si se quiere, administración de prestaciones convierte o transforma los derechos fundamentales en objetivos constitucionales, redistribuyendo, planificando, dirigiendo y subvencionando, buscando en todo caso su efectividad erga omnes, dirigiendo su uso individual e colectivo en sentido de “hacer provechosos” todos los derechos fundamentales.*

(HÄBERLE, 2002, p. 169).

## Introdução

Este estudo objetiva contribuir para o aprofundamento da discussão acerca da exigibilidade judicial dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2019]), que, de acordo com a doutrina e jurisprudência predominantes, não consagrariam direitos subjetivos diretamente fruíveis com base em sua mera contemplação no texto constitucional. Mais precisamente, objetiva enfrentar a complexa questão política e jurídica da (im)possibilidade de adjudicação, pelo Poder Judiciário, dos direitos econômicos, sociais e culturais – em regra, direitos derivados a prestação – em virtude do reconhecimento, na esfera judicial, da omissão ou da má atuação dos Poderes Legislativo e Executivo em concretizá-los.

Tais direitos fundamentais sociais, de modo propositado ou não, historicamente sempre foram vistos, em sua maioria, como metas ou valores a serem progressivamente concretizados pelo Estado em prol de seus cidadãos e, justamente por isso, não seriam diretamente exigíveis,

no plano individual ou coletivo, enquanto não houvesse a atuação conformadora do legislador infraconstitucional. Essa noção abstrata dos direitos fundamentais sociais advém da concepção dogmática de que tais direitos foram, em sua quase totalidade, consagrados por meio de normas constitucionais de baixa densidade normativa ou, em outros termos, por normas constitucionais de cunho programático.

Embora não seja totalmente equivocada, essa concepção acabou por construir uma perniciososa cultura jurídica que não foi capaz de reconhecer a possibilidade de existirem graus de exigibilidade para os diversos direitos fundamentais sociais e a sindicabilidade desses direitos além do plano estritamente individual. Por estar presa ao dogma do direito subjetivo, tal concepção acaba por lançar todos os direitos sociais em uma única vala: a dos direitos sem exigibilidade ou não justiciáveis, salvo raros casos previstos no texto da CRFB ou criados pela jurisprudência.

Essa mentalidade restritiva quanto à concretização dos direitos fundamentais sociais sempre esteve diretamente atrelada aos alegados altos custos de sua efetivação, à ausência de instrumentos para sua adjudicação judicial e ao vetusto dogma da separação dos Poderes. Contudo, consoante se pretende demonstrar neste trabalho, o fato de determinado direito social não ser exigível diretamente da Constituição não afasta o reconhecimento de que toda norma constitucional, por menos densa que seja, tem um grau mínimo de vinculação do Estado e de exigibilidade pela sociedade, decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Trata-se de reconhecer a Constituição, na concepção de Smend (1985), como uma ordem jurídica de valores, ou seja, uma ordem que torna objetivos os valores estatais, o que determina, como consequência imediata, a vinculativida-

de objetiva dos direitos fundamentais para os Poderes constituídos.

O objetivo é discutir se há realmente alguma possibilidade jurídica de exigir judicialmente do Estado a formulação e a implementação de políticas públicas de promoção dos direitos sociais prestacionais não reconhecidos diretamente no texto constitucional como direitos públicos subjetivos.

Portanto, o enfoque não se dará sobre o já pacífico entendimento de que os *direitos sociais originários a prestação* (direitos públicos subjetivos de origem constitucional) são sindicáveis pelo Poder Judiciário no plano individual, pois não há dúvidas relevantes quanto à existência de um legítimo direito subjetivo nessa seara.

Em suma, a discussão girará exclusivamente em torno da tentativa de demonstrar a existência, no Brasil, de uma *pretensão metaindividual a políticas públicas para os direitos sociais derivados a prestação (de baixa densidade normativa)*, como corolário da dimensão objetiva dos direitos fundamentais consagrados na CRFB.

## 1 Direitos fundamentais sociais prestacionais: eficácia e exigibilidade

É comum encontrar a afirmação na doutrina – e até mesmo em alguns julgados – de que os direitos sociais prestacionais são, em regra, veiculados por normas de cunho programático e, por isso, dependem de *efetivação progressiva*, o que lhes retiraria a possibilidade de serem exigidos judicialmente. Em outras palavras, a ideia geral prevalecente seria a de que os direitos fundamentais sociais prestacionais, por não terem recebido normatividade suficiente do Legislador<sup>1</sup> – logo, por serem de baixa densidade normativa –, teriam eficácia jurídica limitada

<sup>1</sup> Entre outras obras, ver Silva (2002, p. 82-83).

ou reduzida e, portanto, sua exigibilidade em face do Estado estaria inviabilizada enquanto esse *status* permanecesse.

Justamente por isso, Krell (1999, p. 240) recorda que, embora a maioria dos textos constitucionais europeus e latino-americanos atuais se valham de normas constitucionais programáticas para a positivação de direitos sociais, deve-se negar a essas normas o papel de meras definidoras de metas e finalidades estatais. Pelo contrário, “elas não representam recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem direito diretamente aplicável” (KRELL, 1999, p. 240), o que não significa necessariamente que delas diretamente provenham *direitos públicos subjetivos*. De qualquer modo, a própria Constituição deve definir o grau de aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais sociais e, portanto, o seu grau de justiciabilidade. Esse é o ponto de partida.

Sarlet (2012, p. 252, grifo do autor), após analisar as principais concepções da literatura jurídica nacional referentes à problemática classificação da eficácia das normas constitucionais, conclui que “a todas as sistematizações propostas subjaz a ideia de que uma norma é capaz de gerar seus efeitos essenciais em tendo, por si mesma, *normatividade suficiente* para tanto”, pois não haveria, segundo sustenta, como “desconsiderar a íntima vinculação da noção de densidade normativa com a de eficácia (e aplicabilidade) da norma”. E ressalta que o conteúdo do dispositivo constitucional é de “suma relevância para a determinação de sua normatividade”, motivo pelo qual condensa seu pensamento sobre a classificação da eficácia das normas constitucionais da seguinte forma:

Em face do exposto, pode falar-se em normas constitucionais de alta densidade normativa, que, dotadas de suficiente normatividade, se encontram aptas a, diretamente e sem a intervenção do legislador ordinário, gerar os seus efeitos essenciais (independentemente de uma ulterior restringibilidade), bem como em normas constitucionais de baixa densidade normativa, que não possuem normatividade suficiente para – de forma direta e sem uma *interpositio legislatoris* – gerar seus efeitos principais, ressaltando-se que, em virtude de uma normatividade mínima (presente em todas as normas constitucionais), sempre apresentam certo grau de eficácia jurídica (SARLET, 2012, p. 252-253).

