

**SEGURIDADE SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL:  
GARANTIA DE EFETIVAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**

**SOCIAL SECURITY AS A FUNDAMENTAL RIGHT:  
WARRANTY EFFECTIVE IN THE BRAZILIAN CONSTITUTION**

Zulmar Fachin\*  
Evaldo Dias de Oliveira\*

**Resumo:** Consolidados os direitos humanos no plano internacional, e estruturando-se um sistema para sua proteção, capitaneado pela ONU, surge um novo paradigma para a ordenamentos jurídicos internos. O artigo analisa sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro como Direitos Fundamentais, ocupando-se em especial dos direitos da seguridade social. Classificados como direitos prestacionais, o que implica necessariamente em uma atuação positiva do Estado no atendimento a demandas nas áreas de saúde, assistência social e previdência, examina-se a forma pela qual pode-se garantir sua efetividade diante da escassez de recursos financeiros, com a possibilidade de controle judicial sobre ações ou omissões da Administração Pública.

**Palavras-chave:** Seguridade Social. Direitos Fundamentais Sociais. Direitos Humanos. Escassez.

**Abstract:** Consolidated human rights internationally, and structuring a system for their protection, led by the UN, a new paradigm for domestic legal systems. The article analyzes its incorporation into Brazilian law as fundamental rights, by engaging in particular social security rights. Classified as installment rights, which necessarily imply a positive role in meeting the State's demands in the areas of health, social assistance and welfare, it examines how their effectiveness can be guaranteed due to the scarcity of financial resources, with the possibility of judicial control over acts or omissions of Public Administration.

**Key-words:** Social Security. Fundamental Social Rights. Human Rights. Scarcity.

---

\* Doutor em Direito (UFPR). Mestre em Ciência Política (UEL). Mestre em Direito (UEL). Professor do programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL. Email: [zulmarfachin@uol.com.br](mailto:zulmarfachin@uol.com.br).

\*\* Mestre em Direito Negocial (UEL). Especialista em Direito do Estado. Especializando em Filosofia Política e Jurídica. Advogado. Professor do curso de Direito da Universidade Norte do Paraná (UNOPAR). Email: [edo.adv@onda.com.br](mailto:edo.adv@onda.com.br).

## INTRODUÇÃO

A compreensão da necessidade de se garantir proteção constitucional a certos direitos tidos como fundamentais é resultado de um longo processo de consolidação dos Direitos Humanos no plano internacional, direitos estes voltados para a garantia das diversas necessidades essenciais dos seres humanos.

Originalmente impulsionado pela teoria de que o homem seria detentor de certos direitos naturais, construiu-se um pensamento político e jurídico que possibilitou a concretização de um modelo de Estado não apenas limitado pela ordem jurídica, mas também compelido a satisfazer certas necessidade humanas. É possível mesmo afirmar que no último século, os Estados podem ser classificados a partir do seu grau de comprometimento com a satisfação de tais necessidades.

Estes direitos de prestação que o cidadão tem perante o Estado estruturam-se como direitos econômicos, culturais e sociais, objetivando melhoria das condições de vida da população, mediante políticas públicas concretas, com transição do primado da liberdade, em que cabe ao Estado apenas se abster de interferir na vida privada, para a preponderância do valor igualdade impondo-lhe, a obrigação de ser agente ativo no processo de melhoria das condições de vida.

A Constituição Brasileira, em 1988, estabeleceu os fundamentos de um novo Estado, dando especial relevância aos direitos sociais e econômicos e tratando o tema da dignidade humana em uma dimensão totalmente inovadora. Dentre os direitos enunciados figura a seguridade social, compreendendo ações nas áreas de saúde, assistência e previdência, à qual este estudo se circunscreve, diante da amplitude que os direitos sociais representam.

A opção considera o fato de que três diferentes direitos recebem tratamento uniforme, aliado ao detalhado regramento encontrado no texto constitucional. Considera ainda o fato de que tais prestações implicam em um custo para o Estado que, diante da eventual escassez de recursos financeiros, pode se ver compelido a estabelecer prioridades na elaboração de políticas públicas. Busca-se então verificar a existência de critérios objetivos, presentes no próprio ordenamento jurídico, capazes de orientar as ações dos agentes estatais no momento da elaboração de seus planos de ação, bem como a forma pela qual o Poder Judiciário possa balizar suas decisões, quando instado a se pronunciar sobre o não atendimento a um direito fundamental.

## 1 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Há um consenso de que ao Direito cabe a função de, não apenas limitar

a atuação do exercício do Poder Estatal frente ao particular, mas também de estabelecer atribuições do próprio Estado, que passa a ter responsabilidades frente aos cidadãos a fim de garantir Direitos Humanos, entendidos como um feixe de direitos essencialmente de proteção dos seres humanos, em suas diversas necessidades.

Em que pese o reconhecimento de tais Direitos não ocorrer de maneira uniforme no âmbito espacial ou temporal, pode-se afirmar que se desenvolveram inicialmente dentro de determinados Estados para, apenas no século XX ganharem contexto internacional.

Marco fundamental neste processo foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem adotada em 10 de dezembro de 1948 pela Organização das Nações Unidas (ONU) e assinada inicialmente por quarenta e oito Estados, e que passaria a orientar toda a comunidade internacional. Esta Declaração desencadearia um processo por meio do qual, os direitos conquistados nas revoluções do século XVIII, seriam não apenas estendidos a novos sujeitos, como mulheres e estrangeiros, mas ampliados, com o reconhecimento de direitos sociais e culturais.

Do primado do valor liberdade se transita para o primado do valor igualdade. O Estado passa a ser visto como agente de processos transformadores, e o direito à abstenção do Estado, neste sentido, converte-se em direito à atuação estatal, com a emergência dos direitos à prestação social. (PIOVESAN, 2007, p. 139)

A Declaração de 1948 é universal não apenas por seu título mas principalmente pelo seu conteúdo, como apontam Arzabe e Graciano (2010, p. 9), tendo um sentido pessoal, ao utilizar expressões como “toda pessoa”, “ninguém”, “todos”, indicando que os direitos enunciados pertencem a todos; um sentido espacial, de validade sem fronteiras, como demonstra o item 2 do artigo 2<sup>a</sup>, que veda qualquer distinção “fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa” e ainda um apelo para que, não apenas Estados, mas também indivíduos e sociedade se integrem em um projeto de cooperação integral.

