

## Justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais e conflito de competências<sup>1</sup>

### *Justiciability of Fundamental Social Rights and Conflict of Competences*

Cláudia Toledo<sup>2</sup>

Marcos Marnet<sup>3</sup>

Isabella Oliveira<sup>4</sup>

DOI: <https://doi.org/10.34019/2179-3700.2019.v19.29885>

#### Resumo

O presente estudo aborda o conflito de competências entre os poderes estatais, intensificado pela crescente judicialização dos direitos fundamentais sociais, decorrente de seu entendimento como direitos a prestação positiva do Estado e não mais como mero conteúdo de normas programáticas. Analisaram-se, então, os princípios formais envolvidos nos conflitos de competência entre os poderes públicos, tendo-se identificado, de um lado, os princípios da discricionariedade legislativa/administrativa, e, de outro, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Visando à delimitação de critérios objetivos para a solução de conflitos de competências, foram estudados argumentos trazidos ao debate tanto em justificação da competência dos poderes políticos quanto do poder judiciário, em conformidade ao princípio da separação dos poderes e do sistema de freios e contrapesos, que o integra. Dentre os argumentos a favor da competência dos poderes representativos, estão (i) o princípio da *democracia*, do qual decorre a *legitimidade* do legislador/administrador eleito para a tomada de decisões – competência originária; (ii) o *déficit cognitivo* do poder judiciário para tanto, em virtude da limitação de sua visão ao caso individual *sub judice*; (iii) a vinculação dos poderes políticos ao *princípio da reserva do possível*, o que lhes confere responsabilidade primária pela avaliação da *razoabilidade* do pedido individual pleiteado diante do ônus social gerado, bem como da manutenção do *equilíbrio* das contas públicas. Dentre os contra-argumentos, justificadores da competência do poder judiciário, estão (i) o cabimento de revisão judicial – competência excepcional – em caso de *omissão* da prestação estatal positiva, de *insuficiência* de tal prestação ou de *evidente equívoco* na formulação e implementação da política pública a ela referente; (ii) dever de controle da *efetivação* de políticas públicas já elaboradas, em proteção aos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos; (iii) *verificação* da *comprovação* do princípio da reserva do possível alegado trazida pelos poderes políticos em contraposição ao pedido individual demandado. Da análise dos argumentos e contra-argumentos trazidos para fundamentação das condições fáticas e jurídicas do caso concreto, decorre a determinação do princípio preponderante e, por conseguinte, o poder competente para a tomada de decisão na situação em exame.

<sup>1</sup> Trabalho premiado no Seminário de Iniciação Científica da UFJF em 2016.

<sup>2</sup> Professora Associada da Faculdade de Direito da UFJF. Membro do corpo docente permanente do Mestrado em Direito e Inovação. [toledo.claudia@direito.ufjf.br](mailto:toledo.claudia@direito.ufjf.br); [toledo.claudia.jf@gmail.com](mailto:toledo.claudia.jf@gmail.com).

<sup>3</sup> Aluno do curso de graduação em Direito – UFJF. Pesquisador PROVOQUE do Programa de Iniciação Científica PIBIC/CNPq/UFJF nas Ações Afirmativas – 2015/2016.

<sup>4</sup> Aluna do curso de graduação em Direito – UFJF. Pesquisadora PROVOQUE do Programa de Iniciação Científica PIBIC/CNPq/UFJF nas Ações Afirmativas – 2015/2016.



**Palavras-chave:** Conflito de Competências. Princípios Formais. Justiciabilidade. Direitos Fundamentais Sociais. Controle Judicial.