É essa a concepção de eficácia e aplicabilidade de normas constitucionais que serve de alicerce para o presente estudo. O problema é que nem sempre essa conclusão é de fácil extração do texto constitucional. Reitere-se, portanto, que somente o caso concreto e a análise específica – mas sistêmica – das disposições garantidoras de direitos sociais em determinada Constituição é que permitem determinar o nível de justiciabilidade desses direitos fundamentais, o qual poderá oscilar diante do

espaço de prognose e da margem de ação e decisão do legislador conferido pelo constituinte, ou seja, do livre espaço de conformação disponível.<sup>2</sup>

Eis o motivo pelo qual não se deve extrair da norma-princípio consagrada no art. 5º, § 1º, da CRFB mais do que ela é capaz de assegurar, ou seja, ela não é capaz, *per se*, de configurar automaticamente direitos subjetivos, concretos e definitivos. É por isso que, segundo Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 287), o art. 5º, § 1º, da CRFB deve ser compreendido apenas como uma “ordem de otimização, uma determinação para que se confira a maior eficácia possível aos direitos fundamentais”. Essa é sua aptidão imanente.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, prevista no art. 5º, § 1º, da CRFB, só é efetivamente possível – no que tange aos direitos sociais, em se tratando de *direitos originários a prestação e de liberdades sociais* (estas, típicos direitos de *status negativus*), já que os demais direitos sociais prestacionais somente serão exigíveis perante o Estado, a depender da análise de cada caso concreto – após a interposição legislativa.

Em regra, portanto, os direitos sociais prestacionais, salvo situações previstas na Constituição – como é o caso, no Brasil, da saúde e da educação básica –, só alcançarão sua máxima eficácia após a atuação conformadora do legislador infraconstitucional. Afora esses casos, a eficácia do direito social está assegurada como vetor hermenêutico para a criação e implementação de políticas públicas governamentais destinadas à sua concretização, bem como tem seu lugar no bloco de constitucionalidade para fins de declaração da inconstitucionalidade da omissão estatal na sua implementação, tanto no âmbito do controle difuso quanto do concentrado.

O direito à educação no Brasil, reconhecido como direito social pelo art. 6º da CRFB, é um excelente exemplo para confirmar essa tese. Recorde-se que o inc. I e o § 1º do art. 208 da CRFB expressamente reconhecem que o acesso ao ensino público básico é obrigatório e gratuito como “direito público subjetivo”<sup>3</sup>. Desse modo, inexistente discricionariedade administrativa, porquanto se trata de comando constitucional de aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CRFB), plenamente exigível pelo indivíduo em face do Estado, tanto que o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público ou sua oferta irregular importam responsabilidade da autoridade competente, de acordo com o próprio texto constitucional (art. 208, § 2º, da CRFB). Em virtude disso, a doutrina e a jurisprudência

---

<sup>2</sup>Sobre o tema, ver Queiroz (2006, p. 75) e Krell (1999, p. 241).

<sup>3</sup>Basicamente, os deveres estatais de fomento à educação escolar no Brasil podem ser sintetizados da seguinte forma: 1) educação básica, composta pelo ensino infantil, fundamental e médio – inclusive a educação de jovens e adultos e a destinada a portadores de necessidades especiais; 2) educação superior. Sobre o tema, ver Vieira (2013).

pátrias são uníssonas em admitir a justiciabilidade desse direito à educação básica, individual ou coletivamente, por se tratar de legítimo direito originário a prestação, ou seja, direito social diretamente exigível do texto constitucional.<sup>4</sup>

Nesse aspecto, um esclarecimento precisa ser feito: somente a oferta de educação básica pelo Estado pode ser considerada direito público subjetivo no Brasil, estando de fora a educação superior, nos estritos termos constitucionais. Assim, o ensino superior brasileiro, por não gerar direito público subjetivo diretamente do texto constitucional – típico direito social derivado a prestação de baixa densidade normativa –, estaria destituído de exigibilidade judicial, no plano individual ou coletivo, por necessitar da prévia atuação concretizadora do legislador (*interpositio legislatoris*) para a sua fruição.

Desses exemplos infere-se que o direito à educação é marcado, na CRFB, pela existência tanto de normas de baixa densidade normativa (como as do ensino superior), quanto por normas de alta densidade normativa (como o direito à educação básica, sobretudo a infantil). Assim, apenas com esses dois exemplos, é possível desconstruir as ideias autoexcludentes de que os direitos fundamentais sociais prestacionais, no Brasil, ou geram inexoravelmente direitos subjetivos e, por isso, seriam plenamente sindicáveis pelo Poder Judiciário, sem exceção; ou de que, por outro lado, são sempre normas de conteúdo meramente programático.

Em verdade, a esses exemplos poderiam ser somados outros de menor densidade normativa, como é o caso do direito à alimentação, ao lazer e à moradia, dispostos igualmente no art. 6º da CFRB, ao lado de outros de elevada densidade normativa, como o direito à saúde, à previdência, à segurança, à proteção, à ma-

ternidade e à infância.<sup>5</sup> Certamente, o espírito do Poder Constituinte, à época da positivação desses direitos fundamentais sociais, não foi o de tratá-los igualmente em termos de exigibilidade, embora se possa afirmar que era o de assegurar que todos fossem efetivamente concretizados, a seu tempo e modo.

Assim, mais do que prescrever direitos sociais prestacionais, o Poder Constituinte almejou instituir *deveres* para o Estado, como que suprimindo parcela de seu poder de escolha de rumos ou limitando sua discricionariedade na eleição dos destinos das atividades estatais. E o norte para o exímio cumprimento dessa tarefa constitucional deve ser buscado naquilo que se convencionou denominar *dimensão objetiva dos direitos fundamentais*, a qual, em última instância, deve ser protegida pelo Poder Judiciário. Daí não ser absurdo afirmar que o catálogo de direitos fundamentais serve como expressão de uma “ordem de valores objetivada na e pela Constituição” (SARLET, 2006, p. 554).

A razão disso é que o ordenamento jurídico positivo está impregnado de uma *ordem axiológica* representativa da vida cultural do Estado, a qual legitima a “ordem legal positiva do Estado” (KRELL, 2002, p. 78). Se essa ordem de valores legitima o poder estatal, deve ela ser também o fundamento que justifica a exigibilidade dos direitos sociais que proclama, explícita ou implicitamente.

Ainda quanto à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, Sampaio (2013, p. 61) ressalta que o enfoque é o significado do direito fundamental para a coletividade, em seu conjunto. Por isso, afirma que os direitos fundamentais devem ter “valor e extensão para o todo social”, ou seja, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais implica concebê-los como “uma ordem de valores

<sup>4</sup>No mesmo sentido, ver Araujo e Nunes Júnior (2010, p. 516).

<sup>5</sup>Nesse mesmo sentido, ver Barboza e Kozicki (2012, p. 75).

objetiva”. É com base em premissas semelhantes que Abramovich e Courtis (2004, p. 47) afirmam inexistir modalidade de direito econômico, social e cultural que não contenha “ao menos alguma característica ou faceta que permita sua exigibilidade judicial em caso de violação”.

Em síntese, o objetivo dos referidos autores é deixar claro que a qualificação de um direito social como “direito pleno” não decorre apenas do adimplemento da obrigação pelo Estado, senão pela “existência de algum poder jurídico para atuar do titular do direito em caso de inadimplemento da obrigação devida” (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 37-38), porquanto é justamente a falta de *instrumentos materiais e processuais de tutela desses direitos* que fundamenta a negativa de sua justiciabilidade.<sup>6</sup> A plenitude dos direitos fundamentais sociais, portanto, passa necessariamente pelo reconhecimento do papel decisivo do Poder Judiciário na adjudicação compulsória de prestações aos cidadãos em caso de omissão ou má atuação estatal na concretização das políticas públicas.

Entretanto, essa postura do Poder Judiciário, quando adotada em demandas individuais que implicam flagrante desvirtuamento de políticas públicas legitimamente estabelecidas pelos Poderes políticos, pode revelar indesejável ativismo judicial, algo que acaba por criar um novo problema, de ordem político-jurídica, a ser equacionado não só pelo Direito Constitucional, mas também pela Ciência Política.