Posteriormente à adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, uma série de outros tratados gerais e específicos foram firmados, complementando a Declaração e tendo como destinatários específicos os Estados, figurando entre eles o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), adotado pela XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966.

Já do ponto de vista institucional, a partir das Nações Unidas, aberta à adesão de todos os Países do mundo, foi constituído um sistema global de

proteção dos Direitos Humanos, vinculando três sistemas regionais: europeu, africano e americano, com aparato institucional e jurídico próprios, abertos aos Países de cada região. Este método se mostra vantajoso na medida em que o consenso político é facilitado por envolver um menor número de Estados, além do fato de suas decisões melhor refletirem os valores da região a que o sistema é afeto.

Os sistemas regionais de direitos humanos complementam o sistema global. A idéia é estabelecer todas as garantias possíveis para a proteção de direitos. No caso de existirem conflitos entre uma norma regional e uma norma global, aplica-se aquela que for mais benéfica à proteção dos direitos. O que se busca com a construção de novos sistemas de proteção a direitos é ampliar essa proteção em termos materiais, reconhecendo-se novos direitos e em termos processuais, criando-se novas cortes e novos comitês internacionais. (IKWA; PIOVESAN; ALMEIDA, 2006, p. 3).

A maior concretude aos Direitos Humanos seria alcançado, todavia, apenas com sua inscrição nos textos constitucionais.

Do ponto de vista terminológico é oportuna a lição de Luño (2007, p. 46), que propõe como critério distintivo o grau de concretização positiva das categorias de direitos, dando à expressão “direitos humanos” contornos mais amplos que aqueles representados pelos “direitos fundamentais”, entendidos como aquela parcela de direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo.

Denominar tais direitos de fundamentais, aponta ainda para a relevância de sua proteção, de forma integral.

A constitucionalização tem como consequência mais notória a proteção dos direitos fundamentais mediante o controlo jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como *normas jurídicas vinculativas* e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes “declarações de direitos” (CANOTILHO, 1999, p. 354).

A internalização de normas de Direitos Humanos e a construção de uma estrutura que lhes dê garantia, irá apresentar para a comunidade internacional o nível de comprometimento do Estado com a dignidade humana, ao mesmo tempo em que permite internamente, a seus membros, reivindicar tais direitos.

Na modernidade o Estado se constituiu com base em uma idéia de igualdade jurídica, submetendo inclusive os detentores do poder, erradicando-se vínculos corporativos e privilégios hereditários, aliado ao estabelecimento de adequados meios de participação da sociedade no plano decisório.

Ocorre que eventos de cunho social, político e econômico, conduziram a um crescimento de desigualdades materiais, injustiças sociais, vulnerabilização

de grupos e pessoas, em descompasso com a desejada ordem social propugnada, tendo em vista que “a fragilidade do sistema liberal, que pregava o excessivo não intervencionismo por parte do Estado na sociedade, acabou acentuando ainda mais as desigualdades, tanto políticas, econômicas, sociais e culturais” (PICCIRILLO, 2009, p. 286).

Tal quadro acabou impondo a necessidade de proteção social a tais indivíduos ou grupos, impulsionando a revisão da configuração do Estado, que passou a intervir na geração e distribuição de riquezas, ao mesmo tempo em que implementa políticas públicas voltadas para a concretização dos direitos fundamentais. Este Estado de Bem Estar caracteriza-se pela sua forma de organização, tornando-se agente de promoção social e de garantias mínimas, concretizado por meio de prestações positivas que viabilizem a fruição de um determinado bem da vida.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO

A Constituição atual foi gestada a partir de um processo de democratização construído ao longo da década de 1980 possibilitando o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais como essenciais e necessariamente alocados no cume da ordem jurídica.

A Carta Magna tem compromisso indubioso com a pessoa humana. Nesse campo, trata-se de um dos documentos constitucionais mais avançados já produzidos no mundo. A pessoa humana, um dos fundamentos do Estado brasileiro (art. 1º, III), é objeto de proteção em diversos dispositivos constitucionais. Pode-se identificar na Constituição o ideário Kantiano: as coisas têm preço; o homem, dignidade. (FACHIN, 2008, p. 101).

A análise do catálogo constitucional permite constatar que foram contempladas as previsões constantes no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)<sup>1</sup>, com regras sobre condições de trabalho, remuneração decente para o trabalhador, higiene e segurança no trabalho, direito de associação, proteção e assistência à família, crianças e adolescentes, saúde, educação e cultura, não deixando dúvida quanto ao salto extraordinário no campo dos direitos fundamentais.

Dois pontos relevantes devem ser trazidos à discussão a esta altura: a estrutura dos direitos fundamentais sociais e sua amplitude.

A Constituição Federal, em seu Artigo 5º, §2º prescreve que os direitos

---

<sup>1</sup> Pacto assinado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, foi promulgado pelo Decreto n.º 591, de 6.7.1992.

e garantias nela expressos “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Depreende-se deste dispositivo que os direitos fundamentais não são única e exclusivamente aqueles expressos na Constituição.

O Brasil incorpora automaticamente o texto dos tratados relativos a Direitos Humanos de que venha a fazer parte, adotando, pelo menos em relação a essas matérias, a teoria monista do Direito Internacional, que concebe “o Direito como uma unidade e, conseqüentemente, as normas internacionais e internas, como parte integrante do mesmo ordenamento.” (PIOVESAN, 2007, p. 87).

Assume assim o compromisso constitucional de garantir a seus membros existência digna mas cuja concretização, quanto a direitos que implicam em onerosidade resvala na disponibilidade financeira. Os recursos são finitos e a escassez impõe a necessidade de se estabelecer parâmetros capazes de apontar aquilo que o indivíduo pode, razoavelmente, exigir da sociedade.

Não menos penoso é analisar a amplitude dos direitos fundamentais sociais que, como direitos prestação, podem ser vistos como originários ou derivados.

[...] enquanto os direitos derivados a prestações dependem da previa existência de um sistema de prestações, caracterizando-se como direitos de igual acesso a este, os direitos originários a prestações podem, em última análise, ser definidos como posições jurídicas, que, independentemente de uma atuação anterior, podem ser deduzidas de forma direta e autônoma das normas constitucionais que consagram direitos sociais de natureza prestacional. (SARLET, 2009, p. 203)

O exercício dos direitos prestacionais derivados vai ao encontro de uma atuação estatal já concretizada, assegurando-se a possibilidade de acesso a tais sistemas, com fundamento no princípio da isonomia (Artigo 5º *caput* da Constituição) não admitindo, no caso concreto, arbitrariedades quanto à sua efetivação, vedando privilégios e discriminações.