## Abstract

This research focuses on the conflict of powers among state branches, intensified by the increasing judicialization of fundamental social rights, which is due to their understanding as rights to the positive provision of the State and no longer as mere content of programmatic norms. The formal principles involved in conflicts of competences among the public powers were analyzed. On the one hand, the principles of legislative / administrative discretion were identified, and on the other hand the principle of non-objection of jurisdiction. In order to identify objective criteria for the solution of conflicts of competences, the arguments brought to the debate were studied, both in justification of the political powers competence and of the judiciary one, in accordance with the principle of separation of powers and the system of checks and balances. Among the arguments in favor of the competence of representative powers are (i) the principle of democracy, on which the legitimacy of the legislative/executive powers for decision-making are based; (ii) the cognitive deficit of the judicial power to decide, because of the limitation of his vision to the individual case *sub judice*; (iii) the binding of political powers to the possible reserve clause, which gives them primary responsibility for evaluating the reasonableness of the individual interest against its social burden, as well as keeping the balance of public budget. Among the counter-arguments justifying the competence of the judicial power, there are (i) judicial review - exceptional competence - in case of omission of the positive state provision, insufficiency of such provision or obvious misconception in the formulation and implementation of the policy public relation to it; (ii) duty to control the effectiveness of public policies that have already been elaborated, in protection of fundamental rights; (iii) assessment of the documents supporting the possible reserve clause alleged by political powers. The analysis of the arguments and counter-arguments that justify the factual and legal conditions of the particular case makes it feasible to determine the preponderant principle, which grounds the identification of the competent power for decision-making.

**Keywords:** Conflict of Competences. Formal Principles. Justiciability. Fundamental Social Rights. Judicial review.

## 1 INTRODUÇÃO

Desde os anos 2000, os direitos fundamentais sociais deixaram de ser compreendidos como conteúdo de normas programáticas, que orientam a elaboração de políticas públicas, mas não geram direitos subjetivos, e passaram a ser considerados como *direitos a prestação positiva estatal*, na forma de produtos, serviços ou benefícios pecuniários.

Corolário necessário é a atribuição de *justiciabilidade* aos direitos fundamentais sociais. Da exigibilidade judicial do seu cumprimento decorre a *sentença mandamental* aos poderes executivo e legislativo, ordenando a efetiva prestação positiva estatal a eles correspondente.

Surgem então *conflitos de competência* entre os poderes públicos, com a crítica crescente de *ativismo judicial*, isto é, de ingerência indevida do Judiciário na esfera de

competência dos demais poderes, em descumprimento do *princípio da separação dos poderes*. Por outro lado, em virtude desse mesmo princípio, a atuação do Judiciário surge como devida, em face do *sistema de freios e contrapesos*, que o integra e exige o *controle recíproco* entre os poderes públicos. Em observância a esse sistema, a revisão judicial de atos e omissões dos demais poderes é adequada e necessária.

Buscou-se, nesta pesquisa, a análise dos conflitos de competência entre os poderes públicos sob o prisma da *teoria dos princípios* (ALEXY, 2008), visando-se (i) ao estudo de quais *princípios formais e materiais* estão em colisão nessa situação, bem como (ii) ao apontamento de *critérios objetivos* para a solução dessas colisões.

## 2 METODOLOGIA

Realizou-se *pesquisa bibliográfica*, em obras de Direito Constitucional e Filosofia do Direito, especificamente sobre os temas *conflito de competências* entre poderes estatais; *justiciabilidade aos direitos fundamentais sociais*; e *ativismo judicial*.

Foram levantados artigos em sítios especializados em periódicos científicos, como *SciELO* e *Periódicos Capes*, além de livros físicos.

Procedeu-se a investigações (i) *jurídico-interpretativas* e (ii) *jurídico-propositivas*, tendo sido utilizado o método de *raciocínio dedutivo*.

Todo o material lido foi fichado, apresentado e discutido em reuniões semanais da equipe de pesquisa.

## 3 DISCUSSÃO E CONCLUSÃO

Da análise dos princípios envolvidos nos conflitos de competência entre os poderes públicos, marcadamente frequentes nas demandas relacionadas à exigibilidade judicial de direitos fundamentais sociais, resulta a identificação de princípios *formais e materiais*.

Princípios *formais* são aqueles que têm por objeto *decisões jurídicas*. Não consagram um conteúdo, são *procedimentais*, ou seja, dizem respeito ao procedimento sobre *quem e como* devem ser tomadas decisões. Essas, sim, possuem conteúdo, na medida em que se referem a *algo*.

Os *princípios formais* colidentes, compreendidos nos conflitos de competência entre poderes públicos, são:

1) *Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*, como fundamento da *revisão judicial*;

2) *Princípios da discricionariedade legislativa e administrativa*, como expressão da competência decisória do legislador/administrador democraticamente legitimado.

*Princípios materiais* são aqueles que têm por *conteúdo* fatos e valores socialmente considerados relevantes, aos quais se confere proteção mediante sua normatização jurídica. *Direitos fundamentais* são o conteúdo de princípios materiais cuja colisão conduz, de forma recorrente, ao conflito de competência entre os poderes públicos.