Por ironia, a adjudicação judicial casuística e pontual de direitos prestacionais pelo Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que pode contribuir para solucionar o problema da inefetividade das normas constitucionais, pode também acentuar a desigualdade entre os cidadãos que, por não terem sido alcançados pelos efeitos da decisão judicial, continuam a necessitar da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo para gozarem de determinado direito social prestacional. Explica-se: se a tutela jurisdicional prestada não for capaz de atender a todos que se encontrem sob a mesma situação fática hipoteticamente agasalhada pela norma que consagrou o direito social, mas apenas a um ou a alguns indivíduos que tiveram acesso formal ao aparato judicial do Estado, estará o Poder Judiciário contribuindo para o incremento da sensação de desigualdade material entre os indivíduos na sociedade.

Em síntese, a indiscriminada judicialização dos direitos fundamentais sociais derivados a prestação pode criar categorias distintas de indivíduos ou coletividades a depender do resultado das ações judiciais que

---

<sup>6</sup> Entre várias outras conclusões extraídas do Foro sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, patrocinado pela Comisión Económica para América Latina (CEPAL), está a de que “o dever do Estado de adotar medidas a fim de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais inclui a obrigação de oferecer recursos judiciais para tais fins” (ROUX; RAMÍREZ J., 2004, p. 11, tradução nossa).

cada interessado promoveu, sem falar do risco de desmantelamento da atuação programática estatal, quando o acolhimento de pretensões meramente individuais puder comprometer políticas públicas estabelecidas racionalmente para o atendimento progressivo de grupos ou coletividades não incluídos no raio de alcance da decisão judicial.

Em outros termos, um mesmo direito social genericamente previsto para todos no texto constitucional pode não ser assegurado a todos, por força dos limites subjetivos da decisão judicial. Além disso, não se deve esquecer que a judicialização dos direitos sociais traz consigo o risco sempre presente de o amparo da pretensão individual depender da maior ou menor permeabilidade do magistrado aos anseios da sociedade e do grau de intensidade que ele reconhecer, em sua fundamentação, da vinculação do Estado ao dever de prestar determinado direito social com base no texto normativo invocado pela parte autora, o que pode conferir um sabor lotérico às ações judiciais individuais em curso.

Não é necessário utilizar rios de tinta para demonstrar quão perniciosa pode ser essa compreensão de adjudicação judicial de direitos fundamentais sociais, por ter, em sua base, justamente o desrespeito à ideia de isonomia. Isso, porém, não retira a importância da intervenção judicial na concretização dos direitos fundamentais sociais. Apenas reforça a relevância de os canais políticos do Estado atuarem de modo eficiente, a seu tempo e modo, justamente para evitar que a omissão ou má atuação na formulação e implementação de políticas públicas resultem na necessidade de intervenção proativa ou corretiva por parte do Poder Judiciário. Ainda, reforça a ideia de que os instrumentos de *tutela jurisdicional coletiva* devem ser potencializados ou priorizados, em detrimento das demandas individuais, na adjudicação judicial de direitos fundamentais sociais derivados a prestação. Daí

não ser demasiado afirmar que, se por um lado a CRFB previu um amplo catálogo de direitos sociais, por outro, *não os contemplou todos como direitos públicos subjetivos*, relegando ao Poder Legislativo a relevante tarefa de densificá-los em textos normativos complementares e, ao Executivo, a árdua tarefa de prestá-los concretamente com base em uma engenhosa programação financeira e infraestrutural. Essa é a regra de ouro.

Tal afirmação não significa que a concretização dos direitos sociais derivados a prestação de baixa densidade normativa estará sempre atrelada ao mero alvedrio do legislador e do administrador público. Em verdade, apenas quer dizer que a concomitante ausência de direitos públicos subjetivos, somada à previsão de deveres objetivos estatais, faz surgir uma pretensão legítima à concretização desses direitos, a qual escapa, porém, do raio de alcance das demandas individuais, em sua imensa maioria, por ter natureza de *pretensão metaindividual a políticas públicas*.

Reconhecer a abertura hermenêutica do catálogo de direitos fundamentais sociais é ato de maturidade institucional pautado na confiança de que o Estado Democrático de Direito está, senão plenamente, muito confortavelmente instalado. Afinal, embora o Poder Judiciário não seja, naturalmente, a instância democraticamente legitimada à densificação de direitos fundamentais sociais, é certo, por outro lado, que a atribuição de direitos a normas constitucionais pelo processo hermenêutico é, *prima facie*, uma função típica desse Poder estatal em última instância.

Não se deve esquecer que o próprio Poder Constituinte Originário reservou à jurisdição constitucional – *in casu*, o Supremo Tribunal Federal (STF) (art. 102 da CRFB) – a função de guardião da Constituição, devendo não apenas protegê-la em sua essência, mas primordialmen-



te garantir sua efetividade (força normativa), de modo a não permitir sua transformação numa mera folha de papel. Essa atuação concretizadora do Poder Judiciário, porém, não é ilimitada. A jurisdição constitucional deve desempenhar sua função de guardião da Constituição não no sentido de ser a responsável por revelar, em última instância e de modo exclusivo, o “segredo constitucional” que lhe teria sido confiado pelo Poder Constituinte, mas na exata dimensão de que é a responsável por velar pela força normativa da Constituição, protegendo e reafirmando seus valores, mesmo quando pareçam óbvios (VIEIRA, 2012, p. 111-114).

Krell (2002, p. 22), quanto a esse tema, reconhece a importância da abertura material da Constituição relativamente aos direitos sociais, ao destacar que, num sistema político pluralista, “as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado”. Justamente por isso, salienta que a tarefa de concretização desses direitos, no campo da conveniência e oportunidade, deve estar a cargo, principalmente, dos governos e parlamentos, e não do Poder Judiciário. Entretanto, Krell (2002, p. 22) ressalta que essa sua afirmação não exclui a intervenção excepcional do Poder Judiciário “quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional”, sobretudo no campo da omissão inconstitucional, na mesma linha que acima sustentamos. E a legitimidade dessa intervenção judicial para a adjudicação de direitos sociais somente pode ser aferida em cada caso concreto, e não *a priori*.

Estaria nesse ponto, portanto, resolvida a questão do déficit de legitimidade democrática do Poder Judiciário como ator político-jurídico: na concretização dos direitos fundamentais sociais derivados a prestação de baixa densidade normativa, toda vez que os canais estatais pró-

prios, de natureza eminentemente política, não se desincumbirem de sua missão constitucional de densificação desses direitos, estará o Poder Judiciário autorizado a suprimir a omissão inconstitucional<sup>7</sup> ou de atuar de modo corretivo quanto a eventuais desvios políticos na execução dos direitos fundamentais sociais. Ou seja, a intervenção judicial ultrapassa excepcionalmente o campo estritamente jurídico para corrigir uma disfunção de natureza, *a priori*, eminentemente política.

Por conseguinte, surge a necessidade de compreender esse fenômeno jurídico por meio de outras abordagens, sobretudo o que fundamenta essa pretensão, além da especial relevância que os instrumentos processuais de tutela coletiva passam a ter nesse contexto para a concretização dos direitos sociais derivados a prestação de baixa densidade normativa. É o que se passará a fazer no tópico a seguir.