Os direitos prestacionais originários podem ser deduzidos diretamente da Constituição e envolvem prestação não disponível, o que de imediato coloca a discussão sobre a possibilidade de pretensão a tais prestações, como direitos subjetivos e seu reconhecimento pelo Judiciário.

A indeterminação ou ambiguidade de tais dispositivos aponta para dificuldade de se reconhecer a possibilidade de autoaplicação de tais normas, exigindo a atuação do legislador ordinário, a fim de precisar o “conteúdo e alcance da prestação que constitui seu objeto” (SARLET, 2009, p. 307), sem considerar aqui aquelas hipóteses em que a norma constitucional expressamente transfere ao legislador infraconstitucional a tarefa de concretizar um determinado direito fundamental.

A relação entre direitos subjetivos e políticas públicas é apresentada de forma esclarecedora pelo Ministro Gilmar Mendes em decisão proferida na Suspensão de Liminar 228-7 CE. em que afirma que, quanto aos direitos sociais, a prestação devida pelo Estado a cada cidadão é variável, uma vez que proporcional às necessidades de cada um, implicando em escolhas alocativas, verdadeiras opções políticas, em função da inexistência de recursos para atender a todas as necessidades.

De toda forma, parece sensato concluir que, ao fim e ao cabo, problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve. Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto preñado de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos. (BRASIL, 2008).

O ministro conclui afirmando a inexistência de um direito absoluto a todo e qualquer procedimento de que uma pessoa necessite, mas um direito assegurado mediante políticas sociais e econômicas.

Considerando que a proposta deste estudo é analisar um grupo específico de direitos fundamentais reunidos sob a denominação “seguridade social”, compreendendo saúde, previdência e assistência social (Art. 194 da CF) em relação aos quais a Constituição foi minuciosa, com previsão de orçamento próprio, fontes de custeio e estrutura de funcionamento<sup>2</sup> e estando estes direitos regulamentados por leis específicas<sup>3</sup>, o problema que se apresenta passa a ser, não a impossibilidade de se alcançar a prestação prevista pela inexistência de previsão, mas a possibilidade de se extrapolar os limites estabelecidos pela legislação infraconstitucional, quando se verificar que as finalidades constitucionalmente estabelecidas não estão sendo alcançadas.

Direitos sociais prestacionais têm grande relevância econômica, frente aos custos diretos para sua implementação, o que implica “uma necessária tomada de decisão a respeito da destinação de recursos públicos, cometidas aos órgãos políticos e para tanto legitimados” (SARLET, 2009, p. 314).

Verifica-se que a solução para tal questão vai além da simples discussão sobre

---

<sup>2</sup> O direito à saúde é tratado nos artigos 196 a 200 do texto constitucional, havendo previsão de fontes de financiamento (Artigo 198, §§ 2º e 3º) e sendo hipótese autorizativa de intervenção, em caso de não aplicação dos recursos previstos (Art. 34,VII,e; 35,III). A Previdência Social é estruturada pelo Art. 201, inclusive com elenco de riscos sociais a serem atendidos. A Assistência é tratada pelos Artigos 203 e 204.

<sup>3</sup> As ações na área de saúde são reguladas pela Lei 8080/90, a Previdência Social pelas Leis 8.212/91 e 8213/91, e a assistência pela Lei 8742/93.

a legitimidade para efetivação dos direitos fundamentais, ou seja, a possibilidade de supressão pelo Judiciário de uma omissão do legislador. Coloca-se também o limite fático pela ausência de recursos, em outras palavras “de que modo buscar algo onde não há?” (SARLET, 2009, p. 321) e ainda a possível colisão com outros direitos fundamentais, como o respeito ao princípio da isonomia.

A garantia de isonomia de tratamento pode ser analisada a partir de um paradigma de inclusão, que veda discriminações arbitrárias, sempre que o Estado dispor de estrutura para atender a determinada necessidade humana. Quanto à limitação fática ou jurídica de recursos, pode ser estudada a partir do paradigma da escassez que, admitindo sua finitude para fazer frente às necessidades humanas, determina a necessidade do estabelecimento de um critério constitucional adequado para indicar sua destinação.

### 3 ESCASSEZ E RESTRIÇÃO A DIREITOS DA SEGURIDADE SOCIAL

O reconhecimento da função estatal de atender às necessidades sociais de seus membros, viabilizando-lhes acesso a bens e serviços que lhes garantam uma vida digna, está inserido em um processo de aprendizagem que leva em conta o compartilhamento, pela coletividade, de estruturas de consciência “as quais dispõem de conhecimentos empíricos e convicções morais, que muito contribuem para o processo evolucionário, quando utilizados socialmente” podendo ser verificado um progresso histórico em “graus de desenvolvimento da integração social” (BANNWART JR., 2004, p. 85)<sup>4</sup>.

Esta mudança de perspectiva que, sem afastar as conquistas liberais, acrescenta atribuições positivas ao Estado, implica em uma configuração econômica e financeira específica. O liberalismo se estruturou a partir da necessidade de limitar o poder exercido pelo governante, estabelecendo o ideal de igualdade formal, um modelo de organização política e jurídica que acabou gerando desigualdades de fato<sup>5</sup>, conduzindo a um novo paradigma, voltado a compensar tais diferenças por meio de direitos sociais. Ocorre que esta nova concepção,

---

<sup>4</sup> Bannwart analisa as alterações do complexo social a partir da capacidade de aprendizagem não apenas na dimensão do saber técnico, mas também de uma consciência prático-moral, de forma que um nível de aprendizagem se mostra superior em relação a outro, na medida em que se mostra apto a resolver problemas tanto no plano técnico quanto na dimensão prático-moral, por meio de uma argumentação capaz de fundamentar a opção por determinadas estratégias e normas de ação.

<sup>5</sup> Como exemplifica Machado Segundo (2003, p. 273), a liberdade profissional assegurada “a uma pessoa pobre, analfabeta e faminta” é meramente ornamental, por ausência de condições que possibilitem exercer tal liberdade.



implicando na estruturação de uma complexa rede de serviços públicos, agravou o problema sempre presente do financiamento do Estado.

Todos os direitos têm custos para sua efetivação. Mesmo os direitos negativos, voltados à proteção do indivíduo contra intervenção estatal, demandam a manutenção de uma estrutura mínima de polícia, judiciário, atividades administrativas, que representam um custo indireto para a garantia das liberdades individuais.

