

ANA CAROLINA LOPES OLSEN

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS
FRENTE À RESERVA DO POSSÍVEL**

CURITIBA
2006

ANA CAROLINA LOPES OLSEN

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS
FRENTE À RESERVA DO POSSÍVEL**

Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Profa. Orientadora:
Regina Maria Macedo Neri Ferrari

CURITIBA
2006

ANA CAROLINA LOPES OLSEN

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS
FRENTE À RESERVA DO POSSÍVEL**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

ORIENTADOR:

Profa. Dra. Regina Maria Macedo Neri Ferrari

Prof. Dr.

Prof. Dr.

CURITIBA
2006

*A Guilherme Kirtschig,
por tudo.*

Não serei o poeta de um mundo caduco.
Também não cantarei o mundo futuro.
Estou preso à vida e olho meus companheiros.
Estão taciturnos mas nutrem grandes esperanças.
Entre eles, considero a enorme realidade.
O presente é tão grande, não nos afastemos.
Não nos afastemos muito, vamos de mãos dadas.

(Carlos Drummond de Andrade, “Mãos Dadas”)

RESUMO

Os direitos fundamentais sociais presentes na Constituição de 1988 têm sua fundamentalidade garantida no texto constitucional positivo e na sua relação com valores e objetivos estampados na carta constitucional, especialmente com a dignidade da pessoa humana. São normas de caráter predominantemente principiológico, que estabelecem obrigações *prima facie* de prestar algo, de modo que sua aplicação geralmente requer ponderação com bens jurídicos ou direitos em sentido contrário, mediante análise da proporcionalidade. Ao demandarem do Estado prestações materiais, têm um inegável conteúdo econômico, que acaba por influenciar sua efetividade. Afirma-se que são direitos sob a reserva do possível, podendo ser exigidos somente diante da disponibilidade de recursos suficientes. Ao investigar a reserva do possível, este estudo a concebeu enquanto restrição extrajurídica dos direitos fundamentais sociais, que afeta desvantajosamente seu âmbito normativo, reduzindo a responsabilidade do Estado para com as obrigações jusfundamentais. Na atuação restritiva, a reserva do possível, que na maior parte dos casos, diz respeito a recursos escassos em virtude de escolhas alocativas promovidas pelo Estado, deve respeitar o núcleo essencial do direito fundamental social, aferível nos casos concretos, bem como a proporcionalidade enquanto vedação da insuficiência. Esta alocação de recursos estará sujeita ao controle jurisdicional, em razão do caráter vinculante das normas jusfundamentais, e da força dirigente da Constituição, ainda efetiva em países de modernidade tardia, como o Brasil. Os tribunais, sempre que demandados, têm legitimidade para decidir racionalmente pelo cumprimento dos direitos fundamentais sociais, e suas decisões devem observar os dados da realidade. Neste diapasão, o mínimo existencial e a proporcionalidade como proibição da insuficiência podem representar parâmetros de constitucionalidade da alocação de recursos, e determinar o afastamento da reserva do possível como restrição dos direitos fundamentais sociais.

Palavras-chave: direitos fundamentais sociais – princípios – ponderação – reserva do possível – restrição – proporcionalidade – mínimo existencial.

ABSTRACT

The social rights present in the 1988 Constitution have their fundamentality guaranteed by the constitutional positive prescription and by their relation to constitutional values and goals; specially the human dignity. They are mainly principle norms that establish immediate positive obligations, so that their application usually requires ponderation of goods and rights in opposite sense, by means of proportionality analysis. Due to their demand of material positive provisions, they have undeniable economic content, which influences their effectiveness. It is affirmed they are rights under a “reservation of possibility”, so they can be demanded only if there are enough resources available. Investigating the “reservation of possibility”, this study conceived it as a non-legal restriction of social rights, that affects disadvantageously its normative field, reducing the Government’s responsibility with social obligations. Acting restrictively, the “reservation of possibility”, which in most cases, refers to scarce resources due to allocative choices promoted by the Government, must preserve the social right’s essential core, measurable in specific cases, and the proportionality as prohibition of insufficient provision as well. The allocation of resources is subjected to judicial review, because of the vinculative character of fundamental rights, and the normative power of the Constitution, still effective in late modernity countries, such as Brazil. The Courts, when sought, are legitimate to rationally decide for the attendance of social rights, and their decisions must observe the data of reality. In this sense, the minimum necessary to existence, and the proportionality as prohibition of insufficient provision may represent the constitutionality of resource allocation milestone, and determine the putting aside of “the reservation of possibility” as a social right restriction.

Key-words: social rights - principles – ponderation – “reservation of possibility” – restriction – proportionality – minimum necessary to existence.

AGRADECIMENTOS

Este estudo somente se tornou possível em virtude do auxílio inigualável de uma série de pessoas, que, cada qual à sua maneira, permitiram a escolha do tema, o desenvolvimento das idéias, a redação do texto e as conclusões finais. Infelizmente, sempre que se busca nomeá-las, a fim de lhes prestar a devida homenagem, arrisca-se deixar importantes nomes de fora. Assim, de início, agradeço a todos aqueles com quem convivi durante os dois anos do curso de Mestrado, pois todos, por certo, auxiliaram-me a trilhar este caminho.

Agradeço, primeiramente, à querida Professora Orientadora Regina Maria Macedo Neri Ferrari, por ter ajudado a direcionar o presente trabalho nas inúmeras guinadas e modificações, até o texto final, sempre contribuindo com inigualável conhecimento e experiência.

Aos professores Clèmerson Merlin Clève, Celso Luís Ludwig, Kátya Kosicki, Katie Argüello, Alvacir Alfredo Nicz, Abili Lázaro Castro de Lima, e Eduardo de Oliveira Leite, pela contribuição científica para com a elaboração das idéias que tornaram este trabalho possível.

Às colegas Márcia Brandão Zollinger, Thaís Pascolato Venturi, Sabrina Corrêa, e em especial, Fernanda Hilzendegeger Marcon, por todas as conversas imensamente produtivas, e pela sincera amizade.

Ao amigo Vicente Magalhães, pela tolerância com as ausências no escritório, com os prazos terminados nos últimos instantes, e por todo o incentivo e apoio.

A todos os colegas do escritório, pela paciência e colaboração, em especial a Eduardo Luhm Freudenberg, cuja pesquisa dedicada e espontânea foi essencial para a conclusão deste trabalho.

À minha família, que apesar da distância, representou um abrigo seguro e impulsionador dos meus esforços. Em especial, à minha mãe, pela disposição e dedicação com a revisão desta obra. Este texto deve a ela sua inteligibilidade.

Ao meu marido Guilherme, por todo os conselhos, pelo fomento de idéias, pelas discussões companheiras e acaloradas, pelas horas roubadas, pelo apoio e compreensão.

Enfim, a Deus, pela oportunidade, e pelas forças.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
-----------------	----

CAPÍTULO I

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

1.1	Fundamentalidade formal e material dos direitos sociais.....	05
1.1.1	Considerações de ordem terminológica.....	13
1.1.2	A fundamentação formal a partir da previsão constitucional dos direitos sociais.....	17
1.1.3	Conceito material de direitos fundamentais sociais – a dignidade da pessoa humana	23
1.1.4	Uma compreensão formal e material dos direitos sociais.....	33
1.2	A estrutura deôntica dos direitos fundamentais sociais.....	36
1.2.1	A classificação dos direitos fundamentais segundo sua funcionalidade.....	36
1.2.2	Direitos fundamentais sociais: direitos de defesa e direitos a prestações.....	42
1.2.3	A norma de direito fundamental social como um feixe de posições jusfundamentais.....	46
1.2.4	Crítica à classificação dos direitos como direitos de defesa e direitos a prestações.....	49
1.2.5	Direitos fundamentais sociais a prestações: delimitação do estudo.....	52
1.3	Direitos fundamentais sociais como regras e princípios.....	53
1.3.1	Os modelos de normas de direito fundamental	53
1.3.1.1	Distinção entre regras e princípios.....	53
1.3.1.2	O caráter “prima facie” das regras e dos princípios.....	58
1.3.1.3	Os três modelos de normas de Alexy.....	61
1.3.1.4	Enquadramento das normas de direitos fundamentais sociais em um modelo de regras e princípios.....	64
1.3.2	Ponderação para identificação de direitos sociais definitivos.....	66
1.3.2.1	A regra de ponderação.....	67
1.3.2.2	O preceito da proporcionalidade.....	74
1.3.2.2.1	Proibição do excesso e proibição da insuficiência.....	77
1.3.3	Direitos fundamentais sociais definitivos	80
1.4	A dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais sociais.....	85
1.4.1	A dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais.....	86
1.4.2	A problemática da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais sociais.....	92
1.4.2.1	Normas programáticas.....	96
1.4.2.2	Direitos subjetivos <i>prima facie</i>	107

CAPÍTULO II

RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS:

NOÇÕES INSTRUMENTAIS

2.1	Viabilidade de restrição aos direitos fundamentais.....	116
-----	---	-----

2.1.1	Teoria interna	117
2.1.2	Teoria externa.....	124
2.1.3	Posição adotada.....	127
2.1.4	Direitos fundamentais sociais como normas com reserva imanente de ponderação.....	130
2.2	Conceito de restrição aos direitos fundamentais	133
2.2.1	Desenvolvimento, configuração, conformação, concretização e restrição	134
2.2.2	Restrição em sentido estrito e em sentido amplo: definição de restrição.....	143
2.2.3	Restrições não expressamente autorizadas pela Constituição.....	147
2.2.4	Restrição no caso dos direitos fundamentais sociais prestacionais.....	152
2.3	Garantia do núcleo essencial.....	154
2.3.1	Teoria absoluta do núcleo essencial.....	156
2.3.2	Teoria relativa do núcleo essencial.....	159
2.3.3	Posição adotada	162
2.4	As restrições aos direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1988.....	165
2.4.1	Direitos fundamentais sociais a prestações com reservas	165
2.4.2	Direitos fundamentais sociais sem reservas expressamente autorizadas pela Constituição	169
2.4.3	Proporcionalidade no controle das restrições aos direitos fundamentais.....	172
2.4.3.1	Distinções terminológicas: razoabilidade e proporcionalidade.....	173
2.4.3.2	Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.....	177

CAPÍTULO III

A RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

3.1	O ambiente sócio-político-jurídico da reserva do possível	183
3.1.1	A dogmática constitucional de plena eficácia dos direitos fundamentais	184
3.1.2	A influência do neoliberalismo	187
3.2	A reserva do possível enquanto elemento característico dos direitos fundamentais.....	193
3.2.1	Custo dos direitos: a posição de Cass Sunstein e Stephen Holmes.....	194
3.2.2	A reserva do possível como limite imanente da dimensão positiva dos direitos sociais	197
3.2.2.1	Conseqüências para a proteção dos direitos fundamentais sociais	200
3.3	A reserva do possível enquanto restrição aos direitos fundamentais sociais.....	203
3.3.1	A escassez de recursos na teoria externa.....	204
3.3.2	Necessidade de ponderação e fundamentação.....	207
3.4	Conceito de reserva do possível	209
3.4.1	Breve análise terminológica.....	210
3.4.2	Reserva do possível como condição de realidade.....	212
3.4.2.1	O logicamente possível.....	216
3.4.2.2	Disponibilidade de recursos materiais.....	217
3.4.3	A diferença entre inexistência de recursos e escolha alocativa de recursos	220
3.4.4	Proposta de um conceito de reserva do possível.....	225

3.5 A reserva do possível nos tribunais	229
3.5.1 A reserva do possível na Alemanha	229
3.5.1.1 A importação da reserva do possível pela doutrina e jurisprudência brasileira	235
3.5.2 A aplicação da reserva do possível na jurisprudência pátria	240
3.5.2.1 Direitos fundamentais sociais como direitos absolutos	242
3.5.2.2 A alegada incompetência do Judiciário para decidir a matéria	247
3.5.2.3 Decisões tomadas com base na ponderação	250

CAPÍTULO IV

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

4.1 A força normativa da Constituição na atualidade	262
4.1.1 O apedrejamento da Constituição Dirigente	265
4.1.2 Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia.....	268
4.1.2.1 A normatividade constitucional como determinante de políticas públicas e alocação de recursos	278
4.2 Atuação da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais....	286
4.2.1 Breves notas sobre procedimentalismo e substancialismo	287
4.2.1.1 O procedimentalismo	290
4.2.1.2 O substancialismo	295
4.2.2 Decisões alocativas de recursos como problema específico: o princípio democrático, a competência do Judiciário e a reserva do possível	303
4.2.3 Decisões judiciais e isonomia.....	314
4.3 O preceito da proporcionalidade como proibição da insuficiência.....	321
4.3.1 Considerações iniciais	321
4.3.2 Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito no sentido de proibição de insuficiência	325
4.3.3 Aplicação da proporcionalidade como proibição da insuficiência à reserva do possível	329
4.4 A garantia do mínimo existencial	336
4.4.1 Tentativa de delimitação do conceito de mínimo existencial	336
4.4.2 A relação entre mínimo existencial e direitos fundamentais sociais	344
4.4.2.1 Mínimo existencial e núcleo essencial da norma de direito fundamental social: implicações para a exigibilidade dos direitos fundamentais sociais.....	345
4.4.2.2 O perigo da noção reducionista dos direitos fundamentais sociais ...	351
4.4.3 A ponderação entre reserva do possível e o mínimo existencial	353
CONCLUSÃO	362
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	367

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova ordem jurídica no Brasil, em reflexo aos anseios e expectativas das camadas mais diversas da população, e voltada, especialmente, para o respeito aos direitos humanos, à dignidade da pessoa humana, em um ambiente plural e democrático. Estruturada de uma forma “compreensiva”¹, ela amalgamou valores do Estado Liberal e do Estado Social, buscando, com isso, criar mecanismos capazes realizar um ideal de sociedade plural, justa e igualitária.

Neste contexto, uma das inovações mais marcantes do texto constitucional de 1988 foi o enquadramento de uma série de direitos antes relegados à ordem social e econômica como autênticos direitos fundamentais: os chamados direitos fundamentais sociais. Com isso, buscou evidenciar a desigualdade econômica que marca a sociedade brasileira, bem como atribuir direitos que contemplassem todos os cidadãos de modo a lhes garantir condições dignas de sobrevivência e participação nos processos democráticos. É o que se depreende, por exemplo, do artigo 6º da Constituição, segundo o qual todos têm direito à educação, à saúde, à moradia, à assistência social, à previdência, ao lazer.

Estes “novos direitos” acabaram por traçar um delineamento estatal voltado para a realização de valores sociais, de modo que o Estado deixou de ser o agente policial da liberdade humana, o protetor das manifestações individuais, para se tornar o fomentador da igualdade, o distribuidor de bens e serviços necessários àqueles que, por seu próprio esforço, não conseguem escalar a árida pirâmide da estrutura social (neo)capitalista. A Constituição de 1988 determinou ao Estado que “descruzasse os braços” e atuasse concretamente na realidade social, fomentando, provendo, garantindo.

¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes, MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 105.

É inegável que há (havia) muito de ideal utópico nesta Constituição. Tendo sido fruto de uma assembléia constituinte bastante heterogênea, o texto constitucional positivou valores significativos, atribuiu direitos, mas deixou grandes espaços abertos a respeito de como estes direitos seriam concretizados. Espaços a serem preenchidos pela disputa política, mas sob a supervisão dos valores democráticos, em respeito aos objetivos e princípios fundamentais instituídos já nos primeiros dispositivos constitucionais. E alçou como árbitro destas disputas, como “guardião da Constituição”, o Poder Judiciário.

Já se vão mais de dezessete anos desde a promulgação da Constituição Federal. Muito se modificou, seja nas relações sociais, seja no próprio texto constitucional. Os direitos fundamentais sociais, entretanto, têm resistido bravamente tal como um dos últimos pilares que sustentavam a ponte para o Estado do Bem-Estar Social, frente à inundação do neoliberalismo. Ponte, é forçoso reconhecer, que jamais chegou a ser inteiramente cruzada, seja pelo constitucionalismo brasileiro, seja, e especialmente, pelos poderes públicos.

Mais do que nunca, o esforço estatal de realização de prestações materiais tem sido alvo de severas críticas. Afirma-se que o Estado está sobrecarregado; que prestações materiais como saúde, educação, previdência, e moradia, custam muito caro, oneram os cofres públicos, ofendem a iniciativa privada e a autonomia do ser humano. Em contrapartida, muitos cidadãos aprenderam o caminho da tutela jurisdicional, o Ministério Público assumiu uma posição atuante frente à sociedade, e prestações materiais antes negligenciadas, sob o argumento de serem inexecutáveis, indeterminadas, passaram a ser exigidas dos poderes públicos, passaram a ser ordenadas por decisões judiciais. Magistrados e doutrinadores, em todo o território nacional, contrariando as tendências econômicas, passaram a determinar incondicionalmente o respeito à Constituição.

Este esforço de concretização constitucional impulsionado por doutrinadores como Paulo Bonavides, Luís Roberto Barroso, Eros Roberto Grau, dentre muitos outros,

gerou uma atividade jurisdicional apaixonada e compromissada com os valores sociais. E como decorrência, prestações materiais passaram a ser impostas aos poderes públicos sem que as conseqüências reais fossem efetivamente medidas.

Neste contexto, surgiu no Brasil a discussão a respeito da reserva do possível. Até que ponto prestações como saúde, educação, assistência, poderiam ser impostas sem a necessária preocupação com o custo que elas representariam para os cofres públicos? Seria possível tão somente presumir que os recursos existem? Por outro lado, deveria então o Judiciário se abster de determinar o cumprimento das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais em virtude da presença de um elemento extrajurídico – a dimensão da possibilidade, da escassez ou da escolha alocativa de recursos?

Diante deste dilema, a “reserva do possível” passou a ser utilizada pela Administração Pública como “tábua de salvação” frente ao ativismo judicial, sem que, entretanto, houvesse um esclarecimento acerca de qual o conteúdo compreendido em um conceito tão vago. E mesmo o Judiciário deu pistas de enclauramento, deixando a matéria para as discussões político-econômicas.

Fato inegável é que sob a argumentação da “reserva do possível” passou-se a legitimar a não realização de direitos fundamentais sociais, especialmente em sua dimensão prestacional. E, com isso, os valores sociais consagrados na Constituição Federal de 1988 foram abalados. Esta situação envolve especialmente o Executivo – destinatário mor das prestações materiais determinadas nas normas de direitos fundamentais sociais – e o Judiciário, responsabilizado pela proteção das normas constitucionais, especialmente dos direitos fundamentais.

O presente estudo busca investigar precisamente este fenômeno, a partir de uma concepção analítica dos direitos fundamentais sociais, comprometida com os valores informadores do texto constitucional, e preocupada com sua efetividade.

Para tanto, no primeiro capítulo, buscou-se resgatar, primeiramente, a fundamentalidade formal e material dos direitos sociais, a fim de dar às normas correspondentes o tratamento apropriado. Então, referidas normas passam a ser analisadas desde sua estrutura deontica, até sua qualificação principiológica, que implica a utilização de conceitos inerentes ao novo constitucionalismo, como ponderação, e proporcionalidade. Neste passo, apresenta-se a perspectiva objetiva e subjetiva destes direitos fundamentais.

No segundo capítulo, mostrou-se necessário trabalhar conceitos instrumentais ligados à possibilidade de restrição dos direitos fundamentais sociais, seja para permitir uma compreensão clara daquilo que se entende por restrição a direito fundamental, seja para verificar de que forma pode o Judiciário, enquanto guardião da Constituição, exercer um controle formal e material da atividade restritiva exercida pelos demais poderes públicos, notadamente pelo Executivo.

A reserva do possível é o objeto de investigação do terceiro capítulo, que procurou contextualizar seu surgimento no palco de discussões jurídicas, políticas e econômicas, e delimita-la conceitualmente, utilizando para tanto as noções operacionais apresentadas no capítulo anterior. Ainda, buscou-se fornecer alguns exemplos do tratamento que os tribunais têm dispensado ao instituto da reserva do possível, quando em jogo a realização dos direitos fundamentais sociais.

Finalmente, o quarto capítulo busca oferecer uma leitura atualizada do normativismo constitucional, especialmente voltado para a realidade brasileira, sugerindo possíveis mecanismos que auxiliem a operacionalidade da reserva do possível em relação aos direitos fundamentais sociais, tais como a proporcionalidade, e o mínimo existencial.

CAPÍTULO I

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

1.1 FUNDAMENTALIDADE FORMAL E MATERIAL DOS DIREITOS SOCIAIS

Segundo J.J. Gomes Canotilho², recepcionando a doutrina de Robert Alexy, a fundamentalidade de um direito se relaciona com sua especial dignidade no ordenamento jurídico, a qual assume caráter formal e material.

A fundamentalidade formal decorre da constitucionalização dos direitos, como analisado por Ingo Wolfgang Sarlet, e apresenta as seguintes dimensões: a) as normas de direito fundamental têm superior hierarquia em relação às demais normas do ordenamento jurídico; b) estão submetidas aos limites formais e materiais de revisão e emenda constitucional, previstos no artigo 60 da CF; c) em virtude do disposto no parágrafo primeiro do art. 5º, têm aplicabilidade imediata e vinculam todos os poderes públicos.³

Já a fundamentalidade material está relacionada à correspondência havida entre os direitos fundamentais e o núcleo de valores que informa a Constituição, especialmente os princípios enumerados no Título I da CF, dentre os quais vale destacar a dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais representam, sob o aspecto material, as decisões axiológicas fundamentais adotadas pelo constituinte a respeito da estrutura do Estado e da Sociedade. Aliás, neste sentido, vale observar as intenções constitucionais manifestadas no preâmbulo da Constituição de 1988, o qual estatui expressamente como “valores supremos”

² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p.498.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 86-87.

da sociedade “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”.⁴

É certo que para determinado direito seja considerado fundamental perante a Constituição de 1988 não basta a fundamentalidade formal. Afinal, o constituinte inseriu uma cláusula de abertura quando tratou do regime de direitos fundamentais no parágrafo 2º do artigo 5º, da CF, admitindo como fundamentais os direitos decorrentes dos princípios e do regime constitucional, bem como aqueles previstos em tratados internacionais. Nesta ótica, somente poderiam ser considerados direitos fundamentais não expressamente previstos na Constituição aqueles que, materialmente, fossem dotados da mesma dignidade.

Este conceito material não tem sua utilidade estritamente voltada para a identificação de direitos fundamentais fora do catálogo constitucional, mas, também, assume especial relevância para se compreender a real fundamentalidade de todos os direitos fundamentais previstos expressamente no texto constitucional, ainda que não exatamente no catálogo do Título II, dentre os quais pode-se citar o direito ao ensino fundamental (art. 208, I, § 1º, CF), o direito à saúde (art. 196, CF), e o direito à assistência social (art. 201, V, § 2º, CF).

Fato é que passados dezoito anos da promulgação da Constituição de 1988, doutrina e jurisprudência ainda discutem se os direitos sociais previstos em seu texto são verdadeiros direitos fundamentais, e devem ser aplicados segundo este regime específico de normas constitucionais, ou se são normas indicativas de programas a serem adotados pelos poderes públicos, em consonância com a vontade política manifestada em regime de oportunidade, e em estrita dependência da atuação concretizadora do legislador.⁵

⁴ Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988.

⁵ Neste sentido, vale a observação da Juíza do Rio de Janeiro: “Muito se discute acerca da fundamentalidade dos direitos sociais. Contudo, a tese de que os direitos sociais são também fundamentais ainda navega por águas revoltas em busca de um porto seguro. Muitos autores vêem distinções ontológicas entre os direitos de liberdade e os sociais, a ponto de impedir que estes gozem do caráter de fundamental. A dar suporte a esse entendimento, aduzem que esses direitos articulam-se de maneira diferente em relação com dois elementos identificadores: a

Enquanto doutrinadores como Ingo Wolfgang Sarlet⁶, Luiz Roberto Barroso⁷, Gilmar Ferreira Mendes⁸ e Paulo Bonavides⁹, embora pertencentes a gerações diferentes do constitucionalismo brasileiro, defendem que todos os direitos previstos nos artigos 6º e 7º da Constituição Federal, segundo a regulamentação que se encontra no Capítulo da ordem econômica e da ordem social, são autênticos direitos fundamentais, ainda existe parcela da doutrina que oferece alguma resistência a esta interpretação¹⁰.

Atualmente, falar-se em direitos fundamentais implica fazer referência a um regime específico de aplicação de normas constitucionais, sujeitos ao princípio da aplicabilidade imediata (CF, art. 5º, § 1º). Nestes termos, em virtude do evidente caráter dirigente e programático da Constituição Brasileira – o qual se evidencia em uma série de normas constitucionais – a caracterização dos direitos sociais como direitos fundamentais subjetivos implica uma releitura da classificação da eficácia das normas constitucionais, e a adaptação dos avanços trazidos pela doutrina estrangeira, como a teoria dos princípios, elaborada por Robert Alexy. Além disso, não se pode olvidar, por certo, que de fato existem algumas normas de direito fundamental que carecem de concretização legislativa, o que,

universalidade e os critérios de igualdade aplicáveis, ou seja, a liberdade e a igualdade”. LIMA, Maria Cristina de Brito. Direitos Sociais: Sua Circunstância e sua Justiciabilidade. In: *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 28, Rio de Janeiro, 2004, p. 142-143.

⁶ Ingo Sarlet, ao analisar as inovações trazidas à ordem jurídica pela Constituição de 1988, afirma textualmente: “A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social, sendo-lhes, ao menos em princípio e ressalvadas algumas exceções, reconhecido caráter meramente programático, enquadrando-se na categoria de normas de eficácia limitada”. SARLET, I. W. Ob. cit., p. 77.

⁷ O autor enumera os direitos sociais expressamente como direitos fundamentais, reconhecendo sua dimensão de imposição ao Estado do dever de realizar determinadas prestações positivas. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 99 e 101.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p.46.

⁹ O autor atribui aos direitos sociais o caráter de direitos fundamentais, na medida em que positivados no texto constitucional, e submetidos ao regime da aplicabilidade imediata prevista no § 1º do art. 5º da CF. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 518.

¹⁰ A discussão relativa à interpretação dos direitos sociais como normas programáticas será analisada mais especificamente no item 1.4.2.1, adiante. Todavia, a fim de ilustração da assertiva lançada, vale mencionar os nomes de José Carlos Vasconcellos dos Reis, José Afonso da Silva e Regina Maria Macedo Neri Ferrari como autores que encontram reticência na identificação de todos os direitos sociais presentes no catálogo dos direitos fundamentais da Constituição de 1988 (Título II) como autênticos direitos fundamentais.

entretanto, implica na necessária vinculação do legislador.¹¹ Esta questão será oportunamente abordada, sendo que, no presente item, a preocupação dirige-se tão somente para uma caracterização formal e material dos direitos sociais como direitos fundamentais. As implicações desta concepção para fins de eficácia normativa das normas correspondentes fazem parte dos itens a serem analisados a seguir.

Na doutrina portuguesa, embora muitos autores estejam de acordo que os direitos sociais sejam direitos fundamentais, até em virtude de sua posição na estrutura positiva do texto constitucional, na medida em que se encontram no Capítulo dos “Direitos Fundamentais”, existe discussão acerca do grau de vinculação que estes direitos podem implicar aos poderes públicos.

Joaquim José Gomes Canotilho, Vital Moreira e Jorge Miranda estão de acordo ao considerar os direitos sociais como autênticos direitos fundamentais. Jorge Miranda observa que a diferença tradicionalmente criada entre direitos sociais e direitos de liberdade remonta não só aos textos constitucionais mas também aos textos de tratados internacionais, como o “Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” e o “Pacto de Direitos Cívicos e Políticos”. Todavia, segundo o autor, não se poderia negar que ambas as categorias correspondem a direitos fundamentais, em virtude da constante dialética entre liberdade e igualdade que os informa.¹² Neste sentido, enquanto os direitos, liberdades e garantias seriam direitos de “libertação do poder” e “direitos à proteção do poder”, os direitos sociais corresponderiam a “direitos de libertação da necessidade”, e “direitos a promoção”.¹³

Entretanto, estes autores reconhecem que, em virtude da especificidade constitucional portuguesa, referidos direitos estão sujeitos a um regime jurídico diferenciado daquele inerente aos direitos de liberdade. Os direitos de liberdade, chamados “direitos, liberdades e garantias”, previstos no Título II da CRP, sujeitam-se a um regime jurídico-

¹¹ SARLET, I. W. Ob. cit., p. 295.

¹² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 93-94.

¹³ Idem, p. 98.

constitucional especial que lhes garante “uma força vinculante e uma densidade aplicativa (‘aplicabilidade directa’) que apontam para um reforço da ‘mais valia’ normativa destes preceitos relativamente a outras normas da Constituição, inclusive as referentes a outros direitos fundamentais”. Os direitos “econômicos, sociais e culturais”, previstos no Título III da CRP, estariam sujeitos ao regime jurídico geral dos direitos fundamentais.¹⁴ Todavia, ainda assim, os direitos “econômicos, sociais e culturais” não seriam apenas normas programáticas, mas verdadeiras normas de vinculação do legislador à criação das leis infraconstitucionais necessárias à ampla fruição dos bens jurídicos tutelados.

José Carlos Vieira de Andrade também observa que a Constituição Portuguesa prevê dois regimes diferentes de direitos fundamentais: um regime jurídico específico para os direitos, liberdades e garantias, e outro para os direitos sociais. Segundo o autor, isso se daria porque o primeiro tipo de direitos teria um conteúdo essencialmente determinado ou determinável no texto constitucional, enquanto o segundo necessitaria da intervenção do legislador para que seu conteúdo fosse determinado, conforme autorização do constituinte.¹⁵ Todavia, a vinculação do legislador não se dá no grau determinado por Canotilho, Miranda e Moreira.

Na ordem jurídica alemã, a Lei Fundamental de Bonn não previu expressamente direitos fundamentais sociais, de modo que juristas alemães como Robert Alexy consideram os direitos sociais como direitos adscritos às normas de direitos fundamentais expressamente

¹⁴ CANOTILHO, J.J. G. Ob. cit. P. 522-523 e 527-528. No mesmo sentido, MIRANDA, J. Ob. cit., p. 92 e seguintes. Ainda, CANOTILHO, J. J. Gomes, e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 127-128.

¹⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 198-199. No mesmo sentido, Jorge Reis Novais, em *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, p.133-134. Vale salientar que estes autores se distanciam de Canotilho, Miranda e Moreira na medida em que compreendem a eficácia vinculante dos direitos fundamentais sociais de forma bastante mitigada, sujeita à reserva de determinabilidade material das normas correspondentes, e à reserva de recursos financeiros do Estado, o que será objeto de análise mais adiante.

previstos.¹⁶ Mas, ainda assim, por certo, direitos fundamentais, e, ainda, direitos subjetivos. É o que se depreende das palavras do autor: “Sobre a base de normas jusfundamentais, cada um se encontra em posições de direitos a prestações que, desde o ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que sua outorga ou denegação não pode ficar nas mãos da simples maioria parlamentar”.¹⁷ Konrad Hesse não atribui a mesma subjetividade a estes direitos, mas reconhece a sua existência na Lei Fundamental alemã como uma decorrência do princípio do Estado Social, que informa aquela ordem jurídica.¹⁸

Diante desse quadro de fértil discussão doutrinária, já que o presente estudo está voltado para a questão da efetividade dos direitos sociais, especialmente quando confrontados com situações de ordem fática adversas, como a escassez de recursos necessários à sua concretização, torna-se necessário enfrentar a questão relativa à fundamentalidade dos referidos direitos.

Afinal, como observa Gregório Robles¹⁹, não se pode discutir a efetividade de determinada categoria de direitos se não houver um mínimo de consenso acerca da posição por eles assumida no ordenamento jurídico²⁰. Trata-se de uma questão de ordem lógica, que revela a importância de se ter assentada a caracterização dos direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais, tanto sob aspectos formais quanto materiais. Nas palavras do autor espanhol:

¹⁶ Sobre o tema, observou Andreas J. Krell: “A não inclusão de direitos sociais na Lei Fundamental alemã, no entanto, não significa uma recusa do seu ideário subjacente. Assim, o conceito do ‘Estado Social’ (art. 20, LF), representa uma ‘norma fim de Estado’ (*Staatszielbestimmung*) que fixa, de maneira obrigatória, as tarefas e a direção da atuação estatal presente e futura, sem, no entanto, criar direitos subjetivos para a sua realização”. KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 48.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 435.

¹⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998, p. 170-171.

¹⁹ ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Civitas, 1992.

²⁰ Com estas ponderações o autor manifestou sua discordância com a famosa assertiva de Norberto Bobbio: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto de *justifica-los*, mas o de *protege-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.” BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

No podemos decir que estamos de acuerdo en materia de derechos humanos a condición de que no se nos pregunte el porqué. Pues sólo estaremos realmente de acuerdo si éste se extiende también al porqué. Aún más: el acuerdo en el porqué es previo, condición necesaria del acuerdo en el qué. Si abandonamos el porqué también abandonamos el qué, refugiándonos en el engaño de un presunto acuerdo sobre palabras cuyo significado desconocemos.²¹

No mesmo sentido, Jorge Miranda²² observa que renunciar à fundamentação dos direitos humanos significa abandonar o referencial ético, fator determinante para a aceitação dos direitos fundamentais e sua capacidade transformadora da realidade. Além disso, o consenso acerca dos direitos fundamentais é a base de legitimidade de qualquer regime ou Constituição.

A discussão acerca da fundamentalidade dos direitos sociais recebeu nova roupagem a partir da difusão das idéias neoliberais, que chegaram ao Brasil através de uma série de micro-reformas constitucionais, a fim de adequar a estrutura do Estado Brasileiro aos parâmetros fixados pelo Consenso de Washington.²³ Neste sentido, Luís Roberto Barroso observa que a resistência de alguns doutrinadores acerca do reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais tem parecido mais de ordem ideológica do que de ordem técnico-jurídica: “É puramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais”.²⁴

Não se pretende explorar esta seara na presente seção, todavia, vale salientar que os fundamentos da teoria econômica neoliberal não se coadunam com um Estado aparelhado estruturalmente para fornecer à população determinadas prestações materiais de cunho social como educação, saúde, moradia e assistência social. Difundiu-se a retórica de um “Estado mínimo”, que seria meramente fiscalizador das atividades desempenhadas no seio da

²¹ ROBLES. G. Ob. Cit. p. 13-14.

²² MIRANDA, J. Ob. cit., p. 43.

²³ É o que observa Rodrigo de Lacerda Carelli, ao questionar a fundamentalidade dos direitos sociais a partir da adoção do pensamento neoliberal globalizado pelos intelectuais do poder no Brasil. “Direitos Constitucionais Sociais e os Direitos Fundamentais: são os direitos sociais constitucionais direitos fundamentais?”. In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 11, n. 42, jan/mar 2003, p. 244-257.

²⁴ BARROSO, L. R. Ob. cit., p. 106.

sociedade.²⁵ Todavia, em países com extrema desigualdade social como o Brasil, em que a iniciativa privada não tem condições – ou interesse – em atender as necessidades da parcela da população que vive abaixo das condições de inserção no mercado (os chamados excluídos), é certo que os direitos sociais têm um importante papel a cumprir.

Este papel foi observado pelo constituinte, que se ocupou dos direitos sociais dotando-lhes da mesma fundamentalidade que os tradicionais direitos “de defesa” ou “individuais”, relacionados à realização do princípio da liberdade. De fato, não poderia ser diferente na medida em que eles representam instrumentos para a realização dos fins que a Constituição colocou a si própria, no artigo 3º, especialmente nos incisos I, III e IV: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Esta fundamentalidade é o que se pretende demonstrar a seguir. Entretanto, antes disso, fazem-se necessárias considerações de ordem terminológica, a fim de justificar as expressões a serem utilizadas ao longo do texto.

²⁵ LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização Econômica Política e Direito*. Análise das mazelas causadas no plano político-jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. O autor observa que as diretrizes do Consenso de Washington são difundidas como um “pensamento único” que esvazia o debate político, e ridiculariza as idéias divergentes. “Tais princípios neoliberais [supremacia do mercado, concorrência e competitividade, divisão internacional do trabalho, moeda forte, desregulamentação, privatização] acabam sendo apresentados como uma panacéia que irá resolver todos os problemas da sociedade e difunde-se a idéia de que não há outra opção senão segui-los. Existe, de forma subentendida, uma mensagem oculta, que apregoa que cumprir as políticas neoliberais significa trilhar o caminho ‘natural’ rumo à modernização...”p. 262. No mesmo sentido, Flávia Piovesan observa que o advento da globalização econômica fundada no “neoliberalismo, redução das despesas públicas, privatização, desconstitucionalização/flexibilização dos direitos sociais, disciplina fiscal para eliminação do déficit público, reforma tributária e abertura do mercado ao comércio exterior” causam terrível abalo aos direitos sociais, que deixam seu caráter jurídico para se transformar em mercadoria passível de disposição. PIOVESAN, Flávia. “A desconstitucionalização dos direitos sociais na América Latina”, in *Genesis*, Curitiba, 16 (92), agosto 2000, (p. 213-223) p. 218-219.

1.1.1 Considerações de ordem terminológica

Como se depreende do próprio título adotado para o presente estudo, evidencia-se a opção terminológica pela expressão “direitos fundamentais”, no lugar de “direitos humanos”, “direitos naturais” ou “direitos do homem”. Sendo que o presente trabalho se voltará exclusivamente para os direitos expressamente positivados na Constituição, a opção adotada buscou se adequar à terminologia utilizada pelo constituinte de 1988, na medida em que aqueles direitos previstos no Título II da Constituição receberam a designação de “Direitos e Garantias Fundamentais”.

Esta escolha não afasta, por certo, uma eventual conexão entre os direitos fundamentais e os direitos humanos – expressão mais utilizada por jusfilósofos quando tratam dos direitos do homem em seu aspecto independente das ordens jurídicas internamente positivadas. A expressão “direitos do homem” costuma se referir aos direitos reconhecidos por jusfilósofos de orientação jusnaturalista, e não será empregada, pois o campo de análise do presente estudo está circunscrito àqueles direitos expressamente previstos na Constituição de 1988.²⁶

Segundo Hannah Arendt, os direitos humanos constituem uma categoria construída historicamente pelo homem, na medida em que se tornou necessário reconhecer uma especial dignidade a todos os homens independentemente de sua cidadania, ou seja, sua vinculação a um determinado Estado nacional.²⁷ Neste sentido, enquanto direitos do ser

²⁶ SARLET, I. W. Ob. cit., p. 37.

²⁷ É o que relata Celso Lafer, observando as lições de Hannah Arendt ao tratar dos direitos humanos como construção da igualdade: “Nós não nascemos iguais: nós nos tornamos iguais. A igualdade não é um *dado* – ele não é *physis*, nem resulta de um absoluto transcendente externo à comunidade política. Ela é um construído, elaborado convencionalmente pela ação conjunta dos homens através da organização da comunidade política”. E mais adiante: “É justamente para garantir que o dado da existência seja reconhecido e não resulte apenas do imponderável da amizade, da simpatia ou do amor no estado de natureza, que os direitos são necessários”. É por essa razão que Hannah Arendt realça, a partir dos problemas jurídicos suscitados pelo totalitarismo, que o primeiro direito humano é o *direito a ter direitos*”. In LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia da Letras, 1988, p. 150, 153-154.

humano, é certo que os direitos fundamentais e os direitos humanos estão intimamente relacionados.²⁸

Os “direitos humanos” são frequentemente relacionados como uma categoria mais ampla que “direitos naturais”, de modo que os direitos humanos seriam aqueles direitos atribuídos ao homem pelo fato de sua existência.²⁹ Todavia, referida aproximação encontra críticas na doutrina mais atualizada, na medida em que os direitos humanos foram positivados em Tratados Internacionais, o que revela a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos³⁰, em conformidade com as ponderações de Hannah Arendt.