## **2 Vinculatividade objetiva dos direitos fundamentais sociais: a Constituição como uma ordem jurídica de valores na teoria da integração de Rudolf Smend**

Os direitos sociais são, em regra, diretivas que apontam para o futuro, por não se limitarem a expressar a realidade de fato vivenciada no presente. Daí por que são positivados, no mais das vezes, por normas de índole programática ou, como preferimos, por normas constitucionais de baixa densidade normativa.

Aliás, nem poderia ser diferente. Se as normas definidoras de direitos sociais apenas refletissem, como realidade de fato atual, direitos públicos subjetivos, certamente se estaria diante de um hipotético Estado que já teria alcançado o

<sup>7</sup>Nesse sentido, ver Fonte (2013, p. 184).

pleno bem-estar social, e as normas constitucionais teriam apenas a função de retratar os alcances já experimentados, como numa Constituição-quadro, perdendo sua força de direção e ordenação da realidade político-social.

Seria algo fantástico, mas o cenário político-econômico do Estado brasileiro, desde o momento da promulgação da CRFB até a presente data, não permite, como verdade histórica, essa constatação. O Brasil inegavelmente vive, desde então, um processo lento e gradual de desenvolvimento econômico e social e de maturação de seu regime democrático, com avanços e retrocessos. E essa dinâmica da realidade político-social brasileira reflete diretamente o ritmo progressista ou conservador de implementação das promessas constitucionais de 5 de outubro de 1988. Exatamente por isso, como adverte Krell (2002, p. 25-26), é equivocada a ideia de que a Constituição pode “normatizar o inalcançável”, razão pela qual afirma que “o equilíbrio entre esses dois extremos é que conduz a um ordenamento jurídico eficaz”.

Ao tratar da força jurídico-constitucional dos direitos econômicos, sociais e culturais, Canotilho (2003) elenca algumas características desses direitos, com base na concepção traçada pelo Tribunal Constitucional português. São elas: vinculatividade normativo-constitucional; servem como parâmetro de controle judicial das medidas legais ou regulamentares restritivas desses direitos; são autênticas imposições legiferantes cujo descumprimento gera omissão inconstitucional; impõem ao Estado o dever de concretizar esses direitos por meio de medidas concretas e determinadas (tarefas constitucionalmente impostas ao Estado); e impõem uma discricionariedade mitigada ao legislador, na medida em que “a produção de medidas concretizadoras dos direitos sociais não é deixada à livre *disponibilidade do legislador*, embora este beneficie de uma ampla *liberdade de conformação*” (CANOTILHO, 2003, p. 482, grifos do autor). Isso significa que a imposição legiferante e o fornecimento de prestações aos cidadãos devem ser analisados com maior amplitude quando se tratar de direitos fundamentais sociais, extrapolando a mera análise subjetiva de demandas político-sociais.

Conforme assevera Sampaio (2013, p. 256), o fato de os direitos sociais terem como características a progressividade e a dependência de condições fáticas, sociais e jurídicas para sua implantação pelo Estado não justifica “uma paralisia de implementação”, pois quanto a eles há um evidente dever de concretização estatal. Afinal, o caráter principiológico dos direitos fundamentais também serve para revelar que sua positivação na ordem constitucional representa a eleição de certos valores fundantes da sociedade, os quais foram objetivamente catalogados pelo Poder Constituinte como representação da vontade soberana do povo em determinado momento histórico, mas com vistas ao futuro.

Häberle (2002, p. 204-205), nesse particular, salienta que o Estado prestacional tem o dever de criar todos os requisitos e condições para que os cidadãos, sem exceção, possam “fazer um correto uso ‘por igual’ das liberdades garantidas, sem cuja consecução se esvazia de conteúdo”. Logo, o fato de um determinado direito social não ser exigível diretamente da Constituição não afastaria o reconhecimento de que toda norma constitucional, por menos densa que seja, detém um grau mínimo de vinculação do Estado e de exigibilidade por parte da sociedade, decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais (ARA PINILLA, 1994, p. 106).

Em outras palavras, trata-se não do reconhecimento do caráter meramente discricionário e programático da atuação do Poder Legislativo na concretização de direitos sociais prestacionais, mas do exercício de uma função normatizadora que a própria Constituição torna vinculante ao Legislador, embora com maior ou menor margem de conformação ou concreção, a depender da densidade normativa que o próprio Poder Constituinte atribuiu a cada direito fundamental social.

Portanto, esses direitos econômicos, sociais e culturais revelam-se, na feliz definição de Queiroz (2006, p. 31, grifos da autora), uma “tarefa definida como *norma-fim* e que se dirige *ainda* como *expectativa constitucional* tanto para o Estado como aos cidadãos”. Daí o acerto de Ferrari (2001, p. 221) em reconhecer a imperatividade dessas normas constitucionais definidoras de programas ou fins estatais, porque elas devem ser postas em ação pelo legislador, que tem o dever constitucional de torná-las efetivas. É esse o valor constitucional que deve inspirar a atuação concretizadora pelo Estado dos direitos fundamentais sociais prestacionais de baixa densidade normativa. É esse mesmo valor que enseja a existência de um sentimento constitucional, um vínculo político-afetivo que

integra os cidadãos ao Estado sob o manto da Constituição.

O sentimento constitucional como modo de integração política representa, de acordo com Lucas Verdú (1987), uma adesão íntima, mais ou menos consciente, às normas e instituições fundamentais do país. Obviamente, tal sentimento pressupõe uma ordem jurídica inspirada por valores constitucionais e passa, necessariamente, pelo progressivo cumprimento por parte do Estado de suas missões institucionais.

Smend (1985, p. 132), em sua teoria da integração, qualifica a Constituição como a ordem jurídica justificadora da existência do Estado, no sentido de ordenação da “dinâmica vital na qual se desenvolve a vida do Estado”.<sup>8</sup> Em outras palavras, o jurista alemão sustenta uma concepção material da Constituição, que a reconhece como a ordem jurídica de um processo político de integração dos cidadãos no Estado,<sup>9</sup> cujo objetivo ou finalidade principal é a realização de valores (SMEND, 1985, p. 94). Smend busca conectar o Estado com exigências de ordem ético-valorativas, aproximando-o dos ideários jusnaturalistas e de técnicas hermenêuticas científico-espirituais.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Sobre a teoria da integração, confira-se a seguinte passagem da obra *Constitución y Derecho Constitucional*, de Smend (1985, p. 63), na qual ela é desenvolvida: “El Estado existe y se desarrolla exclusivamente en este proceso de continua renovación y permanente reviviscencia; por utilizar aquí la célebre caracterización de la Nación en frase de Renan, el Estado vive de un plebiscito que se renueva cada día. Para este proceso, que es el núcleo sustancial de la dinámica del Estado, he propuesto ya en otro lugar la denominación de integración”.

<sup>9</sup> É o que ressalta García Roca (1988, p. 271): “La Constitución es para él [Rudolf Smend] la ordenación jurídica de la integración política de los ciudadanos en el Estado y, por ello, también el fruto de la eficacia integradora de sus normas, muy especialmente de sus valores y derechos fundamentales”.

<sup>10</sup> Esse é o pensamento de García Roca (1988, p. 270-271): “La teoría de la Constitución de Smend se incrusta dentro de las ciencias del espíritu y ello es, sin duda, su rasgo definidor y su principal factor innovador: se trata de comprender el Estado y la Constitución como realidades espirituales y dinámicas en un cambio incesante, rechazando cualquier reduccionismo metodológico que lleve de manera

Lucas Verdú (1987), influenciado pela teoria constitucional de Smend, lança-se, em seus escritos, em uma luta contra o positivismo jurídico na República de Weimar, no período entreguerras. Para tanto, retoma a importância da teoria da integração de Smend para a Constituição e o Direito Constitucional, influenciado, inclusive, pela observação dos resultados catastróficos experimentados pelo Estado formalista alemão que culminou na Segunda Guerra Mundial.