A solução da colisão de princípios jurídicos (sejam formais ou materiais) faz-se mediante sua *ponderação*, resultante da aplicação da *máxima da proporcionalidade* ao caso concreto. Na solução dessa colisão, estipula-se o grau de importância de satisfação de cada princípio no caso concreto e, da identificação do(s) princípio(s) preponderante(s), decorre a atribuição da competência para um dos poderes estatais.

Buscaram-se então parâmetros para essa determinação, ou seja, critérios para solução dos conflitos de competências entre os poderes estatais, analisando-se argumentos contrários e a favor da atuação do poder judiciário no controle da implementação de direitos fundamentais sociais.

Dentre os argumentos que fundamentam a competência dos poderes representativos, estão:

1) O princípio da *democracia*, que assegura aos poderes eleitos *legitimidade* que lhes confere competência *originária* para a tomada de decisões;

2) O poder judiciário possui *déficit cognitivo* para a tomada de decisões, uma vez que lhe faltam *visão macro* da realidade social e *conhecimento empírico técnico* para tanto;

3) Os poderes representativos devem observância ao *princípio da reserva do possível*, cabendo-lhes verificar a *razoabilidade* entre o interesse individual pleiteado (no caso, o direito fundamental social demandado) e ônus da sociedade para sua satisfação, bem como o equilíbrio do *orçamento público*.

Dentre os argumentos que fundamentam a competência do poder judiciário, estão:

1) Em caso de *omissão* da prestação positiva, de *insuficiência* na sua prestação ou de *evidente equívoco* na formulação e implementação de políticas públicas relacionadas com tal prestação, cabe *revisão judicial* pautada em competência *excepcional* do poder judiciário;

2) O poder judiciário não tem competência para formulação de políticas públicas, mas tem o dever de controlar a devida *efetivação* daquelas já elaboradas, em proteção aos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos;

3) Cabe ao poder judiciário a *verificação da comprovação* do princípio da reserva do possível alegado trazida pelos poderes políticos em contraposição ao direito fundamental social pleiteado.

Na colisão principiológica envolvida nos conflitos de competência entre os poderes públicos, não é possível a determinação *a priori* do peso a ser atribuído a cada princípio formal e material envolvido, mas apenas *relativamente* no caso concreto. Mediante os argumentos trazidos na análise das condições fáticas e jurídicas relacionadas a cada situação real, justifica-se a afetação de cada princípio, identificando-se aquele preponderante. A solução do conflito, com a fixação do poder competente, vincula-se diretamente ao princípio considerado prioritário no caso concreto.

Desse modo, da ponderação entre os princípios materiais declaradores de direitos fundamentais sociais em jogo, bem como entre os princípios formais da discricionariedade legislativa/administrativa e da inafastabilidade do controle jurisdicional, decorre a determinação do Legislativo/Executivo ou do Judiciário como poder competente para a tomada de decisão na situação empírica em estudo.

#### 4 AGRADECIMENTOS

Os autores agradecem à UFJF pela viabilização desta pesquisa, mediante a aprovação do projeto proposto, ainda que sem o financiamento de bolsas de iniciação científica.

#### REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALEXY, Robert. Princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre *et al.* (orgs.). *Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 03-36.

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

BARCELLOS, Ana de Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel. **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1-35.

COSTA, Alexandre Araújo. Judiciário e interpretação: entre Direito e Política. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 9-46, jan./abr. 2013.

GORZONI, Paula Fernanda Alves da Cunha. **Ponderação e critérios racionais de decidibilidade na argumentação judicial**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

GOUVÊA, Marcos Maselli de. **O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implantação dos direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

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

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal). In: LOPES, Maria Elisabeth de Castro *et* OLIVEIRA NETO, Olavo (org.). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Jurisdição e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado/AJURIS, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STEIN, Leandro Konzen. **O Supremo Tribunal Federal e a defesa dos preceitos constitucionais fundamentais**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2009.

TOLEDO, Cláudia. Direitos Fundamentais Sociais: entre Ponderação e Subsunção. In: TOLEDO, Cláudia. **Direitos Sociais em Debate**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 81-90.

TOLEDO, Cláudia. Mínimo existencial – A construção de um conceito e seu tratamento pela jurisprudência constitucional brasileira e alemã. In: MIRANDA, Jorge *et al.* (org.). **Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 821-834.