A expressão “direitos fundamentais” (*droit fondamentaux*) foi originariamente utilizada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, em 1789. Enquanto a expressão “direitos humanos” costuma ser empregada em referência aos direitos reconhecidos pela ordem jurídica supranacional, a expressão “direitos fundamentais” passou a se relacionar aos direitos expressamente positivados nas Constituições de cada país.³¹

Bem observa J. J. Gomes Canotilho que sem a positivação jurídico-constitucional não se pode falar em direitos fundamentais, mas talvez em direitos humanos, liberdades públicas, pretensões, aspirações e até mesmo privilégios.³²

Em virtude desta característica específica – a positivação jurídico-constitucional – é possível afirmar que os direitos fundamentais encontram maior grau de efetividade, pois contam com uma estrutura judiciária capaz de obrigar os destinatários das normas respectivas ao seu devido cumprimento. O mesmo não se verifica com os direitos humanos, na medida

²⁸ Entretanto, é necessário esclarecer que não há identidade necessária entre o conteúdo dos direitos humanos e aquele manifestado pelos direitos fundamentais. Afinal, determinados direitos humanos reconhecidos na ordem jurídica internacional nem sempre encontram reflexos nos textos constitucionais, da mesma forma como pode haver um catálogo de direitos fundamentais eventualmente mais extenso que os próprios direitos humanos internacionalmente considerados. O que se verifica é uma tendência de aproximação na medida em que os textos constitucionais têm buscado se aproximar das Declarações Internacionais de direitos humanos. SARLET, I. W. Ob. Cit., p. 38-39.

²⁹ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 30.

³⁰ SARLET, I. W. Ob. cit., p. 36.

³¹ PEREZ LUÑO, A. E. Ob. Cit. p. 30-31.

³² CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional*, p. 497.

em que nem sempre as cortes internacionais têm condições de impor o respeito aos direitos em questão, matéria, entretanto, que escapa aos limites da investigação que se pretende realizar. Como observou Ingo Wolfgang Sarlet, o termo “direito fundamental” oferece mais especificidade que a expressão “direitos humanos”. Os “direitos fundamentais” apresentam contornos mais precisos “na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito”.³³

José Afonso da Silva³⁴ também manifesta sua preferência pela expressão “direitos fundamentais”, agregando-lhe mais um termo: “direitos fundamentais do homem”. Neste sentido, refere-se aos direitos relacionados a situações jurídicas essenciais para a sobrevivência e a realização da pessoa humana em sociedade, positivados no texto constitucional (“fundamentais”), e vinculados à pessoa humana (“do homem”). Alguns autores, seguindo este mesmo entendimento, fazem referência a “direitos humanos fundamentais”³⁵, o que se mostra valioso por aproximar o significado dos direitos humanos aos direitos fundamentais. Entretanto, a partir do momento que não se nega a aproximação entre ambos os termos, a utilização de “direitos fundamentais” parece mais adequada ao desenvolvimento do presente estudo, na medida em que faz inequívoca menção aos direitos positivados no âmbito interno, já que aqueles oriundos dos tratados internacionais não serão objeto de análise.

Portanto, em consonância com o direito constitucional pátrio, adota-se a expressão “direitos fundamentais” para tratar de todos os direitos assim considerados no texto da

³³ SARLET, I. W. Ob. Cit., p. 37.

³⁴ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 178.

³⁵ É o caso de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996; e Alexandre Morais, *Direitos Humanos e Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1998.

Constituição, e, em especial, “direitos fundamentais sociais”, na medida em que o tema a ser investigado relaciona-se a esta especial categoria de direitos fundamentais.

Esta expressão “direitos sociais” foi objeto de crítica pelo autor espanhol José Ramón Cossio Díaz³⁶, que defendeu que ela não guardaria, ainda hoje, o significado que lhe era atribuído no passado, de contraposição do social ao individual, de elemento de luta pelo reconhecimento da igualdade de condições entre as pessoas. Na medida em que as constituições teriam positivado ditos direitos, melhor expressão para designá-los seria “direitos a prestações” e “direitos de igualdade”.

Entretanto, todos os direitos fundamentais apresentam uma dimensão prestacional³⁷, ainda que os chamados “direitos de defesa” a apresentem em menor grau que direitos como o direito à educação e à saúde. Assim, a referência a prestações, exclusivamente, pode provocar equívocos. Com relação ao termo “direitos de igualdade”, vale ressaltar que mesmo os direitos tradicionalmente chamados de “direitos de liberdade”, ou “direitos de defesa” têm uma dimensão de igualdade, e vice-versa, de modo que referida característica – ainda que seja verdadeira – não parece a mais adequada para designar os direitos sociais.

Por essas razões, ainda que a adoção do termo “direitos fundamentais sociais” represente submissão ao convencionalismo, não se mostram suficientes os motivos para abandoná-lo. Os direitos sociais refletem direitos com uma tradição histórica ligada às lutas sociais, pelo reconhecimento de melhores condições de vida, a serem garantidos pelo Estado. Fazem referência a uma luta por igualdade real, e por liberdade real, no sentido de que todos deveriam desfrutar de uma igual oportunidade de ser livre. Estas idéias permanecem vívidas quando se faz referência ao termo “direitos sociais”, o que justifica sua atualidade.

³⁶ COSSIO DÍAZ, José Ramón. *Estado Social y Derechos de Prestación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 44-47.

³⁷ Temática que será abordada adiante, na seção seguinte, 1.3.

1.1.2 Um conceito formal dos direitos fundamentais sociais

A partir do momento em que se faz corresponder a expressão “direitos fundamentais” aos direitos humanos positivados nas constituições, parece claro afirmar que a previsão constitucional é o aspecto formal por excelência dos direitos fundamentais. Segundo Robert Alexy³⁸, “direitos fundamentais são essencialmente direitos do homem transformados em direito positivo”.³⁹

Como observa Canotilho⁴⁰, os direitos formalmente fundamentais são aqueles previstos em normas jurídicas de *status* constitucional, ou seja, normas formalmente constitucionais. No mesmo sentido, Jorge Miranda observa que segundo um conceito formal, os direitos fundamentais são todos aqueles assim reconhecidos pelo texto constitucional.⁴¹

Paulo Bonavides, em menção à teoria desenvolvida por Carl Schmitt, em *Verfassungslehre*, ressaltou a existência de dois critérios formais para a identificação dos direitos fundamentais: (a) são direitos fundamentais todos aqueles assim especificamente nomeados no texto da Constituição; (b) são direitos fundamentais os direitos dotados de maior proteção pelo constituinte, seja em virtude de sua imutabilidade sob a ótica da reforma constitucional (“cláusulas pétreas”), seja em virtude da criação de procedimentos mais complexos de modificação.⁴²

Segundo estes critérios, seriam direitos fundamentais na Constituição de 1988 todos aqueles enumerados no Título II, denominados “Direitos e Garantias Fundamentais”, bem como aqueles a que se refere a norma do artigo 60, § 4º, IV, ao estabelecer “cláusulas pétreas” não sujeitas à deliberação de reforma constitucional.

³⁸ ALEXY, Robert. “Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático”. In *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, Rio de Janeiro, jul/set 1999, (p. 67-79)p. 73.

³⁹ Note-se que o autor fez referência à expressão “direitos do homem”, como equivalente a “direitos morais”, parecendo fazer remissão aos direitos concebidos sob a ótica jusnaturalista, anteriores ao Estado, e dignos do homem em virtude de sua condição humana.

⁴⁰ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional*, p. 528.

⁴¹ MIRANDA, J. Ob. cit., p. 8.

⁴² BONAVIDES, P. Ob. cit., p. 515.

A partir do primeiro critério, é certo que os direitos sociais previstos no Capítulo II da Constituição Federal representam direitos fundamentais. A dúvida pairaria sobre os direitos previstos no Título VIII, que trata da Ordem Social. Uma interpretação sistemática do texto constitucional poderia lançar luzes sobre a questão. De fato, ao enumerar como direitos sociais o direito à educação, à saúde, à moradia, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, e à assistência aos desamparados, o artigo 6º determinou que a proteção destes direitos se daria “na forma desta Constituição”. Significa que – em que pese a falta de sistematização – o constituinte remeteu o intérprete precisamente ao Título VIII, que trata da ordem social, onde seus diversos dispositivos explicitam a forma como se dará a efetivação dos direitos sociais previstos no artigo 6º. Precisamente neste Título encontram-se sediados a maior parte dos direitos fundamentais fora do catálogo constitucional, como o direito à educação fundamental (art. 208, I, § 1º, CF) e à saúde (art. 196, CF), autênticos direitos fundamentais sociais⁴³. Todavia, critérios exclusivamente formais mostram-se insuficientes para enumerar quais dos dispositivos constitucionais do Título VIII efetivamente veiculam direitos fundamentais sociais.

Buscando critérios auxiliares aos critérios formais anteriormente enumerados, Carl Schmitt estabeleceu critérios de ordem material e estrutural, como observou Robert Alexy⁴⁴. Para este autor, seriam direitos fundamentais aqueles vinculados ao fundamento do Estado Liberal – critério material – e com estrutura idêntica a dos direitos individuais de liberdade – critério estrutural.

Esta proposta mostra-se insuficiente para a identificação dos direitos fundamentais nas constituições contemporâneas, especialmente após a preocupação com o Estado Social de Direito, e o advento de novas categorias de direitos: direitos coletivos, direitos de natureza social, voltados para a realização da igualdade, direitos que exigiam uma

⁴³ SARLET, I. W. Ob. cit., p. 83.

⁴⁴ ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 63.

posição ativa do Estado, e não meramente direitos de proteção do indivíduo contra a ingerência dos poderes públicos em sua esfera de liberdade. Em se tratando, particularmente, da Constituição Brasileira de 1988, não se pode afirmar que seriam direitos fundamentais apenas os direitos de liberdade. Afinal, inclusive no catálogo dos direitos e garantias individuais, existem direitos de manifesto cunho social, como o direito de proteção ao consumidor (art. 5º, XXXII) e a função social da propriedade (art. 5º, XXIII).

Robert Alexy, tendo sua atenção voltada para a Lei Fundamental alemã, também criticou os critérios material e estrutural de Carl Schmitt, na medida em que estes estabeleciam um vínculo entre os direitos fundamentais e a concepção de Estado Liberal, e enclausuraram o conceito de direito fundamental nas normas de direito de liberdade concernentes ao Estado Liberal. A partir destas críticas, erigiu um critério formal de identificação dos direitos fundamentais: seriam direitos fundamentais aqueles previstos expressamente na Constituição como tais. Partilhando das idéias de Fr. Klein, o autor sugere que “disposições de direito fundamental são os enunciados formulados nos artigos 1º a 19 da Lei Fundamental e os enunciados formulados nos artigos 20, parágrafo 4º, 33, 38, 101, 103 e 104 da Lei Fundamental que conferem direitos individuais. Normas de direito fundamental são as normas diretamente expressadas por estes enunciados”.⁴⁵ Esta definição é a mais adequada para a proposta de teoria de direitos fundamentais formulada pelo autor, vinculada às normas positivas da Lei Fundamental de Bonn.⁴⁶

Entretanto, ao cabo de sua análise, Alexy reconhece que critérios exclusivamente formais mostram-se insuficientes para a identificação dos direitos fundamentais, especialmente porque na Lei Fundamental alemã, são direitos fundamentais não somente aqueles expressamente previstos como tais, mas também direitos chamados “adscritos” às

⁴⁵ ALEXY, R. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 65.

⁴⁶ *Idem*, p. 64-65.

normas de direitos fundamentais.⁴⁷ Estes direitos podem ser identificados como fundamentais se as normas correspondentes tiverem relação de precisão e relação de fundamentação com o texto das normas de direitos fundamentais positivadas. Estas duas relações – de precisão e de fundamentação – decorrem de um “fundamentação jusfundamental correta”. Marcus Augusto Maliska⁴⁸ bem traduziu o pensamento do autor alemão: “Segundo uma definição geral, normas de direito fundamental são todas aquelas que admitem uma fundamentação jusfundamental correta”. Esta “fundamentação jusfundamental correta”, entretanto, ainda é termo carente de uma definição precisa.

No mesmo sentido, Ingo Sarlet observa que o critério formal – apesar de relevante – não permite uma identificação completa dos direitos fundamentais na Constituição de 1988.⁴⁹ E isso se deve, especialmente, ao fato de a própria Constituição prever direitos fundamentais fora do catálogo do Título II, seja direitos dispersos no texto constitucional (e, neste sentido, pode-se fazer referência aos direitos fundamentais sociais previstos no título da Ordem Social), seja direitos decorrentes dos princípios e do regime constitucional, seja, ainda, direitos oriundos de tratados internacionais.

Como o presente estudo volta-se para a particularidade dos direitos fundamentais sociais, no sentido de esclarecer sua fundamentalidade, a fim de evitar controvérsias ao longo do desenvolvimento de pontos relativos à sua efetividade, não avançaremos a discussão acerca da possibilidade de identificação de direitos fundamentais sociais oriundos de tratados internacionais (mesmo porque a doutrina diverge em relação ao seu *status* jurídico⁵⁰), bem como de direitos fundamentais sociais implícitos. O foco estará centralizado tanto nos direitos

⁴⁷ ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 70-71.

⁴⁸ MALISKA, Marcus Augusto. *O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p.77.

⁴⁹ Neste sentido o autor salienta que um conceito de direito fundamental só pode ser auferido a partir da ordem constitucional positiva, pois um conceito que busque universalidade encontrará distinções em cada ordem jurídica nacional, na medida em que esta revela as particularidades de cada sociedade. SARLET, I. W. Ob. cit. p. 87-89. Talvez este seja um dos pontos que tem levado à dificuldade para diferentes comunidades da Europa aceitarem uma Constituição Européia.

⁵⁰ SARLET, I. W. Ob. cit. p. 139-144, em discussão que foge ao âmbito do presente estudo.

sociais presentes no catálogo de direitos fundamentais (Título II da Constituição Federal), quanto naqueles dispersos no texto constitucional, os quais recebem o mesmo tratamento jurídico, na medida em que participam do mesmo regime jurídico⁵¹.

No mesmo diapasão, vale salientar a existência de direitos fundamentais sociais também no Título VIII, concernente à Ordem Social. Todavia, sua identificação mostra-se deficitária se adotados critérios exclusivamente formais. Afinal, se for tomada como referência a explicitação dos direitos previstos no artigo 6º nas normas oriundas dos dispositivos constitucionais enumerados no Título VIII, poder-se-ia cogitar de qualificá-los – todos – como direitos fundamentais, o que se mostra problemático. A mesma dificuldade pode surgir a partir da abertura expressamente prevista no artigo 7º, o qual prevê a possibilidade de outros direitos fundamentais dos trabalhadores, “que visem à melhoria de sua condição social”.⁵²

Dessa forma, a identificação de direitos fundamentais sociais fora do catálogo dependerá, necessariamente, da aferição de critérios de ordem material, os quais serão abordados a seguir.

Existem autores, ainda, que cogitam a existência de direitos apenas formalmente fundamentais, dentre os quais Vieira de Andrade⁵³ na doutrina portuguesa, e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, na doutrina pátria. Segundo esta concepção, determinados direitos, apesar de inseridos no catálogo de direitos fundamentais, não corresponderiam a direitos materialmente fundamentais, representando, somente, normas de cunho organizatório. Referidos direitos – na medida em que não estariam diretamente conectados ao princípio da

⁵¹ No caso da Constituição Brasileira, não parece possível a distinção entre dois regimes jurídicos de direitos fundamentais, um aplicável aos direitos de liberdade, e outro aos direitos “econômicos, sociais e culturais”, como ocorre na doutrina portuguesa. Embora possa ser eventualmente identificada diferença estrutural entre as normas que positivam os diversos direitos fundamentais, todos comungam do mesmo regime jurídico, o qual lhes atribui aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, CF), e especial proteção contra reforma constitucional (art. 60, § 4º, IV, CF).

⁵² SARLET, I. W. Ob. cit., p. 135-136.

⁵³ ANDRADE, J. C. V. Ob. cit., p. 81.

dignidade da pessoa humana⁵⁴, ou com os princípios fundamentais da Constituição Brasileira (critérios eminentemente materiais) – seriam fundamentais tão somente no sentido formal.

Ingo Wolfgang Sarlet refuta esta concepção, na medida em que entende que todos os direitos formalmente fundamentais também são materialmente constitucionais.⁵⁵ Todavia, observa que poderia se justificar uma certa divergência em relação aos direitos previstos nos artigos 5º, XXVIII e XXIX, 7º, XI e XXIX, 14, § 1º a 11, os incisos e parágrafos do artigo 17, com exceção para o § 1º, que prevê a autonomia dos partidos políticos, dentre outros.

Canotilho também formula crítica severa a este respeito, observando que esta concepção implicaria na caracterização de direitos materialmente fundamentais tão somente quando estivesse presente um “radical subjetivo”. “Direitos fundamentais materiais seriam, nesta perspectiva, os direitos subjectivamente conformadores de um espaço de liberdade de decisão e de auto-realização, servindo simultaneamente para assegurar ou garantir a defesa desta subjectividade pessoal”.⁵⁶ Segundo esta concepção – e neste sentido parece se manifestar Vieira de Andrade – seriam direitos fundamentais em sentido formal e material tão somente os direitos individuais de liberdade. Baseado na estrutura normativa da Constituição da República Portuguesa (a qual, neste aspecto, muito se assemelha à Constituição Brasileira, pois prevê expressamente direitos sociais dentro do catálogo de direitos fundamentais), Canotilho rechaça esta concepção, acusando seus adeptos de elaborarem uma “teoria de direitos fundamentais não constitucionalmente adequada”, na medida em que “partindo de uma pré-compreensão típica do subjectivismo axiológico e de um individualismo metodológico próximo das teorias atomísticas da sociedade, expulsa do catálogo material dos

⁵⁴ ANDRADE, J. C. Vieira de. Ob. cit., p. 85. O autor ainda utiliza dois outros critérios de identificação dos direitos fundamentais: a subjectividade, ou seja, o fato de as normas de direitos fundamentais atribuírem aos seus titulares posições jurídicas subjectivas; e a função de garantia de determinados bens jurídicos ou posições jurídicas de seus titulares. p. 84-85.

⁵⁵ SARLET, I. W. Ob. cit., p. 150.

⁵⁶ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional*. p. 531.

direitos todos aqueles que não tenham um ‘radical subjectivo’, isto é, não pressuponham a idéia-princípio da dignidade da pessoa humana”.⁵⁷

De fato, o constituinte de 1988 elegeu determinados direitos, relacionados a determinados valores, e os positivou como fundamentais. Dentro desta categoria, não cabe à doutrina discutir sua fundamentalidade, elegendo parâmetros materiais exclusivos e excludentes, como a dignidade da pessoa humana. Distinções como a sugerida por Vieira de Andrade acabam por se revelar tão somente ideológicas. Como passaremos a analisar a seguir, diversos podem ser os critérios materiais de identificação dos direitos fundamentais, e referidos critérios não poderão estar dissociados dos aspectos dogmáticos da Constituição.

Não se questiona a incompletude de um critério exclusivamente formal como baliza para a estipulação de um conceito de direito fundamental. Entretanto, este critério mostrou seu valor na medida em que vincula o intérprete às opções axiológicas adotadas pelo constituinte, de modo a garantir a máxima proteção – oriunda de um regime de direitos fundamentais – a todos os direitos assim enumerados pela Constituição.

Desta forma, são direitos fundamentais sociais em sentido formal todos aqueles previstos no Capítulo II do Título II, expressamente chamados “Direitos Sociais”, e pertencentes ao catálogo dos “Direitos e Garantias Fundamentais”. É certo estes não são os únicos direitos fundamentais sociais presentes na Constituição.

1.1.3 Conceito material de direitos fundamentais sociais – a dignidade da pessoa humana

A utilidade de um conceito material de direitos fundamentais sociais não se revela exclusivamente como critério para a identificação dos direitos fundamentais fora do catálogo

⁵⁷ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional*, p. 532.

do Título II da Constituição Federal, mas também para informar o intérprete a respeito de quais valores foram levados em consideração pelo constituinte para a previsão constitucional destes direitos. A partir desta consciência axiológica, a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais assume, necessariamente, outra conotação. Dar efetividade aos direitos fundamentais não é tão somente cumprir a letra fria da Constituição, mas sim respeitar os valores construídos e difundidos na sociedade, trilhando os caminhos que ela mesma traçou ou pretendeu traçar.

Esta preocupação com o valor se depreende das lições do mestre português Jorge Miranda⁵⁸, em elaboração de conceito material dos direitos fundamentais, quando faz referência aos “direitos inerentes à própria pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa...”.⁵⁹ O autor reconhece que um conceito material de direitos fundamentais será sempre relativo, na medida em que deverá respeitar as posições filosóficas, políticas e éticas de cada constituinte, em cada país. De qualquer forma, o apego ao valor, e à dignidade da pessoa humana são critérios materiais de relevância.

Robert Alexy deteve-se uma vez mais sobre a caracterização de direitos como fundamentais, partindo de uma noção mais abrangente, a de direitos do homem.⁶⁰ Neste sentido, o autor procura identificar uma relação material entre os direitos do homem e os direitos fundamentais, na medida em que seriam direitos fundamentais aqueles cuja proteção mostra-se um imperativo para o direito, dada a sua importância.

⁵⁸ MIRANDA, J. Ob. cit. p. 9-10.

⁵⁹ No mesmo sentido, ROTHENBURG, Walter Claudius. “Direitos fundamentais e suas características”. *In* Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 8, n. 30, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar 2000, (p.146/158), p. 146: Os direitos são materialmente fundamentais quando seu conteúdo está relacionado aos valores mais caros ao homem (dignidade da pessoa humana) e formalmente fundamentais, quando se mostram através de normas de hierarquia jurídica superior às demais, comumente positivadas nas Constituições.

⁶⁰ ALEXY, R. “Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático”. p.55-66.

Neste sentido, um direito revela um interesse ou uma carência fundamental – e daí sua caracterização como direito fundamental – na medida em que “sua violação ou não-satisfação significa a morte ou sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia”.⁶¹ Prossegue o autor alemão, salientando que por este critério material é possível conceber como direitos fundamentais não somente direitos de defesa liberais clássicos, mas também, direitos sociais voltados para a proteção de um mínimo existencial.

Em que pese a valia do critério defendido, não há como deixar de se observar sua fragilidade se tomado de forma isolada, bem como sua contaminação por um certo grau de subjetividade – o que, vale salientar, dificilmente pode ser afastado de forma total quando trata-se de conceito material de direitos fundamentais. A conexão com os direitos do homem não se revela critério material mais ajustado para a conceituação material dos direitos do homem a partir da estrutura constitucional brasileira, na medida em que ela pode eventualmente levar à conclusão pela existência de direitos apenas formalmente materiais. Alexy chega a concluir que “não são direitos do homem, segundo esse critério da fundamentalidade, pelo contrário, por exemplo, o direito garantido no artigo 7º, VIII, da Constituição brasileira, a um 13º ordenado mensal ou a garantia, lá escrita no artigo 230, § 2º, do livre aproveitamento dos meios de transporte urbanos públicos para os maiores de 65 anos”.⁶²

Por certo, a identificação material dos direitos fundamentais sociais não pode partir de pressupostos inteiramente abstratos, como sua conexão com os direitos do homem⁶³. A materialidade dos direitos fundamentais deve ser contextualizada com a experiência histórica e constitucional de cada país, bem como deve respeitar as opções feitas pelo

⁶¹ ALEXY, R. “Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático”, p. 61.

⁶² Idem, p. 61.

⁶³ Partindo dos mesmos critérios desenvolvidos por Alexy, Rodrigo de Lacerda Carelli chega a enumerar quais os dispositivos constitucionais do catálogo dos direitos fundamentais sociais seriam efetivamente de direitos fundamentais, o que evidencia uma opção doutrinária pela possibilidade de direitos apenas formalmente fundamentais, posição não adotada no presente trabalho. CARELLI, Rodrigo de Lacerda. “Direitos Constitucionais Sociais e os Direitos Fundamentais: são os direitos sociais constitucionais direitos fundamentais?”. In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 11, n. 42, jan/mar 2003, p. 254.

constituente. Nesta ordem, ambos os direitos mencionados (direito ao décimo terceiro salário, e direito de livre acesso ao transporte público para os maiores de 65 anos de idade) configuram direitos materialmente fundamentais, pois relacionados a valores tidos por primordiais para o constituinte, seja o valor da dignidade no trabalho, coadunado com o direito ao lazer e ao descanso (que se tornam possíveis através da gratificação natalina), seja a proteção ao idoso⁶⁴, ambos um reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana foi estabelecido pela Constituição Brasileira como um princípio fundamental, norteador da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF). A partir desta previsão constitucional, verifica-se que a dignidade humana deixou a esfera puramente axiológica para adentrar o âmbito normativo, assumindo o caráter de verdadeira norma constitucional, com funções primordialmente finalística e hermenêutica. A dimensão principiológica da dignidade da pessoa humana também foi objeto de estudo por Ana Paula de Barcellos⁶⁵, que defende a dignidade da pessoa humana como verdadeira norma jurídica, dotada de imperatividade.

Nesta ordem, na medida em que o constituinte estatuiu, no § 2º do art. 5º da CF que seriam aceitos também como direitos fundamentais outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, por certo fez referência ao princípio da dignidade humana como um dos parâmetros materiais de identificação de direitos fundamentais fora do catálogo – e mesmo implícitos.

É válido deter-se um pouco sobre este princípio.

A dignidade da pessoa humana tem tido seu conceito construído através dos séculos. Os primeiros registros de uma esfera de dignidade ligada ao ser humano estão

⁶⁴ Recentemente, o princípio da proteção ao idoso, como um decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, e expressamente positivado no artigo 230 da Constituição Federal, recebeu regulamentação através da Lei nº 10.740, de 01/10/2003. Vale observar o que determina o artigo 3º do mencionado diploma legal: “É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária”.

⁶⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988*. Revista de Direito Administrativo, nº 221, Rio de Janeiro, jul/set 2000, p. 175.

relacionados com o pensamento estóico da antigüidade clássica, segundo o qual os seres humanos seriam iguais em dignidade, devendo ser respeitados em sua liberdade pessoal.⁶⁶

Esta noção foi aprimorada pela doutrina cristã, a partir da lição trazida pela Bíblia de que todos os homens teriam sido criados à imagem e semelhança de Deus, e portanto, dotados de um valor próprio, intrínseco, de igual dignidade. Tomás de Aquino, já na Idade Média, chegou a referir-se expressamente à *dignitas humana*, conceito que foi aprimorado por Pico della Mirandola, “partindo da racionalidade como qualidade peculiar inerente ao ser humano, advogou ser esta a qualidade que lhe possibilita construir de forma livre e independente sua própria existência e seu próprio destino”.⁶⁷

A condição de dignidade também foi referendada por Francisco de Vitoria, quando, no período da expansão colonialista européia na América defendeu o respeito aos indígenas como sujeitos de direito, em virtude de sua humanidade – e não de sua eventual condição cristã. Nos séculos XVII e XVIII, a dignidade da pessoa humana foi racionalizada e laicizada pela profusão das idéias jusnaturalistas, sendo que a concepção desenvolvida por Kant ainda é referência atual do tema. Para o filósofo, a dignidade da pessoa humana diz respeito à autonomia da vontade, um valor inerente à humanidade ao qual não pode ser atribuído preço. Esta concepção influenciou o constitucionalismo moderno de modo que, em sendo assegurada a dignidade da pessoa humana, qualquer pessoa é sujeito de direitos perante o Estado e os particulares tão somente em virtude de sua condição humana.⁶⁸ Assim, chama-se a atenção para “o valor da pessoa humana, como ser social, como valor-fonte de todos os valores”.⁶⁹

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais: na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 29.

⁶⁷ SARLET, I. W. *Dignidade da Pessoa Humana...*, p. 30-31.

⁶⁸ Idem, p. 32-38.

⁶⁹ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. “O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a flexibilização da legislação trabalhista”. In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 11, nº 44. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/set 2003, p.96.

Ainda que o referencial conceitual de dignidade da pessoa humana desenvolvida por Kant mantenha sua atualidade, é certo que ele depende de uma boa dose de contextualização e historicidade, quando se busca atingir o significado da dignidade da pessoa humana para cada sociedade, e, em especial, para cada ordem jurídica. Neste sentido, o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana é aberto e relativo, não podendo ser precisado de modo absoluto. Fica como referência a condição de valor do ser humano como sujeito, e não como objeto, decorrente tão somente de sua humanidade, enquanto dimensão natural da dignidade humana que deverá ser complementada pela dimensão cultural, em mútua interação.⁷⁰

Em verdade, como já observou Ingo Sarlet, “o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana (...) reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais”.⁷¹

Outro aspecto de especial relevância em relação à dignidade da pessoa humana é sua dupla dimensão: negativa e positiva. Segundo a dimensão negativa, ninguém poderá atentar contra a dignidade de outrem, respeitando sua autonomia. Já a dimensão positiva coloca a dignidade da pessoa humana como “tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade...”.⁷² No mesmo sentido, Perez Luño se refere à dignidade da pessoa humana como uma garantia do ser humano contra ofensas e humilhações, bem como uma garantia ao livre desenvolvimento da personalidade, para o quê se revela necessária uma atitude prestativa dos poderes públicos, ainda que meramente de proteção.⁷³

⁷⁰ SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 117.

⁷¹ SARLET, I. W. *Dignidade da Pessoa Humana...*, p. 41.

⁷² *Idem*, p. 47-48.

⁷³ PEREZ LUÑO, A. E. *Derechos Humanos...*, p. 318.

Desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana não é apenas um limite à ingerência do poder público na esfera de autonomia do cidadão, mas é também tarefa a ser cumprida pelo Estado. É precisamente neste sentido positivo que o princípio da dignidade da pessoa humana assume relevância na identificação e fundamentação dos direitos sociais. Voltar-se-á ao tema em breve.

Muitos têm sido os doutrinadores que reconhecem no princípio da dignidade da pessoa humana um critério material valioso para a identificação de direitos fundamentais. Na doutrina estrangeira, um dos expoentes deste entendimento é Vieira de Andrade. O professor lusitano salienta que podem ser considerados direitos fundamentais todos aqueles que encontram um radical comum no princípio da dignidade da pessoa humana.⁷⁴ Vieira de Andrade agrega a este critério dois outros, considerados por Ingo Sarlet como critérios materiais, os quais acabam por limitar excessivamente o conceito de direito material para aquele autor. Segundo Vieira de Andrade, seriam direitos fundamentais aqueles direitos radicados no princípio da dignidade da pessoa humana, que conferissem a seus titulares direitos subjetivos, e que tivessem função protetora de determinados bens jurídicos individuais ou coletivos.⁷⁵

Na doutrina nacional, Edilson Pereira de Farias também é adepto desta concepção:

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: ele constitui a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais. Aquele princípio é o valor que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais. Dessarte, o extenso *rol de direitos e garantias fundamentais* consagrados no título II da Constituição Federal de 1988 traduz uma especificação e densificação do *princípio fundamental da dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III). Em suma, os direitos fundamentais são uma primeira e importante concretização desse último

⁷⁴ ANDRADE, J.C. Vieira de. *Direitos Fundamentais...*, p. 83 e seguintes. No mesmo sentido, na doutrina brasileira, conforme análise de Ingo Wolfgang Sarlet, em *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 109, menciona-se Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade Humana*, in G. Salomão Leite (Org.), *Dos Princípios Constitucionais*; e Edilson Pereira de Farias, *Colisão de Direitos: A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação*.

⁷⁵ ANDRADE, J. C. V. de. Ob. cit., p. 84-85.

princípio, que se trate dos *direitos e deveres individuais e coletivos* (art. 5º), dos *direitos sociais* (arts. 6º a 11) ou dos *direitos políticos* (arts. 14 a 17).⁷⁶

Referida concepção foi objeto de críticas pela própria doutrina portuguesa, como já se teve oportunidade de mencionar, a partir das considerações de J. J. Gomes Canotilho.

Todavia, vale ponderar que ainda que a dignidade da pessoa humana não possa ser tomada como único elemento material unificador e identificador dos direitos fundamentais – especialmente na Constituição Brasileira, em que determinados direitos fundamentais revelam uma ligação no mínimo remota com o referido princípio (CF, art. 5º, XVIII, XXI, XXV, XXVIII, XXIX, XXXI, XXXVIII, e art. 7º, XI, XXVI, XXIX)⁷⁷ – não se pode afastar por completo a validade deste critério. O que se verifica é uma certa graduação no vínculo de pertinência existente entre os direitos fundamentais da Constituição de 1988 e o princípio da dignidade da pessoa humana. Ingo Sarlet posiciona-se no seguinte sentido: “entendemos ser possível, no mínimo, sustentar o ponto de vista de acordo com o qual os direitos fundamentais correspondem a explicitações, em maior ou menor grau, do princípio da dignidade da pessoa humana”.⁷⁸

A ligação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, na atual Constituição Brasileira foi objeto de análise de Dinaura Godinho Pimentel Gomes: “o postulado da dignidade humana tornou-se o epicentro do grande elenco de direitos civis, políticos, econômicos e culturais, que vêm proclamados não só pelas constituições de cada Estado-nação de cunho democrático, mas principalmente através de instrumentos internacionais”.⁷⁹

Ao estabelecer como critério identificador dos direitos fundamentais aqueles decorrentes do regime e dos princípios que informam a Carta Constitucional, o constituinte fez referência, em verdade, a todos os princípios enumerados no Título I da Constituição

⁷⁶ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direito*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2000, p. 66.

⁷⁷ A enumeração é de SARLET, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 110.

⁷⁸ SARLET, I. W., *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 127.

⁷⁹ GOMES, D. G. P. Ob. cit., p. 101.

Federal, dentre os quais o princípio democrático, o qual assume especial relevância para a identificação dos direitos fundamentais políticos. Mas é certo que o princípio da dignidade da pessoa humana tem um importante papel a cumprir, especialmente no caso dos direitos fundamentais sociais.

Como observa Ingo Sarlet, na medida em que o princípio da dignidade humana determina a proteção da integridade física e moral do ser humano, ela também se revela uma “garantia de condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família, contexto no qual assumem relevo de modo especial os direitos sociais ao trabalho, a um sistema efetivo de seguridade social, em última análise, à proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à asseguuração de uma existência com dignidade”.⁸⁰ Neste sentido, parece evidente que o direito à saúde, o direito à educação, o direito à previdência social e o direito à moradia refletem concretizações diretas do princípio da dignidade da pessoa humana. Ainda nas palavras de Sarlet, “o ponto de ligação entre a pobreza, a exclusão social, e os direitos sociais reside justamente no respeito pela proteção da dignidade da pessoa humana, já que – de acordo com Rosenfeld – ‘onde homens e mulheres estiverem condenados a viver na pobreza, os direitos humanos estarão violados’”.⁸¹

Também Paulo Bonavides⁸² reconheceu a íntima conexão entre os direitos sociais e a dignidade da pessoa humana ao afirmar que não há diferença de valor entre os direitos sociais e os direitos individuais, pois ambos estão conectados a um valor maior: a dignidade da pessoa humana. Os direitos sociais são responsáveis, ainda, pela viabilidade do exercício dos direitos individuais e políticos, na medida em que a liberdade propugnada pela Constituição de 1988 é a liberdade real, efetiva, e não meramente formal⁸³. Segundo Ana Paula de Barcellos, os direitos fundamentais vigem em regime de complementaridade “na

⁸⁰ SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 120.

⁸¹ SARLET, I. W., *Dignidade da pessoa humana...*, p. 96.

⁸² BONAVIDES, P. Ob. Cit. p. 595.

⁸³ Isso não retira dos direitos fundamentais sociais sua autonomia enquanto autênticos direitos fundamentais, e não apenas direitos fundamentais instrumentais ou derivados.

medida em que os direitos sociais viabilizam o exercício real e consciente dos direitos individuais e políticos e que todos, conjuntamente, contribuem para a realização da dignidade humana”.⁸⁴

Outros critérios materiais também merecem referência como auxiliares na identificação dos direitos fundamentais sociais: o critério da substância e o critério da importância. Trata-se de critérios que permitem a equiparação de direitos em sua fundamentalidade. Dessa forma, serão direitos fundamentais aqueles direitos cujo conteúdo puder ser equiparado, em grau de importância, aos direitos fundamentais do catálogo. Trata-se de dois critérios por certo imprescindíveis à formação de um conceito aberto de direitos fundamentais, como o preconizado pela Constituição Federal.⁸⁵

De fato, como já mencionado, na medida em que os direitos fundamentais são expressões dos valores mais arraigados à sociedade, é certo que a substância e a relevância são dois critérios que não podem ser olvidados quando da identificação dos direitos fundamentais fora do catálogo. Esta noção revela-se de especial importância para os direitos sociais, na medida em que Robert Alexy, analisando a Lei Fundamental alemã, elegeu como critério para a identificação dos direitos fundamentais sociais adscritos às normas jusfundamentais positivadas a seguinte idéia reitora: “os direitos fundamentais são posições tão importantes que sua outorga ou não outorga não pode ficar nas mãos da simples maioria parlamentar”.⁸⁶

Portanto, ainda que o princípio da dignidade da pessoa humana não seja o único critério material de valor significativo para a elaboração de um conceito material de direitos fundamentais sociais, e para a identificação daqueles direitos fundamentais sociais fora do catálogo constitucional, sua relevância se impõe a ponto de tornar possível sua assunção como

⁸⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 115.

⁸⁵ SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 106.

⁸⁶ ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 432.

critério material basilar. Ao lado dos critérios da substância e da relevância, nos termos da idéia reitora de Robert Alexy, referido princípio permite reconhecer nos direitos sociais dispersos no texto constitucional a fundamentalidade que lhes é inerente, imprescindível para sua efetividade.

1.1.4 Uma compreensão formal e material dos direitos fundamentais sociais

Diante do quanto foi até aqui exposto, é acertado afirmar que a Constituição Brasileira de 1988 previu autênticos direitos fundamentais sociais. Estes direitos podem ser identificados a partir do catálogo do Capítulo II, Título II, que expressamente enumera direitos fundamentais sociais. Existem, todavia, outros direitos fundamentais sociais além daqueles assim formalmente classificados pelo constituinte.⁸⁷

Como mencionado, a Constituição estabeleceu um conjunto materialmente aberto de direitos fundamentais, especialmente a partir do disposto no § 2º do artigo 5º. Com relação aos direitos fundamentais sociais, esta abertura também se revela no *caput* do artigo 7º, que se refere a outros direitos protetores da condição do trabalhador. Neste sentido, a partir do momento em que o presente estudo se propõe a analisar exclusivamente os direitos fundamentais sociais positivados no texto constitucional, ainda que fora do catálogo, torna-se necessário apreciar critérios de ordem material que permitam identificar estes direitos, e inseri-los no regime de especial proteção conferido a todos os direitos fundamentais.

Afinal, decorre precisamente do caráter de fundamentalidade a superior hierarquia das normas de direito fundamental, em relação às demais normas do ordenamento jurídico,

⁸⁷ Neste sentido, Gilmar Ferreira Mendes salientou: “se alguns sistemas constitucionais, como aquele fundado pela Lei Fundamental de Bonn, comportam discussão sobre a existência de direitos fundamentais de caráter social, é certo que tal controvérsia não assume maior relevo entre nós, uma vez que o constituinte, embora em capítulos destacados, houve por bem consagrar os direitos sociais, que também vinculam o Poder Público, por força inclusive da eficácia vinculante que se extrai da garantia processual-constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão”. MENDES, G. F. Ob. cit., p. 46.

sua proteção contra a reforma constitucional, e, caráter de especial importância, sua submissão ao princípio da aplicabilidade imediata previsto no § 1º do artigo 5º da Constituição Federal. Além disso, a fundamentalidade destes direitos faz referência ao núcleo axiológico da Constituição, o qual reflete o conjunto de valores de maior relevo na sociedade, expressivos de seu sentimento de justiça.