Para García Roca (1988, p. 272, tradução nossa), a utilidade da teoria da integração de Smend – na visão de Lucas Verdú – reside na função de afastar o risco de que a posituação de direitos humanos, transformando-os em direitos fundamentais, possa frustrar ou desvanecer seus conteúdos essenciais, formalidade que pode fazer com que tais direitos “evaporem em algumas transcrições que muitas vezes não são capazes de recolher toda a sua riqueza” em termos culturais e valorativos.

Portanto, o reconhecimento da Constituição como *ordem jurídica de valores* – que integra os cidadãos ao Estado e, com isso, assegura a convivência política – é o fundamento da ideia de *vinculatividade objetiva dos direitos fundamentais*, notadamente os econômicos, sociais e culturais (de feição positiva). Tal concepção é, sem dúvida, muito mais garantista quanto ao asseguramento dos direitos humanos do que a clássica visão meramente formalista dos direitos fundamentais parece fazer crer.

O processo de tomada de decisões políticas legitimadas pela Constituição é mais facilmente compreensível com a aplicação da teoria da integração de Smend, haja vista o dinamismo

que se espera desse processo entre a realidade normada e a realidade fática (função política da Constituição), o qual tem por fundamento a assunção de um compromisso político de manter permanentemente viva a Constituição, algo que pressupõe o cumprimento pelo Estado de suas missões institucionais.

Logo, a concretização progressiva dos direitos fundamentais sociais pelo Estado, *especialmente os de baixa densidade normativa*, mantém estreito vínculo com a teoria da integração de Smend, porquanto o grau de efetividade desses direitos revela o grau de comprometimento do Estado com a construção de uma sociedade mais justa e mais igualitária (TELLES, 2006, p. 171-176), ou seja, revela a força normativa da Constituição e o grau de identidade e comprometimento do Estado com os seus cidadãos.<sup>11</sup>

Essa missão constitucional concretizadora, de natureza objetiva e vinculante, compete ao Estado em todas as suas dimensões. Entretanto, como bem adverte García Roca (1988, p. 276), embora se reconheça a importância da jurisdição constitucional no desenvolvimento da ideia de uma Constituição como ordem de valores, a tarefa de extrair os conteúdos desses valores deve ser, antes mesmo do intérprete, do Poder Constituinte e do legislador infraconstitucional.

É importante frisar que, com a invocação da teoria da integração de Smend, não se está pretendendo caminhar rumo ao que Schmitt (2009) chamou de “tirania dos valores” ou ao que Hartmann (1961, p. 159) denominou “fa-

---

inevitable al ‘no saber’ sobre el propio hacer. [...] Si el Estado como el Derecho son aspectos de la vida espiritual, entonces hay que admitir que la realidad estatal se cifra en su existencia como integración y que la realidad del Derecho radica en su positación”.

---

<sup>11</sup> Esse também é o entendimento de García Roca (1988, p. 274): “La Constitución es, desde un punto de vista estático, un compromiso de las fuerzas políticas representativas del pueblo en torno a un mínimo denominador común, a una idea compartida del Estado por encima del concreto Gobierno. Pero este compromiso debe ser esencialmente dinámico y constantemente perfeccionado, para que no se produzca un desajuste entre normativa y realidad, desde esta óptica, el estudio y desarrollo de los distintos procesos de integración estatal parece no sólo aconsejable, sino imprescindible, para mantener una Constitución viva, que es el mejor presupuesto de su fuerza normativa”.

natismo da justiça”, com base no brocardo jurídico *fiat justitia pereat mundus*.

Não se trata de transformar a Constituição em uma “cartola jurídica” (HÄBERLE, 2002, p. 206) ou de promover um “acrítico retorno à Smend” (FELLET, 2012, p. 6.630). Todavia, igualmente não seria correto negar a importância de seu pensamento sobre a concepção material da Constituição como uma “ordem de valores”, e o influxo dessa visão sobre o dever estatal de concretização dos direitos fundamentais sociais.<sup>12</sup>

Afinal, de acordo com a teoria da integração de Smend, os direitos fundamentais são expressão de uma ordem jurídica de valores, o que torna os deveres estatais “não só uma obrigatoriedade negativa do Estado de não fazer intervenções em áreas protegidas pelos direitos fundamentais”, como também “uma obrigação positiva de fazer tudo para realizar os mesmos, *mesmo se não existir um direito público subjetivo do cidadão*” (KRELL, 1999, p. 250-251, grifo nosso). É justamente no campo das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais que não geram direitos públicos subjetivos originários que a teoria da integração parece ganhar ainda mais relevo, conforme ficará evidenciado a seguir.

Coimbra (2011, p. 79) recorda que “o direito subjetivo não é a única técnica, ainda que seja a mais comum, para a realização de direitos”. Assim, é plenamente possível pensar em tutelar certos interesses juridicamente relevantes sem que se tenha que falar, de plano, na existência de direitos subjetivos. Esse também é o pensamento de Häberle (2002, p. 169), para quem a gestão das prestações estatais transforma os direitos fundamentais em objetivos constitucionais a serem buscados para assegurar sua efetividade *erga omnes*.

Por esses motivos, sustentamos que, no Brasil, as normas constitucionais consagradoras de direitos sociais – mesmo quando não geram direitos públicos subjetivos originários – são vinculantes para os Poderes Públicos, não só pelo fato de o art. 5º, § 1º, da CRFB dispor que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, [2019]), mas sobretudo pelos valores constitucionais que tais direitos revelam em termos de integração dos cidadãos com o Estado. Essa vinculatividade objetiva, porém, deve ser compreendida na acepção alexyana de obrigação positiva do legislador de adotar todas as medidas possíveis para realizar os direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 501), sob pena de ser compelido a fazê-lo ou, em

---

<sup>12</sup>No mesmo sentido, Schwabe e Martins (2005, p. 372) recordam que o Tribunal Constitucional Federal alemão “asseverou várias vezes que os direitos fundamentais, como normas objetivas, estatuem igualmente uma ordem axiológica que vale como decisão constitucional fundamental para todas as áreas do Direito e que, por isso, os direitos fundamentais não são apenas direitos de resistência (*Abwehrrechte*) do cidadão contra o Estado”.

caso de recalcitrante omissão, de ser substituído nessa tarefa, de modo excepcional, pela decisão judicial.

Entendimento diverso representaria admitir que a Constituição estaria dotada de normas carentes de eficácia mínima em relação a direitos sociais de baixa densidade normativa e, por isso, destituídas de qualquer obrigatoriedade de concretização pelos Poderes Públicos. Tal consideração significaria a assunção de um sentido vazio de normatividade constitucional, reconhecendo-se tratar-se de uma promessa inconsequente ou de uma mera “folha de papel”,<sup>13</sup> sem qualquer força normativa.<sup>14</sup> Ao contrário, os direitos sociais representam decisões políticas fundamentais na Constituição, disso advindo sua vinculatividade.

