

## Sumário

|                                                                                                                                 |           |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Apresentação – Roger Raupp Rios . . . . .                                                                                       | 23        |
| Introdução . . . . .                                                                                                            | 27        |
| <b>Capítulo I – Os direitos fundamentais como princípios e como regras . . .</b>                                                | <b>29</b> |
| 1. Ronald Dworkin . . . . .                                                                                                     | 30        |
| 1.1. O ataque ao positivismo jurídico . . . . .                                                                                 | 30        |
| 1.1.1. A regra de reconhecimento . . . . .                                                                                      | 31        |
| 1.1.2. A discricionariedade judicial . . . . .                                                                                  | 31        |
| 1.1.3. A inexistência de obrigações jurídicas nos casos difíceis . . . . .                                                      | 32        |
| 1.2. O modelo de regras e princípios em R. Dworkin . . . . .                                                                    | 32        |
| 1.2.1. Princípios e determinações de objetivos estatais . . . . .                                                               | 33        |
| 1.2.2. O reconhecimento dos princípios como normas . . . . .                                                                    | 33        |
| 1.2.3. A tese da aplicabilidade das regras como tudo-ou-nada . . . . .                                                          | 34        |
| 1.2.3.1. Objeções à tese da aplicabilidade do tudo-ou-nada . . . . .                                                            | 35        |
| 1.2.4. A dimensão do peso dos princípios . . . . .                                                                              | 36        |
| 1.2.4.1. Objeções à dimensão do peso em Dworkin . . . . .                                                                       | 37        |
| 2. Robert Alexy . . . . .                                                                                                       | 38        |
| 2.3. Os princípios como mandados de otimização e as regras como determinações . . . . .                                         | 39        |
| 2.3.1. Objeções ao conceito de princípio . . . . .                                                                              | 39        |
| 2.4. Colisões de princípios e conflitos de regras . . . . .                                                                     | 40        |
| 2.5. O diferente caráter <i>prima facie</i> de regras e princípios e a objeção à tese da distinção fraca e pragmática . . . . . | 42        |
| 2.6. A teoria dos princípios e a teoria dos valores . . . . .                                                                   | 45        |
| 2.7. A teoria dos princípios e o preceito da proporcionalidade . . . . .                                                        | 47        |
| 2.7.1. A lei da ponderação ou o preceito da proporcionalidade em sentido estrito . . . . .                                      | 48        |
| 2.7.2. A graduação da intensidade de intervenção e do grau de importância . . . . .                                             | 50        |
| 2.7.3. A relação condicionada de precedência . . . . .                                                                          | 51        |
| 2.8. A existência de uma ordem branda de valores ou princípios . . . . .                                                        | 52        |
| 2.9. Modelo combinado de regras e princípios . . . . .                                                                          | 53        |
| 2.10. Espaço de ação ( <i>Spielraum</i> ) . . . . .                                                                             | 54        |
| 2.10.1. A crítica da sobreconstitucionalização . . . . .                                                                        | 55        |
| 2.10.2. Uma classificação dos espaços de ação . . . . .                                                                         | 56        |
| 2.10.2.1. Os espaços de ação estruturais . . . . .                                                                              | 56        |
| 2.10.2.2. Os espaços de ação epistêmicos . . . . .                                                                              | 58        |