Pode-se apontar como diferença entre os direitos negativos e os direitos de prestação, que aqueles resultam em um custo indireto, ao passo que estes implicam em custo direto para sua efetivação e, embora se possa afirmar que as necessidades biológicas, exclusivamente de sobrevivência do ser humano permaneçam as mesmas desde seu surgimento na face da Terra, é certo que justamente o que o caracteriza como humano, faz com que haja uma crescente demanda por novas satisfações.

As necessidades humanas são imutáveis. O que muda são as formas como estas necessidades são expressas no meio social. As necessidades orgânico-biológicas permanecem as mesmas, o que pode mudar é a forma com essas necessidades são supridas pelas comunicações com o meio (TRINDADE, 2007, p. 136).

Com o constante reconhecimento de novas dimensões de direitos, a demanda por recursos financeiros aumenta proporcionalmente, impondo o desafio de conciliar a necessidade e a escassez de recursos.

A ciência econômica se ocupa da conciliação entre a incontornável limitação de recursos frente à tendência infinita de multiplicação de necessidades humanas.

[...] o conceito de Economia, surge, exatamente, quando se conjugam essas duas observações cruciais, decorrentes, como já foi dito, da vivência de cada um: a) as necessidades, além de serem em grande número, expandem-se indefinidamente; b) os recursos para o seu atendimento são, em maior ou menor grau, limitados, finitos, em uma palavra, escassos. (NUSDEO, 1997, p. 31).

A economia, entretanto, estuda o fenômeno da escassez em nível social, “sem se preocupar com o fenômeno em sua dimensão individual” (NUSDEO, 1997, p. 31), ao passo que ao Direito compete se ocupar também do indivíduo, garantindo-lhe dignidade, resultando que, quanto mais escassos os recursos, maior a relevância da atuação do Direito para viabilizar a efetividade daqueles direitos da seguridade, reconhecidos como fundamentais.

É relevante neste ponto observar que o fato concreto de alguém não ter acesso a benefícios ou serviços da seguridade social pode resultar tanto da escassez de recursos como de uma negativa da Administração Pública, mesmo existindo estrutura para sua prestação e recursos suficientes.

A partir desta distinção se torna possível estabelecer diferentes paradigmas para a análise do caso concreto.

Segundo Grosman (2008), o “paradigma da escassez”, estabelece a necessidade de que uma decisão distributiva de recursos escassos tenha fundamento na Constituição. Diferentemente, quando o não atendimento a determinado indivíduo se deva, não a recursos escassos, mas à interpretação de critérios objetivos que o excluem do serviço, caberia aplicar o “paradigma da inclusão”. Neste caso, uma eventual análise por parte do Judiciário, dos critérios considerados pela Administração, revendo o ato administrativo, apenas determinaria sua inclusão como beneficiário.

No âmbito da seguridade social muitas prestações têm critérios objetivos, como aquelas relacionadas com a previdência, em que a própria Constituição estabelece as contingências a serem cobertas (Art. 201 da CF). É certo que a generalidade da norma constitucional não exclui dificuldades interpretativas quando de sua aplicação ao caso concreto. Mas o fato é que havendo estrutura apta à prestação do serviço, não se pode alegar escassez de recursos.

[..] quando as funções estatais se definem com referência a estruturas protetoras preexistentes, a disponibilidade de recursos não está verdadeiramente em discussão. Por mais custosas que resultem estas estruturas, os recursos já estão presentes; a questão, portanto, é se o órgão estatal está cumprindo a função que estes recursos financiam. (GROSMAN, 2008, p. 36)<sup>6</sup>.

A fim de exemplificar esta compreensão, verifica-se que o Benefício Assistencial de Prestação Continuada (BPC), regulamentado pela Lei n.º 8.742/93 (Artigos 20 e 21), condiciona sua concessão ao preenchimento simultâneo dos seguintes requisitos: (i) ser idoso ou pessoa portadora de deficiência; e (ii) não possuir outro meio de prover a própria subsistência, nem de tê-la provida por sua família, bem como não receber outro benefício, exceto o da assistência médica.

Ocorre que, nos termos da mesma Lei, o critério de carência econômica corresponde a renda familiar inferior a do salário mínimo *per capita*. Esta limitação legal foi objeto da ADI 1.232-1, que impugnava o dispositivo da Lei federal, sob entendimento de que restringiria o direito garantido pelo Art. 203,V da Constituição. Neste caso o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu

---

<sup>6</sup> Tradução livre do original em espanhol: “[...] cuando las funciones estatales se definen con referencia a estructuras protectoras preexistentes, la disponibilidad de recursos no está verdaderamente en discusión. Por más costosas que resulten estas estructuras, los recursos ya están allí; la cuestión, por ende, es si la agencia estatal está cumpliendo la función que esos recursos financian.”

inexistir a restrição alegada, “em face do próprio dispositivo constitucional que reporta à lei para fixar os critérios de garantia do benefício do salário mínimo à pessoa portadora de deficiência ou idoso” (BRASIL, 1998).

Ocorre que, em outra ocasião, no julgamento da Medida Cautelar em Reclamação nº 4374-6-PE, a mesma Corte reconheceu que a carência econômica do interessado pode ser demonstrada pela situação concreta, o que, na prática, significa que se a renda familiar *per capita* for inferior a do salário mínimo, haverá presunção absoluta de carência econômica, mas a renda superior ao limite legal não afastará, por si só, a exigibilidade do benefício.

Em trecho de seu voto, o relator, Ministro Gilmar Mendes declara a inexistência de óbice à concessão do benefício se a condição de miserabilidade restar comprovada:

9. Quanto à inconstitucionalidade do limite legal de renda per capita inferior a do salário mínimo, a sua fixação estabelece apenas um critério objetivo para julgamento, mas que não impede o deferimento do benefício quando demonstrada a situação de hipossuficiência.

10. Se a renda familiar é inferior a do salário mínimo, a presunção de miserabilidade é absoluta, sem que isso afaste a possibilidade de tal circunstância ser provada de outro modo. (BRASIL, 2007).

Neste caso fica clara a aplicação do paradigma da inclusão referido, que balizando critérios objetivos diante de situação de fato, determina o atendimento a determinada pessoa, por estrutura administrativa já existente.

Análise semelhante comporta o caso do direito a aposentadoria especial por servidores públicos vinculados a regime próprio de previdência, previsto no Art. 40, §4º da Constituição<sup>7</sup>. Ante a ausência de Lei Complementar que discipline a matéria, entendeu o Supremo Tribunal Federal que deve ser aplicada a regra relativa ao Regime Geral de Previdência Social, estabelecida pela Lei 8213/91.