Conforme Queiroz (2006, p. 192, grifos da autora), em relação aos direitos fundamentais, “a Constituição adota uma política de reconhecimento de *direitos*, acompanhada de uma obrigação de implementação de *políticas públicas* de concretização desses direitos no caso particular”.<sup>15</sup> É justamente essa vinculatividade objetiva a premissa que sustenta, no Brasil, a existência de uma *pretensão metaindividual a políticas públicas* quanto aos direitos fundamentais sociais prestacionais não consubstanciados em direitos subjetivos, vale dizer, direitos sociais derivados a prestação (de baixa densidade normativa).

O que se pretende afirmar com isso é que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais faz nascer uma pretensão metaindividual de que as normas de baixa densidade sejam efetivamente concretizadas por meio da previsão e implementação de políticas públicas de modo espontâneo pelo Estado. É essa programação estatal, de ordem normativa e concreta, que se torna um dever a ser buscado pelo Estado e cujo inadimplemento faz nascer uma pretensão metaindividual da sociedade à sua satisfação.

Diz-se que a pretensão metaindividual a políticas públicas tem natureza difusa e objeto jurídico indivisível, pois ela perpassa os interesses eventualmente lesados de cada indivíduo inserido na coletividade e, embora indiretamente acabe por beneficiar a todos os indivíduos, não é disso que se ocupa de modo imediato, nem pode ser aferida com base na pretensão de cada indivíduo isoladamente, ainda que haja coincidência dos interesses.

Essa pretensão nasce da violação, pelo Estado, dos valores constitucionais que estava obrigado a proteger e perpetuar, ou seja, da violação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e não da eventual violação

---

<sup>13</sup> Essa expressão foi cunhada por Lassalle (2001, p. 17) na consagrada obra *A essência da Constituição*, originada de um pronunciamento realizado, em 1863, na então Prússia, para intelectuais e operários.

<sup>14</sup> De acordo com Hesse (1991, p. 19), se a Constituição jurídica simplesmente ignorasse a realidade política e social, ela seria estéril, destituída da “força vital” que lhe assegura a necessária força normativa.

<sup>15</sup> No mesmo sentido, ver Diniz (2007, p. 158).

de hipotéticos direitos subjetivos dos cidadãos. É a violação do dever objetivo de concretizar os direitos fundamentais sociais de baixa densidade normativa que faz surgir essa pretensão metaindividual, até porque, nesses casos, seria impossível falar em direito público subjetivo violado – e, portanto, em pretensão individual –, dada a completa ausência do próprio direito vindicado antes da concretização por parte do Estado – salvo nos casos em que admitida a exigibilidade do chamado “mínimo existencial”.

Para tanto, é preciso previamente desconstruir o vetusto dogma da separação de Poderes, de modo a admitir que o Poder Judiciário possa, enfim, assumir papel de destaque na concretização dos direitos fundamentais sociais derivados a prestação de baixa densidade normativa – como legítima atividade de proteção do comando constitucional –, diante da omissão ou má atuação dos Poderes Legislativo e Executivo na formulação e implementação de políticas públicas.

Não se está a afirmar, por razões óbvias, que o Poder Judiciário deva normalmente imiscuir-se em funções típicas do Legislativo e do Executivo, mas tão somente se reconhece que ao Poder Judiciário compete assegurar o fiel cumprimento da Constituição pelos demais Poderes, ainda que, de modo excepcionalíssimo, seja necessário produzir atos concretos capazes de substituir pontualmente a atuação daqueles primeiros em casos de flagrantes violações a direitos fundamentais, núcleo central do constitucionalismo moderno.

Barboza e Kozicki (2012, p. 77) também salientam que a formulação e implementação de políticas públicas encontra foro político adequado nos Poderes Executivo e Legislativo. Contudo, igualmente reconhecem a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas nas hipóteses excepcionais em que outros Poderes falharem na missão de

criar os programas necessários à garantia dos direitos sociais, já que essa inércia implicaria “tornar letra morta o texto constitucional”.<sup>16</sup>

Nesses casos, os tribunais acabam, muitas vezes, compelidos a transpor as raiais de suas funções típicas – entre elas, a de extinguir as normas jurídicas ilegais ou inconstitucionais – para adotar uma postura próxima à do legislador positivo, como que num apelo ao legislador ordinário e ao Poder Público para que procedam à concretização dos direitos sociais plasmados no texto constitucional e que carecem de suficiente densidade normativa. Entretanto, é sabido que o Poder Judiciário não é o foro mais apropriado para discussões dessa natureza, já que a normalidade constitucional outorga aos demais Poderes a tarefa ou missão político-jurídica de concretizar os direitos sociais constitucionalmente previstos, sobretudo para que esse procedimento seja operacionalizado de modo a assegurar a igualdade de acesso a todos os cidadãos – e não apenas às eventuais partes ou aos substituídos processuais –, bem como para que não haja surpresas econômico-financeiras para o Estado, comprometedoras da gestão dos finitos recursos públicos.

Neste ponto, porém, é preciso deixar claro que o próprio STF (BRASIL, 2010) já fixou o entendimento de que é função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, em razão do descumprimento dos encargos político-jurídicos de sua responsabilidade, vierem a comprometer a eficácia e a integridade de direitos individuais ou coletivos

---

<sup>16</sup> Queiroz (2006, p. 152-153) também destaca que o fato de o Poder Judiciário não estar especialmente vocacionado para a distribuição e implementação de políticas públicas não lhe elimina “o poder de fiscalizar o sistema de ‘prioridades’ concretamente fixado pelo legislador constituuinte”. Por isso, postula o reconhecimento de que os direitos sociais detêm um “determinado nível de justiciabilidade, e não apenas em situações mínimas de extrema necessidade”.

de estatura constitucional, mesmo que derivados de cláusulas de conteúdo programático.

Essa ilação é fruto do neoconstitucionalismo, fenômeno verificado nas Constituições do período pós-Segunda Guerra Mundial e que representou profundas mudanças nas relações entre os cidadãos e o Estado, pautadas pelos direitos fundamentais.<sup>17</sup> Esse é também o tom marcante da atuação judicial no Brasil, notadamente nas últimas décadas. Nesse sentido, a participação do Poder Judiciário na ativação de direitos fundamentais sociais derivados a prestação (de baixa densidade normativa) não só é vista como a própria garantia da preservação da força normativa da Constituição, como também do próprio Estado Democrático de Direito<sup>18</sup>, por estar diretamente atrelada ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No caso da efetivação de direitos sociais derivados a prestação, essa discussão ganha relevo. Por serem dotados geralmente de baixa densidade normativa na tessitura constitucional, o exercício dos direitos sociais derivados a prestação por seus titulares está invariavelmente condicionado à prévia *interpositio legislatoris* e à atuação do Poder Público na criação das condições materiais necessárias à sua fruição, seja individual, seja coletivamente.<sup>19</sup> Como *não geram direitos subjetivos diretamente do texto constitucional*, mas apenas *prima facie*, os instrumentos de *tutela jurisdiccional coletiva* tornam-se o único caminho processual à sua concretização isonômica por parte do Poder Judiciário, ao menos até que sobrevenha a esperada atuação substitutiva dos Poderes Legislativo e Executivo no campo político.

Em síntese, o dever estatal de conformação dos direitos fundamentais sociais prestacionais via políticas públicas configura-se não como um direito subjetivo do cidadão, mas antes como uma *pretensão metaindividual*

---

<sup>17</sup>No mesmo sentido, ver Carbonell (2010, p. 154).