Nesta ótica, dentre os critérios materiais que permitem a identificação de direitos fundamentais fora do catálogo constitucional, como os critérios da relevância (segundo a idéia reitora de Robert Alexy, já referida) e de substância, a partir da referência do § 2º do art. 5º da CF parece acertado reconhecer no princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental reitor da República Federativa do Brasil, o critério material por excelência dos direitos fundamentais sociais.

O princípio da dignidade da pessoa humana colocou o Estado brasileiro à serviço do homem, de modo que “é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”.⁸⁸ Sob esta ótica, ao preceituar o homem como valor-fonte do ordenamento jurídico, dotado de valor intrínseco, e neste sentido, titular de um direito ao seu livre desenvolvimento, autônomo e consciente, o princípio da dignidade da pessoa humana faz referência a direitos que coloquem os seres humanos em patamar de igualdade entre si, que lhe garantam o sustento, o acesso ao conhecimento necessário para a livre manifestação do seu pensamento e para a luta pelos seus interesses. Direitos que o protejam quando ninguém mais estiver presente para lhe estender a mão, já que os direitos existem precisamente para proteger o homem da dependência da amizade, do amor, da solidariedade do próximo, como bem ressaltou Hannah Arendt.

⁸⁸ SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 112-113.

Neste contexto, o conteúdo material da dignidade da pessoa humana faz referência a direitos a determinadas prestações do poder público, as prestações capazes de assegurar aos cidadãos a dignidade de que já são titulares. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana permite não só a identificação de direitos fundamentais sociais fora do catálogo constitucional, como, e principalmente, possibilita uma real compreensão da importância ética e jurídica destes direitos, para a realização dos fins a que o Estado Brasileiro se propôs.

É certo, ainda, que este critério material não autoriza a negligência de determinados direitos fundamentais sociais previstos no catálogo em virtude da ausência de uma conexão imediata entre eles e a dignidade da pessoa humana. Ainda que se considere referido princípio como um critério material unificador dos direitos fundamentais, é preciso respeitar um gradualismo de sua vinculação às normas jusfundamentais, de modo que pode haver direitos formal e materialmente fundamentais que pouco se relacionem com o princípio da dignidade da pessoa humana. Sua fundamentalidade, formal e material, ainda assim subsistirá, na medida em que existem outros valores que podem ter sustentado a decisão do constituinte ao positivar referidos direitos como fundamentais.

Portanto, ao longo do presente estudo, sempre que se tratar de direitos fundamentais sociais estar-se-á fazendo referência aos critérios formais e materiais que auxiliaram na identificação dos referidos direitos, seja respeitando a estrutura formal da Constituição, seja respeitando os valores que informaram a qualificação dos direitos sociais enquanto fundamentais.

É certo que apesar da fundamentalidade que une os direitos sociais na Constituição, as normas que estabelecem referidos direitos possuem diferentes estruturas deônticas, ora prevendo precipuamente prestações de cunho positivo por parte dos poderes públicos, ora estabelecendo uma posição de defesa do seu titular contra a ingerência do Estado. Há que se investigar se estas diferenças influenciam na sua justiciabilidade, para que

se possa, no terceiro Capítulo, aquilatar a repercussão da reserva do possível sobre sua efetividade. É o que se passa a analisar na seção a seguir.

1.2 A ESTRUTURA DEÔNTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

1.2.1 A classificação dos direitos fundamentais segundo sua funcionalidade

Os direitos fundamentais sociais são freqüentemente associados a direitos que demandam dos poderes públicos uma determinada conduta, uma prestação, que satisfaça uma necessidade ou um interesse jurídico de seu titular. É o que se depreende da definição de José Afonso da Silva: “direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”.⁸⁹ Em que pese a definição ser adequada a uma série de direitos fundamentais sociais, ela não pode se aplicar indistintamente a todos aqueles assim considerados pela Constituição Federal de 1988.

A título de exemplo, vale considerar o direito fundamental social à greve, previsto no artigo 9º da Constituição Federal. Nesta hipótese, a primeira dimensão jurídica que se sobressai é o direito a que o Estado não obste a realização da greve, um direito à não intervenção dos poderes públicos. É certo que esta não é a única posição jurídica em que o direito de greve investe o seu titular, como será abordado adiante, mas o exemplo serve para demonstrar que nem todos os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição correspondem, necessariamente a uma prestação dos poderes públicos.

⁸⁹ SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 286.

Para a analisar a estrutura das normas de direitos fundamentais sociais, entende-se necessário partir da classificação dos direitos fundamentais segundo sua funcionalidade, critério desenvolvido especialmente por Jellinek⁹⁰, aprimorado por Robert Alexy⁹¹ e traduzido para o direito constitucional interno lusitano por J. J. Gomes Canotilho⁹² e Vieira de Andrade⁹³, bem como para o direito constitucional brasileiro por Ingo Wolfgang Sarlet⁹⁴, dentre outros.

A teoria dos *status* de Georg Jellinek tem seu núcleo central na compreensão de que é a posição do indivíduo em relação ao Estado que o qualifica na relação jurídica. A partir desta concepção, estruturou quatro *status* do homem que qualifica sua posição jurídica: o *status* passivo, o *status* negativo, o *status* positivo e o *status* ativo. O primeiro *status*, também denominado *status subiectionis*, está relacionado com a posição de sujeição do indivíduo frente ao poder do Estado, ou seja, posição em que ele está obrigado pelas imposições estatais. O *status* negativo, também denominado *status libertatis*, corresponde ao núcleo de liberdade de cada indivíduo, segundo o qual sua atuação é juridicamente irrelevante para o Estado, uma esfera de total permissão – ausência de obrigação e ausência de proibição. O *status* positivo, também chamado de *status civitatis*, coloca o indivíduo em posição de exigência frente ao Estado, ele detém o poder de demandar a prática de determinadas prestações positivas pela autoridade estatal. Finalmente, o *status* ativo se relaciona às competências outorgadas ao indivíduo de participação na formação da vontade estatal.

A partir desta concepção, Robert Alexy classificou os direitos fundamentais, segundo a função por eles exercida no ordenamento jurídico, bem como em conformidade com a estrutura deontológica de suas normas, em três grandes grupos: os direitos a algo, as

⁹⁰ Desenvolvido na obra *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2 ed, Tubinga, 1905, conforme relatado por ALEXY, R., *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 248.

⁹¹ ALEXY, R., Ob. Cit., p. 186-239.

⁹² CANOTILHO, J. J. G., *Direito Constitucional*, p. 537-540.

⁹³ ANDRADE, J. C. V. de. Ob. cit., p. 192 e ss.

⁹⁴ SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 178-227.

liberdades e as competências⁹⁵. Os direitos a algo correspondem à seguinte estrutura deontica: o sujeito *A* tem frente a *B* o direito a *X*. Esta categoria abarcaria tanto o direito a uma abstenção de outrem, no caso, do Estado, como o direito a uma prestação positiva.⁹⁶ Já as liberdades estão relacionadas ao conceito de permissão, e correspondem a uma alternativa de ação, ou seja, a possibilidade de fazer ou não fazer algo, o que pode ser expresso da seguinte forma: “*x* é livre (não livre) em relação a *y* para fazer *z* ou não fazer *z*”.⁹⁷ Finalmente, as competências surgem a partir da capacidade, o poder, de cada indivíduo de modificar sua situação jurídica, ou seja, ela pode ser traduzida em um “poder fazer jurídico” garantido por normas específicas que atribuem expressamente a permissão e as condições de validade para realizar o ato.⁹⁸

J. J. Gomes Canotilho⁹⁹ recepcionou a classificação desenvolvida por Alexy, e trouxe uma inovação que a permitiu ser adaptada ao direito positivo português, qual seja, a subdivisão da categoria “direitos a prestações” em direitos *originários* a prestações e direitos *derivados* a prestações. Os primeiros corresponderiam a direitos de índole prestacional diretamente compreensíveis a partir da norma constitucional, ou seja, independentes da atuação do legislador para a definição do seu conteúdo. Os segundos, por sua vez, seriam os direitos dos cidadãos “a uma participação igual nas prestações estaduais segundo a medida das capacidades existentes”, de modo que restaria assegurado o nível de concretização das prestações constitucionalmente previstas na Constituição pelos poderes públicos.¹⁰⁰

Vieira de Andrade, por sua vez, classifica os direitos fundamentais em direitos de defesa, direitos de participação e direitos a prestações. Enquanto os primeiros correspondem

⁹⁵ ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 186.

⁹⁶ Idem, p.186-187. Voltaremos a tratar desta categoria com mais precisão no item seguinte, na medida em que ela se mostra como categoria chave para a compreensão da estrutura dos direitos fundamentais sociais.

⁹⁷ Ibidem, p. 214.

⁹⁸ Ibidem, p. 229-230.

⁹⁹ CANOTILHO, J. J. G., *Direito Constitucional*, p. 541-542.

¹⁰⁰ Nas palavras de Canotilho, os cidadãos “beneficiam da natureza de direitos justiciáveis, permitindo aos seus titulares o recurso aos tribunais a fim de reclamar a manutenção do nível de realização e de radicação subjectiva já adquirida pelos direitos fundamentais”. Ob. Cit. p. 542. A partir deste raciocínio o autor passaria a tratar do princípio da vedação do retrocesso, do qual não nos ocuparemos no presente momento.

aos clássicos direitos de liberdade, que impõem uma abstenção ao Estado, um dever de “não-interferência” ou de “não-intromissão”, resguardando a autonomia individual; os últimos exigem do Estado uma ação positiva, a fim de “proteger os bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais contra a actividade de terceiros, quer seja para promover ou garantir as condições materiais ou jurídicas de gozo efectivo desses bens jurídicos fundamentais” Já os direitos a participação corresponderiam a um híbrido de direitos de defesa e direitos a prestações, mas que demonstram autonomia pela função de “garantia da participação individual na vida política, mais concretamente, na formação da vontade política da comunidade”.¹⁰¹ Na mesma esteira da classificação de Vieira de Andrade, com fulcro na teoria do *status* de Jellinek, e na teoria das posições jurídicas de Alexy, Edilson Pereira de Farias elaborou uma classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa, direitos a prestações (subdivididos entre direitos a prestações jurídicas e direitos a prestações materiais), e direitos de participação.¹⁰²

Ingo Wolfgang Sarlet desenvolveu uma classificação dos direitos fundamentais conforme sua funcionalidade nitidamente inspirada na teoria de Robert Alexy e Canotilho. Segundo o autor, os direitos fundamentais podem ser classificados primeiramente entre dois grandes grupos: direitos fundamentais de defesa, e direitos fundamentais a prestações. Este segundo grupo, dos direitos fundamentais a prestações, subdividir-se-ia entre os direitos a prestações em sentido amplo, abarcando os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e no procedimento, e os direitos a prestações em sentido estrito, que se relacionaria aos direitos a prestações materiais sociais. Ainda, com relação aos direitos a prestações, Sarlet salienta que eles podem ser diferenciados entre direitos originários a

¹⁰¹ ANDRADE, J. C. V., Ob. cit., p. 192-193.

¹⁰² FARIAS, E. P. de. Ob. cit., p. 101-116.

prestações, e direitos derivados a prestações, tal como elaborado pelo mestre português J. J. Gomes Canotilho.¹⁰³

A classificação elaborada por Canotilho¹⁰⁴ em direitos originários a prestações e direitos derivados a prestações, ainda que não diga respeito diretamente à estrutura deôntica da norma de direito fundamental social, assume relevância prática na medida em que foi baseada na estrutura positiva da Constituição Portuguesa, que, neste aspecto específico, muito se aproxima da Constituição Brasileira de 1988.

Segundo o mestre português, os direitos derivados a prestação dizem respeito ao direito de igual acesso, obtenção e utilização das estruturas institucionais criadas pelos poderes públicos, bem como o direito de igual participação nos bens e serviços prestados por estas instituições. Ainda, os direitos derivados a prestações podem ser compreendidos como aqueles direitos decorrentes da concretização de normas constitucionais pelo legislador ordinário. Nesta ordem, por exemplo, a Lei que define as condições para a licença maternidade, prevista no art. 7º, XVIII, e art. 201, II, da CF¹⁰⁵, gera, para a cidadã, um direito fundamental social prestacional derivado.

Já os direitos originários a prestações podem ser identificados sempre que “(1) a partir da garantia constitucional de certos direitos (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade do cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos”.¹⁰⁶ Nesta categoria é possível enquadrar, a título de ilustração, o direito fundamental social ao ensino fundamental público e gratuito, previsto no artigo 208, I, e § 1º,

¹⁰³ SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 183-185.

¹⁰⁴ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional*, p. 553.

¹⁰⁵ CF, art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; e CF, art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: II - proteção à maternidade, especialmente à gestante.

¹⁰⁶ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional*, p. 554.

da CF¹⁰⁷, bem como o direito de garantia de um salário mínimo como benefício aos portadores de deficiência e aos idosos que não tiverem meios de garantir o próprio sustento, previsto no art. 203, V, da CF.¹⁰⁸

Todas estas classificações, especialmente as que dividem os direitos fundamentais em direitos de defesa, e direitos prestacionais, têm por base a função predominante da norma de direito fundamental, qual seja, defensiva ou prestacional. Esta predominância pode ceder em uma leitura dos direitos fundamentais voltados para os casos concretos, na medida em que um direito de natureza nitidamente defensiva pode assumir o caráter prestacional.¹⁰⁹

É certo que a distinção dos direitos fundamentais entre direitos de defesa e direitos a prestações não segue propriamente a sistemática da Constituição de 1988, na medida em que o texto constitucional subdividiu os direitos fundamentais entre “direitos e garantias individuais” (Título II, Capítulo I), “direitos sociais” (Título II, Capítulo II), direitos “da nacionalidade” (Título II, Capítulo III) e “direitos políticos” (Título II, Capítulo III). A classificação adotada vai se preocupar menos com a posição dos direitos fundamentais no catálogo constitucional, e mais com a função desempenhada por cada norma jusfundamental perante o ordenamento jurídico. A questão a ser investigada volta-se para a posição jurídica em que a norma de direito fundamental investe seu titular: uma posição de defesa frente aos poderes públicos, ou posição de exigência de realização de uma prestação pelo Estado.¹¹⁰

¹⁰⁷ CF, art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria; § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

¹⁰⁸ CF, art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

¹⁰⁹ SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 183-184. Voltaremos a esse ponto quando tratarmos dos direitos fundamentais sociais como um feixe de posições jusfundamentais, item 1.2.3.

¹¹⁰ Atualmente muito se discute sobre a função horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, a vinculação dos particulares às obrigações jusfundamentais neles estatuídas. Não entraremos nesta questão, em virtude dos limites traçados para o presente estudo, o qual se ocupa da atuação do Estado no cumprimento das obrigações previstas em normas de direitos fundamentais sociais. Sobre o tema, ver SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

Portanto, a classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações, tal como apresentado, parece a mais adequada para o desenvolvimento do presente estudo, entretanto, não sem uma observação crítica que a permita situar em conformidade com o atual estado da arte sobre o tema, conforme será abordado nos itens 1.2.2 e 1.2.3 a seguir.¹¹¹

Como o objeto de investigação do presente estudo relaciona-se aos direitos fundamentais sociais, torna-se necessário aplicar a classificação adotada a esta categoria de direitos, buscando identificar seu caráter prestacional, ou defensivo, conforme cada caso.

1.2.2 Direitos fundamentais sociais: direitos de defesa e direitos a prestações

Somente a partir da estrutura da norma jusfundamental é possível identificar se o direito sob análise – no caso, os direitos fundamentais sociais – encontram-se enquadrados na categoria de direito a uma abstenção (direito de defesa), ou de direito a uma ação positiva (direito a prestação). Para tanto, vale observar os ensinamentos trazidos por Robert Alexy.

Segundo o mestre alemão, os direitos a abstenções podem ser subdivididos entre direitos ao não impedimento de ações, direitos a não afetação de propriedades e situações, e direitos a não eliminação de posições jurídicas.

Os primeiros dizem respeito ao investimento do titular do direito em uma posição jurídica na qual ele pode exigir do Estado que este não impossibilite faticamente o exercício da ação protegida juridicamente, ou que não crie circunstâncias capazes de impedir a realização da ação. Estas duas hipóteses estariam inseridas no conceito de “turbar” a ação.

¹¹¹ Não se trata, por certo, da única classificação possível. A título de exemplo, Jorge Miranda classifica os direitos fundamentais em (1) direitos de proteção da pessoa singular em virtude de sua personalidade, como o direito à vida; (2) direitos da pessoa singular em sociedade, como os direitos sociais, econômicos e culturais, que permitem a satisfação de suas necessidades dentro do convívio social; (3) direitos da pessoa frente ao Estado ou *no* Estado, que correspondem aos direitos de participação na vida pública e na vida política. MIRANDA, J. Ob. cit., p.86-87.

Além disso, o Estado não poderia tornar juridicamente impossível a realização da ação através da revogação, por exemplo, de normas jurídicas que criariam as condições necessárias ao seu exercício, normas de caráter constitutivo. Segundo Alexy, o enunciado deste direito poderia ser assim traduzido: “*a* tem frente ao Estado um direito a que este não lhe turbe a realização da ação *h*”.¹¹²

Neste sentido, é possível enquadrar uma série de direitos fundamentais sociais nesta categoria, como seria o caso do direito de greve (art. 9º, CF), e o direito de liberdade de associação sindical (art. 8º, CF), para citar os exemplos mais evidentes.

Os direitos à não afetação de propriedades e situações correspondem a direitos através dos quais seu titular pretende se ver protegido de ações estatais que lhe afetem propriedades jurídicas (como o direito à revogação da lei que estabelece o patamar do salário mínimo, nos termos do inciso IV, do art. 7º, CF), ou situações jurídicas (como o descanso semanal remunerado, previsto no inciso XV, do art. 7º, CF). O enunciado normativo de direitos como estes seriam da seguinte forma: “*a* tem frente ao Estado um direito a que este não afete a propriedade *A* ou a situação *B* de *a*”.¹¹³

Finalmente, o direito à não eliminação de posições jurídicas investe seu titular em um direito a que o Estado não elimine posições jurídicas por ele conquistadas, as quais são configuradas por determinadas normas jurídicas constitutivas. Seu enunciado seria o seguinte: “*a* tem frente ao Estado um direito a que este não elimine a posição jurídica *PJ* de *a*”.¹¹⁴ Logo, não poderia o Estado revogar normas constitutivas de posições jurídicas. Nesta situação pode se identificar o direito previsto no inciso I do art. 7º, que trata da proteção contra a despedida arbitrária, mediante indenização “nos termos da lei complementar”, ou ainda naquele previsto no inciso XII, que trata do salário-família, atualmente regulamentado pela Lei nº 8.213 de 24/07/1991 e pelo Decreto nº 2.172, de 05/03/1997.

¹¹² ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. P. 189-191.

¹¹³ *Idem*, p. 192.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 192-194.

Há que se admitir que o constituinte não estabeleceu, necessariamente, normas de direito fundamental social que se encaixassem na forma pura dos enunciados acima apresentados. Todavia, a partir da redação dos diversos dispositivos constitucionais, é possível deduzir as posições jurídicas mencionadas, a fim de permitir a classificação de diversos direitos fundamentais sociais como direitos negativos, direitos à abstenção do Estado.

O mestre argentino Victor Abramovich, ao lado do mestre americano, também professor em Buenos Aires, Christian Courtis, ressaltam a dimensão negativa dos direitos fundamentais sociais:

En sentido simétrico, los derechos sociales tampoco se agotan en obligaciones positivas: al igual que en el caso de los derechos civiles, cuando los titulares hayan ya accedido al bien que constituye el objeto de esos derechos – salud, vivienda, educación, seguridad social – el Estado tiene la obligación de abstenerse de realizar conductas que lo afecten.¹¹⁵

É indiscutível, entretanto, que muitas normas de direitos fundamentais sociais correspondem, *prima facie*, a direitos a prestações positivas. Na definição de Ingo Sarlet, os direitos a prestações impõem ao Estado a incumbência:

... de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.¹¹⁶

Os direitos a prestações podem ser catalogados entre dois grandes grupos: aqueles que demandam do Estado uma determinada prestação ordem fática (no caso, os direitos sociais em sentido estrito, como bem observou Ingo Wolfgang Sarlet), e aqueles que demandam uma prestação de ordem normativa¹¹⁷, o que corresponderia aos direitos à proteção

¹¹⁵ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la Exigibilidad Judicial de Los Derechos Sociales. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.) *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 138.

¹¹⁶ SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 205.

¹¹⁷ Esta classificação já foi objeto de crítica por Flávio Galdino, que entende que todas as prestações são fáticas, na medida em que mesmo que haja a previsão de direito a uma determinada norma de proteção do direito, esta pressuporá a existência de um Congresso habilitado para criá-la e votá-la, deputados e senadores remunerados

e os direitos à participação na organização e no procedimento (direitos a prestação em sentido amplo, segundo a classificação de Sarlet).

No caso do direito a prestação fática, deve o Estado adotar determinada conduta a fim de prover ao titular do direito o bem jurídico tutelado pela norma jusfundamental. Nestas condições, em princípio, o Estado seria livre para escolher a melhor forma de atender a este objetivo, prestando o bem jurídico em questão em conformidade com outros interesses, como o da menor onerosidade, e o da equidade. Não poderia escolher, entretanto, por certo, entre uma conduta que atinge a finalidade constitucional, prestando o bem jurídico, e outra que não a alcance, ou seja, que resulte na não satisfação do direito. Sobre o tema, voltaremos no momento oportuno.

O mesmo não se verifica quando se trata de prestação de ordem normativa, pois neste caso importará como o Estado vai editar a norma que garantirá a realização do direito fundamental, a qual, por certo, estará submetida ao controle de constitucionalidade material. O direito a proteção pode implicar a obrigação de criação de determinadas normas jurídico-penais pelo Estado que protejam a esfera jurídica do cidadão, como também a criação de normas de organização e procedimento.

Neste sentido, o direito fundamental à saúde tem na Constituição Federal de 1988 uma regulamentação que lhe permite atribuir posições jurídicas inerentes a direitos a prestação em sentido estrito – no caso, o direito ao tratamento em hospitais, e a medicamentos – como a prestação em sentido amplo – como o direito à edição de leis que regulamentem o Sistema Único de Saúde.¹¹⁸

A identificação de um determinado direito fundamental social como um direito a uma prestação normativa depende do afastamento preliminar da categoria direito de defesa, e

para este mister, o que correspondem a prestações fáticas. GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In Paulo Lobo Torres (Org.) *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, (p.139-222) p. 180-181.

¹¹⁸ Lei nº 8.080, de 19/09/1990, e Lei nº 8.142, de 28/12/1990.

direito a prestações fáticas, quando da análise da norma correspondente. Nestas condições, verifica-se que a identificação das normas a prestações normativas tem natureza residual.¹¹⁹

O que ocorre com mais frequência é a interligação das diversas categorias de direitos a prestações em uma só norma jurídica. Significa dizer que um mesmo dispositivo normativo pode investir seu titular em posições jurídicas de exigência de prestações fáticas – como uma vaga na rede de ensino público fundamental – e prestações normativas – como normas que regulamentem o acesso ao ensino público e o funcionamento das escolas, que garantam a participação indiscriminada de todos os interessados nas redes de ensino, que determinem a responsabilidade civil do Estado pelo não cumprimento do mandamento constitucional.

De qualquer forma, pode-se concluir que os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal – seja aqueles do catálogo, seja os dispersos ao longo do texto constitucional – podem assumir a estrutura deontica de direitos de defesa e de direitos a prestações, sendo que, um mesmo direito fundamental poderá investir seu titular nas duas categorias de posições jurídicas, como se analisará a seguir.

1.2.3 A norma de direito fundamental social como um feixe de posições jusfundamentais

Após a análise da estrutura deontica das normas de direitos fundamentais, Robert Alexy chegou à conclusão de que elas encerravam, em verdade, um feixe de posições jusfundamentais.¹²⁰ Com isso, pretendeu o mestre alemão demonstrar que um mesmo dispositivo normativo¹²¹ pode gerar diversas normas (com estrutura deontica de direito de

¹¹⁹ SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 211.

¹²⁰ ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 241.

¹²¹ Assume-se que o dispositivo normativo está sujeito à atuação do intérprete, e nesta condição, pode gerar variadas normas. Como definiu Humberto Ávila, a norma é o resultado da elaboração exegética de um texto

defesa, ou de direito a prestação), em consonância com os casos concretos que poderiam se apresentar. Estas normas diversas investem seu titular em uma gama de posições jusfundamentais, de modo que ele pode assumir uma posição de exigência a uma determinada abstenção do Estado, ou seja, a não interferência na sua situação jurídica, ou uma determinada prestação, no sentido de que deveria o Estado fornecer condições materiais para que o direito em questão fosse exercido.

Como bem observou Ingo Sarlet, mesmo as normas de direito a prestações “abrangem um feixe complexo e não necessariamente uniforme de posições jurídicas, que podem variar quanto ao seu objeto, seu destinatário e mesmo quanto à sua estrutura jurídico-positiva, com reflexos na sua eficácia e efetivação”.¹²²

Vale observar que na doutrina pátria, Pontes de Miranda¹²³ já havia observado que um mesmo direito pode implicar em várias “ações” para o seu titular, o que já induz a concepção multifuncional dos direitos fundamentais. Segundo ele, até mesmo os direitos de liberdade apresentariam um conteúdo positivo na medida em que demandam uma tutela jurisdicional que lhes proporcione efetividade, seja para possibilitar seu exercício, seja para coibir ameaças, restrições e limitações a estes direitos por parte dos poderes públicos e outros particulares (direito à proteção, típico direito prestacional). Afirmou o eminente jurista que “Cabe ao Estado, além de dever abster-se de atos que firam os direitos fundamentais, assegurar a inviolabilidade deles. A insuficiência da teoria da liberdade *contra* o Estado caracterizou-se no fato de ser o Estado assegurador, também, da liberdade, sendo esse um dos seus fins; tanto quanto a excessividade da teoria da liberdade *no* Estado desatendia ao fato de dever o Estado abster-se de invadir a esfera da liberdade”.¹²⁴

normativo, e não se confunde com o dispositivo. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22.

¹²² SARLET, I. W. *A Eficácia...*, p. 207.

¹²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 661, 665.

¹²⁴ Idem, p. 666.

No mesmo sentido, observou Vieira de Andrade:

Num mesmo direito fundamental unitariamente designado podemos encontrar combinados poderes de exigir um comportamento negativo (das potências públicas) com poderes de exigir ou de pretender prestações positivas, jurídicas ou materiais, ou com poderes de produzir efeitos jurídicos na esfera de outrém, poderes que têm muitas vezes recortes diferentes e aos quais correspondem, conforme os casos, deveres de abstenção ou de não-intromissão, deveres de prestação ou de acção ou sujeições (deveres de tolerar).¹²⁵

As normas e posições que compõem um direito fundamental como um todo podem ser compreendidas a partir de (1) posições jurídicas básicas; (2) seu grau de generalidade e (3), sua qualidade de regras ou princípios, ou seja, se estabelecem posições jurídicas definitivas ou *prima facie*.¹²⁶ Entre a norma e a posição jurídica existem três relações: uma relação de precisão, uma relação de meio/fim, e uma relação de ponderação. A relação de precisão corresponde à liberdade jurídica de realizar as ações que, por seu conteúdo e forma, podem ser consideradas como uma real intenção de descobrimento do conteúdo do direito, da verdade, bem como escolher livremente o planejamento e a metodologia para fazê-lo. A relação meio/fim está relacionada com a necessidade de existência de normas que prevejam a organização da sociedade e o procedimento de participação dos cidadãos nesta organização. E a relação de ponderação tem sua atuação dentro das relações anteriores, bem como na escolha de uma posição jurídica *prima facie* e uma posição definitiva, em caso de colisão.¹²⁷

Assim, conclui Alexy que “um direito fundamental como um todo (...) está composto por elementos com uma estrutura bem definida, ou seja, as distintas posições do cidadão e do Estado, e entre estas posições existem relações claramente determináveis, as relações de precisão, de meio/fim e de ponderação”.¹²⁸

¹²⁵ ANDRADE, J. C. V. Ob. cit., p. 188.

¹²⁶ A qualificação das normas de direitos fundamentais sociais como regras e princípios será objeto da seção seguinte.

¹²⁷ ALEXY, R. *Teoria de los derechos...*, p. 243.

¹²⁸ Idem, p. 245.

1.2.4 Crítica à classificação dos direitos entre direitos de defesa e direitos a prestações

A classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações não está isenta de críticas. Todavia, há que se ponderar a partir de que ângulo a crítica é lançada, para que se possa aquilatar sua real utilidade no auxílio de uma concepção mais completa e atual de direitos fundamentais.

Em obra recente, Stephen Holmes e Cass Sunstein¹²⁹ lançaram uma afirmativa categórica que tem chamado a atenção da doutrina brasileira: todos os direitos são positivos. Segundo estes autores, todos os direitos exigem uma prestação do Estado no sentido econômico – todos os direitos têm custo – se não no sentido de realização de prestações sociais fáticas, no sentido de criação de estruturas institucionais que permitam o exercício destes direitos. Como exemplo paradigmático, narram o caso de um incêndio ocorrido em agosto de 1995, em Westhampton, em que o direito de propriedade (tradicionalmente concebido como direito de defesa, ou direito negativo) somente foi garantido mediante uma atividade prestacional dos poderes públicos, que garantiram as forças necessárias para conter o fogo, e preservar os imóveis em perigo.¹³⁰

Em minucioso estudo realizado sobre a matéria relativa ao custo dos direitos, Flávio Galdino previu a existência de cinco momentos em que se situaria a doutrina brasileira acerca da classificação dos direitos fundamentais em direitos “positivos” (no sentido de direitos a prestações) e direitos “negativos” (no sentido de direitos de defesa):

- (I) - modelo teórico da indiferença: o caráter positivo da prestação estatal e o respectivo custo são absolutamente indiferentes ao pensamento jurídico;
- (II) - modelo teórico do reconhecimento: reconhecimento institucional de direitos a prestações (ditos sociais), o que implica reconhecer direitos positivos; ao mesmo tempo afasta-se a pronta exigibilidade desses novos direitos;

¹²⁹ HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999, especialmente nas páginas de 13 a 48.

¹³⁰ HOLMES, S., SUNSTEIN, C. Ob. Cit. p. 13-14.

(III) - modelo teórico da utopia: a crítica ideológica e a crença em despesas sem limite iguala direitos negativos e positivos, a positividade dos direitos sociais permanece reconhecida, mas o elemento custo é desprezado;

(IV) - modelo teórico da verificação da limitação dos recursos: o custo assume caráter fundamental, de tal arte que, mantida a tipologia positivo/negativo, tem-se a efetividade dos direitos sociais como sendo dependente da reserva do possível;”

(V) - a superação dos modelos anteriores: tem-se por superada essa tradicional tipologia positivo/negativo dos direitos fundamentais.¹³¹

Ainda sem adentrar a fundo a questão relativa ao custo dos direitos – se corresponde a limite à eficácia dos direitos fundamentais, ou se é parte inerente à sua realização – matéria que será objeto do Capítulo III, pode-se observar que Galdino defende a total abolição da noção de direitos positivos e negativos, para que se assuma em todos os direitos fundamentais uma dimensão positiva. Todo direito pressupõe uma atuação do Estado, seja mediante provocação (através do Poder Judiciário, por exemplo), seja espontaneamente (através da atuação do poder de polícia, ou das instituições administrativas).

Há que se ressaltar que a partir da noção de feixe de posições jusfundamentais, não mais se defende – mesmo entre nós – que existem direitos fundamentais exclusivamente negativos, ou de defesa, e outros exclusivamente positivos ou prestacionais. É certo que não se pode falar em uma dicotomia entre as duas funções, na medida em que já se assumiu que, em verdade, ambas as dimensões dos direitos fundamentais se completam¹³² e, no caso concreto, podem ser depreendidas de uma mesma norma jusfundamental.

Todavia, ainda assim, é possível falar-se em normas de direitos fundamentais que apresentem o caráter preponderante de direito de defesa, ou de direito a prestação. A título de exemplo, pode-se verificar que o direito de liberdade de expressão – ainda que seja possível dele depreender um direito a uma prestação fática e normativa, no sentido de criação dos

¹³¹ GALDINO, F. Ob. cit., p. 163-164.

¹³² Neste sentido, vale observar as anotações de Celso Lafer: “É, no entanto, da convergência entre as liberdades clássicas e os direitos de crédito que depende a viabilidade da democracia no mundo contemporâneo, apesar da heterogeneidade de suas origens, e é por essa razão que entendo que esta desarmonia em relação ao papel do Estado na sociedade, na passagem da primeira à Segunda geração de direitos, obedece (...) a uma dialética que subordina a contradição à complementaridade, pois as duas gerações de direitos baseiam-se na intuição da irredutibilidade do ser humano ao todo do seu meio social, e no pressuposto de que a sua dignidade se afirmará com a existência de mais liberdade e menos privilégios”. LAFER, C. Ob. cit., p. 130.

meios para que o pensamento seja manifestado, e esta manifestação seja juridicamente protegida – representa primordialmente o direito do titular a uma abstenção do Estado, no sentido de que ele não poderá tolher a livre manifestação do pensamento (seria o caso de direito ao não impedimento de ações, já referido, segundo a classificação de Alexy). Logo, ainda que seja possível deduzir um direito positivo, é a dimensão negativa do direito de livre manifestação do pensamento que se sobressai.

De fato, bem observou Flávio Galdino¹³³ que a distinção entre direitos de defesa e direitos a prestações muitas vezes é utilizada pela doutrina e pelos tribunais a fim de justificar uma maior justiciabilidade dos primeiros em detrimento dos segundos. As razões mais freqüentemente apresentadas são que os direitos de defesa têm seu conteúdo integralmente determinado na norma jusfundamental, e dependem tão somente de uma abstenção do Estado, o que não geraria despesas. Os direitos a prestações teriam baixa determinabilidade normativa, dependendo, em muitos casos, da concretização legislativa, e seriam dispendiosos, razão pela qual estariam na dependência da reserva orçamentária e da existência de recursos financeiros disponíveis. Esta posição não mais se sustenta na medida em que, em maior ou menor grau, todos os direitos dependem de recursos financeiros do Estado para se mostrarem efetivos. E quanto ao conteúdo, existem direitos de defesa que também dependem da atuação do legislador – como se defende em relação ao direito à greve (CF, art. 9º, § 1º)¹³⁴. Sobre este tema o presente estudo voltar-se-á com a profundidade necessária no Capítulo III.

Por estas razões, com as devidas ressalvas, o trabalho manter-se-á fiel à classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações, ainda que, vale salientar, assumo a possibilidade de que todo direito fundamental, na medida em

¹³³ GALDINO, F. Ob. Cit. p. 175-178.

¹³⁴ CF, Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

que, se considerado como um todo, encerra um feixe de posições jusfundamentais, pode assumir uma dimensão positiva e uma posição negativa.

1.2.5 Direitos fundamentais sociais a prestações: delimitação do estudo

Feita a análise sobre as possíveis estruturas deônticas que um direito fundamental social pode assumir, torna-se necessário restringir o objeto do presente estudo, especialmente porque a questão da reserva do possível tem afetado mais diretamente os chamados direitos a prestações sociais (ainda que se admita que todos os direitos fundamentais têm um custo).

Já que a escassez de recursos tem sido utilizada como referência em relação à efetividade dos direitos fundamentais a prestações fáticas – como se depreende das decisões proferidas pelos tribunais, a serem analisadas na seção 3.4 – o presente estudo voltará suas ponderações aos direitos fundamentais sociais concebidos como direitos a prestações em sentido estrito, conforme a classificação já mencionada no item 1.2.2.

Para tanto, vale observar a definição atribuída a estes direitos por Robert Alexy: “direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que – se o indivíduo tivesse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente – poderia obter também dos particulares”.¹³⁵ Segundo Ingo Sarlet, “os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais.”¹³⁶

Estes seriam os direitos fundamentais sociais sobre os quais se pretende voltar a atenção.

¹³⁵ ALEXY, R. *Teoria de los derechos...*, p. 482.

¹³⁶ SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 284. O autor faz referência à obra de J. R. Lima Lopes, *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, p. 126-127, e A. Fioranelli Jr., *RPGE SP*, nº 41, 1994, p. 23.

1.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO REGRAS E PRINCÍPIOS

Apresentada a estrutura deôntica dos direitos fundamentais sociais, faz-se necessário ponderar acerca da natureza das normas que os veiculam. Neste sentido, volta-se a análise para a doutrina que diferencia dois tipos normativos: regras e princípios.

Como já havia sido afirmado por Robert Alexy¹³⁷, e bem observado por Humberto Ávila¹³⁸, a norma é o produto da interpretação de um determinado enunciado normativo. O resultado desta atividade hermenêutica poderá reconhecer tanto uma regra, quanto um princípio, ambas espécies de normas, de modo que até mesmo de um só enunciado normativo poder-se-á depreender uma regra ou um princípio. Neste sentido, importa na presente seção identificar se as normas de direito fundamental social na Constituição Brasileira de 1988 mais se conformam ao modelo de princípio ou ao modelo de regra, para então extrair as conseqüências jurídicas pertinentes no seu embate com questões como a reserva do possível.

1.3.1 Os modelos de normas de direito fundamental

1.3.1.1 Distinção entre regras e princípios

Foi a partir da distinção entre regras e princípios que uma série de problemas decorrentes da aplicação das normas de direitos fundamentais passaram a encontrar uma justificação racional, já que os critérios positivistas de subsunção se mostravam insuficientes para a solução dos casos concretos. Neste sentido, toda uma gama de autores se voltou para a

¹³⁷ ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 50-51.

¹³⁸ ÁVILA, H. *Teoria dos princípios*. p. 23-26.

questão dos direitos fundamentais como regras e princípios, fundando uma nova escola de direito, chamada por muitos como “pós-positivista”¹³⁹ ou “neoconstitucionalismo”.¹⁴⁰

Um dos primeiros autores a afirmar categoricamente que tanto regras quanto princípios representavam, em verdade, modalidades normativas, foi o autor americano Ronald Dworkin¹⁴¹. Segundo Dworkin, a diferença que se estabelece entre regras e princípios seria de natureza lógica, sendo que “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada”, cabendo sobre ela tão somente um juízo de validade, de modo que, se válida, deverá ser aplicada ao caso concreto; se inválida, não poderá ser utilizada no processo decisório.¹⁴² Já os princípios atuam como razões que poderão levar a uma determinada decisão, e são aplicados segundo uma dimensão de peso ou importância, de modo que podem influenciar na decisão em maior ou menor grau. Interessante observar que Dworkin, em crítica aberta ao positivismo jurídico, já defendia que não só as regras, mas também os princípios eram obrigatórios e vinculavam o juiz.¹⁴³

O caráter normativo das regras e dos princípios também foi reconhecido por Robert Alexy, em virtude da estrutura deôntica de ambas as espécies, estabelecendo condutas do “dever-ser”.¹⁴⁴ Aperfeiçoando a distinção criada por Dworkin, Alexy¹⁴⁵ afirma que existe uma diferença de grau e de qualidade entre regras e princípios. “Princípios são normas que

¹³⁹ AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre *regras e princípios* segundo Robert Alexy. Esboços e críticas. In *Revista de Informação Legislativa*, ano 42, n. 165, jan/mar 2005, (p.123-134) p.124.

¹⁴⁰ CARBONELL, Miguel. Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo. in CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p.8-12. Nesta obra, o autor apresenta um conjunto de artigos redigidos por autores de uma nova fase paradigmática do constitucionalismo, instaurada a partir da II Guerra Mundial, e denominada neoconstitucionalismo. Este fenômeno se relaciona tanto com Estado Constitucional, como representa uma nova teoria do Direito. O neoconstitucionalismo está em fase de formação, de modo que não é possível ainda prever todo o seu alcance. Ele lida com mecanismos de ponderação de bens constitucionais, de modo que a busca pelo equilíbrio fatalmente envolve problemas ainda por serem resolvidos, na medida da experiência do aplicador do Direito Constitucional, em especial, dos tribunais.