No Mandado de Injunção 795-1-DF a relatora, Ministra Carmem Lúcia, afirma:

Como trabalhador, o servidor público tem direitos sociais fundamentais assegurados constitucionalmente, entre eles, o trabalho seguro, garantido pela Constituição da República em seus arts. 7º, inc. XXII, e 39, §3º, do que resulta que não pode ser óbice à não-concessão ou ao não-reconhecimento da aposentadoria

---

<sup>7</sup> § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: I portadores de deficiência; II que exerçam atividades de risco; III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

especial a inexistência de lei complementar, após vinte anos de vigência da norma constitucional que a assegura, sem que tenha ainda sobrevivido aquela legislação a tornar viável o exercício de tal direito.

O tema é objeto de inúmeras outras ações junto ao STF, sendo que o entendimento daquela Corte tem se mostrado unânime, resultando na apresentação de uma Proposta de Súmula Vinculante (PSV), que tramita sob n.º 45, cujo enunciado consolida este entendimento.

O paradigma da inclusão se apresenta, portanto, como um modo eficaz para que os direitos da seguridade se tornem efetivos a partir da atuação do judiciário, quando existam estrutura estatal e recursos suficientes para prover os benefícios sociais àqueles que necessitam.

Uma solução diversa se apresenta quando há efetiva ausência de recursos, demandando uma opção por sua mais adequada distribuição, caso em que se torna adequada a aplicação do paradigma da escassez, que busca estabelecer um critério constitucional para se priorizar a aplicação dos valores disponíveis.

Este processo de priorização deve necessariamente considerar que as normas constitucionais estão localizadas no centro do sistema jurídico, vinculando a todos, principalmente os Poderes Públicos, levando à conclusão de que os direitos fundamentais devem ser prestigiados.

Ainda que priorizado o atendimento a estes direitos fundamentais, é possível que os recursos não sejam suficientes para que as funções estatais promovam o benefício social que se reclama, impondo adotar decisões distributivas. Neste ponto a questão que se coloca é como garantir que a distribuição de recursos escassos seja ainda compatível com a Constituição.

Para resolver este problema, Grosman (2008, p. 40) propõe como critério de aferição o “paradigma da escassez”, segundo o qual a Constituição não seria violada pelo fato de uma pessoa não ter acesso a determinado bem, mas sim quando a falta de provisão do bem a um indivíduo seja reflexo de uma decisão distributiva contrária à Constituição.

O paradigma da escassez, ao qual com frequência deveremos recorrer para tornar efetivos os direitos sociais, atribui um papel particular aos tribunais: exige, entre outras coisas, que encontrem um critério constitucional independente que possa reger a destinação de recursos escassos no caso em análise. (GROSMANN, 2008, p. 42)<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Tradução livre do original em espanhol: “El paradigma de la escasez, al que com frecuencia deberemos recurrir para hacer efectivos los derechos sociales, implica un papel particular para los tribunales; lês exige, entre otras cosas, que encuentren un critério constitucional independiente que rija la asignación de recursos escasos em el caso em cuestión.”

A base para a concessão de benefícios sociais seria então o princípio da igualdade, estabelecido na Constituição<sup>9</sup>: mesmo diante da escassez, as pessoas devem ter tratamento igual. Ocorre que o direito de igualdade teria um conteúdo impreciso. Qual o significado de se dizer que as pessoas devam ter tratamento igual? Ainda que seja adotada a regra de ouro de que os casos iguais devem ser tratados igualmente, caberia ainda questionar como se pode definir características relevantes que estabeleçam que dois casos são iguais.

Para responder a esta questão Grosman analisa dois outros princípios que possibilitariam garantir a igualdade de tratamento, mesmo diante da escassez: “princípio da antidiscriminação” e o “princípio da antissubordinação”<sup>10</sup>.

O princípio da antidiscriminação impediria que o Estado realizasse distinções arbitrárias, estabelecendo que a validade de determinada distinção ou preferência depende da adequação dos meios aos fins, violando-se o direito de igualdade quando ocorrer “uma distinção que não é o meio racional para alcançar o fim que persegue”<sup>11</sup> (GROSMANN, 2008, p. 67). Por este princípio, determinada ação estatal é avaliada posteriormente e se os meios utilizados estiverem em desacordo com os fins estabelecidos, a ação seria tida por inconstitucional<sup>12</sup>.

Ocorre que, sendo o Estado uma instituição encarregada de desenvolver as funções assinaladas na Constituição, esta deve ser vista não como barreira para atuações do Estado mas como uma “carta de navegação” (GROSMANN, 2008, p. 69) para sua atuação, não cabendo ao princípio da igualdade justificar ações estatais, mas determinar estas ações. O principal objetivo deste princípio no contexto constitucional seria então “proteger aos grupos em desvantagem frente a normas que possam agravar ou perpetuar sua condição social de subordinação”<sup>13</sup> (GROSMANN, 2008, p. 73). Esta interpretação do direito de

---

<sup>9</sup> O autor faz referência ao Artigo 16 da Constituição Argentina, que afirma não se admitir prerrogativas de sangue ou nascimento e que “*todos sus habitantes son iguales ante la ley [...]*”. Comando semelhante se encontra no *caput* do Artigo 5º da Constituição brasileira: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”.

<sup>10</sup> Segundo Grosman tais princípios foram originariamente propostos por Owen Fiss, professor da Universidade de Yale.

<sup>11</sup> Tradução livre do original em espanhol: “[...] el Estado viola el derecho de igualdad si realiza una distinción que no es un medio racional para alcanzar el fin que persigue”

<sup>12</sup> Um exemplo da aplicação deste princípio pode ser apontado na ocorrência da gripe pandêmica H1N1 que acometeu diversos países, inclusive o Brasil em 2009. Quando a vacina foi disponibilizada, o Ministério da Saúde estabeleceu um cronograma que priorizou os profissionais de saúde. Não por serem pessoas melhores, mas porque eram profissionais essenciais para atuar na situação de crise.

igualdade é denominada princípio antissubordinação, antissubjugação de grupos ou anticasta.

Esta perspectiva confere uma característica emancipatória das ações voltadas para a seguridade social, mesmo frente a escassez de recursos. A questão a ser resolvida deixa de ser qual a necessidade a ser suprida, mas como garantir às pessoas segurança e dignidade humana.