<sup>18</sup>Krell (2002, p. 75) vai além ao afirmar que, para a “realização mais expressiva dos direitos sociais promocionais, torna-se indispensável a gradual realização de uma intervenção ativa e prolongada no tempo, a ser efetuada pelos membros do Poder Judiciário, integrada às ações de outros atores estatais (Ministério Público, Defensorias Públicas) e da sociedade civil”. Ainda sobre o papel do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, assim se manifesta Lopes (1994, p. 142): “Claro está, pois, que o Judiciário transforma-se em arena de uma luta que o transcende. Suas decisões têm hoje a importância política de dar visibilidade às consequências concretas desta disputa política, social e econômica em que se encontra a sociedade brasileira [...]. Esta é a encruzilhada do Judiciário de um Estado de Direito e Social: garantir as regras do jogo, mas de um jogo que sirva para ampliar liberdade e igualdade. Isto não significa desfazer-se do valor da democracia, mas recuperar sua dignidade”.

<sup>19</sup>Arango (2003, p. 147-149) reconhece que a Constituição não é uma “lâmpada de Aladdin” por meio da qual seria possível “tornar real, de uma só vez, nossos desejos”. Entretanto, recorda o referido jurista colombiano que os “juizes devem levar a Constituição a sério quando violações à dignidade da pessoa humana, particularmente violações de direitos básicos humanos, estão em jogo”. Para tanto, defende que os juizes devem realizar julgamentos baseados em valores, pautados por princípios objetivos, como a urgência verificada no caso concreto. O critério da urgência seria um dos fundamentos que daria ensejo à justiciabilidade dos direitos sociais básicos.



a *políticas públicas*, porquanto a positivação de determinado direito social prestacional não diretamente fruível representa, ao menos, a eleição desse vetor do desenvolvimento social do país como um *valor constitucional* e, em virtude disso, passa a assumir um relevante papel axiológico para a construção da realidade constitucional idealizada pelo Poder Constituinte.

Neste aspecto, a teoria da integração de Smend acaba por servir como argumento de reforço ao reconhecimento da pretensão metaindividual a políticas públicas para os direitos sociais derivados a prestação de baixa densidade normativa, pois, ao reconhecer a Constituição como a ordem jurídica de valores que justifica a existência do Estado, automaticamente exige-se dele a realização desses valores, sob pena de desintegração do processo político que vincula os cidadãos ao Estado.

A pretensão metaindividual a políticas públicas para os direitos fundamentais sociais de baixa densidade normativa a ser manifestada perante o Poder Judiciário tem por fundamento a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e não direitos públicos subjetivos concretos e definitivos. Por isso, revelam-se adequados para o reconhecimento judicial da ilicitude da inação estatal ou de sua atuação insatisfatória ou inadequada somente os instrumentos processuais de tutela coletiva (de ordem legal e constitucional), como é o caso do mandado de injunção coletivo, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, da arguição de descumprimento de preceito fundamental e da ação civil pública.

A admissão da utilização de tais instrumentos processuais de tutela coletiva, tendo por fundamento a pretensão metaindividual a políticas públicas, afastaria uma série de inconvenientes que costumeiramente são apresentados à justiciabilidade dos direitos sociais com base no binômio direitos subjetivos *versus* normas constitucionais de cunho programático. Além disso,

teria o condão de, ao menos, suavizar as críticas à atuação concretizadora de direitos sociais pelo Poder Judiciário, já que o resultado dessas demandas, por sua própria natureza, asseguraria a isonomia entre os pretensos titulares do direito vindicado, ainda que desconhecidos, no acesso às políticas públicas delas decorrentes, bem como elidiria o criticado risco à programação orçamentária estatal que as decisões proferidas em demandas de índole individual geralmente provocam.

Para tanto, uma nova ordem de debates acadêmicos precisa florescer em torno do papel que os instrumentos processuais de tutela coletiva devem realmente assumir em nosso ordenamento jurídico, inclusive quanto à extensão e vinculação de suas decisões em relação aos Poderes Legislativo e Executivo em termos de formulação e implementação de políticas públicas concretizadoras de direitos sociais derivados a prestação de baixa densidade normativa, quando esses Poderes fracassarem nessa missão constitucional.

## Conclusão

A ausência ou a má formulação e implementação de políticas públicas que viabilizem a fruição de direitos fundamentais sociais derivados a prestação representam uma conduta (positiva ou negativa) inconstitucional do Estado, ou seja, uma violação direta e frontal do dever objetivo de normação e concretização desses direitos pelos canais políticos do Estado, decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Tal ilicitude em face da CRFB é que faz nascer a pretensão metaindividual às referidas políticas públicas.

Essa violação viabiliza, de modo excepcional, a sindicabilidade da omissão ou má atuação estatal pelo Poder Judiciário, o qual, a depender do

instrumento judicial utilizado, poderá prestar a tutela jurisdicional específica ou determinar que ela seja assegurada, no tempo e modo definidos no comando sentencial, pelo Poder Público, tudo a depender do caso concreto *sub examine* e do grau de densidade normativa do direito social em questão.

Parece ser conceito realmente aceito, sem relevante controvérsia, que não compete ao Poder Judiciário determinar especificamente ao Poder Legislativo que produza alguma espécie normativa em determinado prazo de modo coercitivo. Logo, não seria crível supor a existência de um direito público subjetivo à normação, ou seja, à emanção de uma legislação *prêt-à-porter* com base em uma determinação judicial ao Poder Legislativo, sob pena de sanção jurídica.

Não é isso que se pretende sustentar neste estudo. Por outro lado, essa constatação não redundaria necessariamente num outro campo de visão simplista, consubstanciadora de uma total impotência institucional do Poder Judiciário frente ao Poder Legislativo, em casos de flagrante inércia ou insuficiência política na concretização de direitos consagrados na norma máxima do país, a CRFB, os quais eventualmente dependam de *interpositio legislatoris*.

Basta recordar que, no Brasil, as hipóteses de cabimento do mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CRFB) revelariam, ao menos em tese, a excepcional existência de um direito público subjetivo à normação naqueles casos específicos em que o próprio texto constitucional impõe o dever estatal de legislar como condição para a fruição de determinados direitos fundamentais pelo cidadão.<sup>20</sup> Aqui, mais uma vez, não se vislumbra a suplantação do Poder Legislativo

ou do Poder Executivo pelo Judiciário, mas a mera atuação supletiva excepcional, no campo individual e concreto, até que os canais políticos se desvencilhem de suas tarefas constitucionais a seu tempo e modo.

Entretanto, como já se destacou em outras passagens, as demandas de índole individual não são capazes de equacionar, de modo definitivo e igualitário, a ausência ou insuficiência da concretização de direitos fundamentais, especialmente os sociais derivados a prestação (de baixa densidade normativa), já que mantêm os demais cidadãos alijados do mesmo direito, embora abarcados pela mesma situação fático-jurídica. Por isso, insistimos que o reconhecimento da existência de uma pretensão metaindividual a políticas públicas decorrente de uma ordem objetiva de valores consagrados na Constituição, com base na compreensão de Smend, supera duas ordens de inconvenientes que podem decorrer da ideia equivocada de um direito subjetivo à normação.