¹⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 43.

¹⁴² DWORKIN, R. Ob. Cit., p. 39.

¹⁴³ Idem, p. 61.

¹⁴⁴ ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos...*, p., 83.

¹⁴⁵ Robert Alexy elaborou uma teoria de direitos fundamentais como regras e princípios que conferiu maior racionalidade às questões relativas à aplicação destas normas, e logrou reabilitar a axiologia prática ao sistema jurídico, livrando os valores relacionados aos princípios do campo das suposições e da discricionariedade. AMORIM, L. B. Ob. Cit. p. 124.

ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios dão mandados de otimização”.¹⁴⁶ As regras, por sua vez, são determinações no campo do fático e juridicamente viável, que só podem ser aplicadas ou afastadas integralmente.¹⁴⁷

A partir desta distinção, Alexy reconhece que o conflito de regras se resolve pelo critério da validade: uma regra pode ser válida, e portanto será aplicada, pode ser inválida, e então dará lugar à aplicação de outra norma, ou, ainda, a partir da introdução de uma cláusula de exceção, tem sua aplicabilidade afastada somente naquele caso concreto.¹⁴⁸ A partir desta construção Alexy inseriu um elemento a mais na distinção entre regras e princípios elaborada por Dworkin: a possibilidade da existência de uma cláusula de exceção que afasta – sem retirar do mundo jurídico – uma regra em um determinado caso concreto. Segundo esta nova concepção, seria possível conceber um conflito entre regras e princípios¹⁴⁹

Já os princípios podem colidir, e desta colisão um deles cede em favor do outro em virtude de certas circunstâncias do caso concreto, que determinam o maior peso de um em detrimento do outro. Este maior peso de um princípio tem sua origem em uma “relação de prevalência condicionada”, ou seja, são as condições reais que vão determinar a prevalência deste ou daquele princípio. A partir desta análise, Alexy desenvolve uma lei de colisão: “as condições segundo as quais um princípio prevalece em relação ao outro constituem um

¹⁴⁶ AMORIM, L. B. Ob. Cit, p. 86.

¹⁴⁷ Idem, p. 87.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 88.

¹⁴⁹ Crítica formulada por H. L. A. Hart à teoria de Dworkin, a partir do caso *Riggs vs. Palmer*, em que um princípio acabou por determinar o afastamento de uma regra que, a partir do critério da validade, deveria ser aplicada ao caso concreto. Com isso, Hart pretende responder à crítica formulada pelo próprio Dworkin no sentido que sua teoria do direito deixava de abarcar uma espécie normativa, os princípios. Segundo Hart, quando ele trata da expressão *rules* em sua teoria, não afasta a possibilidade da existência dos princípios. Todavia, não teria com esta expressão querido fazer referência a normas que se aplicam exclusivamente sob a forma tud-ou-nada, afinal nem todas as regras são aplicadas sob esta lógica, na medida em que também podem ceder em casos concretos quando em conflito com outras regras ou até mesmo com princípios. HART, H. L. A. *The concept of law*. New York: Oxford Clarendon Press, 1997, p. 261-262.

pressuposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio prevalecente”.¹⁵⁰

Canotilho recepcionou a teoria desenvolvida por Alexy, também reconhecendo que o melhor critério de distinção entre regras e princípios é o critério qualitativo, segundo o qual “os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fáticos e jurídicos”, têm uma coexistência conflitual no ordenamento jurídico em virtude de suas diversas dimensões de importância e peso para o caso concreto. Já as regras correspondem a imperativos de conduta que não aceitam graus de efetividade – ou são cumpridas ou são violadas, de modo que sua convivência no sistema jurídico é antinômica.¹⁵¹

Em uma leitura crítica das distinções mais frequentemente apontadas pela doutrina, Humberto Ávila¹⁵² buscou elaborar seu próprio conceito de regras e princípios, a partir de critérios estruturais, procurando fornecer, através de uma diferenciação “inclusiva”¹⁵³ ao intérprete um conjunto de caracteres que lhe permita identificar o tipo normativo e, a partir desta identificação, minimizar sua responsabilidade de fundamentação na aplicação desta norma. Os critérios utilizados pelo autor são: (1) critério da “natureza do comportamento prescrito”, de modo que as regras descrevem um comportamento e prescrevem uma obrigação, uma proibição ou uma permissão; enquanto os princípios descrevem um estado de coisas, de modo que as condutas a serem adotadas são o meio necessário à realização deste estado; (2) critério da “natureza da justificativa exigida”, de modo que o que justifica a aplicação de uma regra é a correspondência entre a hipótese de

¹⁵⁰ ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos...*, p. 89-94.

¹⁵¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1035.

¹⁵² ÁVILA, H. Ob. cit., p. 56-57.

¹⁵³ De modo que um mesmo dispositivo poderia ser distinguido ora como regra, ora como princípio, ora como postulado. O postulado corresponde a outra categoria normativa analisada por Humberto Ávila, e diz respeito a “metanormas” de determinam a estrutura de aplicação das demais normas jurídicas (regras e princípios). Nesta categoria o autor enquadra a ponderação e a concordância prática como postulados inespecíficos, e a proporcionalidade, a razoabilidade e a igualdade, como postulados específicos. ÁVILA, H. Ob. Cit. p. 60, e 80 e ss.

incidência, o fim nela prescrito e o caso concreto, um princípio terá sua aplicação justificada pela relação entre a conduta a se realizar e a concretização do estado de coisas nele descrito, de modo que vários tipos de comportamentos seriam possíveis, desde que levassem à finalidade exigida; (3) critério da “medida de contribuição para decisão”, segundo o qual as regras fornecem uma contribuição incisiva e definitiva para a decisão do caso concreto, ao passo em que os princípios contribuem de forma acessória, fornecendo indícios e razões a serem observadas.¹⁵⁴

Ana Paula de Barcellos¹⁵⁵ também trouxe sua contribuição para a distinção entre regras e princípios ao propor um novo critério, de caráter auxiliar, o critério relativo aos efeitos produzidos pelas normas. Nestas condições, os princípios têm um maior grau de indeterminação dos efeitos pretendidos, e uma multiplicidade de meios para realizá-los. A indeterminação dos efeitos se dá somente a partir de um certo ponto, de modo que a autora concebe a existência de um núcleo duro, a partir do qual não seria possível a ponderação, e poder-se-ia identificar com maior clareza, o efeito pretendido. Já as regras produziriam efeitos determinados, e na maioria das vezes singulares, de modo que uma regra estipularia apenas um determinado efeito.

Os critérios de diferenciação entre regras e princípios ora apresentados servirão de referência ao longo do estudo, na medida em que não se excluem, mas se complementam.

Necessário salientar que as elaborações teóricas relacionadas à distinção entre regras e princípios têm sido alvo de críticas na doutrina, como é o caso das oposições trazidas por Pietro Sanchis e José Maria Rodrigues de Santiago. Pietro Sanchis¹⁵⁶ defende que a diferença entre regras e princípios não é de qualidade estrutural da norma, mas simplesmente uma decorrência da atividade do intérprete, de modo que regras e princípios não

¹⁵⁴ ÁVILA, H. Ob. Cit., p.63-68.

¹⁵⁵ BARCELLOS, A. P. de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p.51-56.

¹⁵⁶ *Apud* GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 165 e seguintes.

seriam duas subespécies de normas, mas sim dois tipos de estratégias interpretativas.¹⁵⁷ Já José Maria Rodrigues de Santiago¹⁵⁸ critica o fato de existirem exemplos estanques de normas como exclusivamente regras ou princípios, já que, segundo o autor, uma mesma norma pode assumir o caráter de regra ou de princípio – e neste sentido também se manifesta Alexy.¹⁵⁹ Santiago também afirma que não há diferença qualitativa entre regras e princípios, assim como também não se poderia separar de forma definitiva o modo de aplicação destas normas, já que também as regras poderiam, eventualmente, ser objeto de ponderação.

Em que pese a validade das críticas brevemente apresentadas, pode-se perceber que elas não afastam categoricamente as distinções apresentadas por Alexy, na medida em que o próprio mestre alemão reconhece a importância da atividade hermenêutica na identificação das normas, e mesmo o caráter variante entre regras e princípios. Neste sentido, mesmo a questão relativa à existência de cláusula de exceção a permitir o afastamento de uma determinada regra do caso concreto pode ser lida como uma abertura para a ponderação de regras.

Dessa forma, as distinções trazidas por Alexy, e aprimoradas por Humberto Ávila, mantém a sua atualidade e sua funcionalidade.¹⁶⁰

1.3.1.2 O caráter *prima facie* das regras e dos princípios

As regras e os princípios apresentam um caráter *prima facie* diferenciado. Significa dizer que a norma que aparentam traduzir em uma análise preliminar pode assumir

¹⁵⁷ Segundo Ruy Samuel Espíndola, fazendo a leitura da obra de Perez Luño, Prieto Sanchis e García de Enterría, observou que estes autores inseriram no conceito de norma uma nova categoria: os valores. O presente estudo, por falta de espaço, não entrará nesta seara. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 66-67.

¹⁵⁸ Na obra *La ponderación de bienes e intereses den el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 45-47. *Apud* AMORIM, L. B. *Ob. Cit.* p. 132.

¹⁵⁹ ALEXY, R. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 137.

¹⁶⁰ Para uma análise mais profunda sobre o tema, especialmente sobre a *dogmática principiológica*, recomenda-se a obra de ESPÍNDOLA já citada.

características distintas. Segundo Alexy, enquanto os princípios determinam a realização de algo na maior medida possível, observadas as circunstâncias jurídicas e fáticas, e não apresentam um mandado definitivo *prima facie*, fornecem razões para a decisão, que poderiam ser afastadas por outras razões decorrentes de outros princípios; as regras, por sua vez, demandam a adoção exata da conduta nelas prevista, obrigando ao cumprimento de um mandamento deôntico (proibição, obrigação ou permissão) dentro das circunstâncias jurídicas e fáticas nelas previstas.¹⁶¹

A título de exemplo, seria possível compreender que o disposto no artigo 7º, XVIII, da Constituição Federal, que institui o direito à licença gestante para a trabalhadora corresponde a uma regra que estabelece um mandado definitivo *prima facie*: presente a condição fática “gravidez”, a gestante terá direito à licença com a manutenção do seu salário, durante cento e vinte e dias. Já o disposto no inciso XXII do mesmo artigo 7º sugere a presença de um princípio ao instituir como direito do trabalhador a “redução dos riscos inerentes ao trabalho”. Nesta hipótese, a norma determina que algo se realize na maior medida possível, ou seja, que sejam editadas normas de saúde, higiene e segurança capazes de reduzir os riscos inerentes ao trabalho, a fim de que estes deixem de existir ou se mostrem imperceptíveis e insignificantes. Tanto no primeiro quanto no segundo caso verifica-se que a conduta prescrita apresenta uma importante distinção *prima facie*.

A partir destes exemplos, é possível vislumbrar que as normas de direitos fundamentais sociais podem assumir tanto a estrutura de regras, quanto a estrutura de princípios, e com isso apresentar diferente caráter *prima facie*.

Ainda, como observou Alexy¹⁶², em crítica a Ronald Dworkin, este caráter *prima facie* não é o mesmo para todos os princípios e para todas as regras. No primeiro caso, o caráter *prima facie* pode ser reforçado ou mitigado a partir da influência da argumentação

¹⁶¹ ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos...*, p. 99.

¹⁶² Idem, p. 99.

jurídica; no segundo, pode estar presente uma cláusula de exceção que afasta a determinação de conduta, de modo a comprometer sua definitividade.

Neste sentido, se um direito fundamental social se configura como regra, caberá ao intérprete tão somente cumprir a conduta prevista em grau de definitividade na norma, adotando uma postura coerente com o mandado, proibição ou permissão nela estampados. Não haveria espaço para cumprir o mandamento apenas em parte, pois com o cumprimento integral dá-se a observância da norma, com seu cumprimento parcial ou não cumprimento, verifica-se sua violação. A lógica que sustenta a aplicação das regras é a do *tudo ou nada*. A única hipótese para a não aplicação da regra, como já referido, seria a existência de uma cláusula de exceção, que determina o seu afastamento. Seria o caso, por exemplo, de estarem presentes os pressupostos para a aplicação da regra segundo a qual a jornada de trabalho não poderá exceder oito horas diárias (art. 7º, XIII, Constituição Federal), todavia, o trabalho realizado é o de contenção de um incêndio pelo único grupo de bombeiros de uma cidade pequena. Se todos os empregados abandonarem os postos de serviço quando encerrada sua jornada de trabalho, o incêndio assumirá proporções impossíveis de serem contidas. Nestas condições, outros princípios aplicáveis ao caso concreto acabam por representar uma cláusula de exceção que determina o afastamento da regra no caso concreto, apesar de presentes as circunstâncias de fato que determinariam sua aplicação.¹⁶³

No caso de direito fundamental social materializado sob a forma de princípios, vale observar que o mandamento jurídico poderá ser densificado a partir de circunstâncias fáticas ou jurídicas, de modo a gerar, ao final, também um mandamento definitivo – o qual não será *prima facie*, pois o mandamento definitivo *prima facie* só está presente nas regras.¹⁶⁴

¹⁶³ ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos...*, p.99-100.

¹⁶⁴ Idem, p. 101. Este processo de densificação se dá mediante a ponderação dos princípios que incidem sobre o caso concreto, cada um com seu peso e importância, muitas vezes em rota de colisão. O tema da ponderação propriamente dita será abordado no item 1.4.2. Neste item, a intenção é tão somente demonstrar que também a aplicação de um princípio poderá resultar em um mandamento definitivo, que substitui o mandamento *prima facie*.

Voltando-se ao exemplo da norma prevista no inciso XXII do artigo 7º da Constituição Federal, pode-se imaginar a situação de um trabalhador em uma mina. Se existem duas formas de escavação de um túnel, uma mais dispendiosa, mas mais segura, e outra mais econômica, entretanto, menos segura para o trabalhador, estará presente o mandamento definitivo, tal como de uma regra, que seja adotada a forma mais dispendiosa porém mais segura. Esta foi a opção do constituinte ao estabelecer a “redução dos riscos inerentes ao trabalho”, de modo que diante do caso concreto a norma de caráter principiológico acaba por assumir a feição de uma regra, com mandamento definitivo *prima facie*.

Logo, tanto no caso dos direitos sociais previstos como regras, como no caso de sua previsão enquanto princípios, o resultado final da atividade hermenêutica poderá levar a um mandamento definitivo para o caso concreto. Além disso, uma mesma norma de direito fundamental social poderá funcionar como regra para um determinado caso concreto, e como princípio em outro, já que não se trata de tipos normativos fechados, mas sim de normas abertas à interpretação.

1.3.1.3 Os três modelos de normas de Alexy

A partir da distinção entre regras e princípios, Alexy observou a existência de três modelos normativos para os direitos fundamentais: o modelo puro de regras, o modelo puro de princípios e o modelo de regras e princípios.

Segundo o modelo puro de princípios¹⁶⁵, existiriam dois tipos de normas de direitos fundamentais: regras ou princípios. Os princípios corresponderiam às garantias diretamente previstas pelas normas jusfundamentais. As regras somente surgiriam quando os

¹⁶⁵ E. von Hippel elaborou um modelo puro de princípios, calcado no valor liberdade: todos os princípios de direitos fundamentais seriam decorrências dos interesses relacionados a este valor. A partir desta noção, elaborou uma fórmula geral: “toda norma de direito fundamental vale somente quando e na medida em que ao interesse de liberdade protegido não se opõe nenhum outro interesse (bem jurídico).” Conforme ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 116.

princípios fossem aplicados ao caso concreto mediante ponderação. o resultado da ponderação seria uma regra, de modo que em virtude da total dependência do modelo normativo das regras em relação aos princípios, este modelo é chamado “modelo puro de princípios”. Em virtude deste caráter dependente dos princípios, o modelo desconsidera o valor normativo da Constituição escrita, deixando de atentar para as diversas regulações referentes a restrições de direitos fundamentais. Alexy ressalta que ainda que em determinados casos seja necessário apartar-se da Constituição escrita, ela não pode ser esquecida como ponto de partida de interpretação.¹⁶⁶

Já o modelo puro de regras determina que todas as normas de direitos fundamentais, enquanto regras, sejam aplicadas independentemente de ponderação. Referido modelo encontraria dificuldades quando confrontado com os três tipos de normas de direito fundamental: sem reserva, com reserva simples e com reserva qualificada.

No primeiro caso, diante da ausência de previsão constitucional para a restrição do direito fundamental, ele não poderia ser restringido sob hipótese alguma, de modo que se configurada a hipótese de incidência normativa, a norma deveria incidir no caso concreto¹⁶⁷. A única forma de afastar a aplicação da regra seria a partir “restrições imanes”, calcadas na teoria da norma de F. Müller, segundo a qual a norma pode ter sua incidência restringida se não estiverem configurados todos os seus pressupostos de fato¹⁶⁸. No caso das regras com reserva simples de restrição, a única restrição possível seria aquela criada pelo legislador, que encontraria como único limite para sua atividade restritiva o texto literal da norma, o que atribui poder excessivo de disposição ao legislador, bem como acaba por determinar o exercício da ponderação. Afirmar a máxima proporcionalidade como limite significaria

¹⁶⁶ ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos...*, p. 116-117.

¹⁶⁷ Idem, p. 19-124.

¹⁶⁸ Este tema será abordado como mais profundidade no Capítulo II, quando tratarmos das restrições às normas de direitos fundamentais.

aplicar a este modelo puro de normas a teoria dos princípios.¹⁶⁹ Finalmente, no caso de direitos fundamentais com reserva qualificada, o modelo puro de regras também se mostra insuficiente, pois para aquilatar se a reserva qualificada pode ser adequadamente aplicada como restrição ao direito fundamental, é necessária a técnica da ponderação, inerente ao modelo de princípios.¹⁷⁰

A partir das críticas apresentadas aos dois modelos anteriores, Alexy elaborou um modelo de direitos fundamentais como um híbrido de regras e princípios. Para tanto, dividiu as normas de direitos fundamentais em dois níveis.

No primeiro, o nível dos princípios, estariam todos os “princípios relevantes para as decisões jusfundamentais segundo a Lei Fundamental”. Estes princípios podem sofrer uma hierarquização em grau, sendo que é de primeiro grau aquele princípio capaz de limitar um direito fundamental sem reserva; e é de segundo grau o princípio que apenas limita um direito fundamental quando existe uma disposição de reserva expressamente prevista. Pode-se diferenciar os princípios, ainda, na medida em que são de conteúdo, ou materiais; e de procedimento, ou formais. O princípio formal determina que a atuação do legislador deve se coadunar com os interesses da comunidade. Um princípio material seria aquele que outorga direitos individuais.¹⁷¹

No nível das regras, “as disposições de direito fundamental podem ser consideradas não só como positivizações de princípios e, portanto, como decisões em favor de princípios, senão também – e com isso ingressamos no segundo nível – como expressão de um intento de estabelecer determinações em relação às exigências dos princípios contrapostos”. Neste último caso surgem direitos fundamentais como regras – elas transparecem as exigências de concretização dos princípios. Com relação a uma certa prevalência do nível das regras em relação ao dos princípios, o autor observa que “o nível das

¹⁶⁹ ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos...*, p. 124-126.

¹⁷⁰ ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos...*, p. 126-129.

¹⁷¹ *Idem*, p., 130-133.

regras prevalece sobre o dos princípios, a menos que as razões para determinações diversas daquelas tomadas no nível das regras sejam tão fortes que também afastem o princípio de sujeição ao texto da Constituição”.¹⁷²

Apesar da individualização destes dois níveis, Alexy salienta que as normas de direitos fundamentais tem caráter duplo, podendo se apresentar tanto por regras quanto por princípios, pois as duas formas (os dois níveis) estão juntos. Esta vinculação fica mais evidente quando uma cláusula restritiva de uma norma de direito fundamental se refere a princípios que são sujeitos à ponderação baseada na proporcionalidade. Assim, se o pressuposto de fato encontra-se enquadrado na previsão de objeto (conteúdo) da norma, esta incide como regra, mas abre a possibilidade para que, se este pressuposto de fato não estiver perfeitamente configurado, ela seja ponderada com outros princípios.¹⁷³

1.3.1.4 Enquadramento das normas de direitos fundamentais sociais em um modelo de regras e princípios

Ao tratar especificamente dos direitos fundamentais sociais – os direitos fundamentais a prestações sociais – Alexy os enquadra no modelo de princípios¹⁷⁴, já que na Lei Fundamental Alemã eles correspondem a normas adscritas às normas jusfundamentais da Constituição. No caso da Lei Fundamental, para conceber direitos prestacionais como direitos subjetivos, se faz necessário adscrevê-los às demais normas de direitos fundamentais instituidoras de direitos subjetivos. Para tanto, Alexy sugere tomar por fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio do Estado Social, o princípio de proteção da família e do matrimônio e o princípio da equiparação entre os filhos, como substratos objetivos para esta adscrição. Assim, os direitos fundamentais sociais não estariam

¹⁷² ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 133-135.

¹⁷³ *Idem*, p. 137.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 486.

positivados a fim de que a literalidade de suas normas pudesse servir como parâmetro hermenêutico.

No Brasil, dada a positividade das normas de direitos fundamentais sociais, o que não exclui a dimensão principiológica, torna-se necessário adotar um modelo que considere as normas escritas, especialmente quando assumem o caráter de regra – como a regra estampada no art. 212 da Constituição Federal, que instrumentaliza o direito à educação prevendo cotas mínimas de investimento do orçamento da União, dos Estados e dos Municípios, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Nestas condições, parece mais adequado considerar os direitos fundamentais sociais de caráter prestacional como pertencentes a um modelo normativo de regras e princípios.

Importante esclarecer que adotar este modelo não significa escalonar hierarquicamente as normas de direitos fundamentais sociais no sentido de que aquelas previstas sob a forma de princípios teriam grau superior em relação àquelas previstas sob a forma de regras, e que estas últimas ainda seriam, necessariamente, especificações das normas principiológicas.¹⁷⁵ Todas estas normas, na medida em que configuram normas constitucionais, encontram-se sob a mesma hierarquia, e o desrespeito ao quanto preceituam traduz violação à Constituição, sujeita ao controle de constitucionalidade com o mesmo rigor. A questão é que os direitos fundamentais sociais podem assumir uma ou outra forma, a partir da atividade hermenêutica a ser desempenhada pelo intérprete, e neste sentido, a posição jurídica na qual investe seu titular terá maior ou menor definitividade *prima facie*. Vale lembrar que os princípios se realizam em diferentes graus; as regras, por sua vez, devem ser

¹⁷⁵ Este escalonamento é defendido por Celso Antônio Bandeira de Mello, ao afirmar que “violiar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada”. *Apud* ESPÍNDOLA, R. S. Ob. cit., p.117. No mesmo sentido, Eros Roberto Grau, também referido por ESPÍNDOLA, R. S. Ob. cit., p. 129.

aplicadas integralmente se presente sua hipótese de incidência. Todas estas normas buscam efetividade, e é neste sentido que serão abordadas por este estudo.

1.3.2 Ponderação para identificação de direitos sociais definitivos

A partir da constatação de que os direitos fundamentais sociais se enquadram em um modelo normativo de regras e princípios, faz-se necessário observar que, enquanto princípios, sua aplicação estará sujeita ao mecanismo da ponderação. De fato, a posição jurídica *prima facie* outorgada pela norma, após o balanceamento com outros bens jurídicos em jogo, deverá dar lugar a uma posição jurídica definitiva na solução do caso concreto.

A ponderação surgiu no início do século XX como uma reação daqueles autores que se filiavam à jurisprudência dos interesses, como Philip Heck, à jurisprudência dos conceitos.¹⁷⁶ O método foi desenvolvido pela jurisprudência dos valores, a partir dos julgados proferidos pela Corte Constitucional da Alemanha. Segundo Karl Larenz, “a ponderação de bens em cada caso é um método de complementação do direito, que visa a solucionar as colisões de normas”.¹⁷⁷

Em texto recente, Alexy chegou a afirmar que “princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm e estrutura de princípios e quem classifica as normas como princípios deve chegar a ponderações”.¹⁷⁸

Não se descarta, entretanto, que mesmo as regras de direitos fundamentais sociais possam passar, de certa forma, pela ponderação quando em conflito com outros princípios.

¹⁷⁶ TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. In ____ (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 421.

¹⁷⁷ LARENZ, Karl. “Methodenlehre der Rechtswissenschaft”. Berlin: Springer Verlag, 1983, p. 397. *Apud* TORRES, Ricardo Lobo. Ob. cit. p. 421.

¹⁷⁸ ALEXY, R. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. p. 75.

Como já relatado, mesmo as regras podem ter sua aplicação afastada de determinado caso concreto na medida em que se introduz uma cláusula de exceção materialmente informada por um princípio.¹⁷⁹ Todavia, ainda que se aceite – tal como preconiza Alexy – que a ponderação se verifica exclusivamente entre princípios, e no caso das regras, o que seria ponderado seria o princípio informador da regra, e não esta em si, forçoso é admitir a importância deste instituto para a efetividade dos direitos fundamentais sociais, especialmente quando diante de condições restritivas ou adversas, como a reserva do possível.

Segundo a teoria dos princípios, uma intervenção em um direito fundamental somente será aceitável se devidamente ponderada, sendo que esta ponderação tem sua racionalidade no postulado da proporcionalidade. Embora este tema tenha força quando se tratar das restrições aos direitos fundamentais, torna-se necessário abordá-la neste tópico, na medida em que é inerente à concepção dos direitos fundamentais sociais como um sistema de regras e princípios.

1.3.2.1 A regra de ponderação

Segundo Daniel Sarmento, a ponderação de bens corresponde à “a técnica de decisão que, sem perder de vista os aspectos normativos do problema, atribui especial relevância às suas dimensões fáticas”.¹⁸⁰ Nestas condições, ela está relacionada ao princípio de hermenêutica constitucional da “concordância prática”, segundo o qual os bens jurídicos que entram em conflito são submetidos a uma análise de coordenação e combinação, ou, então, são colocados em concorrência a fim de evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros.

¹⁷⁹ Como na análise do caso *Riggs vs. Palmer*, relatado por H.L.A. Hart, em ob. cit. p. 262.

¹⁸⁰ SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In Paulo Lobo Torres (Org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 55

A ponderação está relacionada com o método hermenêutico-concretizador desenvolvido por Konrad Hesse¹⁸¹, segundo o qual toda interpretação constitucional corresponde à concretização, ou seja, o intérprete deve preencher o sentido da norma interpretada a partir de uma atividade prática-normativa que tem por base a experiência concreta. Não se trata de um método necessariamente voltado para os valores constitucionais, mas sim um método problematicamente orientado, tendo sempre como ponto de partida a norma (e não o problema, como ocorreria no caso do método tópico-problemático).¹⁸² Neste sentido, a concretização trabalha com os elementos fornecidos pelos outros métodos hermenêuticos (literal, sistemático, histórico e teleológico), bem como os princípios de interpretação constitucional (unidade da Constituição, efetividade, concordância prática, etc.), colocando-os em discussão para a solução do caso concreto na medida em que fornecem premissas justas e razoáveis para resolvê-lo.

Ocorre que a ponderação tem no seu caráter hermenêutico apenas uma de suas facetas: seu principal objetivo é a solução de tensões normativas. Foi o que observou Canotilho:

Aqui, o *balancing process* vai recortar-se em termos autónomos para dar relevo à ideia de que no momento da ponderação está em causa não tanto atribuir um *significado normativo* ao texto da norma, mas sim equilibrar e ordenar bens conflitantes (ou, pelo menos, em relação de tensão) num determinado caso. Neste sentido, o balanceamento de bens situa-se a jusante da interpretação. A actividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos e aplicar. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens.¹⁸³

Nestes termos, bem resume Daniel Sarmiento:

Enfim, o método da ponderação de bens tem em comum com a hermenêutica concretizadora o fato de se alicerçarem ambos sobre os mesmos pilares: a preocupação especial com o caso concreto (problema), sem descuido das dimensões normativas da Constituição. Ambos partem das normas constitucionais postas, mas só se aperfeiçoam em vista do problema concreto sobre o qual são chamados a atuar.¹⁸⁴

¹⁸¹ Sobre o tema, ver HESSE, Konrad. Ob. cit, p. 61-69.

¹⁸² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1086.

¹⁸³ Idem, p. 1110.

¹⁸⁴ SARMENTO, D. Ob. Cit., p. 64.

Este método hermenêutico é o que traz soluções mais racionais para a resolução dos conflitos que eventualmente se verificam entre princípios¹⁸⁵. Vale ressaltar que a existência de conflitos quando da aplicação dos princípios decorre de sua própria natureza¹⁸⁶, afinal, a estrutura aberta e flexível destas normas permite uma gama variada de significados, sendo que eventualmente um deles pode chocar-se com o proposto por outro princípio. Como já havia sido afirmado, a norma principiológica prevê um determinado estado de coisas que deve ser alcançado na maior medida possível. A variedade de meios para atingi-lo, e esta “maior medida possível” são elementos que, por si só, sugerem a necessidade de ponderação. Como bem observou Daniel Sarmiento, “pela própria estrutura aberta e flexível dos princípios, que não possuem um campo de incidência rigidamente delimitado, torna-se por vezes muito árdua, senão impossível, a tarefa de estabelecer *a priori* as fronteiras dos seus âmbitos normativos com seus congêneres”.¹⁸⁷

Em virtude da abertura constitucional, e em respeito à sua unidade normativa, necessário se faz um método que respeite os princípios vigentes, e os acomode, sempre que entrarem em conflito quando da solução de um caso concreto.

Como observou Raquel Denize Stumm:

Decorre do caráter de princípio das normas de direito fundamental a exigência de otimização de seu conteúdo, ou seja, de seu efeito em relação a ordem jurídica e circunstâncias concretas. Isso se verifica quando os princípios colidem por um conter a proibição de algo que o conteúdo do outro permite. A solução, agora, será dada pelo caso concreto, pois é no momento da concreção que os princípios revelam seus diferentes pesos.¹⁸⁸

¹⁸⁵ A doutrina tem utilizado a expressão conflito quando aplicada a princípios, e colisão, quando aplicada a direitos e bens jurídicos. Neste sentido, SARMENTO, D. Ob. Cit., p. 38. Ainda CANOTILHO, Ob. Cit, p. 1137

¹⁸⁶ Tratando do tema, Alexy chega a afirmar que não é possível conceber um catálogo de direitos fundamentais – como o brasileiro – sem que se verifique colisão de direitos fundamentais, seja a colisão em sentido estrito, em que somente tomam parte os direitos fundamentais, seja a colisão em sentido amplo, na qual os direitos fundamentais eventualmente entram em colisão com outros bens jurídicos, ou com quaisquer normas e princípios. ALEXY, R. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. p.68

¹⁸⁷ SARMENTO, D. Ob. Cit., p. 39.

¹⁸⁸ STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 77-78.

Esta avaliação no caso concreto é feita através da técnica da ponderação, que vai estabelecer, através de uma regra, qual norma deve prevalecer, sempre em respeito ao princípio da unidade da Constituição.

Da análise dos julgados do Tribunal Constitucional, Alexy identificou uma “lei da ponderação”, que sempre está presente quando a ponderação é posta em prática, e vale para todos os princípios: “quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro”.¹⁸⁹ Esta lei deixa claro que nunca é possível determinar de forma absoluta o peso de um princípio, senão sempre em relação a outro, o que depende de uma certa “lógica do razoável”.¹⁹⁰

A aplicação do método da ponderação vai sempre estar relacionada à necessidade de argumentação racional pelo intérprete, a qual levará ao enunciado de preferência de um determinado princípio sobre o outro. Para tanto, são aceitáveis todos os argumentos jurídicos, o que permite trazer para a decisão jurídica os pormenores do caso concreto, os bens jurídicos em conflito, bem como averiguar o conteúdo de todas as normas jurídicas envolvidas. Todos eles podem determinar a fundamentação da ponderação.¹⁹¹

Além disso, a ponderação é um método que passa por três fases distintas: a primeira, em que se avalia a intensidade da intervenção de um princípio no âmbito normativo do outro princípio; a segunda, em que é analisada a importância das razões que justificam esta intervenção; e a terceira, na qual se dá propriamente a ponderação em sentido estrito.¹⁹²

Muitas foram as críticas que foram lançadas contra o método da ponderação. Talvez as principais delas sejam as seguintes: (1) a ponderação subordina os direitos fundamentais a uma “reserva de ponderação”; (2) trata-se de método inconsistente pois traduz procedimento formal, não fornecendo pautas materiais vinculantes para a solução dos casos

¹⁸⁹ ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 161.

¹⁹⁰ SARMENTO, D. *Ob. Cit.*, p. 55-56.

¹⁹¹ ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos ..*, p. 167.

¹⁹² ALEXY, R. *Colisão de direitos fundamentais...*, p. 78.

concretos, de modo que diversas pessoas podem chegar a diferentes resultados de peso e grau de afetação de um princípio; (3) a ponderação atribui margem exagerada de discricionariedade aos juízes para escolha dos princípios a serem aplicados ao caso concreto¹⁹³; (4) a ponderação atribui excessivo poder ao Judiciário em detrimento do Legislativo, na medida em que eles estariam autorizados a fazer escolhas políticas, implicando uma perda de legitimidade democrática no procedimento jurídico, já que os juízes não são eleitos.¹⁹⁴

Referidas críticas, ainda que importantes para o amadurecimento das teorias jurídicas, não resistiriam a uma análise mais cuidadosa.

A primeira crítica, ao afirmar que o método da ponderação esvazia o conteúdo dos direitos fundamentais, em verdade não se atenta para o fato de que ocorre precisamente o oposto. Se fosse adotada uma hierarquia normativa fechada para as normas de direitos fundamentais, por certo seu conteúdo restaria esvaziado, na medida em que deixaria de considerar a importância do caso concreto. A existência de um extenso catálogo de direitos fundamentais – e mesmo de direitos fundamentais sociais – implica a necessidade de relativização de seu conteúdo, sob pena de tornar letra morta determinadas disposições jusfundamentais, o que não se poderia admitir a partir da própria fundamentalidade destas normas.¹⁹⁵

Com relação à segunda crítica – a ponderação é uma fórmula vazia, procedimental – Alexy se contrapõe veementemente. Observa o mestre alemão que, ainda que a lei da ponderação enquanto tal realmente não veicule uma pauta material para solução dos casos concretos, o “modelo da ponderação como um todo proporciona um critério ao vincular a lei

¹⁹³ Esta crítica é veiculada por Fridrich Müller, em sua obra *Le Discours de la Méthode Juridique*. Tradução de Olivier Jonanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 96. *Apud* Daniel Sarmiento, ob. cit. p. 67-68.

¹⁹⁴ Crítica veiculada pelos adeptos da corrente “interpretativista” nos EUA, e por Ernst Forsthoff, na Alemanha. SARMENTO, D. Ob. Cit. p. 68. ALEXY, R., *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 171.

¹⁹⁵ SARMENTO, Ob. cit., p. 68-69.

da ponderação com a teoria da argumentação jurídica racional”.¹⁹⁶ Logo, na medida em que a ponderação determina o que deve ser fundamentado jurisdicionalmente, ela traz uma pauta a ser considerada.

As críticas de matiz metodológico (3) e (4) oferecem argumentos com maior peso. De fato, não se pode negar que a ponderação confira uma certa dose de discricionariedade ao julgador, bem como admite que um mesmo caso concreto poderia receber duas decisões judiciais diferenciadas, dependendo da argumentação apresentada. Este aspecto, por certo, comprometeria, em parte, a segurança jurídica. Todavia, a melhor forma de responder a estas críticas é aquela que tem por base a realidade do sistema jurídico: não existe outra alternativa mais atraente, como bem observou Borowski.¹⁹⁷

Já se analisou que um modelo normativo exclusivo de regras – o qual configuraria o máximo em segurança jurídica – não é capaz de solucionar todas as questões envolvendo os direitos fundamentais. Existem normas de caráter principiológico que não poderiam ser absolutizadas e hierarquizadas a fim de fornecer maior “segurança” ao aplicador do Direito. O resultado seria uma subsunção cega de normas ao caso concreto, sem observar suas circunstâncias, e sem comprometimento com o ideal de justiça. É sempre válido lembrar que um dos princípios que sustentam a interpretação das normas constitucionais é o da máxima efetividade. Em uma Constituição com extenso catálogo de direitos fundamentais, necessário se faz relativizá-los e aplicá-los segundo o método da ponderação de modo que todos tenham o maior alcance possível.

Vale observar o que afirma Daniel Sarmento:

De qualquer forma, é certo que no método de ponderação de bens, a validade da decisão pode ser aferida através de critérios racionais e, tanto quanto possível, objetivos, a partir da fundamentação decisória. A legitimidade da decisão deve ser aquilatada através da justificação das restrições impostas a cada bem jurídico em confronto, que têm de observar o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. Ademais, o resultado

¹⁹⁶ ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos...*, p. 167.

¹⁹⁷ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 57.

final do processo pode ser analisado sob o prisma da sua conformidade com a táboa de valores consagrados na Constituição. É evidente que jamais se atingirá a objetividade plena no processo de ponderação, mas daí a afirmar-se que tal processo é puramente subjetivo e irracional, vai uma longa distância.¹⁹⁸

A respeito da insegurança jurídica, observa Borowski¹⁹⁹ que seria possível criar um sistema coerente de precedência de decisões, na medida em que os casos semelhantes se repetissem diante dos tribunais, a fim de receberem todos a mesma decisão judicial. A cada decisão judicial, se estabelecem determinações que poderiam ser desenvolvidas até se chegar a um sistema de relações abstratas de precedência. Com isso, a segurança jurídica estaria protegida. Este sistema, ainda, não vedaria a hipótese de novas decisões, sempre que presentes novos elementos a serem ponderados, e desde que presente uma carga argumentativa capaz de reverter o entendimento anterior.

Com relação à legitimidade do Poder Judiciário para proceder a esta ponderação, remete-se o leitor para o Capítulo III, seção 3.4, na qual o tema será abordado com mais profundidade, bem como estará especialmente relacionado com a aplicação dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível.

Recentemente, Ricardo Lobo Torres chegou a afirmar que a ponderação deixou de ser apenas um método de aplicação do direito para tornar-se um verdadeiro princípio jurídico, que proclama um estado de coisas a ser atingido: o estado de coisas resultado da ponderação. Afirma o autor que “O Estado moderno é um Estado de Ponderação (*Abwägungsstaat*), seu direito constitucional é impregnado pela ponderação (*Abwägung*), sob a idéia diretiva (*Leitidee*) de uma distribuição otimizada de liberdade (*Freiheit*), de funções estatais (*staatlichen Funktionen*) ou de alocação otimizada de recursos (*von optimaler Ressourcerallokation*)”.²⁰⁰

¹⁹⁸ SARMENTO, D. Ob. cit., p. 70-71.

¹⁹⁹ BOROWSKI, M. Ob. cit. p. 58.

²⁰⁰ TORRES, R. L. Ob. cit. p. 426.

Este aspecto da ponderação como um princípio que rege as atividades estatais pode assumir especial relevância se considerado como um complemento da vinculação do Estado aos direitos fundamentais, especialmente os direitos fundamentais sociais. Nestas condições, não só estaria o Estado vinculado ao cumprimento das normas jusfundamentais sociais, como também deveria balizar todas as suas atividades estatais, dentre as quais a alocação dos recursos necessários à efetividade destas normas, pelo critério da ponderação que leve em consideração os direitos mencionados. Trata-se de um aspecto novo da ponderação que, por certo, mereceria todo um estudo à parte. No presente estudo, ele será referendado apenas superficialmente.

1.3.2.2 O preceito da proporcionalidade

Voltando-se à ponderação enquanto método de aplicação das normas constitucionais, e primordialmente das normas de direitos fundamentais sociais, é preciso enfatizar que a proporcionalidade²⁰¹ é o elemento capaz de trazer racionalidade e lucidez à sua aplicação.