A escassez de recursos tem como consequência que determinadas necessidades sociais, por mais importantes que sejam, não sejam satisfeitas. Mas isso não implica que qualquer opção do Estado seja válida. Mesmo com recursos insuficientes, o princípio da igualdade deve ser respeitado e os direitos de prestação devem ser garantidos em conformidade com os ideais constitucionais.

Esta análise permite estabelecer que a constitucionalização dos direitos da seguridade social atribui ao Estado a incumbência de assegurar a todos condições para uma existência digna, devendo-se estabelecer uma estrutura capaz de atender às demandas que se apresentarem e, diante de eventual escassez de recursos financeiros, tais direitos ainda se mantêm como prioridade.

Tal compreensão tem impacto sobre as oportunidades das pessoas e, mesmo que não garanta níveis absolutos de satisfação, obriga a permanente atenção quanto “aos processos sociais mediante os quais se definem as possibilidades de viver uma vida plena”. (GROSMAN, 2008, p. 85).<sup>14</sup>

Desta forma, se a escassez de recursos, que impede a realização de ações por parte do Estado, resulta de um processo de escolha por parte da Administração Pública em investir em determinada área e não em outra, diante da impossibilidade de contemplar ambas, tal escolha não pode ser discricionária.

Esta percepção está presente no judiciário, como aponta o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.185.474-SC, julgado em 20 de abril de 2010, em cuja ementa se afirma que em relação dos direitos fundamentais “não cabe ao administrador público preterir-los em suas escolhas”:

Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio

---

<sup>13</sup> Tradução livre do original em espanhol: “proteger a los grupos desabventajados frente a normas que puedan agravar o perpetuar su condición social de subordinación. [...] A esta interpretación del derecho de igualdad propuesta por Fiss hace ya varias décadas se la conoce como principio antissubordinación, antissubjugación de grupos o anticasta.”

<sup>14</sup> Tradução livre do original em espanhol: “nos obliga, en cambio, a estar atentos a los procesos sociales mediante los cuales se definen las posibilidades de vivir una vida plena”.

do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às idéias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da “democracia” para extinguir a Democracia. (BRASIL, 2010).

Neste Recurso Especial, em que se discutiu a obrigação de se disponibilizar creches para crianças de zero a seis anos, o relator, Ministro Humberto Martins, questiona se o administrador público possuiria carta branca para decidir a respeito de ações a serem contempladas ou postergadas, e conclui que, embora caiba ao Executivo definir programas de Governo que serão tratados como prioridade, haveria um núcleo de direitos que não poderia em nenhuma hipótese ser preterido, por constituir-se em objetivo e fundamento primeiro do Estado Democrático de Direito, não sendo a realização dos direitos fundamentais uma opção do governante. A discricionariedade seria então um dever da Administração de encontrar, diante de diversas soluções possíveis para um caso concreto, a que melhor atenda à finalidade prevista no ordenamento jurídico.

Isso evita que os direitos da seguridade somente estejam garantidos quando existir dinheiro ou, na expressão de Canotilho (1999, 451) “um direito social sob reserva dos cofres cheios”, postura que resulta em ausência de qualquer vinculação jurídica.

A perspectiva emancipatória do princípio da antissubordinação fica demonstrada no seguinte trecho, igualmente da ementa do acórdão:

O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na “vida” social. (BRASIL, 2010).

A falta de oportunidade para que a pessoa desenvolva suas capacidades, gera um círculo vicioso que limita as possibilidades de desenvolvimento pessoal, reforçando uma situação de insegurança. Observando-se que, como aponta Pereira (2006, p. 67), com base em informes das Nações Unidas sobre desenvolvimento humano, a noção de segurança em um mundo globalizado tem adquirido novo enfoque, relacionando-se diretamente com situações da vida cotidiana, como emprego, sustento, saúde, “um maior grau de capacidades implica em maior possibilidade para enfrentar os riscos”.<sup>15</sup> (PEREIRA, 2006, p. 176).

Considerando que os direitos fundamentais sociais não são mero apelo ao Poder Público, como leciona Queiroz (2002, p. 151), mas são normas

constitucionais vinculativas, apresentando-se como “parâmetro de controle judicial quando esteja em causa a apreciação da constitucionalidade de medidas legais ou regulamentares” que restrinjam tais direitos, resulta que seu não cumprimento enseja inconstitucionalidade por omissão.

Este raciocínio conduz à necessária análise da possibilidade do judiciário garantir a efetividade aos direitos da seguridade, quando a escassez de recursos financeiros se apresentar como limite para a atuação do Estado.

Parece equivocado afirmar que a garantia constitucional de independência dos poderes, impediria o judiciário de apreciar atos ou omissões dos outros poderes violadores dos direitos fundamentais sociais. Primeiro porque o poder estatal é uno, havendo partilha apenas nas formas de seu exercício ou divisão de funções do Estado, não sendo reciprocamente independentes.

O que tem ocorrido, na verdade, é uma confusão entre duas expressões – poder e função – que traduzem idéias diferentes. Muitas vezes, o que se designa como poder, em verdade é *função*. Em outras palavras, o poder estatal não se subdivide em poderes menores (Executivo, Legislativo e Judiciário), que seriam no máximo subpoderes, poderes de graduação inferior: ele remanesce único, variando tão-só as *funções* com que ele se exterioriza. (FACHIN, 2001, p. 64).

Em segundo lugar, o princípio da separação dos poderes não pode ser entrave à concretização de outras garantias, principalmente quando relacionadas aos direitos fundamentais sociais. Pode-se então concluir que, cabendo ao Poder Executivo administrar os recursos públicos e, em cooperação com o Poder Legislativo, estabelecer políticas de governo, cabe ao Judiciário garantir a efetividade dos direitos sociais, frente a inatividade da Administração Pública.

A Constituição de 1988 atribuiu ao Poder Judiciário legitimidade para controlar o arbítrio dos demais poderes. [...] No Estado do bem-estar social – pouco efetivado no Brasil –, desenvolveu-se uma pluralidade de novas necessidades e de novos direitos fundamentais para sobrevivência humana, cuja satisfação exige a atuação dos poderes estatais. Cabe a todas as instâncias estatais prover tais necessidades ou criar as condições necessárias, para elas poderem ser atendidas. Em face da incapacidade do Poder Executivo, bem como da inércia do Poder Legislativo, para se atender satisfatoriamente essas demandas, tem restado às pessoas a busca de um provimento jurisdicional. (FACHIN, 2009).

