

Ana Carolina Lopes Olsen

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Efetividade Frente à Reserva do Possível

**2ª Edição
Revista e Atualizada**

Curitiba
Juruá Editora
2018

Visite nossos sites na Internet

www.jurua.com.br e

www.editorialjurua.com

e-mail: editora@jurua.com.br

A presente obra foi aprovada pelo Conselho Editorial Científico da Juruá Editora, adotando-se o sistema *blind view* (avaliação às cegas). A avaliação inominada garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a autonomia do Conselho Editorial, consoante as exigências das agências e instituições de avaliação, atestando a excelência do material que ora publicamos e apresentamos à sociedade.

ISBN: 978-85-362-7604-5

JURUÁ
EDITORA

Brasil – Av. Munhoz da Rocha, 143 – Juvevê – Fone: (41) 4009-3900
Fax: (41) 3252-1311 – CEP: 80.030-475 – Curitiba – Paraná – Brasil

Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Fone: (351) 223 710 600 –
Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

Olsen, Ana Carolina Lopes.

O52 Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível./ Ana Carolina Lopes Olsen./ 2ª edição./ Curitiba: Juruá, 2018.
410p.

1. Direito. 2. Direitos civis. I. Título.

CDD 340.1(22.ed)

CDU 340

000022

1115302

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	21
-------------------------	-----------

Capítulo I

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

1 FUNDAMENTALIDADE FORMAL E MATERIAL DOS DIREITOS SOCIAIS.....	27
1.1 A NECESSIDADE DE AFIRMAÇÃO DA FUNDAMENTALIDADE	27
1.2 CONSIDERAÇÕES DE ORDEM TERMINOLÓGICA.....	34
1.3 UM CONCEITO FORMAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	37
1.4 CONCEITO MATERIAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	43
1.4.1 A Dignidade da Pessoa Humana.....	47
1.5 UMA COMPREENSÃO FORMAL E MATERIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	52
2 A ESTRUTURA DEÔNTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	55
2.1 A CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SEGUNDO SUA FUNCIONALIDADE.....	55
2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: DIREITOS DE DEFESA E DIREITOS A PRESTAÇÕES	60
2.3 A NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL COMO UM FEIXE DE POSIÇÕES JUSFUNDAMENTAIS	64

2.4	CRÍTICA À CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS ENTRE DIREITOS DE DEFESA E DIREITOS A PRESTAÇÕES	66
2.5	DIMENSÃO PRESTACIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: DELIMITAÇÃO DO ESTUDO.....	70
3	DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO REGRAS E PRINCÍPIOS	73
3.1	OS MODELOS DE NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL	73
3.1.1	Distinção entre Regras e Princípios	73
3.1.2	O Caráter <i>Prima Facie</i> das Regras e dos Princípios	79
3.1.3	Os Três Modelos de Normas de Alexy	81
3.1.4	Enquadramento das Normas de Direitos Fundamentais Sociais em um Modelo de Regras e Princípios	83
3.2	PONDERAÇÃO PARA IDENTIFICAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS DEFINITIVOS	85
3.2.1	A Regra de Ponderação.....	86
3.2.2	O Preceito da Proporcionalidade	94
3.2.2.1	Proibição do excesso e proibição da insuficiência.....	97
3.3	DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DEFINITIVOS	100
4	A DIMENSÃO OBJETIVA E SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	105
4.1	A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	105
4.2	A PROBLEMÁTICA DA DIMENSÃO SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	111
4.2.1	Normas Programáticas.....	115
4.2.2	Direitos Subjetivos <i>Prima Facie</i>	126
Capítulo II		
RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: NOÇÕES INSTRUMENTAIS		
1	VIABILIDADE DE RESTRIÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	135
1.1	TEORIA INTERNA	137

1.2	TEORIA EXTERNA	143
1.3	POSIÇÃO ADOTADA.....	146
1.4	DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO NORMAS COM RESERVA IMANENTE DE PONDERAÇÃO	148
2	CONCEITO DE RESTRIÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ...	151
2.1	DESENVOLVIMENTO, CONFIGURAÇÃO, CONFORMAÇÃO, CONCRETIZAÇÃO E RESTRIÇÃO	152
2.2	RESTRIÇÃO EM SENTIDO ESTRITO E EM SENTIDO AMPLO: DEFINIÇÃO DE RESTRIÇÃO.....	159
2.3	RESTRIÇÕES NÃO EXPRESSAMENTE AUTORIZADAS PELA CONSTITUIÇÃO	163
2.4	RESTRIÇÃO NO CASO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS.....	167
3	GARANTIA DO NÚCLEO ESSENCIAL.....	171
3.1	TEORIA RELATIVA DO NÚCLEO ESSENCIAL.....	172
3.2	TEORIA ABSOLUTA DO NÚCLEO ESSENCIAL	176
3.3	POSIÇÃO ADOTADA.....	178
4	AS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	183
4.1	DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS A PRESTAÇÕES COM RESERVAS EXPRESSAMENTE AUTORIZADAS PELA CONSTITUIÇÃO	183
4.2	DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS SEM RESERVAS EXPRESSAMENTE AUTORIZADAS PELA CONSTITUIÇÃO.....	186
4.3	PROPORCIONALIDADE NO CONTROLE DAS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	189
4.3.1	Distinções Terminológicas: Razoabilidade e Proporcionalidade.....	189
4.3.2	Adequação, Necessidade e Proporcionalidade em Sentido Estrito.....	193