Segundo Ricardo Lobo Torres²⁰², a ponderação de bens é informada pelos princípios da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*), do melhor meio (*schönendsten Mittels*) e da menor restrição possível (*geringstmöglichen Einschränkung*).

²⁰¹ Embora alguns autores, como Luís Roberto Barroso, e Ricardo Lobo Torres, utilizem as expressões proporcionalidade e razoabilidade indistintamente, muitos doutrinadores enfatizam a diferença existente entre elas. É o que ressalta Willis Santiago Guerra Filho, ao afirmar que enquanto o princípio da razoabilidade tem origem anglo-saxônica, o princípio da proporcionalidade tem origem alemã, de modo que se trata de dois institutos “incomensuráveis”. Acrescenta: “A desobediência ao princípio da razoabilidade significa ultrapassar irremediavelmente os limites do que as pessoas em geral, de plano, considerariam aceitável, em termos jurídicos. É um princípio com função negativa. Já o princípio da proporcionalidade tem uma função positiva a exercer, na medida em que pretende demarcar aqueles limites, indicando como nos mantermos dentro deles – mesmo quando não pareça, a primeira vista, ‘irrazoável’ ir além”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In _____ (Org.) *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 26.

²⁰² TORRES, R. L. Ob. cit. p. 423.

A proporcionalidade, segundo Humberto Ávila,²⁰³ corresponde a um postulado normativo que informa a aplicação das normas jurídicas. Segundo este autor, não se refere, ela própria, a uma norma prescritiva de condutas, mas sim a uma “metanorma”, que fornece os critérios a serem observados quando da aplicação das demais normas jurídicas, regras ou princípios.²⁰⁴ Sua atuação, por certo, ganha relevo na ponderação de bens, bem como na análise da idoneidade das restrições e interferências do legislador no âmbito normativo de um direito fundamental. A questão relativa às restrições será apreciada no próximo Capítulo, sendo que neste se tratará da proporcionalidade como instrumento racionalizador do método de ponderação, na tratativa dos direitos fundamentais sociais enquanto princípios.

Embora a proporcionalidade não tenha sido expressamente prevista na Constituição Brasileira²⁰⁵, ao contrário do que se deu com a Constituição Portuguesa²⁰⁶, e a Lei Fundamental Alemã, atualmente não mais se discute na doutrina e nos tribunais acerca de seu cabimento e pertinência no regime jurídico brasileiro. Como bem observou Luís Virgílio Afonso da Silva, a exigência da proporcionalidade decorre da própria estrutura dos direitos fundamentais:

Se se admite que a grande maioria dos direitos fundamentais são princípios (...), admitese que eles são *mandamentos de otimização*, isto é, normas que obrigam que algo seja

²⁰³ ÁVILA, H. Ob. cit., p. 80.

²⁰⁴ Neste sentido, a proporcionalidade não poderia assumir a conotação de princípio dada por Robert Alexy, ou seja, enquanto mandado de otimização a ser aplicado na maior medida possível. Luís Virgílio Afonso da Silva partilha deste entendimento, tratando da proporcionalidade enquanto regra, e não enquanto princípio, já que ela se aplica aos casos pelo método da subsunção. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos Tribunais*, v. 798, abril 2002, p. 25-26. Esta não é a posição de Ricardo Lobo Torres, para quem a razoabilidade – expressão utilizada pelo autor como sinônimo de proporcionalidade – atualmente configura verdadeiro princípio jurídico. Segundo o autor, tanto a ponderação quanto a proporcionalidade assumem a posição de “*princípios de legitimação de todos os outros princípios constitucionais*, não só dos princípios fundantes do ordenamento jurídico (dignidade humana, soberania, cidadania, etc.), como dos princípios vinculados à liberdade, à segurança e à justiça, tornando-se modelo para as apreciações de *lege ferenda*.” TORRES, R. L., Ob. cit., p. 432.

²⁰⁵ SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 80.

²⁰⁶ Observa Willis Santiago Guerra Filho: “Não há previsão expressa, em nossa Constituição, do princípio em tela, à diferença, por exemplo, da Constituição Portuguesa de 1974, que em seu art. 18º, dispoendo sobre a ‘força jurídica’ dos preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais – de modo equiparável ao que é feito, em nossa Constituição, nos dois parágrafos do art. 5º -, estabelece, no inciso II, *expressis verbis*: ‘A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos’”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p.61.

realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades *fáticas e jurídicas*. E a análise da proporcionalidade é justamente a maneira de se aplicar esse dever de otimização ao caso concreto. É por isso que se diz que a regra da proporcionalidade e o dever de otimização guardam uma relação de mútua implicação.²⁰⁷

Além disso, é o princípio da proporcionalidade que permite aquilatar a idoneidade das intervenções de um princípio de direito fundamental em outro. Segundo Daniel Sarmiento²⁰⁸, ele possibilita a “penetração no mérito do ato normativo, para aferição da sua razoabilidade e racionalidade, através da verificação da relação custo-benefício da norma jurídica, e da análise da adequação entre o seu conteúdo e a finalidade por ela perseguida”. Para tanto, a proporcionalidade se divide em três elementos: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.²⁰⁹

A adequação diz respeito à aptidão da medida analisada atingir os fins para os quais foi instituída. A necessidade se relaciona à inexistência de outros meios menos gravosos aos direitos fundamentais dos envolvidos para a consecução destes fins. E a proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, corresponde ao sopesamento dos bens e direitos em conflito *stricto sensu*, ou seja, quanto mais severamente for atingido um direito fundamental, maior deve ser o peso do princípio contraposto.

Existem autores, como Willis Santiago Guerra Filho, que defendem que a proporcionalidade em sentido estrito tem por objetivo resguardar o “conteúdo essencial” dos direitos fundamentais, especialmente aferido com base na dignidade da pessoa humana.²¹⁰ Entretanto, parece não haver uma correspondência necessária entre estes dois institutos, na medida em que seria possível imaginar casos em que o sacrifício integral de um determinado direito fundamental será o único meio de se garantir a efetividade de outro, no caso concreto, prevalecente sobre aquele primeiro.

²⁰⁷ SILVA, L. V. A da. Ob. cit., p. 43-44.

²⁰⁸ SARMENTO, D. Ob. cit. p. 57. Vale ressaltar que neste tópico o autor equipara razoabilidade com proporcionalidade, o que será distinguido no Capítulo II, quando for necessário tratar da sua atuação em relação à restrição dos direitos fundamentais.

²⁰⁹ STUMM, R. D. Ob. cit. p. 79-81.

²¹⁰ GUERRA FILHO, W. S. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. p. 68; e Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade, p.27.

Voltar-se-á ao tema da proporcionalidade no Capítulo II. No presente momento, é importante tão somente guardar a noção de que é ela que oferece instrumentalidade à ponderação de princípios. Na medida em que os direitos fundamentais sociais correspondem primordialmente a princípios, que estabelecem posições jurídicas *prima facie*, é através da proporcionalidade e da ponderação que será possível definir posições jurídicas definitivas, prontamente justicializáveis.

1.3.2.2.1 Proibição do excesso e proibição da insuficiência

Segundo Raquel Denise Stumm, a proporcionalidade surgiu a partir da idéia de limitação do poder no século XVIII. É um “valor suprapositivo ao Estado de Direito e visa garantir a esfera de liberdade individual das ingerências administrativas”.²¹¹ Neste sentido, o princípio da proporcionalidade também poderia ser chamada de princípio da proibição do excesso, segundo o qual os atos dos poderes públicos – sejam legislativos, sejam administrativos – não poderiam ameaçar de forma excessiva, ou seja, em desproporcional, os direitos fundamentais dos indivíduos.

Logo, enquanto proibição do excesso, a proporcionalidade assume uma dimensão negativa, de proteção do indivíduo contra os atos estatais, que muito se aproxima dos direitos fundamentais na função de defesa.

Esta identificação do preceito da proporcionalidade com a proibição do excesso se conforma a uma concepção liberal de Estado, bem como a uma concepção liberal de direitos fundamentais. A concepção liberal é aquela que determina o primado da liberdade individual sobre a ingerência dos poderes públicos, que a coloca como um dado anterior à concepção do Estado, cujo conteúdo não pode ser delimitado ou restringido via lei.²¹²

²¹¹ STUMM, R. D. Ob. Cit., p. 78-79.

²¹² Sobre o tema ver CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1242-1243.

É certo que, apesar de a Constituição Brasileira ter previsto uma série de direitos de defesa, bem como proteger a liberdade individual, a autonomia privada, e outros valores nitidamente liberais, ela os vestiu com uma nova linguagem, mais condizente com a realidade atual, em que mesmo os direitos tradicionalmente concebidos como “de liberdade” necessitam da estrutura estatal para se tornarem efetivos, ainda que seja apenas a estrutura institucional do Judiciário, e a manifestação do poder de polícia pelo Estado, que protege direitos fundamentais de uns cidadãos contra o ataque de outros.

Nesta condição, liberdade só tem sentido se acompanhada de igualdade, de modo que a concepção social de Constituição passou a se incorporar à concepção liberal.

A concepção social foi desenvolvida como uma reação aos exageros da doutrina liberal, especialmente em virtude da problemática decorrente do fato de muitos não poderem exercer os direitos e garantias de liberdade constitucionalmente previstos por lhes faltarem as condições materiais necessárias. Daí a necessidade de um Estado interventor na ordem econômica, e garantidor dos novos direitos fundamentais, os direitos sociais.²¹³

A Constituição Brasileira (e neste sentido, também a Constituição Portuguesa) “recolhe daquelas duas concepções as suas principais características, integrando-as num conjunto unitário, numa teoria original, cuja característica principal é a unidade e a tensão dialética entre os tradicionais direitos negativos e os novos direitos positivos”.²¹⁴

Nestas condições, a proporcionalidade também assumiu um caráter positivo, de proteção de uma exigência mínima de igualdade e libertação da necessidade do indivíduo perante o Estado, que passou a ser chamada de proibição da insuficiência.²¹⁵ Se, por um lado, a intervenção do Estado nos direitos de defesa não poderia ser demasiada ou desproporcional,

²¹³ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1245-1246.

²¹⁴ CANOTILHO, J. J. G., MOREIRA, V. *Fundamentos da Constituição*, p. 104.

²¹⁵ Neste mesmo sentido se manifestou Luís Virgílio Afonso da Silva, observando que a proporcionalidade se aplica em casos nos quais não há excesso, mais ausência, insuficiência. SILVA, L. V. A da. Ob. cit., p. 26-27.

também quando destinatário de normas de natureza prestacional, não poderia o Estado agir de forma insuficiente, a ponto de tornar eficaz a própria norma constitucional.

Interessante observar que o primeiro tribunal a reconhecer a proporcionalidade na dimensão da proibição da insuficiência foi a Corte Suprema Alemã, sendo que a Lei Fundamental de Bonn praticamente não traz em seus textos direitos fundamentais sociais positivados. Como bem observou Paulo Cogo Leivas²¹⁶, o conceito de proibição da não-suficiência (*Untermißverbot*) é recente mesmo na Alemanha, e decorre logicamente da feição principiológica das obrigações estatais impostas pelos direitos fundamentais.

Segundo a proibição da atuação insuficiente, tanto o legislador, quando da especificação de normas relativas a direitos fundamentais sociais prestacionais, quanto o administrador, quando da realização de atos concretos de prestação social, estão obrigados a alcançar limites mínimos do fim estabelecido na norma. Trata-se da aplicação da proporcionalidade para o fim de resguardar a efetividade da prestação positiva prevista em uma norma de direito fundamental social, de modo que a ação dos poderes públicos também deverá ser submetida aos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Nesta medida, uma determinada ação estatal deve ser adequada ao fim normativamente estabelecido (adequação), dentre as diversas possíveis, deve ser a que melhor alcança esta finalidade, ou seja, a que mais satisfaz (em sentido positivo) os direitos fundamentais envolvidos, causando os menores danos (em sentido negativo) aos direitos fundamentais de outros (necessidade), e a importância da satisfação da prestação deve ser de

²¹⁶ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *A Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2002, p. 59.

tal monta que justifique a intervenção em direitos fundamentais de outros (proporcionalidade em sentido estrito).²¹⁷

A proporcionalidade, portanto, pode assumir estas duas conotações, de proibição do excesso, e de proibição de não-suficiência, sendo que em se tratando de estudo voltado para os direitos fundamentais sociais a prestações, a segunda dimensão assumirá especial relevância, especialmente quando da análise da proporcionalidade de restrições impostas pelos poderes públicos a estes direitos, bem como da imposição de condições que lhes neguem a efetividade constitucional hoje reclamada pela maior parte da doutrina.

1.3.3 Direitos fundamentais sociais definitivos

Para o fim de identificar os direitos fundamentais, Robert Alexy desenvolveu a seguinte idéia reitora: “os direitos fundamentais são posições tão importantes que sua outorga ou não outorga não pode ficar nas mãos da simples maioria parlamentar”.²¹⁸ Nesta idéia fica evidente uma tensão entre o princípio democrático e os direitos fundamentais, a qual não pode ser de todo solucionada. Pretende o autor, a partir de uma concepção formal dos direitos fundamentais, identificá-los através da necessária complementação material, mediante uma argumentação substancial de direito constitucional.

Assim, a idéia reitora que estabelece um direito fundamental geral a prestações é a seguinte: “Sobre a base de normas jusfundamentais, cada um se encontra em posições de direitos a prestações que, desde o ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que sua outorga ou denegação não pode ficar nas mãos da simples maioria parlamentar”.²¹⁹ A medida daquilo que é “tão importante” será encontrada através da argumentação material de

²¹⁷ LEIVAS, P. G. C. Ob. cit., p. 59-61, citando a obra de BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien: Die Unterscheidung von Prima-facie Position und definitiven Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos Verl-Ges, 1998, p.151-155.

²¹⁸ ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 432.

²¹⁹ ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 435.

direitos fundamentais, em especial utilizando-se do conteúdo dos demais direitos fundamentais, da dignidade humana, e do Estado social.

No caso brasileiro, embora os direitos fundamentais sociais estejam expressamente positivados, sua aplicação ao caso concreto em diversas oportunidades demanda ponderação, já que grande parte de suas normas tem caráter principiológico, determinando um estado de coisas a ser alcançado, porém sem prever precisamente os meios necessários para tanto. Nessas situações, a idéia reitora desenvolvida por Robert Alexy pode transformar-se num importante fator que direciona esta ponderação, na medida em que ela busca resgatar a dimensão da fundamentalidade das normas de direitos sociais, colocando-as em um patamar jurídico de superior hierarquia em relação às demais normas do ordenamento jurídico, bem como, no caso do próprio sistema constitucional (fundamentalidade formal), e fazendo referência aos valores e conceitos materialmente relevantes que as informam.

Segundo Alexy, em análise da estrutura constitucional alemã, as normas de direitos fundamentais sociais adscritas têm uma estrutura bastante diferenciada das demais normas de direitos fundamentais: podem ser vinculantes, ou não vinculantes; garantir direitos subjetivos, ou ser normas objetivas; outorgar posições definitivas, ou posições jurídicas *prima facie*. Cada estrutura garante um determinado grau de força ao direito, sendo que a estrutura “mais forte” equivaleria a normas vinculantes para o Estado, instituidoras de direitos subjetivos a posições jurídicas definitivas; e a estrutura “mais fraca” corresponderia a normas não vinculantes, de caráter objetivo, que atribuíssem apenas posições jurídicas *prima facie*.

Além de diferentes estruturas, Alexy observa que os direitos fundamentais sociais têm diferente conteúdo: esses direitos podem ser direitos com um conteúdo mínimo essencial, ou seja, o direito a um mínimo vital; ou direitos de um conteúdo máximo, relacionado à realização plena dos direitos fundamentais.

Por essas razões, esses direitos prestacionais não poderiam ser tratados como uma questão de tudo ou nada, pois haveria pormenores em cada caso concreto que deveriam ser levados em consideração. Para tanto, o autor procura formular uma proposta de modelo de direitos prestacionais em sentido estrito, baseada na teoria dos princípios, orientada pela idéia reitora formal, e com considerações acerca dos prós e contras sustentados pela doutrina.

Analisando os argumentos favoráveis a uma teoria de direitos fundamentais sociais, o autor localizou o argumento da liberdade fática, segundo o qual não se pode conceber a possibilidade de o cidadão gozar de liberdade jurídica, escolhendo entre fazer ou não fazer algo, se não dispuser das condições materiais necessárias à realização desta escolha.

Neste mesmo sentido, observou Konrad Hesse:

Para os desempregados, a liberdade de profissão é inútil. Liberdade de aprender e livre escolha dos centros de formação ajudam somente àquele que está financeiramente em condição de terminar a formação desejada e ao qual tais centros de formação estão à disposição. A garantia da propriedade somente tem significado real para proprietários, a liberdade de habitação somente para aqueles que possuem uma habitação. Se essas e outras liberdades devem ser mais do que liberdades sem conteúdo, então elas também pressupõem mais do que uma proibição de intervenções estatais, ou seja, aquele sistema de medidas planificadoras, fomentadoras e conservadoras da política econômica e social, da política cultural e educacional, da política sanitária e familiar, que caracteriza o estado social atual, por exemplo, em prêmios de poupança para construção, subsídio de habitação e familiar por filhos ou de apoio estatal de formação e aperfeiçoamento profissional.²²⁰

Além deste poderoso argumento, Alexy identificou um outro, inerente ao Estado Social, segundo o qual a complexa sociedade industrial e de automação em que se vive atualmente, na qual o substrato material de sobrevivência não pode ser alcançado individualmente pelo sujeito de direitos, implica na necessidade de um Estado provedor.²²¹

Os argumentos contrários à identificação dos direitos fundamentais sociais – e na mesma esteira, à sua plena efetividade – seriam de duas ordens: formal e material. Segundo o argumento de ordem formal, o Tribunal Constitucional não seria competente para ditar tarefas

²²⁰ HESSE, K. Ob. cit., p. 176-177.

²²¹ Precisamente este Estado provedor tem sido desmontado pelo novo ideal neoliberal, que prega um Estado mínimo, tão somente regulador das ações e reações do mercado e da atuação das empresas privadas. O Estado de Bem-Estar tem sofrido um intenso processo de desaparecimento, e nestas condições, por certo, sofrem em efetividade os direitos prestacionais que dele dependem.

sociais (“políticas públicas”) ao Estado, ainda que com base em normas jurídicas, pois isto representaria uma invasão indevida de competências. Este argumento está vinculado ao princípio democrático e ao princípio da separação dos poderes, a respeito dos quais será feita uma abordagem no Capítulo III, seção 3.4.

De outro lado, o argumento material afirma que os direitos a prestações sociais são incompatíveis com os direitos de defesa de outros cidadãos. Para que o Estado possa prestar algo a certas pessoas, ele deve restringir liberdades de outros, afetando, assim, sua esfera de liberdade frente ao Estado. Existiriam também violações aos direitos de defesa do próprio titular do direito social, bem como uma colisão com bens coletivos.

A partir do reconhecimento da validade destes argumentos, Alexy procura formular um modelo de direitos fundamentais sociais, baseado na idéia reitora já assinalada, segundo a qual os direitos fundamentais sociais são por demais importantes para que sua outorga ou negação seja deixada ao livre arbítrio da maioria parlamentar. Como o autor alemão considera os direitos fundamentais sociais segundo um modelo de princípios – o que se aplica a parcela dos direitos fundamentais sociais reconhecidos na Constituição de 1988 – reconhece que as normas de direitos sociais admitem ponderação, e estabelecem posições jurídicas *prima facie* restringíveis.

Segundo este modelo, posições jurídicas definitivas de direitos fundamentais sociais seriam identificadas a partir da ponderação entre, de um lado, o princípio da liberdade fática, e de outro, o princípio da competência do legislador, o princípio da divisão dos poderes, os princípios materiais de liberdade de terceiros, outros direitos sociais e bens coletivos. O produto desta ponderação seria uma posição jurídica definitiva de direito subjetivo social. Nesse sentido, o autor reconhece que haveria casos em que esta posição jurídica definitiva esteja, de antemão, definida. Seriam os casos em que a exigência da liberdade fática é urgente, e os demais bens e princípios são atingidos de forma quase

intangível, o que se pode vislumbrar em relação aos direitos sociais mínimos, como o direito à saúde necessária à sobrevivência, o direito a uma moradia mínima, direito à educação escolar, etc.²²²

J. J. Gomes Canotilho²²³ também oferece argumentos para o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais, vinculado ao sistema positivo constitucional, com base na teoria do “beneficiário ou do interesse” desenvolvida por Maccormick, segundo a qual certos direitos só podem ser satisfeitos se forem concretamente realizados. Estes direitos teriam o seguinte modelo analítico: a) o sujeito A tem um direito *d* se tem uma necessidade cuja satisfação é determinada por normas jurídicas; b) estas normas jurídicas impõem a um destinatário (Estado, poderes públicos) a realização de algo para satisfazer a necessidade do sujeito A. Este modelo de reconhecimento encontra-se bastante próximo do modelo brasileiro, já que também a Constituição de 1988 – assim como a Constituição da República Portuguesa – reconhece expressamente os direitos fundamentais sociais.

O modelo desenvolvido por Alexy ainda sofre objeções, como o demasiado custo financeiro para a realização desses direitos sociais, o qual se tornaria impossível de ser suportado em situações de crise financeira. Todavia, de forma desafiadora, Alexy observa que é precisamente em situações de crise financeira que os cidadãos mais precisam dos direitos sociais, em especial, aqueles responsáveis pela garantia de sua sobrevivência. Além disso, em virtude da ponderação sugerida, dependendo das diversas circunstâncias, ter-se-iam posições jurídicas definitivas com conteúdo variável, até porque a própria dimensão do custo poderia ser mensurada como argumento contrário à efetividade do direito fundamental social.

Outra objeção diz respeito à justiciabilidade deficiente dos direitos fundamentais sociais, o que é respondido pelo mestre alemão com a impossibilidade de se medir sua

²²² A questão relativa ao mínimo existencial como critério para identificação dos direitos fundamentais sociais será abordada na seção seguinte.

²²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais*. Apud FARIAS, E. P. de. Ob. cit., p. 112-113.

justiciabilidade na mesma proporção dos demais direitos fundamentais. Ainda que tenham justiciabilidade deficiente, isso não é motivo para se deixar de reconhecer esta forma normativa. A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal tem demonstrado que o Judiciário não pode ficar sem ação diante de um Legislativo inoperante, de modo que, tal como preconizado pela idéia reitora de Alexy, os direitos fundamentais não podem ser deixados exclusivamente à mercê da ação dos parlamentares. Mesmo que haja baixa justiciabilidade, seus conteúdos devem ser realizados.

Outro argumento que procura-se opor à própria eficácia das normas de direitos fundamentais sociais é a reserva do possível, a qual constitui um dos objetos de investigação do presente trabalho, e será tratado no Capítulo III.

Necessário se faz, antes de adentrar esta matéria, observar o caráter objetivo e subjetivo das normas de direitos fundamentais sociais, o que será feito na seção seguinte, bem como compreender a sistemática de restrição dos direitos fundamentais, que corresponde ao objeto de investigação do Capítulo II.

1.4 A DIMENSÃO OBJETIVA E SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Atualmente, a doutrina reconhece a existência de duas perspectivas, ou duas dimensões, dos direitos fundamentais – dentre os quais os direitos fundamentais sociais – a perspectiva objetiva, em que os direitos são relacionados aos objetivos fundamentais da comunidade; e a perspectiva subjetiva, em que eles correspondem a direitos subjetivos individualmente desfrutáveis.

Cada uma apresenta suas singularidades, bem como influenciam sobremaneira e evolução da presente investigação, na medida em que a efetividade dos direitos fundamentais em face da reserva do possível deve ser aquilatada tanto na perspectiva subjetiva, de direito exigido pelo titular frente aos poderes públicos, quanto na perspectiva objetiva, de vinculação destes poderes públicos às obrigações normativamente veiculadas.

1.4.1 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais

Segundo Ingo Sarlet²²⁴, foi com o advento da Lei Fundamental Alemã de 1949, e especialmente com a decisão tomada pela Corte Constitucional no famoso caso *Liith*, que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais foi referida pela primeira vez. Neste caso, reconheceu a Corte Alemã que os direitos fundamentais, além de outorgarem determinadas posições jurídicas exigíveis pelos indivíduos, também vinculavam os poderes públicos – Executivo, Legislativo e Judiciário – fornecendo diretrizes materiais para todo o ordenamento jurídico.

É preciso esclarecer que esta perspectiva objetiva não é uma contrapartida automática da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, ou seja, não é o “reverso da medalha”, como bem enfatizou Sarlet.²²⁵ Trata-se de uma nova função autônoma das normas de direitos fundamentais, segundo a qual elas transcendem sua perspectiva subjetiva gerando efeitos para todo o ordenamento jurídico a partir do desencadeamento de novos significados normativos. Como observou Jorge Reis Novais,²²⁶ a dimensão objetiva dos direitos fundamentais possibilitou o reconhecimento de elementos jusfundamentais que não se identificavam necessariamente com a sua dimensão subjetiva, como as idéias de “valor”, de

²²⁴ SARLET, I. W. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 156.

²²⁵ SARLET, I. W. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 158.

²²⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 59.

“instituto” ou de “instituição”, e de “deveres” de promoção ou de prestação dos direitos fundamentais pelos poderes públicos. Neste sentido, Novais faz menção a diversas teorias que enfatizaram o caráter objetivo dos direitos fundamentais, desvinculando-os da dimensão subjetiva individual.

O autor faz referência à teoria institucional de Peter Häberle, segundo a qual a dimensão objetiva dos direitos fundamentais estaria relacionada à sua caracterização como institutos, não necessariamente vinculados à noção subjetiva dos direitos, que apareceria para os cidadãos.²²⁷ Esta teoria acabaria por se aproximar da teoria dos valores, proposta por Smend, segundo a qual os direitos fundamentais correspondem a “fatores objetivos de integração, de um lado de união entre os cidadãos e o Estado, enquanto garantias constitucionais de um sistema de cultura e de valores orientado à integração unitária do Povo e do Estado e inspirador de toda a ordem jurídica”. Desse modo, o conjunto de direitos fundamentais corresponderia como um todo a um sistema unitário de valores, e cada direito individualmente consistiria numa decisão de valor objetiva e vinculativa.²²⁸

Ainda, vale mencionar a teoria social dos direitos fundamentais, segundo a qual:

...da titularidade de direitos fundamentais em Estado democrático e social de Direito decorre para o Estado, tanto um dever de prestar assistência nas situações de necessidade e de garantir aos particulares a participação nas correspondentes prestações e instituições estatais, como também a obrigação de criar os pressupostos materiais de um exercício efectivo de liberdade, o que se reflecte primariamente na progressiva consagração constitucional dos chamados direitos sociais, mas também numa reinterpretação *social* dos tradicionais direitos de liberdade.²²⁹

Esta teoria social certamente influenciou o pensamento de J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira²³⁰, os quais, referindo-se especificamente aos direitos fundamentais sociais, afirmaram que os direitos fundamentais agem como *imposições legiferantes*, impondo ao legislador a criação de instituições e leis que lhes tornem efetivos, bem como definem e determinam a realização de políticas públicas dirigidas aos seus objetivos, gerando o

²²⁷ NOVAIS, J. R. Ob. cit. p. 59-63.

²²⁸ Idem, p. 64-65.

²²⁹ NOVAIS, J. R. Ob. cit. p. 65.

²³⁰ CANOTILHO, J. J. G., MOREIRA, V. *Fundamentos da Constituição*, p. 130.

“fornecimento de *prestações* aos cidadãos, densificadoras da dimensão subjetiva essencial destes direitos e executoras do cumprimento das imposições institucionais”.²³¹

Ingo Sarlet trata da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais primeiramente segundo seu aspecto axiológico, de modo que os direitos fundamentais representariam a ordem de valores vigentes na sociedade:

Como uma das implicações diretamente associadas à dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que decorrente da idéia de que estes incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, está a constatação de que os direitos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de defesa) devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar.²³²

Esta relevância axiológica social dos direitos fundamentais revela-se especialmente importante no caso dos direitos fundamentais sociais, pois auxilia na compreensão da fundamentalidade material destes direitos, relacionada aos princípios fundamentais da Constituição, como a dignidade da pessoa humana, e mesmo o princípio do Estado Social, que embora não positivado expressamente decorre do conjunto de valores que informam a carta constitucional.

Além disso, a dimensão valorativa dos direitos fundamentais sociais assume especial importância na atual doutrina do direito constitucional, que vem buscando restabelecer a comunicação entre o direito e a ética, de modo a preencher o conteúdo das disposições constitucionais a partir dos valores vigentes na sociedade, correspondentes às expectativas dos cidadãos quando da elaboração deste estatuto jurídico que lhe estrutura e direciona, a Constituição.

Na medida em que se reconhece a dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais como direitos relacionados aos valores difundidos em toda a comunidade, e cuja realização acaba por tocar a esfera de todos os cidadãos, também é possível deduzir o

²³¹ CANOTILHO, J. J. G., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 434.

²³² SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos...*, p. 160.

fundamento de legitimidade de restrições a estes direitos na sua dimensão subjetiva individualista, já que a satisfação de um direito fundamental de um cidadão poderá comprometer direitos e bens jurídicos de toda a sociedade. Dessa forma, o conteúdo e o alcance da normas de direitos fundamentais não poderão ser dimensionados exclusivamente a partir da perspectiva subjetiva do titular do direito, mas deverão ser ponderados com a esfera jurídica em concreto de todos os cidadãos.²³³

Ingo Sarlet ainda observa outro desdobramento da perspectiva axiológica dos direitos fundamentais de profunda relevância: a eficácia dirigente destes direitos em relação aos poderes públicos, no sentido de lhes ordenar a “obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais”.²³⁴ Esta noção se relaciona com a idéia de dever objetivo mencionada por Jorge Reis Novais, ao observar que a partir da abstração da perspectiva relacional (“S” tem frente ao Estado um direito a algo) entre o sujeito de direito e o Estado, permanece, para este último, um dever objetivo, independente das pessoas concretamente protegidas.²³⁵ Sobre o tema, bem asseverou Clèmerson Merlin Clève:

Pois bem, esses princípios, esses objetivos, esses direitos fundamentais, vinculam os órgãos estatais com um todo. Vinculam, evidentemente, o Poder Executivo, que haverá de respeitar os direitos de defesa, e ao mesmo tempo propor e realizar as políticas públicas necessárias à satisfação dos direitos prestacionais. Vinculam o Legislador, que haverá de legislar para, preservando esses valores e buscando referidos objetivos, proteger os direitos fundamentais, normativamente, assim como, eventualmente, fiscalizando a atuação dos demais poderes.

E, por fim, vincula também o Poder Judiciário que, ao decidir, há, certamente, de levar em conta os princípios, os objetivos e os direitos fundamentais. Os agentes públicos brasileiros estão comprometidos, estão absolutamente vinculados a esses parâmetros constitucionais, ou seja, a Constituição desde logo retirou do mundo político, da esfera da disputabilidade política, aquilo que é nuclear para nós, os integrantes da comunidade republicana brasileira.²³⁶

Para além da dimensão axiológica da perspectiva objetiva, Sarlet ressalta a possibilidade das normas de direitos fundamentais determinarem efeitos autônomos,

²³³ Esta perspectiva acabará por fundamentar o conceito de direitos fundamentais com reserva imanente de ponderação, desenvolvida por Jorge Reis Novais, e apresentada na seção 2.4.3.3, do Capítulo II.

²³⁴ SARLET, I. W., *A Eficácia dos Direitos...*, p. 161.

²³⁵ NOVAIS, J. R., *Ob. cit.*, p. 68-69.

²³⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. In *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. v. 3, 2003, p.292/293.

independentes de sua dimensão subjetiva, dentre os quais, ressalta a consagrada “eficácia irradiante” dos direitos fundamentais²³⁷, que determina a interpretação de todos os textos normativos – não só das normas constitucionais – mas também de leis infraconstitucionais, o que é chamado pela doutrina como “interpretação conforme a Constituição”.²³⁸ Nestes termos, sua análise se aproxima da função hermenêutica reconhecida por Walter Claudius Rothenburg, segundo a qual os direitos fundamentais servem como norte para a interpretação e aplicação do sistema jurídico.²³⁹ Mais que isso, observa Sarlet que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais implica verdadeiro parâmetro para o controle de constitucionalidade dos atos normativos editados pelo Estado.²⁴⁰

Em relevante obra sobre o tema, Paulo Ricardo Schier lançou a idéia de “filtragem constitucional”, com fulcro nos conceitos de força normativa da Constituição e sistema constitucional. Segundo sua concepção, “toda ordem jurídica deva ser lida à luz dela [da Constituição] e passada pelo seu crivo, de modo a eliminar as normas que se não conformem com ela”. Assim, os valores constitucionais assumem um sentido afirmativo de vinculação – impõem a observância das normas constitucionais e vinculam os poderes públicos e os cidadãos ao seu cumprimento – e um sentido negativo – já que nulificam atos normativos e administrativos em desconformidade com suas determinações.²⁴¹

Esta noção muito se aproxima da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, na medida em que o conteúdo das normas infraconstitucionais acaba por necessariamente ser “filtrado” pelas normas jusfundamentais.

²³⁷ Esta eficácia irradiante atingiria inclusive as relações privadas, o que é denominado de “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais, sobre a qual não iremos nos deter no presente trabalho, na medida em que o foco está voltado para a exigibilidade dos direitos fundamentais sociais frente ao Estado.

²³⁸ Sobre o tema, Luís Roberto Barroso assevera que quando uma norma infraconstitucional admite mais de uma interpretação possível, deve-se adotar aquela que mais se coaduna com o texto constitucional e os valores nele impressos. Ver BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 174-181.

²³⁹ ROTHENBURG, W. C. Ob. cit., p. 152-153.

²⁴⁰ SARLET, I. W., *A Eficácia dos Direitos...*, p. 161.

²⁴¹ SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 102.

Outro aspecto relevante para o presente estudo, relacionado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz respeito à função de proteção por eles determinada, no sentido de que incumbem ao Estado o dever de proteger o seu exercício, não somente em relação às ingerências dos poderes públicos, mas até mesmo em relação às ingerências dos próprios particulares. Esta dimensão protetora revela, em verdade o caráter positivo que todos os direitos fundamentais podem assumir, mesmo os clássicos direitos de defesa, na medida em que todos exigiram – como função autônoma e independente de sua subjetividade – a proteção do Estado, para a qual, por certo, necessário se faz a adoção de medidas prestacionais. A partir desta perspectiva torna-se mais evidente a conclusão a que chegaram Cass Sunstein e Stephen Holmes no sentido de que todos os direitos fundamentais são positivos, e têm um custo.

Finalmente, importa salientar outra função de extrema relevância assumida objetivamente pelos direitos fundamentais: a de determinar a criação de estruturas institucionais bem como de procedimentos necessários à sua efetivação. É o que reconheceu Rothenburg,²⁴² ao referir-se à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, observando que os conteúdos normativos dos direitos fundamentais determinam a criação de organizações e procedimentos que tenham por fim concretizá-los. Sobre o tema, asseverou Ingo Sarlet:

Neste sentido, sustenta-se com base no conteúdo das normas de direitos fundamentais é possível se extrair conseqüências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para a formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, de modo a se evitarem os riscos de uma redução do significado do conteúdo material deles. Neste contexto, há que considerar a íntima vinculação entre direitos fundamentais, organização e procedimento, no sentido de que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo e de certa forma, dependentes da organização e do procedimento (no mínimo, sofrem uma influência da parte destes), mas simultaneamente também atuam sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais.²⁴³

Portanto, não se pode negar a relevância da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sendo que para o presente estudo, os aspectos axiológicos de vinculação dos

²⁴² ROTHENBURG, W. C., Ob. cit., p. 152.

²⁴³ SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos...*, p. 164-165.

poderes públicos à concretização dos conteúdos jusfundamentais, bem como os efeitos relacionados à eficácia irradiante, e à imposição de prestações e criação de estruturas organizacionais e procedimentais direcionadas à efetivação destes direitos assumem especial importância.

É preciso ressaltar, entretanto, que esta força normativa que decorre da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não é absoluta, devendo ser ponderada com todos os valores ou princípios em sentido divergente. Jorge Reis Novais vai mais longe nesta ponderação, observando que ela deve ser mediatizada “pelo sentido de oportunidade, valorações e prognósticos do legislador”. Tratando especificamente dos direitos fundamentais sociais, ressalta o autor português que eles estarão sempre submetidos à reserva do possível, que acaba por condicionar e mesmo limitar a esfera objetiva de sua atuação.

Este é precisamente uma das questões que se pretende enfrentar no presente estudo, sendo que para tanto, outros aspectos conceituais ainda carecem de esclarecimento.

1.4.2 A problemática da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais sociais

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais permite uma gama variada de discussões na medida em que mesmo o termo “direito subjetivo” pode assumir diversos significados. Na presente seção, não se pretende ingressar na seara das controvérsias tratadas acerca do significado de uma dimensão subjetiva, mas sim recorrer ao quanto há de consenso na doutrina em relação ao caráter geral de um direito subjetivo, para então aprofundar a discussão em relação à problemática dos direitos fundamentais sociais.

Nestas condições, quando se trata de um direito fundamental como direito subjetivo, quer isto significar que o titular do direito poderá exigir judicialmente o cumprimento da obrigação objeto da norma diretamente do seu destinatário, em uma relação

trilateral, como já mencionado por Robert Alexy.²⁴⁴ Neste sentido converge a doutrina brasileira, como se extrai da obra de Ingo Wolfgang Sarlet²⁴⁵ e Luís Roberto Barroso.²⁴⁶

Vale observar que Barroso, assim como boa parte da doutrina brasileira e estrangeira, utiliza a expressão “direito público subjetivo”, sempre que “a exigibilidade de uma conduta se verifica em favor do particular em face do Estado”. Esta expressão é criticada por Sarlet, pois seria resultado de resquícios do liberalismo e do positivismo, em que se fazia referência aos direitos de defesa da autonomia privada frente ao Estado.²⁴⁷ Partilhando das mesmas idéias, Perez Luño observa que esta categoria só teve sentido no Estado liberal de Direito, não se coadunando com um Estado social de Direito, pois neste estão presentes os direitos sociais, os quais anteriormente não eram concebidos como direitos públicos subjetivos, pois estes tinham uma dimensão exclusivamente de proteção do indivíduo contra a ingerência do Estado. Para o autor, esta categoria estaria superada em virtude da dinâmica econômico-social atual, pois o “exercício de qualquer direito fundamental exige uma política jurídica ativa (e na maior parte das vezes também econômica) por parte dos poderes públicos”.²⁴⁸

É oportuno ressaltar que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais deve ser buscada e compreendida na própria Constituição, na sua estrutura que inovou um sistema de relações jurídicas privatísticas e individualistas, e não em conceitos desenvolvidos pelo positivismo jurídico ainda presentes no ordenamento jurídico brasileiro.²⁴⁹ José Reinaldo de

²⁴⁴ ALEXY, R. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*, p. 178.

²⁴⁵ SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 167.

²⁴⁶ BARROSO, L. R. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, p. 103-104.

²⁴⁷ SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos ...*, p. 166-167.

²⁴⁸ PEREZ LUÑO, A. E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 33-34.

²⁴⁹ Neste sentido vale observar as ponderações de J. J. Gomes Canotilho, ao asseverar que, a fim de resgatar a autonomia do direito constitucional e a normatividade da Constituição, é preciso evitar que seu conteúdo material seja determinado por normas, conceitos e tradições infra-constitucionais. Em última análise, salienta o autor que “num Estado constitucional democrático a forma e o conteúdo principal vêm de cima”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 410.