O legislador deve ser considerado o primeiro intérprete da Constituição, com autonomia para estabelecer as medidas legislativas necessárias à efetividade dos direitos sociais.

---

<sup>15</sup> Tradução livre do original em espanhol: “En el nivel individual y colectivo, un mayor grado de capacidades implica una mayor posibilidad para enfrentar los riesgos.” (PEREIRA, 2006, p. 176).



A Constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado (“livre espaço de conformação”). Essa função legislativa seria degradada se entendida como mera função executiva da Constituição. Num sistema pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe principalmente aos órgãos políticos e legislativos. (KRELL, 1999, p. 241).

Visto a partir de uma perspectiva democrática, é lícito ao Legislativo, no exercício de suas atribuições, tomar decisões e elaborar textos normativos em consonância com o momento histórico, político, econômico da nação. Também é lícito ao Executivo, até porque sua atribuição constitucional, elaborar planos de governo e priorizar áreas de atuação em conformidade com determinada plataforma política vitoriosa em eleições livres.

Mas no Estado Democrático de Direito, a Constituição se apresenta como o referencial, uma “carta de navegação”, na expressão de Grosman já citada (2008, p. 69), devendo-se ter como adequada a interferência do Judiciário para aferir se as opções estatais são razoáveis, à luz do texto constitucional. Em outras palavras, a tarefa consiste “em atribuir significado ao texto constitucional em casos concretos, para a qual nenhum órgão pode arrogar-se maior competência que o judiciário.”<sup>16</sup> (GROSMAN, 2008, p. 118).

Sempre que os poderes Legislativo e Executivo não forem capazes de cumprir as determinações constitucionais, principalmente quanto à concretização do conteúdo dos direitos prestacionais, não se pode negar ao Judiciário a possibilidade de conhecer esta situação e, eventualmente, corrigir distorções.

Afastar-se o Administrador Público, sob alegada discricionariedade, das vinculações constitucionais, estabelecendo prioridades que afrontam, minimizam ou anulam aquelas que a Constituição estabelece, torna possível ao Judiciário, ainda que em caráter excepcional, interferir no sentido de garantir a efetividade daquele núcleo essencial à dignidade humana.

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar

---

<sup>16</sup> Tradução livre do original em espanhol: “La tarea, en otras palabras, consiste en asignarle significado al texto constitucional en casos concretos, para lo cual ningún órgano puede arrogarse mayor competencia que los jueces”.

em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. (BRASIL, 2006).

O princípio de separação dos poderes não pode se converter em dogma que impeça a consecução da Constituição e reconhecendo-se que, embora a efetiva escassez de recursos materiais possa impedir a atuação do Estado, a alegação formal de escassez sem a cabal demonstração de que as opções do administrador público estão em conformidade com os ditames constitucionais afronta o Estado de Direito.

Não há espaço, neste caso, para a argumentação de que há desrespeito ao princípio de separação dos poderes, que impediria o Judiciário de interferir nas atividades do Executivo. Isso porque, estabelecida na norma jurídica uma certa margem de discricionariedade para atuação do Administrador Público, esta se destina apenas a permitir que melhor se cumpram os objetivos afetos ao Estado, não havendo que se pensar “que discricionariedade resulta da ausência da lei” (MELLO, 2004, p. 845).

Deveras, a regra de Direito, como é óbvio, pretende sempre e sempre a medida capaz de atender excelentemente ao interesse público. Ora, dadas a multiplicidade e variedade de situações fáticas passíveis de ocorrerem [...] é preciso que o agente possa, *em consideração à fisionomia própria de cada qual*, proceder à eleição da medida idônea para atingir de modo perfeito o objetivo da regra aplicanda.

É possível verificar este entendimento presente no Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Suspensão de Liminar SL 235 de 2008, que estabeleceu a obrigatoriedade do cumprimento de política pública constitucionalmente definida. No caso concreto, o Estado do Tocantins formulou pedido de suspensão de liminar concedida em ação civil pública, que determinou a instalação de unidade especializada no cumprimento de medidas sócio-educativas aplicadas a adolescentes infratores.

Em sua decisão, o Ministro Gilmar Mendes observou que a proteção de crianças e adolescentes recebe tratamento especial na Constituição, que determina absoluta prioridade em seu atendimento, o que imporia ao Estado a obrigação de criar os pressupostos fático necessários ao exercício dos direitos previstos. Declara ainda que com relação aos direitos fundamentais não haveria apenas uma proibição de excesso por parte do Estado, mas também uma proibição de proteção insuficiente. Nesta dimensão se encontrariam aqueles direitos fundamentais que, para sua realização, dependem de providências estatais.

Parece lógico, portanto, que a efetividade desse direito fundamental à proteção

da criança e do adolescente não prescinde da ação estatal positiva no sentido da criação de certas condições fáticas, sempre dependentes dos recursos financeiros de que dispõe o Estado, e de sistemas de órgãos e procedimentos voltados a essa finalidade. De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de um espaço amplo de discricionariedade estatal, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico. (BRASIL, 2008).

Conclui o Ministro Relator que a determinação judicial não viola o princípio da separação dos poderes, uma vez que a Constituição indica de forma clara as ações públicas prioritárias, que devem ser seguidas inclusive quando da formulação da Lei Orçamentária.

Embora residam no Executivo e Legislativo a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, cabe ao judiciário determinar, a execução de políticas constitucionalmente definidas. Neste caso o Judiciário não estaria criando uma política pública ou usurpando as atribuições conferidas ao Executivo, mas corrigindo uma situação de proteção insuficiente, no que se refere a uma pauta legalmente fixada para o desenho das ações políticas no âmbito dos direitos sociais, podendo ser visto como um diálogo entre os diferentes poderes do Estado, para a concretização dos objetivos postos na Constituição.

## CONCLUSÃO

Alicerçada na idéia de que as pessoas são iguais em dignidade, a humanidade construiu e ainda constrói um sistema universal de direitos humanos. Originalmente impulsionado pela certeza de que o homem seria detentor de certos direitos naturais e inalienáveis, erigiu-se uma estrutura de pensamento na modernidade que teve reflexos profundos na ordem política, jurídica e social.

No plano internacional a busca pela construção de uma estrutura de proteção dos Direitos Humanos se manifesta de forma mais concreta no século XX com o surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU) e com a adoção de uma série de documentos que possibilitaram o estabelecimento de um referencial para a ordem jurídica.