Capítulo III**A RESERVA DO POSSÍVEL COMO RESTRIÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

1	O AMBIENTE SÓCIO-POLÍTICO-JURÍDICO DA RESERVA DO POSSÍVEL	201
1.1	A DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL DE PLENA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	202
1.2	A INFLUÊNCIA DO NEOLIBERALISMO	205
2	A RESERVA DO POSSÍVEL ENQUANTO ELEMENTO CARACTERÍSTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	213
2.1	CUSTO DOS DIREITOS: A POSIÇÃO DE CASS SUNSTEIN E STEPHEN HOLMES.....	213
2.2	A RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITE IMANENTE DA DIMENSÃO POSITIVA DOS DIREITOS SOCIAIS	216
2.2.1	Consequências para a Proteção dos Direitos Fundamentais Sociais.....	218
3	A RESERVA DO POSSÍVEL ENQUANTO RESTRIÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	223
3.1	A ESCASSEZ DE RECURSOS NA TEORIA EXTERNA DAS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	223
3.2	NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO	226
4	CONCEITO DE RESERVA DO POSSÍVEL	229
4.1	BREVE ANÁLISE TERMINOLÓGICA	230
4.2	RESERVA DO POSSÍVEL COMO CONDIÇÃO DE REALIDADE ..	231
4.2.1	Possibilidade Técnica da Realização dos Direitos Sociais	235
4.2.2	Disponibilidade de Recursos Materiais	236
4.3	DIFERENÇA ENTRE INEXISTÊNCIA DE RECURSOS E ESCOLHA ALOCATIVA DE RECURSOS	239
4.4	PROPOSTA DE CONCEITO DE RESERVA DO POSSÍVEL	244

5	A RESERVA DO POSSÍVEL NOS TRIBUNAIS	249
5.1	A RESERVA DO POSSÍVEL NA ALEMANHA.....	249
5.1.1	A Importação da Reserva do Possível pela Doutrina e Jurisprudência Brasileira	256
5.2	A APLICAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA	259
5.2.1	Decisões que Afastaram Sumariamente a Reserva do Possível	261
5.2.2	A Alegada Incompetência do Judiciário para Decidir a Matéria	267
5.2.3	Decisões Tomadas com Base na Ponderação	270

Capítulo IV

LIMITES À APLICAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

1	A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO NA ATUALIDADE ..	283
1.1	DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE AO “DIREITO DIRECTIVO-CONSTITUCIONAL”	285
1.2	TEORIA DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE ADEQUADA A PAÍSES DE MODERNIDADE TARDIA	291
1.2.1	A Normatividade Constitucional como Determinante de Políticas Públicas e Alocação de Recursos	298
2	ATUAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	307
2.1	BREVES NOTAS SOBRE PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO	308
2.1.1	O Procedimentalismo.....	310
2.1.2	O Substancialismo	315
2.2	O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	323
2.2.1	Judicialização e Ativismo Judicial.....	323

20	
	2.2.2 Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Fundamentais Sociais..... 327
	2.3 DECISÕES JUDICIAIS E ISONOMIA 337
3	O PRECEITO DA PROPORCIONALIDADE COMO PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA 345
	3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS..... 345
	3.2 ADEQUAÇÃO, NECESSIDADE E PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO COMO PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA... 348
	3.3 APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE COMO PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA À RESERVA DO POSSÍVEL..... 351
4	A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL..... 357
	4.1 TENTATIVA DE DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE MÍNIMO EXISTENCIAL..... 357
	4.2 A RELAÇÃO ENTRE MÍNIMO EXISTENCIAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS 365
	4.2.1 Mínimo Existencial e Núcleo Essencial da Norma de Direito Fundamental Social: Implicações para a Exigibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais 366
	4.2.2 O Perigo da Noção Reducionista dos Direitos Fundamentais Sociais..... 371
	4.3 A PONDERAÇÃO ENTRE RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL 373
	CONCLUSÃO..... 381
	REFERÊNCIAS..... 385
	ÍNDICE REMISSIVO 393