Lima Lopes²⁵⁰ busca ressaltar esta dificuldade, na medida em que muitos direitos fundamentais – especialmente os direitos fundamentais sociais – parecem não se adequar ao conceito de direito subjetivo presente no art. 75 do Código Civil de 1916, segundo o qual a todo direito deve corresponder uma ação. “A falta de tutela, ou a falta de ação disponível, significa de fato a inexistência ou a inexigibilidade do direito subjetivo”. Este conceito é reflexo do modelo jurídico que inspirara o Código Civil de 1916, o qual não se adapta ao novo constitucionalismo inaugurado em 1988. A interpretação dos direitos fundamentais deve assumir outra conotação: é porque a Constituição previu determinados direitos como fundamentais, atribuindo obrigações ao Estado e aos particulares (como é o caso dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores) que eles são exigíveis judicialmente, e portanto, corresponderiam a direitos subjetivos. A exigibilidade não é condição de existência do direito, ele não existe porque é exigível. Ele existe, razão pela qual deve ser exigível.

Clèmerson Merlin Clève observa que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais desempenha três funções: a) de defesa do indivíduo contra a ingerência do poder público que venha impedir a satisfação do direito fundamental; b) de prestação, segundo a qual o indivíduo pode demandar a realização do objeto do direito fundamental; e c) de não discriminação, segundo a qual o indivíduo deve ter ao seu dispor, sem discriminação em relação aos demais (a não ser que a discriminação seja necessária para a concretização da igualdade material), os bens e serviços necessários à satisfação de seus direitos fundamentais.²⁵¹

Atualmente, tem-se dado uma certa preferência para a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, no sentido de que ela deva prevalecer enquanto presunção de que os direitos fundamentais correspondem a direitos subjetivos. Reportando-se às teorizações de

²⁵⁰ LOPES, José Reinaldo Lima. *Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*. In: José Eduardo Faria (Org.) *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 113; 126-129.

²⁵¹ CLÈVE, C. M. Ob. cit., p. 23.

Robert Alexy, Sarlet²⁵² observa que esta prevalência se sustenta em dois argumentos principais: a) o primeiro deles diz respeito à finalidade característica dos direitos fundamentais, que é de proteção do indivíduo e não da coletividade; b) o segundo, relacionado com o caráter principiológico dos direitos fundamentais, ressalta que “o reconhecimento de um direito subjetivo significa um grau maior de realização do que a previsão de obrigações de cunho meramente objetivo”. Nesta esteira, Ingo Sarlet fornece mais um argumento: a relação dos direitos fundamentais sociais com o valor da autonomia individual, como uma das expressões da dignidade da pessoa humana.²⁵³

A questão é demonstrar esta prevalência da dimensão subjetiva em relação a todos os direitos fundamentais, inclusive os de função prestacional, como seria o caso de muitos direitos fundamentais sociais.

Como já se teve oportunidade de asseverar, os direitos fundamentais constituem um feixe de posições jurídico-fundamentais, estruturalmente distintas. Dessa forma, sempre que uma norma de direito fundamental assume a feição de direito de defesa, a doutrina tende a reconhecer com maior tranqüilidade sua caracterização como um direito subjetivo, na medida em que poderia o seu titular exigir prontamente do Estado que se abstenha de ingerir na esfera de autonomia privada resguardada pela norma.²⁵⁴ No presente estudo, não é esta dimensão negativa que nos preocupa, mas sim a dimensão positiva ou prestacional dos direitos fundamentais, ou seja, se pode o titular de um direito fundamental exigir do Estado a realização de uma determinada prestação material abarcada pelo conteúdo da norma. Na medida em que a Constituição instituiu direitos fundamentais de cunho manifestamente (e

²⁵² SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos....*, p. 169-170, citando Robert Alexy, Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, in: *Der Staat*, n. 29 (1990), p. 60 e ss.

²⁵³ Este enfoque, todavia, “não exclui a possibilidade, inclusive reconhecida na nossa Constituição, de atribuir-se a titularidade de direitos fundamentais subjetivos a certos grupos ou entes coletivos que, todavia, e em que pese a distinção entre as noções de pessoa e indivíduo, gravitam, em última análise, em torno da proteção do ser humano em sua individualidade”. SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos....*, p. 170.

²⁵⁴ Neste sentido, ver SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de outubro de 2004, p.34.

prima facie) prestacional, há que se investigar se estes direitos também podem ser considerados direitos subjetivos.

Afinal, a efetivação da pauta social constitucional somente será viável se os direitos fundamentais sociais forem observados enquanto verdadeiros direitos subjetivos, capazes de vincular os poderes públicos à realização das prestações positivas correspondentes ao seu objeto. É como se manifestou Luís Roberto Barroso, defendendo uma teoria da efetividade constitucional pautada no conceito de direito subjetivo.²⁵⁵

Atualmente, grande parte dos doutrinadores já aponta neste sentido, embora ainda haja discussão acerca da caracterização dos direitos fundamentais sociais como normas programáticas – o que implica todo o modo diferenciado de se compreender a justiciabilidade destes direitos.

Com o objetivo de se estabelecer um parâmetro de compreensão dos direitos fundamentais sociais para o fim de se aquilatar sua exigibilidade frente aos poderes públicos, passa-se a enfrentar a questão, ainda que de forma sucinta.

1.4.2.1 Normas programáticas

José Afonso da Silva elaborou uma classificação das normas constitucionais segundo sua eficácia que ficou famosa na doutrina brasileira. O autor foi um dos primeiros a asseverar que todas as normas constitucionais são providas de eficácia,²⁵⁶ e classificou-as com relação à capacidade de cada uma produzir efeitos no mundo real: (a) normas constitucionais de eficácia plena, capazes de surtir todos os seus efeitos no mundo jurídico, incidindo diretamente na matéria que constitui o seu objeto; (b) normas constitucionais de eficácia contida, as quais correspondem a normas também capazes de produzir seus efeitos, mas que

²⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. Eficácia e efetividade do direito à liberdade. In _____. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.83.

²⁵⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 81.

prevêem determinados meios ou conceitos que podem limitar esta eficácia em dadas circunstâncias; e (c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, as quais não produzem todos os efeitos jurídicos a partir de sua entrada em vigor, na medida em que sua normatividade precisa ser determinada pelo legislador ordinário.²⁵⁷ É neste último grupo que o autor enquadra as normas programáticas, todavia atribuindo-lhes a denominação de normas constitucionais declaratórias de princípio programático.²⁵⁸

Buscando explicar o surgimento das normas constitucionais programáticas, asseverou José Afonso da Silva:

Esse embate entre o liberalismo, com seu conceito de democracia política, e o intervencionismo ou o socialismo repercute nos textos das constituições contemporâneas, com seus princípios de direitos econômicos e sociais, comportando um conjunto de disposições concernentes tanto aos direitos dos trabalhadores como à estrutura da economia e ao estatuto dos cidadãos. O conjunto desses princípios forma o chamado conteúdo social das constituições. Vem daí o conceito de *constituição dirigente*, de que a Constituição de 1988 é exemplo destacado, enquanto define fins e programas de ação futura no sentido de uma orientação social democrática. Por isso, ela, não raro, foi minuciosa e, no seu compromisso com as conquistas liberais e com um plano de evolução política de conteúdo social, o enunciado de suas normas assumiu, muitas vezes, grande imprecisão, comprometendo sua eficácia e aplicabilidade imediata, por requerer providências ulteriores para incidir concretamente. Muitas normas são traduzidas no texto supremo apenas *em princípio*, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários. São estas que constituem as *normas constitucionais de princípio programático*...²⁵⁹

Diante destas ponderações, o autor conceitua normas programáticas como “aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios a serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”.²⁶⁰

Veio Crisafulli foi quem talvez definiu as normas programáticas com maior clareza e precisão:

²⁵⁷ SILVA, J. A. da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 82.

²⁵⁸ Apesar da preocupação terminológica manifestada pelo autor, pretendemos continuar utilizando a expressão “normas programáticas”, na medida em que se trata de termo mais difundido na doutrina pátria e estrangeira.

²⁵⁹ SILVA, J. A. da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 136-137.

²⁶⁰ Idem, p. 138.

Nesta acepção, *programáticas* se dizem aquelas normas jurídicas com que o legislador, ao invés de regular imediatamente um certo objeto, preestabelece a si mesmo um programa de ação, com respeito ao próprio objeto, obrigando-se a dele não se afastar sem um justificado motivo. Com referência àquelas postas não numa lei qualquer, mas numa Constituição do tipo rígido, qual a vigente entre nós, pode e deve dar-se um passo adiante, definindo como *programáticas* as normas constitucionais mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e cometido aos seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade. Em suma, um programa político, encampado pelo ordenamento jurídico e traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, provido de eficácia prevalente com respeito àquelas normas legislativas ordinárias: subtraído, portanto, às mutáveis oscilações e à variedade de critérios e orientações de partido e de governo e assim obrigatoriamente prefixados pela Constituição como fundamento e limite destes.²⁶¹

As normas programáticas, como bem observou Luís Roberto Barroso, não conferem direito subjetivo aos cidadãos, não se pode exigir judicialmente a realização do programa nelas definido, pois elas tão somente estipulam fins genéricos a serem observados pelo Estado, sem vinculá-los concreta e especificamente à adoção de condutas determinadas.²⁶² Deste aspecto, depreende-se sua baixa normatividade, na medida em que elas tão somente apresentariam caminhos a serem seguidos pelos poderes públicos, não fixando, entretanto, condutas específicas a serem adotadas, e pelas quais eles pudessem ser responsabilizados em caso de omissão.

É neste grupo de normas constitucionais que José Afonso da Silva enquadra parte dos direitos fundamentais sociais, como aqueles previstos no art. 7º, XI, XX e XXVII,²⁶³ já que segundo o autor, as normas programáticas dizem respeito às relações econômico-sociais estipuladas pelo constituinte, determinando tão somente um fim a ser alcançado pelos poderes públicos.²⁶⁴ Apesar de reconhecer que o fenômeno da positivação e da subjetivação tem se estendido às normas de direitos fundamentais sociais, não deixa de ver no caráter abstrato e

²⁶¹ *Apud* BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*, p. 221-222.

²⁶² BARROSO, L. R. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, p. 118.

²⁶³ CF, art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem á melhoria de sua condição social...XI – participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; XX – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XXVII – proteção em face da automação, na forma da lei;...

²⁶⁴ SILVA, J. A. da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p 140-141; 147-148. O autor ressalva expressamente, entretanto, o direito à saúde (CF, art. 196) e o direito à educação (CF, art. 205), observando que o desrespeito a estas normas não geraria mero descumprimento de um programa normativamente previsto, mas sim o desrespeito a um dever específico de satisfação de um direito determinado. p. 150.

incompleto das respectivas normas um certo empecilho para sua caracterização como verdadeiros direitos subjetivos prontamente exigíveis. A questão central é se reconhecer no diploma constitucional o poder de “transformar-se em programa normativo do Estado e da sociedade”, determinando condutas no campo sócio-econômico a serem assumidas pelos órgãos públicos de forma vinculante, e neste sentido José Afonso da Silva não chega a se posicionar claramente.

Vale deixar registrada a crítica contundente feita por Eros Roberto Grau à classificação das normas constitucionais elaborada por José Afonso da Silva, na medida em que, segundo Eros Grau, afirmar que determinadas normas constitucionais têm sua eficácia dependente da edição de normas pelo legislador ordinário equivaleria a uma “revogação de fato”, sempre que o legislador se omitisse no seu dever de concretizar a norma constitucional. Seria inverter a hierarquia das normas jurídicas, na medida em que uma lei ordinária acabaria por se sobrepor a uma norma constitucional. Nestas condições, o autor defende que as normas de direitos sociais, ainda que prevejam a possibilidade de integração do seu conteúdo por legislação ordinária, não dependem desta para sua interpretação e aplicação, gerando verdadeiros direitos subjetivos aos seus titulares.²⁶⁵

Em análise das normas programáticas da Constituição brasileira, Celso Bastos chega a afirmar que sua programaticidade não se deve à carência de lei integradora, mas sim, à existência dos meios materiais necessários à sua realização:

A programaticidade delas consiste no fato de que sua não aplicabilidade imediata não decorre de mera remissão à lei ou ao Estado. A sua programaticidade reside sim no reconhecimento pela Constituição de que esses fins não são alcançáveis de uma só feita. Não dependem de mera diligência legislativa, mas de um contexto de elementos de ordem social, econômica e, até mesmo, política. (...) No caso que estamos examinando, a aquisição de aplicabilidade terá de ser gradativa, uma vez que gradativos são esses aumentos de disponibilidade ou de recursos, para enfrentar as tarefas impostas.²⁶⁶

²⁶⁵ GRAU, Eros Roberto. A Constituição Brasileira e as Normas Programáticas. In: *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 4, Rio de Janeiro: IBDC/Forense, 1985, p. 40-43.

²⁶⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. As normas programáticas na Constituição de 1988. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n. 14, jan-mar 1996, p. 12.

Segundo o autor, as normas programáticas são uma decorrência da própria pretensão da Constituição de regular o futuro. Neste sentido, surge a problemática de normas que instituem como plenamente realizável uma situação de bem-estar social “que nem mesmo os países mais avançados economicamente do mundo conseguiram atingir”; bem como delimitam as opções políticas que deveriam estar no âmbito de discricionariedade do Legislador e do Executivo. Para o autor, não cabe à Constituição proclamar uma revolução, a fim de modificar as relações sociais, sendo que as normas de direitos sociais seriam fruto de um exagero injustificável, pois “nós não tivemos nenhuma revolução socialista que pudesse explicar os exageros das nossas normas sociais”.²⁶⁷

A posição adotada pelo autor merece severas críticas, na medida em que a Constituição não mais é encarada como mero reflexo das relações de poder (Lassale) para assumir função normativa e norteadora da sociedade.²⁶⁸ E nestas condições, tem sim legitimidade para determinar os rumos a serem seguidos pelos poderes constituídos – Executivo, Legislativo e Judiciário. Neste passo, toda a noção de normas programáticas, tal como concebida por Celso Ribeiro Bastos, merece ser refletida.

Canotilho, ao tratar das normas programáticas, procurou atribuir-lhes uma maior densidade normativa. Segundo o autor, as normas programáticas correspondem a diretrizes materiais constitucionais e assumem três funções distintas: (1) impõem ao legislador a edição de normas que definam seu conteúdo normativo possibilitando sua realização; (2) vinculam os poderes públicos à concretização de seus programas abstratamente definidos; e (3) atuam como limites negativos à atuação do Estado, para servir de parâmetro de inconstitucionalidade

²⁶⁷ BASTOS, C. R. Ob. cit., p. 14-15.

²⁶⁸ HESSE, Konrad. *Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 15: “A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e ao mesmo tempo determinante em relação a ela”.

para atos administrativos ou normativos que não estejam em conformidade com o seu conteúdo.²⁶⁹

A partir destas características, o autor faz questão de distinguir normas programáticas de direitos fundamentais sociais: ainda que as primeiras tenham relevante função no sistema constitucional, na medida em que podem “constituir fundamento constitucional de ações e medidas estaduais”, bem como “consustanciam valores constitucionais que não podem deixar de ser relevantes em sede de interpretação de outras normas constitucionais (e legais)”, elas não são capazes de outorgar verdadeiros direitos aos cidadãos.²⁷⁰ Elas esgotam seus efeitos em uma diretiva fornecida ao Estado (mais precisamente, ao legislador), o que não autorizaria a exigibilidade de determinadas condutas perante os órgãos judiciários. A prerrogativa atribuída ao cidadão de exigir o cumprimento de uma obrigação prevista na norma se verificaria exclusivamente no caso das normas de direitos fundamentais sociais.

De fato, distinguir normas programáticas de direitos fundamentais sociais é questão que tem merecido a atenção da doutrina, embora muitos ainda defendam o caráter programático de normas jusfundamentais.

José Carlos Vasconcellos dos Reis desenvolveu relevante estudo a este respeito, observando que normas programáticas e normas definidoras de direitos sociais têm um aspecto em comum: “seu papel de conformar a ordem econômica e social a certos postulados de justiça social e realização espiritual, para proteger os indivíduos das desigualdades de cunho econômico e elevar-lhes as condições de vida”.²⁷¹ Distinguem-se, entretanto, pois investem seus titulares em diferentes situações jurídicas, bem como determinam diferentes conseqüências para a hipótese do seu descumprimento.

²⁶⁹ CANOTILHO, J. J. G. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, p. 315.

²⁷⁰ CANOTILHO, J. J. G., MOREIRA, V. *Fundamentos da Constituição*, p. 127-128.

²⁷¹ REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 45.

Segundo Vasconcellos dos Reis, a diferença central entre normas programáticas e normas definidoras de direitos fundamentais se encontra no seu objeto: enquanto as primeiras apenas determinam um *fim* a ser cumprido pelo Estado, as últimas atribuem um *direito subjetivo* aos seus titulares.²⁷² Aprofundando este critério, o autor sugere que se diferencie o “efetivo *conteúdo* de um direito subjetivo e determinado”, presente nas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de “simples *sugestão de conteúdo*, sujeita a modelações político-jurídicas cambiantes”, presentes nas normas programáticas. Enquanto no primeiro caso haveria verdadeiros direitos sociais, no segundo, o autor denota a presença de meras estipulações de políticas públicas a serem adotadas.²⁷³

Finalmente, no caso das normas definidoras de direitos, Vasconcellos dos Reis observa que a atuação do Estado assume caráter técnico e instrumental pois a matéria objeto da norma já está definida no próprio dispositivo, não cabendo uma definição *a posteriori*. Ainda que não sejam “exequíveis por si mesmas”, por dependerem da edição de leis, a inércia do legislador dá lugar ao controle de inconstitucionalidade por omissão, já que o titular do direito está investido no direito subjetivo à prestação normativa necessária à realização do seu direito. Já no caso das normas programáticas, a atuação do Estado tem caráter “logicamente essencial”, na medida em que deve o Estado agir para determinar quais condutas adotar que sejam capazes de atingir o fim previsto abstratamente na norma. E o legislador, nestas condições, teria liberdade de tempo e escolha dos meios para editar a legislação complementar necessária.²⁷⁴

A fim de exemplificar a distinção proposta, o autor cataloga como direito fundamental o direito previsto no inciso V do art. 203 da CF, e define como norma programática a norma do inciso XXVII do art. 7º da CF.

²⁷² REIS, J. C. V. dos. *As Normas Constitucionais Programáticas ...*, p. 49.

²⁷³ *Idem*, p. 55-56.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 60-62.

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei;

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais...

XXVII – proteção em face da automação, na forma da lei;

No primeiro caso, não estaria delineado um fim a ser seguido pelo Estado, mas um direito a uma prestação material (um salário mínimo de prestação) a ser usufruído pelo seu titular (idoso ou pessoa com deficiência), e, portanto, diretamente exigível. Eventual legislação que venha a ser editada só poderá regulamentar – não restringir ou modificar – o benefício já concedido pela norma constitucional. No segundo caso, a proteção em face da automação corresponderia a um fim do Estado, e não um direito subjetivo do trabalhador, já que não define uma conduta específica exigível do Estado, de modo que não haveria prestação material a ser prontamente exigida pelo seu titular.

Assim, a partir dos critérios apresentados, Vasconcellos dos Reis acaba por classificar como normas programáticas uma série de normas atualmente concebidas pela doutrina como veiculadoras de verdadeiros direitos fundamentais sociais – ainda que em sua dimensão principiológica.

Há que se ponderar que a tese desenvolvida pelo mestre do Rio de Janeiro não está isenta de críticas. Em um primeiro momento, verifica-se que os critérios da determinação da conduta a ser exigida como suficiente para distinguir um direito subjetivo de um fim estatal, mostram-se equivocados. Depreende-se do quanto foi exposto que o autor acaba por atribuir o caráter de direito subjetivo exclusivamente às normas constitucionais fundamentais que definem regras, e que, portanto, apresentem uma conduta definitiva e determinada *prima facie*, a ser exigida do Estado; normas com maior grau de abstração, que não veiculem uma conduta definida *prima facie* seriam normas programáticas, pois estabeleceriam um fim a ser seguido pelo Estado, sem qualquer parâmetro de meio a ser utilizado para que este fim seja

atingido. Uma distinção como esta, *data venia*, parece retirar a normatividade de normas que, em verdade, não são programáticas, mas sim têm natureza de princípio, segundo os parâmetros de identificação definidos na seção 1.3.

Nestas condições, é certo que algumas normas de direitos fundamentais sociais se portam como regras, prevendo condutas determinadas a serem executadas pelos poderes públicos. Outras, entretanto, têm manifesto caráter princiológico, razão pela qual devem sofrer um processo de ponderação mediante argumentação jurracional capaz de densificar seu conteúdo diante do caso concreto, e aprimorar sua densidade normativa a ponto de torná-la imediatamente aplicável. Concebê-las como normas programáticas²⁷⁵, incapazes de outorgar aos seus titulares o direito de exigir prestações estatais, bem como incapazes de gerar a responsabilidade do Estado diante do não cumprimento de seu conteúdo significa retirar a força normativa da Constituição, rebaixá-la a mera carta de boas intenções, incapaz de transformar a sociedade.²⁷⁶

No caso específico da norma do inciso XXVII do art. 7º da CF, há que se observar que ainda que não haja uma conduta específica determinada no dispositivo, a norma em si é resultado da ação do intérprete, que diante do caso concreto terá condições de verificar se o titular pode exigir determinada conduta do Estado. Ainda que se defenda a impossibilidade de

²⁷⁵ José Carlos Vasconcellos dos Reis entende que normas programáticas se distinguem de princípios apesar das semelhanças quanto ao conteúdo normativo, a função prospectiva, a função negativa de impedimento de conduta diversa ou violadora, e sua caracterização como mandados de otimização. Segundo o autor, “as normas programáticas são uma combinação, um ponto de encontro dos *princípios* com as *policies* [concebidas por Ronald Dworkin], numa autêntica simbiose do elemento *jurídico* – a eficácia princiológica – com o elemento *político* – a afirmação de uma meta a ser atingida pelo Estado”. REIS, Ob. cit. p. 121. Entretanto, se o autor assume que as normas programáticas têm eficácia princiológica, nada justifica a não aplicação da ponderação para o fim de se identificar, a partir de seu conteúdo, condutas definitivas prontamente exigíveis, especialmente no caso dos direitos fundamentais.

²⁷⁶ Como observou Paulo Ricardo Schier, reportando-se ao pensamento de Konrad Hesse, há um condicionamento recíproco entre a realidade político-social e a Constituição, de modo que a essência da normatividade constitucional se encontra precisamente na sua pretensão de prevalecer sobre o real. Embora ela não seja capaz de realizar tudo por si mesma, ela terá uma “força ativa se se fizerem presentes na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição”. Esta vontade de Constituição tem origem, dentre outros aspectos, na compreensão da necessidade de buscar constantemente a legitimação da ordem normativa, bem como na compreensão de que esta ordem normativa somente será efetiva por atos volitivos do homem. SCHIER, P. R. Ob. cit., p. 73-74.

se determinar judicialmente a criação de políticas públicas necessárias à proteção do trabalhador frente à automação, é certo que diante de uma conduta estatal que não protege o trabalhador, e outra que poderia protegê-lo, ele pode pleitear perante o Judiciário a omissão do Estado no sentido de não prejudicar seu *status* jurídico, e a prestação no sentido de protegê-lo, se esta puder ser determinada no caso concreto. Além disso, como asseverou Canotilho, a partir do momento que o próprio constituinte afirmou que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, dentre outros (...) a proteção em face da automação, na forma da lei” tem o titular o direito subjetivo de exigir uma prestação normativa que torne seu direito mais determinado e exigível.

Assim, há que se ponderar que não cabe ao doutrinador definir como norma programática normas que o próprio constituinte pretendeu alçar à categoria de normas de direito fundamental. O regime jurídico das normas de direitos fundamentais tem especial relevância no sistema jurídico pátrio, especialmente em virtude da fundamentalidade formal e material que recobre estas normas, como já se teve oportunidade de asseverar. Não se pode negar esta fundamentalidade – que no caso da proteção em face da automação se relaciona diretamente com a dignidade da pessoa humana, na medida em que pretende proteger o homem enquanto sujeito em face de sua descartabilidade diante da automação tecnológica – afirmando que a “proteção em face da automação” corresponde a mero programa com o qual se comprometeu o constituinte, para o futuro, quando houver oportunidade e interesse do legislador em editar as leis infraconstitucionais necessárias à sua efetividade. De fato, tal raciocínio coloca a efetividade de direitos fundamentais sociais nas mãos do legislador ordinário, invertendo a hierarquia da Constituição.

Regina Maria Macedo Neri Ferrari inovou no tema relativo à discussão das normas programáticas, trazendo uma nova concepção voltada para a máxima normatividade. A autora menciona que “ao falar em normas programáticas, não é possível questionar a sua

imperatividade, mas apenas a sua efetividade”.²⁷⁷ Tratando do disposto no artigo 170 da Constituição Federal, que determina os fins sociais a serem atingidos pela ordem econômica, a autora aponta para as características que marcam as normas programáticas:

Tais normas definem fins e não estabelecem pressupostos de fato, isto é, não dizem quando se deve atuar, nem o conteúdo da atuação, ou seja, o que deve ser feito, embora indiquem, imperativamente, o fim a ser perseguido. O maior problema desse tipo normativo reside no fato de que o conteúdo do dever prescrito na norma é precisamente o fim a ser atingido, sem a determinação da conduta a realizar, ficando ao destinatário da norma uma ampla margem de discricionariedade para escolher os meios adequados à persecução do fim determinado. O que não arranha ou diminui a obrigatoriedade de atingi-los.²⁷⁸

Segundo a autora, mesmo uma norma programática seria capaz de gerar direitos subjetivos, na medida em que, se de um lado inibem os poderes públicos de agir em desconformidade com os fins por ela estabelecidos, de outro “conferem ao seu destinatário o direito de exigir o cumprimento da prestação nela prevista, de modo que não altere o seu significado original, gerando, portanto, efeitos jurídicos, situações subjetivas”.²⁷⁹ Diante desse quadro, a autora defende que as normas programáticas poderiam colocar seus titulares em três posições jurídicas distintas: (1) na posição de titulares de situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma omissão estatal; (2) na posição de exigência de prestações positivas do Estado, as quais podem encontrar limites de cunho econômico ou político; e (3) na posição de titulares do direito à edição de norma jurídica integradora.²⁸⁰

Nestas condições, Regina Ferrari, embora conceba determinadas normas de direitos fundamentais sociais como normas programáticas, entende que direitos como o direito fundamental à saúde (CF, art. 196) e o direito à educação fundamental (CF, art. 205) conferem verdadeiros direitos subjetivos prontamente desfrutáveis.²⁸¹

²⁷⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Neri. *Normas Constitucionais Programáticas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 172.

²⁷⁸ Idem, p. 175.

²⁷⁹ FERRARI, R. M. M. N. Ob. cit., p. 222.

²⁸⁰ Idem, p. 230, e também neste sentido BARROSO, L. R. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 102 e ss.

²⁸¹ FERRARI, R. M. M. N. Ob. cit., p. 231.

Diante do exposto, verifica-se que mesmo entre os diversos autores que concebem normas de direito fundamental social como normas programáticas existe divergência em relação aos efeitos que referidas normas podem desencadear no mundo jurídico.

Entendemos, entretanto, que não se pode conceber normas de direitos fundamentais – tais como as já delineadas no presente estudo – como “normas programáticas”, pois não estabelecem meramente “programas” ou fins a serem cumpridos pelo Estado, mas conferem verdadeiros direitos aos seus titulares. Em alguns casos, estes direitos serão abstratos, e dependerão da atuação do intérprete, que mediante a ponderação, poderá identificar, no caso concreto, os direitos definitivos.²⁸² Em outros, serão definitivos *prima facie*, seja porque suas normas correspondem a verdadeiras regras, seja porque os princípios que as veiculam têm um peso maior no caso concreto, como aqueles que veiculam direitos ligados ao mínimo existencial.

A questão é a possibilidade de qualificá-los como direitos fundamentais subjetivos. É o que se pretende tratar a seguir.

1.4.2.2 Direitos subjetivos *prima facie*

Grande parte da doutrina atualmente concebe os direitos fundamentais sociais como verdadeiros direitos subjetivos. Neste sentido, Canotilho defende que “os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjectivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justiciabilidade e exequibilidade

²⁸² Neste sentido, Ingo Sarlet chega a reconhecer que muitas normas de direitos fundamentais sociais poderiam ser equiparadas a normas de “cunho programático”, em virtude de sua formulação excessivamente abstrata, e definidora de fins a serem cumpridos pelo Estado. Fornece como exemplos as normas dos artigos 6º, 7º, II, III, IV, XI, XII, e XVI, bem como os artigos 194, 196, 205 e 215. Segundo o autor, “ainda que se pudesse partir da premissa de que no momento em que a Constituição se utiliza da expressão ‘direito’ (...), está, na verdade, positivando o direito fundamental como direito subjetivo, tal circunstância não teria o condão de elidir as dificuldades e a problemática delas decorrente, no que tange à possibilidade de reconhecer-se, diretamente com base na norma constitucional, um direito subjetivo a prestações para o titular”. SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 302.

imediatas”. Para ele, seriam exemplos de direitos fundamentais subjetivos: o direito à segurança social (CRP, art. 63), o direito à saúde (CRP, art. 64), o direito à habitação (CRP, art. 65), o direito à educação e à cultura (CRP, art. 73), o direito ao ensino (CRP, art. 74), dentre outros.²⁸³ Ainda afirma o caráter indiscutivelmente subjetivo dos direitos fundamentais sociais, constituindo direitos originários a prestações sempre que a partir da garantia constitucional for reconhecido o dever do Estado criar os pressupostos materiais necessários ao exercício do direito e a possibilidade de o cidadão exigir judicialmente estas prestações diretamente do Estado.²⁸⁴

Note-se que ainda que o autor os coloque “sob a reserva do possível”, reconhece a existência de uma “imposição constitucional” a eles vinculada, “legitimadora, entre outras coisas, de transformações económicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efectivação desses direitos”.²⁸⁵

Ainda assim, o mestre de Coimbra só entende possível o efetivo reconhecimento de direitos originários a prestações se a densidade normativa do dispositivo constitucional correspondente for equivalente aos dispositivos que veiculam direitos de defesa. O poder público tem um indeclinável poder de discricionariedade na forma de concretização destes direitos, de modo que o fato de a Constituição reconhecer determinados direitos a prestações não significaria, de plano, que seu titular poderia impor ao Estado o dever de agir desta ou daquela forma a fim de concretizar a prestação normativamente prevista. Para Canotilho, “O Estado, os poderes públicos, o legislador, estão vinculados a proteger o direito à vida, no domínio das prestações existenciais mínimas, escolhendo um meio (ou diversos meios) que

²⁸³ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 434.

²⁸⁴ *Idem*, p. 435.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 436.

tornem efectivo este direito, e, no caso de só existir um meio de dar efectividade prática, devem escolher precisamente esse meio”.²⁸⁶

Vieira de Andrade também defende que os direitos fundamentais sociais não correspondem a preceitos meramente proclamatórios, mas seriam autênticos direitos subjetivos, se não a prestações materiais exigíveis dos poderes públicos, ao menos a prestações normativas, no sentido de edição das normas necessárias à concretização destes direitos: “constituem normas jurídico-positivas subjectivas ou estabelecem garantias institucionais, impondo ao legislador a obrigação de agir para lhes dar cumprimento (imposições legiferantes)”.²⁸⁷ Todavia, depreende-se da elaboração teórica desenvolvida pelo autor, que devido a muitas normas que prescrevem direitos fundamentais sociais dependerem da atuação do legislador, elas não outorgariam direitos subjetivos a prestações aos seus titulares, já que estas prestações seriam carentes de definição. Nestas condições, os direitos fundamentais seriam “imposições legiferantes”, e nesta hipótese, não se distanciam muito da concepção de normas programáticas observada anteriormente.

Em verdade, para os fins deste estudo, conceber os direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos significa reconhecer a possibilidade de o titular do direito exigir diretamente do Estado a adoção de determinada conduta, a realização de certa prestação material que satisfaça seu direito fundamental.²⁸⁸

Ingo Wolfgang Sarlet se posiciona em defesa da existência de direitos sociais prestacionais subjetivos, ainda que esta conclusão não possa assumir uma dimensão radical de tudo ou nada. Existem elementos que podem mitigar a exigibilidade de direitos sociais em determinadas circunstâncias – como já analisara Alexy – de modo que o reconhecimento de

²⁸⁶ CANOTILHO, J. J. G. *Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais*, apud SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 332-333.

²⁸⁷ ANDRADE, J. C. V. de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 300.

²⁸⁸ Neste item, a questão da qualificação das normas de direitos fundamentais sociais como verdadeiros direitos subjetivos está relacionada tão somente aos chamados direitos originários a prestações, ou seja, a possibilidade de se extrair diretamente da norma jusfundamental positivada no texto constitucional um direito subjetivo de seu titular a uma prestação material a ser realizada pelo Estado.

direitos subjetivos não seria absoluto, mas sim dependente da ponderação entre a norma de direito fundamental social e outros bens jurídicos, outros direitos, e mesmo reservas econômicas do Estado.

Na visão deste autor, os direitos sociais, por estarem intimamente vinculados ao direito à vida, e à dignidade da pessoa humana, têm, em seu favor, uma presunção de efetividade, ou de subjetividade, de modo que a realização da dignidade da pessoa humana serviria assim como um limite, uma demarcação da subjetividade dos direitos fundamentais sociais.

Além disso, é preciso ressaltar que ao estado não apenas é vedada a possibilidade de tirar a vida (daí, por exemplo, a proibição da pena de morte), mas também que a ele se impõe o dever de proteger ativamente a vida humana, já que esta constitui a própria razão de ser do Estado, além de pressuposto para o exercício de qualquer direito (fundamental ou não). Não nos parece absurda a observação de que negar ao indivíduo os recursos materiais mínimos para manutenção de sua existência (negando-lhe, por exemplo, uma pensão adequada na velhice, quando já não possui condições de prover seu sustento) pode significar, em última análise, condená-lo à morte por inanição, por falta de atendimento médico, etc. Assim, há como sustentar – na esteira da doutrina dominante – que ao menos na esfera das condições existenciais mínimas encontramos um claro limite à liberdade de conformação do legislador.²⁸⁹

O autor, entretanto, ressalta que não somente quando a vida humana estiver em risco que se torna possível reconhecer direitos fundamentais subjetivos a prestações por parte do Estado. Com base no princípio da dignidade da pessoa humana, o autor procura identificar um parâmetro de reconhecimento do padrão mínimo em direitos sociais (mesmo como direitos subjetivos individuais). Neste sentido, fornece como exemplo o acesso ao ensino fundamental obrigatório e gratuito (art. 208, § 1º, CF) que se negado importa igualmente em “grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que este implica para a pessoa humana a capacidade de compreensão do mundo e a liberdade (real) de autodeterminar-se e formatar a existência, o que certamente não será possível em se mantendo a pessoa sob o véu da ignorância”.²⁹⁰

²⁸⁹ SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos...*, p. 352.

²⁹⁰ SARLET, I. W. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988, p. 36-37.

Ricardo Lobo Torres atribui essencial importância à dimensão existencial do indivíduo como parâmetro para a qualificação dos direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos, que chega, em última análise, a negar a própria jusfundamentalidade dos direitos a prestações sociais quando desvinculados da noção de mínimo existencial:

A jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático. (...)

Os direitos sociais se transformam em mínimo existencial quando são tocados pelos *interesses fundamentais* ou pela *jusfundamentalidade*. A idéia de mínimo existencial, por conseguinte, se confunde com a de direitos fundamentais sociais *stricto sensu*.²⁹¹

Segundo o autor, “há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.²⁹² Todavia, o autor não logra atribuir ao termo “mínimo existencial” um conteúdo específico, de modo que ele poderia abranger qualquer direito, até mesmo um direito não reconhecido pela Constituição como fundamental. Ele se relacionaria à dimensão essencial e inalienável do direito. Para Ricardo Lobo Torres, “o problema do mínimo existencial confunde-se com a própria questão da pobreza. (...) Há que se distinguir entre pobreza absoluta, que deve ser obrigatoriamente combatida pelo Estado, e a pobreza relativa, ligada a causas de produção econômica ou de redistribuição de bens, que será minorada de acordo com as possibilidades sociais e orçamentárias”.²⁹³

Ana Paula de Barcellos²⁹⁴ também procurou identificar na noção de mínimo existencial um critério de precisão e exigibilidade dos direitos fundamentais sociais, de modo que sempre que eles estivessem vinculados à realização das condições mínimas de

²⁹¹ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.) *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-2. A redução dos direitos fundamentais sociais a um mínimo existencial será objeto de discussão no Capítulo IV.

²⁹² TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 126.

²⁹³ Idem, p. 126.

²⁹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: Ricardo Lobo Torres (Org.) *Legitimação dos Direitos Humanos*, p. 23; 45.

sobrevivência do indivíduo, eles gerariam uma obrigação estatal passível de ser cobrada via propositura de ação perante o Judiciário. Todavia, a autora não reduz nem restringe a fundamentalidade destes direitos à noção deste mínimo existencial, na medida em que eles instituiriam um estado de coisas mais abrangente – noção principiológica – a ser alcançado pelos poderes públicos e pela sociedade.

Sem restringir-se à idéia de mínimo existencial, Borowski afirma: “Los derechos fundamentales prestacionales son derechos subjetivos en todo su ámbito de protección”.²⁹⁵

Referida posição parte da dificuldade em se identificar, nas normas de direitos fundamentais sociais previstas na Constituição Brasileira, quais são aquelas que corresponderiam a um mínimo existencial, e qual seria esse mínimo. Qualquer catalogação definitiva nesse caso acaba gerando uma minimização dos demais direitos sociais que não pertencessem ao mínimo. A Constituição brasileira não se preocupou exclusivamente com um mínimo existencial, mas busca a realização máxima do Estado Social de Direito. Portanto, a consideração de todos os direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos, os quais estariam sujeitos à ponderação, em respeito a uma posição jurídica *prima facie* que determina a exigência da prestação, parece mais adequada para atender às necessidades dos titulares desses direitos. O ônus da argumentação jusracional recairia sobre o juiz que pretendesse o afastamento da norma de direito fundamental social, sendo que negar a vida humana seria um limite para o qual não poderia haver ponderação²⁹⁶.

Além disso, para que seja possível afirmar que determinado direito corresponde a um mínimo existencial, e outro não, terá sido necessário realizar um processo de ponderação, no qual, de um lado, tem-se a prestação prevista na norma, fundada na dignidade da pessoa humana, na justiça material, e na igualdade material, e de outro, outros direitos ou bens

²⁹⁵ BOROWSKI, M. Ob. Cit., p. 151.

²⁹⁶ Nesse sentido, a noção de mínimo existencial tem sua valia no momento em que auxilia o juiz a identificar um limite além do qual ele não poderia passar, como será objeto de análise no Capítulo IV. Todavia, isso não significaria a impossibilidade de reconhecer direitos subjetivos em absolutamente todas as normas de direitos fundamentais sociais.

jurídicos que apontem para a não aplicação da norma. Ainda que no caso do direito à saúde, por exemplo, existe uma certa “evidência” em favor do direito prestacional, pois ele está, muitas vezes, relacionado à própria sobrevivência do ser humano, essa conclusão é apenas possível porque não se pode aceitar a prevalência dos argumentos relacionados à escassez de recursos em detrimento do bem jurídico ‘vida’. A ponderação mostrou-se, ainda que minimamente, necessária.

Todavia, não só na hipótese de relacionamento direito das normas de direitos fundamentais prestacionais ao mínimo existencial poderia estar configurado um direito subjetivo do titular a prestações a serem fornecidas pelo Estado. Nestas situações, o modelo de ponderação de Robert Alexy é o que fornece o melhor instrumental para a aplicação das normas jusfundamentais prestacionais, possibilitando o reconhecimento de direitos subjetivos *prima facie*, potencialmente restringíveis. Na medida em que todos os direitos fundamentais sociais prestacionais correspondem a direitos subjetivos *prima facie*, sua não realização somente se torna possível a partir de um processo de ponderação orientado pela argumentação juracional.