É neste contexto que é firmado o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em 1966, o qual reconhece que o ideal de liberdade para o ser humano não pode se concretizar sem que sejam criadas condições para se desfrutar de direitos econômicos, sociais e culturais.

O Brasil, ao inaugurar uma nova ordem jurídica, política e social com a Constituição promulgada em 1988 levou em consideração todos estes valores longamente construídos no plano internacional, estabelecendo a dignidade

humana como fundamento da República e positivando um amplo rol de direitos e garantias fundamentais. Especificamente no plano dos direitos sociais, ocupou-se em identificá-los e estabelecer mecanismos específicos voltados à sua efetividade. Do elenco estabelecido no texto constitucional, destaca-se a seguridade social, termo que designa um conjunto integrado de ações, envolvendo o Estado e a Sociedade, objetivando assegurar acesso à saúde, previdência e assistência social.

Tratam-se de direitos classificados como prestacionais, uma vez que implicam em uma atividade preponderante do Estado no sentido de viabilizar às pessoas o acesso a mecanismos que possibilitem melhores condições de vida.

É certo que as necessidades humanas tendem ao infinito e que os recursos para atendimento a tais necessidades são escassos. No entanto, quando a Constituição estabelece prioridade no atendimento aos direitos fundamentais sociais, a omissão estatal deve ser suprida pelo Judiciário, com competência para dar efetividade àqueles direitos. Dois critérios são possíveis para conduzir tal análise: se há estrutura prestacional instalada e alguém foi excluído do atendimento, o princípio da igualdade determina sua inclusão, corrigindo a violação a um direito fundamental.

Verificando-se todavia inexistência de recursos materiais e financeiros aptos para garantir efetividade ao direito invocado, atua o paradigma da escassez, que possibilita o estabelecimento de um critério constitucional adequado para indicar a destinação dos recursos insuficientes. Caberia ao Judiciário aferir se as escolhas da Administração Pública na distribuição dos recursos não é fruto de arbítrio, mas a opção, diante de diversas soluções possíveis para um caso concreto, volta-se para aquela que melhor atenda à finalidade prevista no ordenamento jurídico.

A Constituição de 1988 deu ao Brasil profundas características de um Estado de bem-estar. Neste cenário, o alcance da plenitude deste bem-estar depende do esforço coordenado de todas as forças presentes na sociedade, em defesa da integridade da Constituição e da efetividade dos direitos fundamentais sociais.

## REFERÊNCIAS

ARZABE, Patricia Helena Massa; GRACIANO, Potyguara Gildoassu. *A Declaração Universal dos Direitos Humanos – 50 Anos. Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade*. São Paulo, Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, out. 1998. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavrtual/direitos/humanos.htm>>. Acesso em: 6 jan. 2010.

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. A dimensão prático-moral sob a perspectiva da evolução social em Habermas. In: CENCI, Elve Miguel; MÜLLER, Maria Cristina (Org.). *Ética, política e linguagem*. Londrina: CEFIL, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar 228-7. Ceará. SL 228-7. Relator Ministro Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, 21 out. 2008. p. 19-25. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?classe=SLI&numero=2287>>. Acesso em: 12 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI. 1.232-1 Distrito Federal. Relator Min. Ilmar Galvão. Julg. 27 ago. 1998. *Diário da Justiça*, 1 jun. 2001. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor.asp?classe=ADI&numero=1232>>. Acesso em: 12 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Medida Cautelar na Reclamação Rcl 4374 MC / PE - PERNAMBUCO. Relator Min. Gilmar Mendes. Julg. 01 fev. 2007. *Diário da Justiça*, 6 fev. 2007. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(Rcl\\$.SCLA.%20E%204374.NUME.\)&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(Rcl$.SCLA.%20E%204374.NUME.)&base=baseMonocraticas)>. Acesso em: 13 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Mandado de Injunção 795-1 Distrito Federal. MI 795-1. Relatora Min. Cármen Lúcia. *Diário da Justiça*, 22 maio 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=593668>>. Acesso em: 16 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário RE 410.715 AgR/SP. Relator Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça*, 3 fev. 2006. Disponível em: <[http://www.acaoeducativa.org.br/portal/images/stories/pdfs/lj1\\_34.pdf](http://www.acaoeducativa.org.br/portal/images/stories/pdfs/lj1_34.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Suspensão de Liminar n. 235-0 - TO*. Relatora Min. Presidente. 8 jul. 2008. Disponível em: <[http://www.unicef.org/brazil/pt/stfdecisao\\_pt.pdf](http://www.unicef.org/brazil/pt/stfdecisao_pt.pdf)>. Acesso em: 16 jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.185.474 - SC (2010/0048628-4). REsp 1185474/SC. Relator Min. Humberto Martins. Julg. 20 abr. 2010. *Diário da Justiça*, 29 abr. 2010. Disponível em: <[http://www.acaoeducativa.org.br/portal/images/stories/pdfs/lj\\_4\\_52.pdf](http://www.acaoeducativa.org.br/portal/images/stories/pdfs/lj_4_52.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 1999.

FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade patrimonial do Estado por ato jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

\_\_\_\_\_. Funções do poder judiciário na sociedade contemporânea e a concretização dos direitos fundamentais. *Anima: Revista Eletrônica o Curso de Direito da OPET*, Curitiba, ano 1, n. 1, 2009. Disponível em: <[http://www.anima-opet.com.br/primeira\\_edicao/artigo\\_Zulmar\\_Fachin\\_funcoes.pdf](http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Zulmar_Fachin_funcoes.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2010.

GROSMAN, Lucas Sebastián. *Escasez e igualdad: los derechos sociales em la Constitución*. Buenos Aires: Libreria, 2008.

KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, n. 144, p. 239-260 out-dez/1999. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/545/4/r144-17.PDF>>. Acesso em: 10 jun. 2010.

LUÑO, Antonio-Enriques Perez. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madrid, Espanha: Tecnos, 2007.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro. In: MACHADO, Hugo de Brito (Org.). *As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 8 dez. 2009.

PICCIRILLO, Miguel Belinati. A Proteção do Ser Humano e a Evolução Histórica do Estado. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati (Coord.). *Inclusão social e direitos fundamentais*. São Paulo: Boreal Editorial, 2009.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA, Juan Pablo Fernández. *La seguridad humana*. Barcelona, Espanha: Ed. Ariel, 2006.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TRINDADE, André. *Os Direitos Fundamentais em uma perspectiva autopoietica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Artigo recebido em 02/05/11 e  
aprovado para publicação em 22/08/11