A primeira ordem de inconvenientes decorre do fato de a expressão *direito subjetivo à normação* não ser capaz de caracterizar a atuação meramente supletiva – e não substitutiva ou supressiva – do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais sociais derivados a prestação diante da omissão ou má atuação dos Poderes políticos estatais. A segunda, por reforçar a tese de que, se a CRFB não tratou determinado direito social como originário a prestação, é porque inexistente direito público subjetivo à sua adjudicação judicial no plano das ações judiciais individuais, restando apenas uma pretensão de feição metaindividual à existência de políticas públicas estatais dele concretizadas, a qual somente pode ser satisfeita por meio dos instrumentos processuais de tutela coletiva

<sup>20</sup> Nesse sentido, destaca-se o seguinte excerto do voto proferido pelo ministro Celso de Mello, na condição de relator do Mandado de Injunção nº 1.339/DF, *in verbis*: “É preciso ter presente, pois, que o direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir – simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional

– a previsão do dever estatal de emanar normas legais” (BRASIL, 2012, p. 19).

*lato sensu* admitidos pelo ordenamento jurídico, como natural decorrência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Como essa pretensão metaindividual a políticas públicas não pode ser adequadamente buscada perante o Poder Judiciário em ações individuais, a própria Constituição é que deve prever a solução para esse problema de efetividade. A CRFB já aponta esses instrumentos processuais, de natureza coletiva *lato sensu*,<sup>21</sup> para assegurar judicialmente o resultado prático equivalente ou, de modo indireto, a persuasão política à produção das leis e atos normativos necessários à concretização dos direitos fundamentais sociais derivados a prestação (de baixa densidade normativa). São eles: o mandado de injunção coletivo, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação civil pública.

Neste particular, cabe à doutrina alinhar como tais instrumentos processuais seriam capazes de viabilizar, com base nos marcos legais já existentes, a satisfação *in concreto* da pretensão metaindividual a políticas públicas. Eis o convite ao debate que este estudo pretende ensejar.

## Sobre o autor

Luciano Pereira Vieira é mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, SP, Brasil; bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina, Londrina, PR, Brasil; professor de Direito do Estado na Universidade Presbiteriana Mackenzie, Campinas, SP, Brasil; advogado da União na Procuradoria-Seccional da União em Campinas, Campinas, SP, Brasil.

E-mail: prof.lucianovieira@gmail.com

## Como citar este artigo

(ABNT)

VIEIRA, Luciano Pereira. Vinculatividade objetiva dos direitos sociais prestacionais: da teoria da integração à pretensão metaindividual a políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 224, p. 145-166, out./dez. 2019. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril\\_v56\\_n224\\_p145](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p145)

(APA)

Vieira, L. P. (2019). Vinculatividade objetiva dos direitos sociais prestacionais: da teoria da integração à pretensão metaindividual a políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(224), 145-166. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril\\_v56\\_n224\\_p145](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p145)

---

<sup>21</sup>No mesmo sentido, ver Zufelato (2013, p. 315-319).

## Referências

- ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004. (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho).
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Teoria & Direito Público).
- ARANGO, Rodolfo. Basic social rights, constitutional justice, and democracy. *Ratio Juris*, [s. l.], v. 16, n. 2, p. 141-154, jun. 2003. DOI: <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00229>.
- ARA PINILLA, Ignacio. *Las transformaciones de los derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1994.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. atual. até a EC n. 62/2009. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 59-86, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23970/22728>. Acesso em: 10 out. 2019.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 out. 2019.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Agravo Regimental no Mandado de Injunção 1.339/DF*. Mandado de injunção – Pretendida nulidade processual por ausência de manifestação do Ministério Público – Inocorrência – Intervenção do Ministério Público em outras demandas injuncionais em que, suscitada controvérsia idêntica à discutida neste processo [...]. Agravante: União. Agravado: João Batista Irala de Almeida. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2848453>. Acesso em: 10 out. 2019.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 367.432/PR*. Agravo regimental no recurso extraordinário. Ação civil pública. Segurança pública. Legitimidade. Intervenção do Poder Judiciário. Implementação de políticas públicas. Omissão administrativa [...]. Agravante: Estado do Paraná. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min. Eros Grau, 20 de abril de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611062>. Acesso em: 10 out. 2019.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (ed.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010. p. 153-164. (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho).
- COIMBRA, Rodrigo. Os direitos transindividuais como direitos fundamentais de terceira dimensão e alguns desdobramentos. *Direitos Fundamentais & Justiça*, [Porto Alegre], v. 5, n. 16, p. 64-94, jul./set. 2011. DOI: <https://doi.org/10.30899/dfj.v5i16.365>. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/365/457>. Acesso em: 10 out. 2019.
- DINIZ, Hirmínia Dorigan de Matos. *O direito fundamental à educação infantil e o controle jurisdicional de políticas públicas*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp032685.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.
- FELLET, André Luiz Fernandes. Rudolf Smend e os direitos fundamentais como “ordem objetiva de valores”. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, [Lisboa], ano 1, n. 11, p. 6.605-6.634, 2012. Disponível em: [http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/11/2012\\_11\\_6605\\_6634.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/11/2012_11_6605_6634.pdf). Acesso em: 10 out. 2019.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Originalmente apresentada como tese de doutorado, Universidade Federal do Pará, 2000.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado democrático de direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCÍA ROCA, Francisco Javier. Sobre la teoría constitucional de Rudolf Smend: (a propósito del libro de Pablo Lucas Verdú: la lucha contra el positivismo jurídico em la República de Weimar). *Revista de Estudios Políticos*: (Nueva Epoca), Madrid, n. 59, p. 269-276, ene./mar. 1988. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=3&IDN=217&IDA=16450>. Acesso em: 10 out. 2019.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Estudio preliminar y traducción de Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002. (Colección Ventana Abierta).

HARTMANN, Nicolai. *Introducción a la filosofía*. Traducción de José Gaos. Ciudad de México: UNAM, 1961.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição = Die normative Kraft der Verfassung*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

\_\_\_\_\_. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos: (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/545>. Acesso em: 10 out. 2019.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. (Coleção Clássicos do Direito).

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

LUCAS VERDÚ, Pablo. *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar: la teoría constitucional de Rudolf Smend*. Madrid: Tecnos, 1987. (Colección Ventana Abierta).

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva; Brasília, DF: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2009.

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

ROUX, Carlos Vicente de; RAMÍREZ J., Juan Carlos (ed.). *Derechos económicos, sociales y culturales, política pública y justiciabilidad*. Bogotá: CEPAL, 2004. (Serie Estudios y Perspectivas, 4).

SAMPAIO, Marcos. *O conteúdo essencial dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013. Originalmente apresentada como dissertação de mestrado, Universidade Federal da Bahia, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 551-602.

SCHMITT, Carl. *La tiranía de los valores*. Traducción de Sebastián Abad. San Isidro: Hydra, 2009.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Tradução: Beatriz Henning et al. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

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

SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Traducción de Jose M. Beneyto Perez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. (Colección Estudios Constitucionales).

TELLES, Vera da Silva. *Direitos sociais: afinal do que se trata?* Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2006. (Humanitas Pocket, 6).

VIEIRA, Luciano Pereira. Desconstrução constitucional: uma revisitação aos processos informais de mudança da Constituição. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 99-118, ago. 2012. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/357-1429-1-pb.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Do direito metaindividual a políticas públicas de promoção do ensino superior no Brasil. In: GREGO-SANTOS, Bruno; BERNARDO, Leandro Ferreira; FRACALOSSO, William (org.). *Temas avançados da advocacia pública: direito administrativo e políticas públicas*. Maringá: Vivens, 2013. v. 3, p. 267-291.

ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 309-331.