Na linha do que vem sendo afirmado, é possível verificar, como já salientaram alguns autores²⁹⁷, que o não reconhecimento dos direitos sociais como verdadeiros direitos subjetivos é mais uma questão político-ideológica que jurídica. Não se nega que a efetivação destes direitos requer mais esforço do intérprete, uma vez que seus enunciados normativos, por vezes, não deixam transparecer a posição jurídica em que investirão seu destinatário, de modo que a ponderação e a aplicação da proporcionalidade tomam o lugar da simples subsunção. Todavia, a doutrina já abriu diversos caminhos a serem trilhados, vários parâmetros e critérios, e ainda assim, em muitos casos, os tribunais hesitam em reconhecer os direitos fundamentais sociais enquanto verdadeiros direitos subjetivos.

²⁹⁷ Dentre eles, Luís Roberto Barroso, em obra citada, p. 106.

Esta resistência é reconhecida por Vicente de Paulo Barreto²⁹⁸, ao salientar a existência de três argumentos “políticos” que apontam para uma inefetividade dos direitos fundamentais sociais, o que reflete a dificuldade de concebê-los como autênticos direitos subjetivos: a) são direitos de segunda ordem, pois não participaram da fundação do Estado de Direito; b) dependem de uma economia forte; e c) o custo dos direitos sociais supera os recursos orçamentários. No primeiro caso, é hoje evidente que os direitos sociais deixaram sua função acessória de garantir a liberdade fática²⁹⁹, para assumir a posição de núcleos integradores e legitimadores do bem comum, já que é através de sua realização, como observa este autor, que se permitirá a sobrevivência da sociedade livre e democrática.

Todavia, a maior dificuldade relacionada à caracterização dos direitos fundamentais sociais como autênticos direitos subjetivos, o verdadeiro entrave à efetivação destes direitos está na concepção de “reserva do possível”: os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional somente poderiam ser exigidos do Estado diretamente se presentes as condições financeiras para tanto, se presente a previsão orçamentária, se respeitado o princípio democrático de “livre” disposição dos recursos pelo legislador, se respeitada a discricionariedade estatal na escolha das políticas públicas a serem adotadas na sua realização.

Diante desta situação, parece inevitável conhecer as teorias relativas às restrições dos direitos fundamentais, a fim de que se possa identificar se esta reserva do possível atua como restrição aos direitos fundamentais sociais, ou se corresponde a um elemento interno, inerente à própria configuração destes direitos. A questão seria distinguir entre duas hipóteses: o direito fundamental social existe, mas não pode ser aplicado no caso concreto em virtude da atuação da reserva do possível, ou então, por causa da incidência da reserva do possível, naquele caso concreto, não há que se falar em direito fundamental social.

²⁹⁸ BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In Ingo Wolfgang Sarlet (Org.) *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.115-122.

²⁹⁹ Como ainda defendido por Ricardo Lobo Torres.

A fim de estabelecer as premissas teóricas necessárias à solução desta problemática, torna-se necessário conhecer as diversas teorias relacionadas às restrições aos direitos fundamentais, o que será abordado no capítulo seguinte. Assim, espera-se compreender a atuação da reserva do possível em relação aos direitos fundamentais sociais prestacionais, e então traçar os limites de suas implicações à efetividade destes direitos.

CAPÍTULO II

RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: NOÇÕES INSTRUMENTAIS

2.1 VIABILIDADE DE RESTRIÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na medida em que se concebe os direitos fundamentais sociais como integrantes de um modelo normativo de regras e princípios, parece inescapável aceitar que eles não são absolutos. Por diversas vezes, estes direitos estão sujeitos à intervenção dos poderes públicos, seja através da edição de leis que buscam densificar seu conteúdo aberto, seja através de atos administrativos que podem limitar o exercício das prerrogativas normativamente previstas pelos seus titulares. A questão que surge quase automaticamente é: estas intervenções dos poderes constituídos no âmbito normativo dos direitos fundamentais são legítimas? Pode um direito fundamental social ser restringido?³⁰⁰ Em que medida?

A possibilidade de restrição, todavia, tem tratamento diferenciado na doutrina, sendo que vários autores de renome entendem ser descabido falar em restrição a direitos fundamentais como um instituto juridicamente legítimo, com guarida constitucional, e distinto da própria norma de direito fundamental.

Assim, num primeiro momento, a questão a ser enfrentada por este estudo diz respeito à efetiva possibilidade de se falar em restrições legítimas a direitos fundamentais como instituto jurídico autônomo, ou se sempre que houver intervenção no âmbito normativo

³⁰⁰ Vale esclarecer que a pergunta é válida para todos os direitos fundamentais, e não apenas os direitos fundamentais sociais. A análise a ser feita na presente seção cuidará dos direitos fundamentais indistintamente, a fim de identificar a possibilidade de sua restrição. Somente na seção seguinte é que se verificará a possibilidade de se falar de restrições aos direitos fundamentais sociais prestacionais propriamente ditos.

do direito estar-se-á diante de violação à norma. A doutrina divide-se basicamente em duas teorias opostas, a teoria interna, e a teoria externa, como se passa a analisar.

2.1.1 Teoria interna

Friedrich Klein³⁰¹, autor alemão, defende como logicamente inadmissível a hipótese de restrição a direitos fundamentais. Estes direitos, segundo o autor, admitem tão somente uma delimitação de seu conteúdo, a definição de seus contornos conceituais, mas nunca uma restrição. Esta noção se relaciona com a teoria interna, segundo a qual não existem duas categorias distintas, de um lado o direito fundamental, e do outro, a restrição a este direito, mas tão somente se admite a existência do direito fundamental, com um conteúdo determinado. Não há restrição, mas sim limite conceitual do direito, o que passou a ser chamado de “limite imanente” do direito fundamental.

A teoria interna está intimamente relacionada com a teoria ampla do suposto de fato, tal como analisado por Robert Alexy. O suposto de fato corresponde às condições fáticas que se encaixam na previsão da norma, trata-se do ambiente das relações sociais que a norma visa proteger. Ao seu lado, existe o âmbito protegido da norma jusfundamental, que corresponde à porção de realidade que está albergada pela norma, quando já satisfeitas as condições de fato, ou seja, o suposto de fato. Este âmbito protegido costuma se identificar com o suposto de fato quando se está diante de posições jurídicas definitivas.³⁰²

Um dos principais representantes da teoria interna, ou da teoria ampla do suposto de fato, é Friedrich Müller.³⁰³ Segundo o jurista alemão, “nenhum direito fundamental está

³⁰¹ ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 268-269.

³⁰² Idem, p. 292-294.

³⁰³ Robert Alexy também faz menção a Rüfner, e sua teoria da limitação do suposto de fato sobre a base de leis gerais. Todavia, dados os limites do presente trabalho, e a preocupação mais instrumental com as noções a serem desenvolvidas acerca das restrições aos direitos fundamentais, a análise se restringirá às teorizações de Müller, e de suas influências em outros doutrinadores, como o jurista português Vieira de Andrade.

garantido ilimitadamente”, na medida em que tem guarida em um sistema jurídico constitucional que deve guardar pertinência objetiva entre suas normas.³⁰⁴

A partir da teoria geral das normas por ele desenvolvida, segundo a qual não há que se falar em restrição a um direito fundamental, mas sim em identificação de seu conteúdo de validade a partir da análise de seu âmbito normativo, Müller defende que “o decisivo para o alcance objetivo de um direito fundamental é o âmbito normativo”, o qual desempenharia duas funções, a de suposto de fato, e a de fonte de argumentos, sendo que para o presente exame interessa tão somente a primeira função. Segundo Rodrigo Bornholdt, “o âmbito normativo será aquela parcela de realidade situada em conformidade com as prescrições do *Normprogramm*”, de modo que “não se confundirá com a realidade”, já que pode ser integrado por instituições jurídicas, como o casamento, por exemplo. É o âmbito normativo que, juntamente com o programa da norma, compõe a norma jurídica, e apresenta duas características: a) diante de um caso concreto, seus elementos deverão sempre ser considerados; b) sua transformação de “âmbito material” (dado de realidade, ou institucional) em “âmbito normativo”, ou seja, que compõe a norma, dependerá sempre de sua pertinência aos parâmetros traçados pelo programa da norma.³⁰⁵

Neste sentido, pode-se considerar que pertencem ao âmbito normativo (e ao suposto de fato) exclusivamente as ações específicas, ou seja, ações que não podem ser substituídas por nenhuma outra, sob pena de se extravasar o âmbito normativo. Assim, ainda que uma dada situação apresente caracteres específicos do suposto de fato (razão pela qual mereceria, em um primeiro momento, proteção jusfundamental), ela não estará protegida pela norma de direito fundamental se ao lado dos caracteres específicos possuir outros que não forem específicos do suposto de fato. Por exemplo: pintar em um cruzamento de ruas é uma atividade artística (específica) e, portanto, deveria estar protegida pelo direito fundamental de

³⁰⁴ *Apud* ALEXY, R. *Teoria de los derechos*, p. 300.

³⁰⁵ BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Colisão entre Direitos Fundamentais: Metódica Estruturante e Ponderação*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2001, p. 23-25.

se expressar artisticamente de forma livre; todavia, como junto ao suposto de fato específico (pintar) existe um suposto de fato inespecífico (em um cruzamento de ruas), esta atividade não estará protegida pelo direito fundamental. Assim, a cláusula de exceção não é uma cláusula restritiva, mas uma parte do suposto de fato que determina que a conduta em questão não está abarcada pelo âmbito de proteção da norma.³⁰⁶

Desta forma, para a teoria interna, o direito fundamental tem, desde sua concepção, um conteúdo jurídico determinado, de modo que toda posição jurídica que exceda seus limites, não pode ser considerada como abrangida por este direito. Existe, no mundo jurídico apenas um objeto normativo: o direito fundamental com seus limites concretos, os “limites imanentes”, que não podem ser denominados de restrições. Se restrição é algo que diminui ou reduz o âmbito de proteção do direito, quando devidamente incorporada na norma, não será restrição, mas sim definição do âmbito normativo do direito.³⁰⁷ Se esta redução não estiver incorporada ao direito, então já não se tratará de restrição, mas de verdadeira violação à norma de direito fundamental.

Assim, a aplicação de um determinado direito fundamental ao caso concreto demanda a averiguação da correspondência entre o conteúdo aparente do direito e seu conteúdo verdadeiro, ou seja, a identidade entre âmbito normativo e suposto de fato. Em assim sendo, o conteúdo aparente equivale ao conteúdo verdadeiro e tem-se um direito definitivo. O direito aparente, desta forma, não é uma posição normativa, mas uma expectativa de uma posição normativa concreta, que corresponde ao direito fundamental de conteúdo verdadeiro.³⁰⁸

Para Alexy, a concepção de restrições aos direitos fundamentais está intimamente relacionada ao modelo normativo que se escolhe – regras ou princípios. No caso da teoria interna poder-se-ia verificar uma conexão com o modelo normativo das regras, na medida em

³⁰⁶ *Apud* ALEXY, R.. *Teoria de Los Derechos...*, p. 301-305.

³⁰⁷ BOROWSKI, M. *Ob. cit.*, p. 68-69.

³⁰⁸ *Idem*, p. 69.

que ela determina que não existem restrições aos direitos fundamentais que sejam legítimas, pois ou se está dentro do âmbito normativo, e neste caso pode se falar em limites imanentes a ajustar a correspondência com o suposto de fato, ou se está fora deste âmbito, hipótese em que se configura verdadeira violação à norma de direito fundamental. Assim, considerado o modelo exclusivo de regras, as normas gerarão apenas posições jurídicas definitivas, de modo que se torna automática a adoção da teoria interna.³⁰⁹

Jorge Reis Novais, entretanto, em análise do pensamento de Peter Häberle³¹⁰, verificou que a adoção da teoria interna não implica necessariamente o afastamento de uma ponderação. A questão é que esta ponderação se verifica no momento de definição do âmbito normativo da norma, de modo que todo direito fundamental se encontraria sob uma reserva de lei geral que poderá definir ou declarar os seus limites:

Essa reserva de lei geral é considerada imanente aos direitos fundamentais. O conteúdo e os limites de cada direito fundamental só podem ser determinados com recurso a um processo de ponderação de bens cuja responsabilidade incumbe ao legislador encarregado de actualizar os limites imanentes que resultam da necessária integração dos direitos fundamentais no sistema escalonado de valores constitucionais. (...)

Esta concepção funda-se, portanto, numa relação de imanência ou de unidade entre conteúdo e limites de um direito fundamental e na conseqüente inseparabilidade entre lei conformadora de conteúdo e lei delimitadora do âmbito de proteção de um direito fundamental.³¹¹

É preciso esclarecer que esta legislação integradora não é um momento *a posteriori* na interpretação da norma, de modo que ela não constitui limites a um direito já estabelecido. Em verdade, ela tão somente revela os limites já existentes na norma. A partir

³⁰⁹ ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos...*, p. 269. No mesmo sentido, BOROWSKI, M. Ob. cit., p. 77-78.

³¹⁰ Na obra *Die Wesensgehaltgarantie...*, apud NOVAIS, *As restrições aos direitos...*, p. 309 e ss. Vale salientar que a teoria interna dos limites aos direitos fundamentais em verdade corresponde a uma resposta à teoria externa, concebida como “teoria da intervenção e limites”, que cronologicamente a antecedeu. A teoria externa surgiu da preocupação da esfera de liberdade do indivíduo frente ao Estado, de modo que toda e qualquer ingerência deste no âmbito de liberdade protegida deveria ser concebido como restrição, e, portanto, deveria estar sujeita a controle. Neste sentido, a teoria interna representou uma reação a esta concepção, de modo a defender que nem toda e qualquer ação do titular do direito de liberdade estaria protegido pela norma. Algumas condutas estariam, *a priori*, afastadas, em virtude dos limites internos que a própria norma de direito fundamental estabelecia. No presente estudo, contudo, optou-se por tratar inicialmente da teoria interna, para, num segundo momento, explorar a teoria externa, já que esta vem sendo mais difundida na doutrina contemporânea.

³¹¹ NOVAIS, J. R. Ob. cit., p. 313.

desta concepção, Häberle passou a defender a impossibilidade de se conceber uma restrição legítima ao direito fundamental. Se a conduta só será constitucionalmente relevante se estiver dentro do âmbito normativo do direito fundamental, de modo que se extravasar seus limites, não receberá proteção jurídica. Entretanto, dentro deste âmbito normativo definido e limitado, nenhuma ingerência legítima pode ser aceita, toda intervenção assumirá o caráter de verdadeira violação da norma jurídica.³¹²

Vieira de Andrade mostrou-se um adepto da teoria interna, reconhecendo que os direitos fundamentais têm limites imanentes, que correspondem às fronteiras definidas pela própria Constituição. Dessa forma, a Constituição “não protege todas as situações, formas ou modos de exercício *pensáveis* para cada um dos direitos (como aconteceria se a Constituição concedesse os direitos aos indivíduos para que deles fizessem uso como bem entendessem)”. Estes limites internos, imanentes à norma constitucional, correspondem a “limites máximos de conteúdo” e podem ser equiparados a limites do objeto da norma.³¹³

Segundo o autor, a Constituição, ao enunciar os direitos fundamentais, pode excluir da respectiva esfera normativa certos tipos de situações. Esta exclusão não representa uma restrição a estes direitos, mas tão somente a definição de seu conteúdo. É válido salientar que tanto a literalidade da norma jurídica, quanto a unidade da Constituição, constituem um primeiro limite à atividade do intérprete.³¹⁴ Ele não pode agregar ao âmbito normativo do direito fundamental, situações jurídicas que lhe são flagrantemente contrárias, como seria o caso, por exemplo, de autorizar uma licença maternidade de apenas noventa dias, no lugar dos cento e vinte dias constitucionalmente previstos. Neste caso, de fato, estar-se-á diante de uma violação à norma de direito fundamental.

³¹² NOVAIS, J. R. Ob. cit., p. 314.

³¹³ ANDRADE, J. C. V. de. *Direitos Fundamentais...*, p. 215.

³¹⁴ Neste sentido, BARROSO, L. R., *Interpretação e Aplicação da Constituição...*, p. 122: “a mesma linguagem que confere abertura ao intérprete há de figurar como limite máximo de sua atividade criadora. As palavras têm sentidos mínimos que devem ser respeitados, sob risco de se perverter o seu papel de transmissoras de idéias e significados. É a interpretação gramatical ou literal que delimita o espaço dentro do qual o intérprete vai operar, embora isso possa significar zonas hermenêuticas muito extensas”.

Todavia, o autor português vai mais longe, para admitir que “não se considerará restritiva a lei que declare limites imanes, tal como se julga admissível a actuação administrativa que, mesmo sem lei declaradora de limites imanes, os pressuponha, comprimindo o direito fundamental apenas na aparência”. Assim, Vieira de Andrade prevê a hipótese de configuração de uma norma de direito fundamental que modifique seu conteúdo na medida em que ela tão somente declare os limites imanes já pressupostos pelo constituinte.

A teoria interna está sujeita a muitas críticas. Alexy aponta razões de ordem material e formal. As razões materiais se relacionam à inadequação do critério de especificidade e de substituição para o fim de delimitar o âmbito de proteção jusfundamental. Reportando-se ao exemplo fornecido por Müller, o autor ressalta que pintar em um cruzamento de ruas pode estar permitido se este cruzamento estiver fechado especificamente para esta finalidade. Tornar a atividade extremamente específica a fim de enquadrá-la no âmbito normativo reduz a liberdade jusfundamental do indivíduo de escolher como exercer seu direito fundamental. A razão formal está ligada à material: se os critérios de especificidade e substituição não são capazes de justificar a delimitação do âmbito normativo, é porque existem outros critérios, no caso, outros bens jurídicos que devem ser resguardados se confrontados com aquele direito fundamental (a liberdade de trânsito, por exemplo, no caso do pintor no cruzamento de ruas). Isto mostra que a teoria interna somente teria aplicação se as razões de delimitação fossem corretas. E para averiguá-lo, é preciso realizar um intercâmbio de argumentos, o qual estaria, fatalmente, embasado na ponderação, na admissão de um conteúdo normativo elástico e variável – tal como o dos princípios, previsto na teoria ampla do suposto de fato, que será tratada no tópico a seguir.³¹⁵ Nessas condições, para

³¹⁵ ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos...*, p. 305-306.

Alexy, a necessidade de ponderação acaba por desvirtuar a teoria interna, e justificar a teoria externa.

Jorge Reis Novais também assinalou algumas críticas em relação à teoria interna. Segundo ele, a logicidade da teoria interna é “inatacável”. Entretanto, ela soluciona a questão da aplicação das normas de direitos fundamentais sob aspectos exclusivamente formais, que, na prática, acabam por comprometer o efetivo controle da atividade “restritiva” destes direitos pela atuação dos poderes constituídos. Em verdade, ela vai mais além na medida em que “favorece, tendencialmente, a legitimação de qualquer particular concretização dessa actividade ou, pelo menos, obscurecendo, objectivamente, a natureza ‘restritiva’ da intervenção estatal, debilita a efectividade dos controlos típicos de Estado de Direito a que deveria ser sujeita”.³¹⁶

Verifica-se que a questão da restrição aos direitos fundamentais é eliminada sob o aspecto lógico, entretanto, na prática ele permanece, na medida em que os poderes constituídos, sob o pretexto de configurar ou concretizar os direitos fundamentais, “revelando seus limites imanentes” podem, na realidade, modificar o conteúdo destes direitos, reduzindo o alcance das posições jurídicas que eles outorgariam aos seus titulares. A atividade restritiva recebe a roupagem de atividade “conformadora”, e com isso deixa de estar sujeita ao controle constitucional, como a existência de autorização da Constituição para a redução do conteúdo do direito “conformado”, a reserva de lei, e a proporcionalidade.

Na medida em que a proteção dos direitos fundamentais constitui um dos princípios informadores do próprio Estado Democrático de Direito, parece claro que esta proteção se deve não só contra a ingerência de particulares, ou a violação de seu conteúdo, mas também significa uma proteção frente aos próprios poderes públicos, na medida em que eles devem se submeter ao conteúdo jusfundamental, e não determinar, segundo seus

³¹⁶ NOVAIS, J. R., Ob. cit., p. 317.

interesses, qual é este conteúdo, para adaptá-lo às suas atividades e então enquadrá-las como legítimas. Embora os direitos fundamentais estejam previstos em normas com elevado grau de abstração, e que permitem a atividade legislativa complementar, é certo que esta atividade deve ser controlada a fim de se evitar abusos que restrinjam inadvertidamente direitos que passaram a integrar o patrimônio jurídico dos cidadãos.

2.1.2 Teoria externa

A teoria externa das restrições aos direitos fundamentais surgiu a partir da preocupação com a legitimidade e legalidade da ingerência dos poderes públicos na esfera de posições jurídicas fundamentais dos indivíduos. Recentemente, ela tem se manifestado presente na obra de filósofos como Robert Alexy, Gomes Canotilho e Jorge Reis Novais.

Como assinala Alexy, a teoria externa distingue entre direitos fundamentais de um lado, e restrições a estes direitos de outro, como duas coisas separadas e distintas, entre as quais existe uma relação de restrição. Esta relação de restrição surge de “uma necessidade externa ao direito, de compatibilizar os direitos de diferentes indivíduos como também os direitos individuais e os bens coletivos”.³¹⁷

Esta teoria teve seu berço nas teorizações de Schmitt, que, a partir da separação entre o Estado e a sociedade, concebeu a liberdade do homem como um direito pré-estatal, e portanto, por natureza ilimitado. O Estado poderia, se necessário, intervir nesta esfera de liberdade, mas sua intervenção assumiria o caráter de uma exceção, em face da regra, que seria a liberdade ilimitada.³¹⁸ Neste sentido, “uma restrição de direitos fundamentais é, então, uma acção estatal que afecta, primariamente, o bem jusfundamentalmente protegido, cuja

³¹⁷ ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos...*, p. 268.

³¹⁸ NOVAIS, J. R. *Ob. cit.*, p. 293.

extensão e delimitação foram apuradas através da interpretação jurídica da norma de direito fundamental”.³¹⁹

As noções da teoria externa das restrições foram aplicadas ao modelo normativo de regras e princípios por Robert Alexy, que defende a existência, num primeiro momento, do direito fundamental instituidor de uma posição jurídica *prima facie*, sobre a qual poderá incidir a restrição, em um segundo momento. O direito fundamental definitivo que resultará desta relação de restrição dependerá de dois aspectos: primeiro, a verificação se determinada conduta se insere no conteúdo do direito *prima facie*, e, segundo, se a restrição é legítima naquele determinado caso concreto, de modo que então já não se teria o direito definitivo.³²⁰

Esta doutrina foi recepcionada por Gomes Canotilho e Vital Moreira:

Por conseguinte, a restrição de direitos fundamentais implica necessariamente uma *relação de conciliação* com outros direitos ou interesses constitucionais e exige necessariamente uma tarefa de ponderação ou de *concordância prática* dos direitos ou interesses em conflito. Não pode falar-se em restrição de um determinado direito fundamental em abstracto, fora da sua relação com um concreto direito fundamental ou interesse constitucional diverso.

...

Os direitos fundamentais não nascem já com limites inerentes ou naturais não escritos. (...) A restrição é sempre *a posteriori*, face à necessidade de proceder à conciliação com outro direito fundamental ou interesse constitucional suficientemente caracterizado e determinado, cuja satisfação não possa deixar de passar pela restrição de um certo direito fundamental.³²¹

Novais, entretanto, defende que o modelo de princípios desenvolvido por Alexy acaba por trazer nova configuração das restrições, distinta da teoria externa e da teoria interna:

Logo, os limites ou restrições dos direitos fundamentais nem seriam criações dos poderes constituídos apostas, de fora, aos direitos fundamentais com base em autorização constitucional – como pretendia a teoria externa – nem seriam concretizações de limites imanentes já contidos nos direitos fundamentais, como entendia a teoria interna. É, antes, a própria natureza das normas de direitos fundamentais enquanto *princípios* que fundamenta a possibilidade de cedência, de restrição, de conversão de um direito *prima facie* em não-direito *definitivo*, como resultado de uma ponderação com *princípios* opostos que apresentem, no caso concreto, um maior peso. Como diz Alexy, existe limitação sempre que no lugar de um direito fundamental concedido *prima facie* se coloca um não-direito *definitivo*.³²²

³¹⁹ Idem, p. 296.

³²⁰ BOROWSKI, M. Ob. cit., p. 66-68.

³²¹ CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. *Fundamentos da Constituição*, p. 134-135.

³²² NOVAIS, J. R. Ob. cit., p. 340.

Apesar das peculiaridades apontadas, não se vê incompatibilidade entre a teoria externa e a teoria dos princípios. Em verdade, pode-se afirmar que a teoria dos princípios admite restrições como espécies jurídicas distintas das normas de direito fundamental, que decorrem de uma incompatibilidade de princípios, bens jurídicos ou valores contrapostos, de modo que podem ser declarados pelo Judiciário em análise do caso concreto, como também pelo próprio legislador, quando ele realiza esta ponderação em um momento anterior à edição da lei infraconstitucional.

O grande mérito desta teoria de limites aos direitos fundamentais é precisamente a possibilidade de controle da atividade interventora dos poderes constituídos no âmbito normativo dos direitos fundamentais. Segundo esta teoria, as restrições aos direitos fundamentais podem assumir tanto o caráter de normas, quanto de atos jurídicos de natureza fática, a questão é que eles estarão submetidos a um controle de legitimidade – a necessária justificação constitucional, e o respeito aos limites traçados pela própria Constituição para a atividade restritiva.³²³

Ela permite uma maior operacionalidade na atuação dos poderes públicos em relação aos direitos fundamentais no caso concreto, fornecendo mecanismos mais claros e transparentes para a identificação da legitimidade das restrições, ou seja, da intervenção redutora do âmbito de proteção do direito fundamental. A partir da identificação de uma determinada intervenção estatal como restrição, ela deverá adequar-se às reservas constitucionais, como a reserva de lei simples ou qualificada, bem como deverá atender à proporcionalidade, de modo que a restrição somente se legitima se for adequada, necessária e proporcional.

Além disso, a partir da teoria externa, torna-se possível identificar o âmbito de garantia efetivo da norma jusfundamental, qual seja, aquele que resta da atuação redutora da

³²³ NOVAIS, J. R. Ob. cit., p. 298-299.

restrição constitucionalmente legítima. Em relação a este âmbito de garantia efetivo, qualquer intervenção deixará de ser restrição para configurar violação.

É certo, porém, que também foram traçadas críticas contra a teoria externa, dentre as quais pode se salientar a pouca mobilidade que ela daria ao sistema constitucional na medida em que busca solucionar todas as hipóteses de restrição aos direitos fundamentais com base na subsunção de sua constitucionalidade às reservas previstas no texto constitucional. Neste mesmo sentido, a previsão de um direito constitucional sem reservas poderia levar à concepção de que este direito seria ilimitado, ou seja, que nenhuma restrição legítima seria admissível, mas tão somente violação ao conteúdo da norma.³²⁴

Estas críticas podem ser amenizadas a partir das adaptações feitas por Alexy à teoria externa, no sentido de aplicá-la a um modelo normativo de regras e princípios. Na medida em que se concebe os direitos fundamentais ora como regras, ora como princípios, e que estes últimos podem entrar em rota de colisão, em virtude da abertura de seu âmbito normativo, e da imprecisão de seus termos, passa-se a admitir que as posições jurídicas estabelecidas *prima facie* estão sujeitas à ponderação com outros bens jurídicos, valores ou princípios em choque, que agem como se fossem restrições, de modo que através da ponderação torna-se possível identificar o direito definitivo.

2.1.3 Posição adotada

A partir do momento que se concebe os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988 como integrantes de um sistema normativo de regras e princípios, a teoria externa parece ser a que melhor se coaduna com a efetiva possibilidade de restrição a estes direitos. Se os direitos fundamentais sociais, em grande parte dos casos, criam posições

³²⁴ NOVAIS, J. R. Ob. cit., p. 307-308.

jurídicas *prima facie*, de modo que estão sujeitos à ponderação de bens, princípios e valores, a fim de identificação de direitos definitivos, é porque seu âmbito normativo mostra-se maleável e sujeito a restrições.

A limitação dos direitos fundamentais, como observou Konrad Hesse, diz respeito à necessidade de coordenação mútua entre as condições de vida garantidas pelos direitos fundamentais, bem como estas condições de vida e outros bens jurídicos essenciais para a coletividade.³²⁵ Os direitos fundamentais, sejam de defesa, sejam a prestações, não são absolutos, e só podem conviver em um sistema constitucional harmônico se admitirem a possibilidade de restrição.

Os direitos fundamentais sociais correspondem a direitos fundamentais subjetivos *prima facie*. Neste sentido, seu conteúdo pode eventualmente chocar-se com outros direitos, ou bens jurídicos, de modo que em certos casos a intervenção dos poderes públicos mostra-se necessária a fim de reduzir o âmbito normativo do direito fundamental, adequando-o aos interesses externos em conflito.³²⁶ Esta intervenção, entretanto, mostra-se em muitos casos severa, restringindo posições jurídicas dos seus titulares. Somente através da argumentação racional e da sujeição destas restrições aos limites impostos pela própria Constituição, a fim de permitir seu controle, pode-se evitar que abusos sejam cometidos na atividade restritiva, anulando por completo posições jurídicas protegidas constitucionalmente.

Assim, os conceitos trazidos pela teoria externa, se adaptados a uma teoria de princípios, fornecem o instrumental mais seguro para uma dogmática preocupada com o controle da atividade dos poderes constituídos em relação aos direitos fundamentais.³²⁷

³²⁵ HESSE, K. *Elementos de Direito Constitucional...*, p. 255.

³²⁶ Neste sentido, Jorge Reis Novais coloca os direitos fundamentais sob uma “reserva geral de ponderação”, já que embora os direitos fundamentais tenham uma posição preferencial, suas normas estão sujeitas à ponderação com outros valores, interesses e princípios previstos na Constituição, e muitas vezes, até relacionados a outros direitos fundamentais em conflito. Ob. cit., p. 359.

³²⁷ Trata-se da conclusão também obtida por NOVAIS, Ob. cit., p. 360-361.

Esta também parece ser a posição adotada por J. J. Gomes Canotilho, na medida em que ressalta serem as restrições um segundo momento da aplicação das normas de direito fundamental (o primeiro momento seria a identificação do seu âmbito normativo). Propõe uma classificação das restrições baseada na previsão expressa constitucional, na autorização constitucional de lei restritiva, e na possibilidade de restrições não escritas (o autor usa a expressão “limites”), derivadas da necessidade de compatibilização dos direitos fundamentais com outros direitos, ou interesses em conflito.³²⁸

Na doutrina nacional, embora não o tenham manifestado expressamente, parecem ter adotado também esta concepção, a título de exemplo, Gilmar Ferreira Mendes³²⁹, e Ingo Wolfgang Sarlet³³⁰, que cita a conhecida expressão de Krüger, de que não há sentido em se falar em direitos fundamentais na forma da lei, mas sim, lei na medida dos direitos fundamentais. Nesta mesma linha, ensina Suzana de Toledo Barros, que a força jurídica dos direitos fundamentais, “por mínima que seja em cada caso, consagra o princípio da constitucionalidade, segundo o qual a validade das leis depende da sua conformidade com a Constituição, abrindo as portas para a fiscalização das opções políticas do legislador pelo judiciário e permitindo a tarefa concretizadora dos tribunais quando evidente a falta de regulamentação por eles reclamada”.³³¹

De forma mais expressa, manifesta-se Raquel Denise Stumm:

O Direito não é necessariamente restringível. A necessidade de restringi-lo advém das relações que o homem mantém com outros homens e com bens coletivos. Dessa forma, a restrição acontece por uma necessidade externa ao direito, que tem de compatibilizar diferentes direitos individuais e bens coletivos.(...) A necessidade de restrição ao direito é sempre *a posteriori*, pois o direito não nasce desde já limitado. Somente surge da necessidade de harmonização e ‘conciliação com outro direito fundamental ou interesse constitucional suficientemente caracterizado e determinado.’³³²

³²⁸ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1142-1143.

³²⁹ MENDES, G. F. Ob. cit., p. 37-38.

³³⁰ SARLET, I. W. *Eficácia dos Direitos...*, p. 362.

³³¹ BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p.144.

³³² STUMM, R. D. Ob. cit., p. 142-143.

Há que se admitir, portanto, a possibilidade de restrições legítimas aos direitos fundamentais, bem como a necessidade de controle desta atividade restritiva, noção que se mostrará de crucial importância para a compreensão das implicações entre direitos fundamentais prestacionais e reserva do possível.

2.1.4 Direitos fundamentais sociais como normas com reserva imanente de ponderação

A fim de buscar um fundamento analítico para a restrição dos direitos fundamentais, Jorge Reis Novais³³³ elaborou uma teoria segundo a qual estes direitos teriam sua vigência condicionada a uma reserva imanente de ponderação. Embora tenha tratado preferencialmente dos direitos de defesa, elaborou conceitos teóricos que se aplicam também aos direitos a prestações. Afinal, como já esclarecido anteriormente, a Constituição Portuguesa atribui aos direitos fundamentais sociais e aos direitos fundamentais de liberdade diferentes regimes jurídicos, o que não ocorre no sistema pátrio, razão pela qual os direitos fundamentais sociais prestacionais têm o mesmo grau de fundamentalidade que os direitos de defesa.

Assevera o autor português que ser titular de um direito fundamental – e aqui se trata dos direitos fundamentais sociais – não significa ser titular de uma posição jurídica de natureza absoluta, ou definitiva, ainda que no processo de efetivação da norma este definitividade possa aparecer. Significa, isso sim, ser titular de uma posição “forte” de garantia do bem jurídico nela tutelado, vinculante para as entidades públicas administrativas responsáveis pelo cumprimento das obrigações previstas na norma, bem como vinculante para o legislador, que deverá atuar para promover sua concretização, estando-lhe vedado reduzir o âmbito de proteção constitucionalmente previsto sem que os requisitos constitucionais de

³³³ NOVAIS, J. R. Ob. cit., p.569-581.

restrição sejam respeitados. Nestas condições, as normas de direitos fundamentais podem ser “concebidas como garantias imanentemente condicionadas por uma reserva geral de compatibilização com outros bens que o Estado deve prosseguir e a cuja realização se encontra igualmente vinculado”.³³⁴

Esta compatibilização se dá, para o autor, segundo um exame de ponderação de bens, de modo que se torne possível distinguir qual bem jurídico deve ceder no caso concreto em favor do outro a ele oposto. Esta ponderação não precisa ser feita a cada momento em que a norma de direito fundamental deve ser aplicada, na medida em que diversas vezes o próprio constituinte, prevendo a colisão de direitos, antecipadamente pondera os bens jurídicos em conflito e determina qual deles deverá prevalecer. Nesse caso, caberá ao intérprete aplicar a norma segundo a escolha realizada pela Constituição, e estarão desautorizadas ponderações que contrariem o sentido já constitucionalmente determinado.

A submissão dos direitos fundamentais a uma reserva imane de ponderação enquanto fundamento implícito de restrição – o que não significa admitir a existência de limites imanes, já que eles não podem ser definidos em abstrato – tem sido alvo de muitas críticas, mais precisamente, as mesmas que já se dirigiam contra o próprio método da ponderação, ou contra a noção de direitos fundamentais como princípios. Segundo elas, os direitos fundamentais, assim concebidos, teriam sua eficácia mitigada e submetida à avaliação subjetiva do intérprete da Constituição, comprometendo os princípios da segurança jurídica, da previsibilidade e da generalidade, próprios do Estado de Direito.

A estas críticas responde Jorge Reis Novais observando que é precisamente em virtude do princípio democrático que a reserva de ponderação é o melhor meio de se fundamentar as restrições aos direitos fundamentais:

De um lado, através da personalização jurídica do Estado e da sua limitação pelos direitos fundamentais produz-se uma equiparação das posições relativas de Estado e cidadãos que convoca, por natureza, as idéias de ponderação, de equilíbrio, de

³³⁴ NOVAIS, J. R. Ob. cit., p. 570.

composição de interesses. Por outro lado, essas idéias vêm a sua vitalidade reforçada, mesmo contra as imposições pretensamente definitórias da lei, quando se adquire a consciência de que a liberdade individual tem de ser defendida das decisões da maioria e que, em Estado de Direito democrático, é necessário encontrar um equilíbrio entre a interpretação que os titulares do poder fazem do interesse público e as garantias invioláveis da liberdade individual, equilíbrio esse que encontra, precisamente, uma expressão normativa – conflitual, mas constitucionalmente adequada – quando a retirada dos direitos fundamentais da disponibilidade dos poderes constituídos vem acompanhada do reconhecimento de uma reserva imanente de ponderação condicionadora da validade dos direitos fundamentais.³³⁵

Vale ressaltar que onde o autor se refere à esfera de liberdade individual, há que se inserir igualmente os direitos relacionados à possibilidade de exercício das prerrogativas inerentes a esta liberdade, ou seja, os direitos prestacionais. Afinal, sem condições mínimas de sobrevivência, não há que se falar em liberdade e autonomia. Ainda assim, mesmo quando políticas públicas são voltadas para a satisfação de outros interesses considerados pelos governantes como atinentes às expectativas da maioria da população, não se pode deixar a descoberto direitos fundamentais responsáveis pela garantia de sobrevivência do ser humano em sociedade, como os direitos à saúde, à previdência e à assistência social, bem como responsáveis pela inserção do indivíduo em uma comunidade politicamente ativa e democrática, como os direitos à educação e à cultura.

É preciso salientar que submeter os direitos fundamentais a uma reserva de ponderação não significa mitigar-lhes a certeza jurídica ou a justiciabilidade. Na grande parte dos casos em que estes direitos forem veiculados por regras – e não propriamente por princípios – deverão ser subsumidos ao caso concreto. Ainda que esta subsunção deva ser consciente dos pormenores da realidade, e dos bens jurídicos envolvidos, e implique, num grau reduzido, a existência de ponderação. Nos casos em que forem veiculados por princípios, cuja abertura do texto normativo permite maior compatibilização com os bens jurídicos

³³⁵ NOVAIS, J. R. Ob. cit., p. 571-572.

envolvidos, deverão ser aplicados em respeito ao mandado de máxima aplicabilidade das normas de direitos fundamentais sociais, previsto no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal³³⁶.

2.2 CONCEITO DE RESTRIÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na medida em que se admite a possibilidade de restrição aos direitos fundamentais, como algo distinto de suas normas e que sobre elas age modificando seu conteúdo, reduzindo-o, torna-se necessário estabelecer o que se entende por restrição a direitos fundamentais, a fim de evitar confusões terminológicas e estruturais que certamente levam a diferentes conseqüências para a normatividade destes direitos.

Como observa Jorge Reis Novais, na raiz da preocupação com uma delimitação conceitual do termo restrição está um problema de índole prática: “saber para que tipo de intervenções do poder constituído se deve exigir a observância dos requisitos próprios de Estado de Direito que a Constituição impõe às restrições aos direitos fundamentais”.³³⁷ Estes requisitos podem ser tanto de índole formal (como a reserva de lei, ou a previsão expressamente constitucional de restrição) como de índole material (como a preservação do núcleo essencial, ou o respeito à proporcionalidade).

De fato, todas as esferas dos poderes constituídos podem praticar atos que afetem negativamente os direitos fundamentais, seja através da edição de leis pelo Poder Legislativo, seja através da prática de atos administrativos ou mesmo da criação de legislação extravagante, como é o caso das Medidas Provisórias, pelo Poder Executivo, seja, ainda, através de decisões judiciais, da competência do Poder Judiciário. Em todas estas hipóteses, faz-se necessário identificar quando se está diante de restrição ao direito fundamental, e quais as possibilidades de controle de constitucionalidade e legitimidade desta restrição.

³³⁶ Sobre o disposto no § 1º do art. 5º da CF como um mandado de otimização ver SARLET, I. W., *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 259-274.