|                                                                                                            |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Capítulo II – O tipo normativo e as restrições aos direitos fundamentais</b>                            | 59  |
| 1. As restrições aos direitos fundamentais                                                                 | 61  |
| 1.1. Conceito e classificação de restrição                                                                 | 61  |
| 1.2. Teorias interna e externa das restrições                                                              | 62  |
| 1.3. História da teoria das restrições                                                                     | 63  |
| 2. Tipo normativo dos direitos fundamentais                                                                | 65  |
| 2.1. O conceito de tipo normativo                                                                          | 65  |
| 2.2. Teoria estreita e ampla do tipo normativo                                                             | 67  |
| 2.2.1. Objeções à teoria ampla                                                                             | 69  |
| 2.2.2. Os casos atuais e potenciais de direitos fundamentais                                               | 70  |
| <b>Capítulo III – A estrutura e a justiciabilidade dos direitos fundamentais a ações positivas</b>         | 73  |
| 1. Direitos a ações positivas como mandados de ações universais                                            | 73  |
| 2. O preceito da proporcionalidade no sentido da proibição da não-suficiência ( <i>untermaßverbot</i> )    | 76  |
| 2.1. O preceito parcial da adequação no sentido da não-suficiência                                         | 77  |
| 2.2. O preceito parcial da necessidade no sentido da não-suficiência                                       | 77  |
| 2.3. O preceito parcial da proporcionalidade em sentido estrito no sentido da proibição da não-suficiência | 78  |
| 2.4. Outros critérios de escolha                                                                           | 79  |
| 2.4.1. A maximização da intensidade de assistência                                                         | 80  |
| 2.4.2. Ponderação de segundo nível                                                                         | 80  |
| 2.5. A justiciabilidade dos direitos a ações positivas – considerações conclusivas                         | 81  |
| 3. Classificação dos direitos fundamentais                                                                 | 83  |
| 3.1. Diferenciação formal e material entre direitos a ações positivas e direitos à omissão                 | 83  |
| 3.2. As funções de direitos fundamentais                                                                   | 84  |
| 3.2.1. Direitos prestacionais em sentido amplo                                                             | 84  |
| <b>Capítulo IV – A estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais</b>                               | 87  |
| 1. Os direitos fundamentais sociais <i>prima facie</i>                                                     | 87  |
| 1.1. Conceito de direitos fundamentais sociais                                                             | 87  |
| 1.2. Direitos fundamentais sociais e texto constitucional                                                  | 89  |
| 1.3. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais                                                  | 91  |
| 1.4. Os direitos fundamentais sociais e as teorias das restrições                                          | 96  |
| 1.5. Cláusulas restritivas dos direitos fundamentais sociais:                                              |     |
| a reserva do possível                                                                                      | 97  |
| 1.5.1. A competência orçamentária do legislador e a reserva financeira do possível                         | 99  |
| 1.5.2. A liberdade de configuração do legislador como princípio formal                                     | 101 |
| 1.5.3. Os direitos fundamentais sociais de terceiros e a exigência do tratamento isonômico e universal     | 104 |
| 1.5.3.1. As decisões alocativas diante da escassez de recursos: posicionamento de Gustavo Amaral           | 104 |
| 1.5.3.2. As decisões alocativas na dogmática dos direitos fundamentais sociais: posicionamento do autor    | 105 |

|                                                                                                                    |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 1.6. Tipo normativo dos direitos fundamentais sociais . . . . .                                                    | 107        |
| 1.6.1. Teorias ampla ou estreita do tipo normativo <i>prima facie</i> . . . . .                                    | 107        |
| 1.6.2. Objeções à teoria ampla do tipo normativo <i>prima facie</i> dos<br>direitos fundamentais sociais . . . . . | 108        |
| 1.6.3. O limite prático para aplicação dos direitos fundamentais<br>sociais . . . . .                              | 109        |
| 2. Os direitos fundamentais sociais definitivos: modelos para seu<br>reconhecimento . . . . .                      | 111        |
| 2.1. O modelo de Robert Alexy . . . . .                                                                            | 112        |
| 2.2. O modelo de Rodolfo Arango . . . . .                                                                          | 113        |
| 2.2.1. Um exemplo da Corte Constitucional Colombiana . . . . .                                                     | 114        |
| 2.3. O modelo triádico duplo . . . . .                                                                             | 115        |
| 2.3.1. Dois casos do Supremo Tribunal Federal brasileiro . . . . .                                                 | 117        |
| 2.3.1.1. Direito fundamental à saúde: fornecimento gratuito de<br>medicamentos . . . . .                           | 117        |
| 2.3.1.2. Direito fundamental à educação infantil: atendimento em<br>creche e em pré-escola . . . . .               | 119        |
| 2.3.1.3. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal . . . . .                                                    | 120        |
| <b>Capítulo V – Das necessidades básicas ao direito ao mínimo existencial . .</b>                                  | <b>123</b> |
| 1. A teoria das necessidades . . . . .                                                                             | 123        |
| 1.1. O conceito de necessidades básicas . . . . .                                                                  | 123        |
| 1.2. As necessidades intermediárias ou agentes de satisfação das<br>necessidades . . . . .                         | 124        |
| 1.3. Os padrões de satisfação das necessidades básicas . . . . .                                                   | 126        |
| 1.4. A relação entre necessidades e direitos . . . . .                                                             | 128        |
| 2. O direito ao mínimo existencial . . . . .                                                                       | 129        |
| 2.5. Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão e sua<br>interpretação pela doutrina . . . . .       | 129        |
| 2.6. Do direito fundamental definitivo ao mínimo existencial . . . . .                                             | 130        |
| 2.6.1. O mínimo existencial na jurisprudência . . . . .                                                            | 130        |
| 2.6.2. A justiciabilidade do direito ao mínimo existencial: o modelo<br>triádico duplo . . . . .                   | 132        |
| 2.7. Da fundamentação do direito ao mínimo existencial . . . . .                                                   | 134        |
| 2.8. Do conceito de mínimo existencial . . . . .                                                                   | 135        |
| 2.9. O direito fundamental à alimentação . . . . .                                                                 | 136        |
| Conclusão . . . . .                                                                                                | 141        |
| Referências . . . . .                                                                                              | 143        |