³³⁷ NOVAIS, J. R. Ob. cit., p. 172.

Neste sentido, a doutrina oferece uma gama variada de noções de restrição aos direitos fundamentais, as quais podem ser divididas em restrições em sentido estrito e em sentido amplo. O ponto central do conceito de restrição, como se verá adiante, é que ela afeta de forma negativa a norma de direito fundamental, diminuindo seu âmbito de atuação, sua esfera de proteção. Em razão disso, ela sempre precisará ser justificada constitucionalmente.

Em relação às diversas concepções que se traçam acerca dos limites aos direitos fundamentais, outra questão deve ser enfrentada: ao tratar da possibilidade de se limitar e restringir a aplicabilidade de direitos fundamentais, a doutrina utiliza expressões como limite, configuração, delimitação, conformação, e restrição. Cada uma delas gera diferentes significados, e determina diferentes conseqüências jurídicas, razão pela qual se faz necessário distinguir umas das outras. Enquanto uma determinada lei poderia tão somente regulamentar o exercício de um direito fundamental³³⁸, sem implicar uma efetiva restrição, não se pode deixar de cogitar a hipótese de a mesma lei desempenhar duas funções – regulamentação e restrição – caso em que os requisitos constitucionais de restrição devem ser rigorosamente observados.

Elucidar estas questões, ainda que sem pretensão de esgotamento da matéria, mas tão somente com o intuito de situar o plano de estudo para o desenvolvimento do tema relativo às implicações da reserva do possível em relação aos direitos fundamentais sociais, é o que se pretende realizar nos tópicos a seguir.

2.2.1 Desenvolvimento, configuração, conformação, concretização e restrição

Existem casos em que o legislador ordinário, mediante autorização constitucional, define o conteúdo dos direitos fundamentais através da lei, determinando seu objeto, ou regulamentando a forma de seu exercício. Situações como esta são denominadas por Jorge

³³⁸ NOVAIS, J. R. Ob. cit., p. 175-177.

Reis Novais como “desenvolvimento” dos direitos fundamentais. Neste sentido, a lei de “desenvolvimento”, segundo o autor, densifica o conteúdo do direito fundamental, ultrapassando a função de “dar forma”, ou “conformar” o direito em questão, para, em realidade, constituir o próprio direito.³³⁹

Outra hipótese em que o legislador ordinário poderia influenciar nos direitos fundamentais seria a de “configuração”, em que a lei fixa o conteúdo do direito oriundo de norma constitucional aberta e abstrata, ou cria as condições necessárias ao exercício do direito já constitucionalmente delimitado. Dentro desta categoria, seria possível distinguir entre (a) “conformação”, hipótese em que o legislador cria complexos normativos ou institutos jurídicos que permitem a exeqüibilidade do direito em questão; (b) a “regulamentação”, que fornece os detalhes necessários à plena realização do direito; e (c) a “concretização”, equivalente a uma intervenção normativa que interpreta e clarifica conceitos constitucionais, explicitando seu conteúdo ou revelando seus limites.³⁴⁰

De acordo com esta concepção, sempre que se tratasse de norma de “desenvolvimento”, ou “configuração” do direito fundamental, não haveria necessidade de observância dos requisitos constitucionais que devem ser analisados na hipótese de restrição, ou seja, seria desnecessária uma justificativa constitucional para estas normas. Segundo Häberle, todos os direitos fundamentais são suscetíveis e reclamam uma restrição e uma configuração legal. No caso da configuração, a questão seria delimitar o direito fundamental em conformidade com o objetivo da Constituição, com a realização dos direitos fundamentais na vida social, de modo que a legislação surgiria como um caminho para se atingir a realidade social.³⁴¹

³³⁹ NOVAIS, J. R. Ob. cit., p. 180-181. Esta circunstância se vê presente no caso dos direitos fundamentais sociais, em que diversas leis foram editadas a fim de criar as condições normativas necessárias ao exercício dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

³⁴⁰ NOVAIS, J. R. Ob. cit., p. 181-182.

³⁴¹ *Apud* ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 322.

Neste sentido, restam sumariamente afastadas as teorias que pregam a total liberdade conformativa do legislador, sem vinculação com o direito fundamental previsto na Constituição e com os objetivos nela traçados.³⁴² Princípios como o da supremacia da Constituição e da interpretação conforme a Constituição não autorizam este tipo de concepção em relação ao sistema constitucional pátrio. Segundo a Constituição de 1988, só se admite a possibilidade de configuração se ela estiver necessariamente vinculada ao conteúdo do direito fundamental constitucionalmente definido. Nesta hipótese, como relata Borowski, a configuração teria como limite o próprio direito fundamental.

Todavia, segundo Martín Borowski,³⁴³ as teorias que defendem a possibilidade da configuração do direito fundamental padeceriam de um grave equívoco: a partir de uma perspectiva construtiva, percebe-se que o objeto da configuração deixa de ser o direito fundamental em si. Afinal, se o legislador está vinculado ao conteúdo do direito fundamental, ele não pode modificá-lo. Entretanto, somente é possível configurar aquilo que é possível modificar, de modo que, em última análise, a configuração sempre implicará a modificação, e com isso, a restrição do direito fundamental.

Tanto Robert Alexy quanto Jorge Reis Novais criticam esta noção, pois a partir dela podem restar justificadas verdadeiras restrições aos direitos fundamentais que não tenham sido jusfundamentalmente e racionalmente justificadas, sob o pretexto de representarem uma “configuração”. Jorge Novais assinala:

Nessa perspectiva, que não acompanhamos, a qualificação de uma regulação como *restrição* ou, em alternativa, como *concretização* (eventualmente *concretização de limites imanentes*), como *regulamentação*, *condicionamento* ou *conformação* implicaria ou, ao invés, dispensaria, por exemplo, a necessidade de autorização constitucional expressa ou a exigência de reserva de lei. Esta posição, (...) tende a projetar-se, quando acolhida jurisprudencialmente, num déficit claro de fundamentação das decisões judiciais, na medida em que, independentemente dos efeitos restritivos produzidos em interesses de liberdade constitucionalmente protegidos, a não qualificação de uma regulação como verdadeira restrição – a que é sempre possível chegar teoricamente – elimina a premente e delicada questão do preenchimento dos requisitos formais e materiais

³⁴² Tal como previsto por BOROWSKI, M. Ob. cit. p. 89-90. No mesmo sentido, SARLET, I. W. *Eficácia dos Direitos...*, p. 362, e CANOTILHO, J. J. G., *Constituição Dirigente...*, p. 363.

³⁴³ BOROWSKI, M. Ob. cit., p. 90-91.

constitucionalmente exigidos, redundando numa legitimação da medida efectivamente restritiva de forma decisionista e não racionalmente fundamentável. (...) Independentemente de uma dada normação poder, em abstracto, ser considerada *desenvolvimento* ou *restrição*, *configuração* ou *materialização* de um direito fundamental, desde que, de algum modo, se possa suscitar a presença de elementos restritivos, ou seja, de afectação desvantajosa do conteúdo do direito fundamental em questão, então também se deve suscitar a questão dos requisitos de Estado de Direito obrigatoriamente aplicáveis.³⁴⁴

Neste mesmo sentido, observa Alexy que, segundo o critério da não obstaculização da realização dos princípios fundamentais, “sempre que seja necessária (caso de direito fundamental atual) ou meramente possível (caso de direito fundamental potencial) uma ponderação orientada pelo princípio da proporcionalidade, não deve se supor uma configuração, mas sim uma restrição”.³⁴⁵

Menelick de Carvalho Netto, em texto no qual buscou investigar os desafios encontrados pelos direitos fundamentais para sua plena realização, foi categórico ao afirmar que toda delimitação de conteúdo dos direitos fundamentais implica, subliminarmente, a exclusão de outros, e com isso, a exclusão do acesso de outros possíveis titulares: “a qualquer afirmação de direitos corresponde uma delimitação, ou seja, corresponde ao fechamento do corpo daqueles titulados a esses direitos, à demarcação do campo inicialmente invisível dos excluídos de tais direitos”.³⁴⁶

Ainda, Borowski assevera que tanto a configuração como a restrição representa duas formas diferentes de descrever o mesmo fenómeno, de modo que sempre que a atividade legislativa de configuração gerar efeitos contrários ao conteúdo da norma de direito fundamental, haverá restrição:

Na restrição dos direitos fundamentais, o princípio do direito fundamental se limita mediante a expedição de uma lei. A relevância está em que o dever *prima facie* de um princípio converte-se em um não-dever definitivo. Mediante a expedição da lei produz-se igualmente uma configuração do direito infraconstitucional. Se se fala, por outro lado, de uma ‘configuração de direito fundamental’, coloca-se a ênfase da formação do direito

³⁴⁴ NOVAIS, J. R. Ob. cit., p. 183-184; 189.

³⁴⁵ ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos...*, p. 328, tradução livre da autora.

³⁴⁶ CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: José Adércio Leite Sampaio (Coord.) *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.145.

infraconstitucional no âmbito do direito fundamental. Entretanto, os princípios fundamentais que vinculam materialmente o legislador no processo de configuração são restringidos pela legislação. Quem põe ênfase no direito fundamental, fala de restrição; quem põe ênfase no direito infraconstitucional, fala de configuração no sentido mencionado.³⁴⁷

No caso específico dos direitos fundamentais sociais, em que o constituinte por diversas vezes fez remissão à lei ordinária (como o caso dos direitos previstos nos incisos I, IV, X, XI, XII, XIX, XXI, XXII, XXIII, e XXVII do artigo 7º, por exemplo), a identificação de verdadeiras restrições ao seu conteúdo mostra-se de relevante importância. Afinal, estando o conteúdo destes direitos previsto de forma abstrata e genérica na norma constitucional, caberá ao intérprete legislador gerar parâmetros que permitirão uma maior especificidade e, com isso, maior exequibilidade destes direitos.

Neste sentido, Canotilho diferencia entre normas legais restritivas, que limitam ou restringem posições jurídicas que estariam incluídas *prima facie* no âmbito normativo dos direitos fundamentais, e normas legais conformadoras, que “completam, precisam, concretizam ou definem o conteúdo de proteção de um direito fundamental (ex.: (...) as normas da lei sobre partidos densificadoras do conteúdo do direito de associação partidária)”.³⁴⁸ Esta atividade conformadora, para o mestre português, diz respeito à necessidade de legislação que garanta a viabilidade do exercício destes direitos.

Vieira de Andrade, ao tratar da hipótese da configuração dos direitos fundamentais sociais, chega a ir mais longe. Para o mestre português, estes direitos conferem tão somente o direito subjetivo à normatização, gerando um dever do Estado de legislar, de modo que o seu conteúdo acaba por depender da legislação concretizadora, para a qual o legislador teria ampla autonomia. Segundo Vieira de Andrade, se não fosse assim, o legislador seria mero “executor” da Constituição, e esta “deixaria de ser o quadro normativo fundamental e aberto que exprime o consenso cultural de uma comunidade política, para se

³⁴⁷ BOROWSKI, M. Ob. cit., p. 95-96.

³⁴⁸ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1131,

transformar num instrumento de domínio (ditadura) nas mãos de um qualquer ‘defensor da Constituição’.³⁴⁹

O único limite à atividade do legislador, para Vieira de Andrade, seria sua vinculatividade à garantia de realização mínima do direito social, ou seja, o conteúdo mínimo do direito fundamental social, e somente este, estaria constitucionalmente determinado.³⁵⁰ Sua visão se coaduna com a teoria dos limites imanescentes aos direitos fundamentais, da qual é adepto, como já se teve oportunidade de analisar. Todavia, é possível vislumbrar que para ele os direitos fundamentais sociais são direitos de baixa exequibilidade, e que muito pouco oferecem aos seus titulares senão a imposição para que o legislador determine o seu conteúdo. A partir da norma constitucional de direito fundamental social, pouco ou nada poderia ser aferido.

Esta visão não parece se coadunar com a fundamentalidade a que se atribui aos direitos sociais na Constituição Brasileira de 1988, nem com os objetivos que o próprio constituinte traçou para a sociedade, no artigo 3º. Além disso, nega a normatividade destes direitos, subjugando-os à vontade do legislador. Esta noção afronta a idéia reitora desenvolvida por Alexy para a identificação dos direitos fundamentais sociais – direitos tão importantes para o ser humano que não podem ficar na dependência da maioria parlamentar – a qual se mostrou a mais acertada para a compreensão dos direitos fundamentais sociais na Constituição pátria, conforme já se teve oportunidade de analisar.

Portanto, não se pode negar a normatividade dos direitos fundamentais sociais, exarada diretamente das normas constitucionais, ainda que possa haver o trabalho de produção legislativa que forneça subsídios para a aplicação destas normas.

Ocorre que sempre que esta configuração se verifica, não está o legislador a tão somente caracterizar o direito fundamental, mas sim a promover verdadeira restrição, na

³⁴⁹ ANDRADE, J. C. Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...*, p. 249-250.

³⁵⁰ *Idem*, p. 250.

medida em que sua atividade legiferante afastará determinadas hipóteses de incidência do âmbito normativo, bem como poderá criar certas condições que obstaculizem o pleno exercício da norma.

Em todos estes casos, referida lei deverá obedecer aos princípios do Estado Democrático de Direito, bem como observar a fundamentalidade material da norma de direito fundamental que informa seu conteúdo (em especial, a dignidade da pessoa humana), que funciona como verdadeira baliza no procedimento de ponderação que levará a justificativa racional da possibilidade de delimitação. Outro parâmetro de crucial importância nesta ponderação é a própria proporcionalidade, que se deixar de ser observada, poderá levar ao controle de constitucionalidade da lei ou ato restritivo, e determinar sua nulidade.

Como observa Luiz Roberto Barroso, a liberdade de conformação legislativa está submetida a um controle finalístico a ser exercido em dois momentos “teleologicamente relevantes” do ato legislativo, que Gomes Canotilho assim identifica e comenta:

(i) Em primeiro lugar, a lei é tendencialmente uma função de execução, desenvolvimento ou prossecução dos fins estabelecidos na Constituição, pelo que sempre se poderá dizer que, em última análise, a *lei* é vinculada ao fim constitucionalmente fixado; (ii) por outro lado, a lei, embora tendencialmente livre no fim, não pode ser contraditória, irrazoável, incongruente consigo mesma. Nas duas hipóteses assinaladas, toparíamos com a vinculação do fim da lei: no primeiro caso, a vinculação do fim da lei decorre da Constituição; no segundo caso, o fim imanente à legislação imporá os limites materiais da não contraditoriedade, razoabilidade e congruência.³⁵¹

Gomes Canotilho e Vital Moreira também fazem referência à proporcionalidade, na medida em que afirma que todas as restrições a direitos fundamentais demandam

³⁵¹ BARROSO, L. R. *Interpretação e Aplicação...*, p. 211. O autor prefere a expressão “razoabilidade” no lugar de “proporcionalidade. Todavia, o princípio da proporcionalidade não se confunde com o princípio da razoabilidade, derivado do direito norte-americano. “Aquele possui um efetivo conteúdo, consistente numa exigência de racionalidade ou racionalização, não se limitando à figura de um “princípio negativo”, exclusivamente impediendo do arbítrio. Não seria descabido, pois, acrescentar ao raciocínio exposto que a proporcionalidade confere um maior poder ao Judiciário, quando da análise de uma colisão entre princípios constitucionais, de uma lei ou mesmo de um ato administrativo. Não basta que a medida seja razoável, será necessário, ainda, que a proporção que se conferiu a cada interesse (ou direito) em jogo não seja ultrapassada. Por outro lado, mesmo naquelas dimensões em que o princípio substantivo do “due process” se manifesta com mais intensidade, como na defesa das liberdades fundamentais (*Bill of Rights*), pareceria um pouco apressada a equiparação da metódica utilizada pela Suprema Corte, com os métodos desenvolvidos pelo direito germânico”. BORNHOLDT, R. M. Ob. cit. p. 134.

“justificação, não podendo legitimar-se senão pela necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses protegidos e não podendo ultrapassar a medida necessária para o efeito”.³⁵² Nestas condições, a restrição ao direito fundamental somente se justifica se for “indispensável” e se atingi-lo no “mínimo necessário”.³⁵³

Importante ressaltar que para estes autores, com base na Constituição Portuguesa, o legislador estaria autorizado a proceder a tarefa de regulamentação, concretização ou conformação dos direitos fundamentais, independentemente de autorização expressa – desde que esta atividade não implicasse em restrição a estes direitos.³⁵⁴ No caso da Constituição Brasileira, ainda que não haja autorização expressa do constituinte para o legislador, é certo que este pode editar normas que busquem facilitar o exercício dos direitos fundamentais, que os regulamente. Entretanto, esta atividade deverá estar sempre sujeita ao controle de vinculação à Constituição, ao conteúdo constitucionalmente determinado do direito fundamental, e à proporcionalidade. Não se concebe uma posição de total liberdade do legislador quando o assunto se refere a direitos fundamentais.

Assim, não se quer desprestigiar a atividade do legislador no trabalho de conformação dos direitos fundamentais sociais. Como já observou José Felibe Ledur, o âmbito de proteção normativo destes direitos é conformado pelo texto constitucional, todavia, “é na legislação complementar e ordinária que esta tarefa [de conformação] deve ser concluída”.³⁵⁵ Ocorre que esta tarefa não está isenta de controle, e muito menos de limites. Observa o autor que ao exercer seu dever de conformar os direitos fundamentais previstos na Constituição, o legislador “não pode dispor do direito fundamental, sendo necessário que lhe

³⁵² CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. *Fundamentos da Constituição*, p. 134.

³⁵³ Trata-se de entendimento que se coaduna com a teoria externa das restrições. CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. *Ob. cit.*, p. 135.

³⁵⁴ *Idem*, p. 133.

³⁵⁵ LEDUR, José Felipe. *O contributo dos direitos fundamentais de participação para a efetividade dos direitos sociais*. Tese de Doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2002, p.42.

sejam impostos limites se, ao invés de dar conformação ao âmbito de proteção de determinado direito, nele vier a intervir fixando restrições”.³⁵⁶

Precisamente tratando da vinculação do legislador à Constituição, Clèmerson Merlin Clève desenvolveu a noção de “quadro material vinculante”:

No direito brasileiro, por exemplo, o quadro material vinculante do conteúdo da lei pode ser localizado pela leitura do Preâmbulo, dos Princípios Fundamentais (...), inclusive dos objetivos fundamentais (...) e, igualmente, do Título II, dedicado aos direitos e garantias fundamentais. O quadro constitucional referido aponta para o conteúdo mínimo da lei. (...) A liberdade do legislador encontra como limite a Constituição...³⁵⁷

Desta forma, a atividade do legislador, sempre que influenciar na determinação do conteúdo e das condições de exercício de um direito fundamental, deverá respeitar o conteúdo previamente delimitado no texto da Constituição³⁵⁸, e os princípios e objetivos fundamentais estabelecidos. Esta atuação, entretanto, na medida em que modifica o conteúdo do direito fundamental, deve ser controlada tal como se fosse restrição a este direito, e nestas condições, deve estar em conformidade não só com a totalidade do texto constitucional, mas também deve observar, a partir da ponderação com outros direitos, bens e valores com guarida na Constituição, a proporcionalidade em suas três dimensões: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Além disso, seja qual for a atividade legislativa pertinente aos direitos fundamentais sociais – de “desenvolvimento” como denominado por Novais, ou de restrição – deverá sempre estar presente uma justificação passível de controle de constitucionalidade.³⁵⁹

A partir destes critérios, o direito fundamental será trabalhado pelo legislador com mais cuidado e respeito, obedecendo à estrutura hierárquica constitucional, de modo que a

³⁵⁶ LEDUR, J. F. Ob. cit., p. 42.

³⁵⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.73.

³⁵⁸ Até porque uma das eficácias das normas de direitos fundamentais sociais é precisamente a vinculação do legislador que não só está obrigado a concretizar os fins traçados na norma, mas também que, ao cumprir seu desiderato, não se poderá afastar dos parâmetros prescritos por estas nas normas. SARLET, I. W. *Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988*, p. 33.

³⁵⁹ NOVAIS, J. R. Ob. cit., p. 190.

atividade legislativa, embora necessária e de relevante importância, esteja subordinada à Constituição, e não esteja a norma constitucional à disposição do legislador.

2.2.2 Restrição em sentido estrito e em sentido amplo: definição de restrição

Segundo Jorge Reis Novais, as restrições aos direitos fundamentais podem ser classificadas em dois grandes grupos: restrições em sentido estrito, e restrições em sentido amplo.

No primeiro, o autor qualifica como restrição tão somente as normas gerais e abstratas que intervenham na norma de direito fundamental mediante uma “redução, amputação ou eliminação do conteúdo objectivo do direito fundamental constituído, reconhecido, conformado ou delimitado por essa norma, restringindo-se o seu âmbito de protecção”.³⁶⁰ Nestas condições, sempre que o âmbito de liberdade delineado pela norma constitucional se vê atingido por uma norma infraconstitucional geral e abstrata, que reduz seu campo de atuação, afastando determinadas hipóteses de incidência, ou dificulta o acesso de seus titulares ao bem juridicamente protegido, estar-se-á diante de uma restrição em sentido estrito.

Este modelo de restrição, mesmo quando decorrente da previsão constitucional – ou seja, quando a própria Constituição prevê a possibilidade de modificação do conteúdo da norma jusfundamental mediante atuação do legislador ordinário – não está livre dos requisitos de controle de constitucionalidade, como o exame da proporcionalidade, como a necessidade de justificação racional, e o respeito ao núcleo essencial. A existência de uma previsão constitucional confere ao legislador legitimidade para editar normas que interfiram no âmbito

³⁶⁰ NOVAIS, J. R. Ob. cit., p. 193-194.

de atuação da norma de direito fundamental, mas não total liberdade, como já se teve oportunidade de asseverar.

Para Robert Alexy, restrição de norma de direito fundamental corresponderá sempre uma norma jurídica, com previsão diretamente constitucional, ou autorização indiretamente constitucional, que restringe posições jurídicas *prima facie*.³⁶¹

Estas normas restritivas podem assumir a feição de regras ou de princípios. A norma assumirá o caráter de regra quando, “com sua vigência, no lugar de uma liberdade jusfundamental *prima facie* ou de um direito jusfundamental *prima facie*, aparece uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo”. Ex.: se não há uma regra que determina aos motociclistas usar capacete, eles tem uma liberdade *prima facie* de usar ou não o capacete. Se surge uma regra que obriga a utilização do capacete, sua liberdade *prima facie* dá lugar a uma não-liberdade definitiva (não cabe a escolha entre usar ou não o capacete, pois existe a obrigação de utilizá-lo).³⁶²

Por outro lado, a norma restritiva poderá configurar um princípio de restrição quando há colisão entre direitos fundamentais de terceiros e outros valores jurídicos de caráter constitucional, da qual resulta restrição a direitos fundamentais. Este princípio não estabelece imediatamente uma posição jurídica definitivamente restringida, esta posição definitiva somente aparece como resultado da ponderação do princípio de direito fundamental e o princípio que o restringe. Assim, “um princípio é uma restrição de direito fundamental quando há casos nos quais há uma razão para que, no lugar de uma liberdade jusfundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, apareça uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo”.³⁶³

Também Raquel Denize Stumm entende que os direitos fundamentais só admitem restrição pela própria Constituição (restrição diretamente constitucional) ou mediante

³⁶¹ ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos...*, p. 272. No mesmo sentido, STUMM, R. D. Ob. cit., p. 137.

³⁶² ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos...*, p. 274.

³⁶³ Idem, p. 275-276.

autorização desta, pela via da cláusula restritiva. A cláusula restritiva é uma norma que veicula a restrição, apresentando-se de modo expreso ou tácito (indiretamente constitucional). Desta forma, a restrição em sentido estrito corresponderia necessariamente a uma norma, direta ou indiretamente constitucional.

No direito brasileiro, verifica-se que a regra é a admissão de restrição a direitos fundamentais exclusivamente através de lei³⁶⁴, ou através da atuação judicial que decide o conflito entre normas jusfundamentais.

Entretanto, na medida em que se concebe os direitos fundamentais como princípios, para os quais revela-se a necessidade de ponderação para identificação das posições jurídicas definitivas, e para a solução de eventuais conflitos entre âmbitos normativos em rota de colisão, parece possível admitir a existência de restrições em um sentido mais amplo, desvinculado da noção de norma jurídica.

Afinal, não se pode exigir do legislador democraticamente eleito a capacidade de prever todos os possíveis conflitos entre direitos fundamentais, a fim de normatizar todas as hipóteses de incidência, criando através de leis relações de prevalência pré-determinadas. A verificação de uma restrição ao direito fundamental muitas vezes é possível exclusivamente no caso concreto.

Além disso, não somente a atividade do legislador ou do constituinte pode configurar restrição aos direitos fundamentais. Atos exarados pelos órgãos administrativos também podem, ainda que sem ter sido concebidos precisamente para este fim, restringir o âmbito dos direitos fundamentais. Se estes atos – por vezes de natureza geral e abstrata, por vezes concretos e específicos – estiverem pautados pela realização de algum fim constitucional, podem gerar efeitos concretos que restrinjam os direitos fundamentais, mas

³⁶⁴ SILVA, J. A da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 422.

ainda assim terão respaldo na Constituição. E não serão necessariamente nulos. Deverão, entretanto, atender a todos os requisitos materiais de legitimidade de restrição.

Estas circunstâncias se coadunam com a noção de “intervenção restritiva” dos direitos fundamentais, ou seja, um conceito amplo de restrição, assim definido por Jorge Reis Novais: atos concretos praticados pelo Estado que afetem o exercício do direito fundamental no caso concreto. Novais utiliza como critério para identificação das intervenções restritivas o critério da imputabilidade ao Estado, e da intensidade sensível (Eckhoff), ou seja, a atuação do Estado em relação ao direito fundamental deve ser sensível ao seu titular (no caso unidimensional, ou seja, somente entre o Estado e o titular), ou, no caso pluridimensional (relação entre Estado e vários titulares de direitos fundamentais) deve estar presente o dever de proteção do Estado contra intervenções de terceiros, de modo que o Estado poderá ser responsabilizado se ele autorizou a conduta de um particular que atuou de forma restritiva sobre direitos de outros particulares, e nessa medida se responsabilizou pelo controle dessa intervenção e os prejuízos dela decorrentes.

Entende-se, assim, que o conceito de restrição que mais se coaduna com a finalidade do presente estudo é o conceito amplo, definido por Jorge Reis Novais como toda “ação ou omissão estatal que, eliminando, reduzindo, comprimindo ou dificultando as possibilidades de acesso ao bem jusfundamentalmente protegido e a sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental ou enfraquecendo os deveres e obrigações, em sentido lato, que dele resultam para o Estado, afecta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental”.³⁶⁵

Buscando elucidar o que seria esta afetação “desvantajosa”, Novais se recorre ao pensamento de Pieroth e Schlink, segundo o qual a restrição se verifica sempre que a intervenção estatal “impossibilita o particular de desenvolver um comportamento abrangido

³⁶⁵ NOVAIS, J. R. Ob. cit., p. 247.

pelo âmbito de protecção de um direito fundamental ou quando esse comportamento é tomado como referência para a imposição de um dever ou de uma sanção estatal”.³⁶⁶ A desvantagem está precisamente nesta inibição, redução ou eliminação da liberdade.

Dessa forma, o conceito de restrição aos direitos fundamentais não fica mais preso à noção de norma jurídica, podendo assumir também o carácter de um ato concreto, ou até mesmo de uma circunstância de fato, desde que imputáveis ao Estado. Resta analisar se podem ser considerados como restrições os atos não expressamente previstos ou autorizados pela Constituição.

2.2.3 Restrições não expressamente autorizadas pela Constituição

Como se teve oportunidade de asseverar, a problemática das restrições aos direitos fundamentais recebe tratamento diferenciado pela teoria interna e teoria externa.³⁶⁷ No primeiro caso, admite-se tão somente o trabalho de delimitação do âmbito normativo do direito fundamental, o qual, uma vez estabelecido, não pode sofrer restrição legítima, senão efetiva violação de seu conteúdo. Já para os adeptos da teoria externa, em sendo compreendido o âmbito normativo do direito fundamental, pode-se analisar a existência de uma afetação desvantajosa ao seu conteúdo, a qual deverá ser submetida a uma investigação de justificação constitucional para a sua existência e, num último momento, o próprio controle de constitucionalidade da restrição, a partir do respeito aos requisitos impostos pela Constituição para que esta restrição se configure legítima.

³⁶⁶ NOVAIS, J. R. Ob. cit., p. 249-250.

³⁶⁷ Jorge Reis Novais ainda diferencia o tratamento dado às restrições pela teoria dos princípios, a qual analisa as restrições exclusivamente sob a ótica da justificação e do controle de constitucionalidade. Entendemos, entretanto, que a partir das teorizações de Alexy, a teoria dos princípios em verdade teria incorporado os conceitos da teoria externa, concebendo a possibilidade de restrições como um momento separado e distinto do âmbito normativo do direito fundamental. NOVAIS, J. R. Ob. cit., p. 366.

Estes diferentes modelos de fundamentação das restrições aos direitos fundamentais se desdobram nas seguintes formas de se aquilatar a questão relativa às restrições não expressamente autorizadas na Constituição: 1) não se admite a possibilidade de restrições não expressamente autorizadas, de modo que sempre que houver restrição ao direito fundamental sem previsão constitucional, a mesma será ilegítima, e, portanto, configurará verdadeira violação à norma de direito fundamental; 2) admite-se limites não expressamente autorizados pela Constituição, desde que configurem limites *a priori* dos direitos fundamentais; 3) admite-se a existência de restrições implicitamente autorizadas pela Constituição, em virtude da necessidade de se solucionar colisões entre bens constitucionais.

O problema da primeira solução dogmática apresentada está no excesso de confiança no Poder Constituinte, no sentido de que ele deveria ser capaz de prever todas as possibilidades de restrição aos direitos fundamentais, de forma exaustiva. Isso implicaria conceber os direitos fundamentais exclusivamente como regras, já que seu conteúdo não poderia sofrer alterações pelo legislador ordinário, ou por atos do Executivo, sem expressa previsão legal. Estando presentes os requisitos de sua hipótese de incidência, a norma jusfundamental deveria ser aplicada em sua integralidade, de modo que qualquer intervenção no seu conteúdo seria reputada ilegítima. Pelas mesmas razões que foi afastado o modelo puro de regras para os direitos fundamentais, bem como a teoria interna das restrições, mostra-se inadequada esta proposta.

A segunda proposta não admite que restrições não expressamente autorizadas pela Constituição sejam legítimas, mas procura resolver a necessidade de limitação do âmbito normativo destes direitos em face do caso concreto a partir da admissibilidade de limitações *a priori*, que se verifiquem no conteúdo das normas de direito fundamental. Trata-se da “concepção restritiva” da previsão normativa dos direitos fundamentais, a qual corresponde à

doutrina dos limites imanentes.³⁶⁸ Com isso, a concepção restritiva de previsão normativa dos direitos fundamentais exclui do âmbito de proteção da norma tudo aquilo que não estiver aparentemente nela incluído. Neste sentido, ou a restrição de fato afeta desvantajosamente o conteúdo do direito fundamental, hipótese em que será inconstitucional e equipara-se a uma violação; ou a restrição realiza esta afetação, pois a conduta em questão não estava, de fato, protegida pela norma de direito fundamental, de modo que a restrição será apenas aparente.³⁶⁹

Outra modalidade que complementa esta concepção restritiva é a chamada teoria dos limites imanentes dos direitos fundamentais, segundo a qual admite-se a existência de limites que se encontram na própria norma de direito fundamental, definindo as fronteiras do seu conteúdo juridicamente relevante.

Sendo todos os direitos fundamentais imaneamente limitados, não apenas pela sua qualidade jurídica – e daí a exclusão de protecção liminarmente derivada da interpretação da respectiva previsão normativa – mas também pela sua necessária compatibilização originária com os outros valores igualmente dignos de protecção constitucional, tudo o que existiria, no plano da actuação dos poderes constituídos nos direitos fundamentais sem reservas seria ou mera explicitação, concretização, interpretação e revelação desses limites *imanentes* ou, em alternativa, violação do conteúdo constitucional dos direitos fundamentais.³⁷⁰

Dentro desta concepção, os direitos fundamentais estariam liminarmente configurados por certos *limites imanentes*, como a cláusula de comunidade, os direitos dos outros, a lei moral, a ordem constitucional, as leis gerais, os limites de não perturbação ou de ordem pública, o abuso de direito, os estatutos ou relações especiais de poder, os deveres fundamentais e a protecção de interesses ou direitos do próprio titular.³⁷¹ O que se verifica é que em todas estas hipóteses, é fornecida uma imensa área de discricionariedade para a definição daquilo que se encontra ou não abarcado pela norma de direito fundamental, abrindo a possibilidade de uma definição de seu conteúdo de tal forma restritiva – e arbitrária,

³⁶⁸ NOVAIS, J. R. Ob. cit., p. 390.

³⁶⁹ Idem, p. 396-397.

³⁷⁰ Ibidem, p. 438.

³⁷¹ Ibidem, p. 445.

já que isenta de qualquer tipo de controle – que o espaço de proteção do direito fundamental pode restar praticamente nulo.

Assim, esta doutrina não se mostra adequada para os fins do presente estudo na medida em que confere um amplo espaço de discricionariedade para a definição do conteúdo das normas de direito fundamental, atividade que não estaria sujeita ao controle de constitucionalidade que se aplica *a posteriori*, às restrições propriamente ditas. Neste sentido, bem observou Jorge Reis Novais:

Em geral, a demonstração de observância de princípios como os da proporcionalidade, da proibição do excesso ou a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais só é feita, em associação à invocação de limites imanentes, enquanto retórica de confirmação nos casos de razoabilidade evidente do limite; mas, nas situações duvidosas, a utilização da doutrina da imanência já surge frequentemente como instrumento de justificação da dispensa deste controlo. Como tudo o que se faz é *dizer*, interpretar, revelar ou aplicar os limites de proteção jusfundamental conferida pela Constituição não há, por definição, violação, pelo menos violação inconstitucional, daquelas garantias.

...

Com base no título constituído pelos limites imanentes das normas constitucionais, obtidos por interpretação jurídica e directamente acedidos, quaisquer operadores jurídicos podem intervir restritivamente de forma imediata, dado que o fazem num domínio que, por efeito da presença daqueles limites, fica excluído de protecção jusfundamental.³⁷²

Já a terceira hipótese de solução para o problema de restrições não autorizadas pela Constituição, admite sua existência e até mesmo sua legitimidade, na medida em que o sistema constitucional aberto pode gerar choques entre direitos e bens igualmente protegidos pela Constituição, e que merecem compatibilização a fim de salvaguardar a ordem constitucional. De fato, mesmo o direito fundamental à proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária não pode ser absoluto a ponto de se chocar com a autonomia privada, com a liberdade de gerência da empresa privada. No mesmo sentido, o direito à assistência para deficientes e idosos não pode onerar o Estado a ponto de inviabilizar sua atuação na proteção de outros direitos também constitucionalmente previstos, como o saneamento básico, a educação, e até mesmo a realização de obras necessárias ao exercício de direitos tipicamente de defesa, como estradas para possibilitar a liberdade de locomoção.

³⁷² NOVAIS, J. R. Ob. cit., p. 529-532.

Nestas condições, mesmo que a norma de direito fundamental não indique expressamente uma reserva de restrição, ela não poderá ser considerada de forma absoluta e ilimitada, pois existem circunstâncias em que seu âmbito normativo poderá sofrer uma certa redução, uma afetação desvantajosa, em prol de outros direitos fundamentais, ou bens jurídicos protegidos pela Constituição que com ela estejam em conflito.

Sobre a possibilidade de se diferenciar entre restrições expressamente autorizadas pela Constituição, e restrições não expressamente autorizadas, a fim de se verificar qual a posição a ser adotada pelo intérprete na análise da constitucionalidade destas restrições, bem assevera Jorge Reis Novais:

As restrições expressamente autorizadas ou previstas na Constituição podem fundar-se, como vimos, em limites muito diferenciados e apresentam, relativamente às não expressamente autorizadas, pelo menos uma diferença jurídica em termos de controlo da respectiva conformidade constitucional: por definição, estando a possibilidade da sua ocorrência constitucionalmente legitimada à partida, o controlo apenas tem que incidir sobre o preenchimento dos requisitos constitucionais exigidos para uma restrição.

Diferentemente, as restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas ou previstas na Constituição, para além do cumprimento dessas mesmas exigências – pelo menos daquelas cuja exigibilidade seja compatível com a sua natureza particular – suscitam um problema prévio da maior relevância, a abordar nos próximos capítulos, qual seja o da fundamentação e legitimação constitucionais da própria possibilidade da sua ocorrência.³⁷³

Diante destas circunstâncias, e levando-se em consideração tudo quanto foi asseverado a respeito dos direitos fundamentais até o presente momento, parece adequado admitir a existência e a legitimidade de certas restrições a direitos fundamentais, ainda que sem previsão constitucional.

Estas restrições, contudo, deverão atender a determinados requisitos oriundos do próprio sistema constitucional, como a proporcionalidade e a garantia do núcleo essencial, bem como ser controladas a partir do mecanismo de ponderação entre os direitos, bens e valores em conflito. As restrições expressamente autorizadas, por sua vez, gozarão de uma presunção de legitimidade, a qual pode ser desfeita na medida em que violarem precisamente

³⁷³ NOVAIS, J. R. Ob. cit., p. 285-286.

os mesmos requisitos acima mencionados. Assim, a grande questão relativa a possibilidade de restrições não expressamente autorizadas não é a admissibilidade de uma atuação interventora dos poderes constituídos na esfera de proteção dos direitos fundamentais, mas sim identificar quando esta restrição representa verdadeira violação, e quais os parâmetros que os tribunais podem utilizar para controlar estas intervenções.

Dessa forma, percebe-se a íntima ligação entre esta doutrina e a teoria externa das restrições aos direitos fundamentais, na medida em que compreende a atuação dos poderes constituídos como algo externo à norma de direito fundamental, e, portanto, sujeito ao controle de constitucionalidade. As restrições aos direitos fundamentais serão tratadas, a partir daqui, segundo esta concepção.

2.2.4 Restrição no caso dos direitos fundamentais sociais prestacionais

Muitos autores entendem que não se pode falar em restrições em relação aos direitos fundamentais prestacionais, mas tão somente aos direitos de defesa. Neste sentido, entendem Canotilho e Vital Moreira que, em se tratando de direitos a prestações, não há restrição, mas meramente concretização insuficiente da norma, omissão do poder público que não cumpre, ou não cumpre integralmente, a obrigação prevista na norma. Nestas condições, tratar-se-ia de restrição somente quando determinando âmbito de proteção já estivesse definido na Constituição, ou na lei ordinária, e fosse então atingido, reduzido pelos poderes públicos. Assim, o autor só concebe restrição como ação que reduz a atuação da norma, que retira bens jurídicos do alcance do titular.³⁷⁴

Para estes autores, a possibilidade de restrição aos direitos fundamentais prestacionais estaria relacionada ao princípio da vedação do retrocesso, segundo o qual na

³⁷⁴ CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. *Fundamentos da Constituição*, p. 133.

medida em que o Estado satisfaz – seja concretamente, seja através da edição da legislação complementar necessária – as obrigações previstas em normas de direitos fundamentais sociais, ele não poderia revogar estas leis, ou comprometer eventuais estruturas e instituições criadas especificamente para esta finalidade, sem criar esquemas alternativos ou compensatórios.³⁷⁵ Nestas condições, a proibição do retrocesso implica na proibição de o Estado intervir em posições jurídicas conquistadas pelos titulares destes direitos fundamentais.

Todavia, a partir do conceito amplo de restrição, entende-se possível identificar casos de omissão do poder público diante de obrigação constitucional como uma verdadeira restrição *lato sensu* do direito fundamental – a esfera de direitos do titular pode ser reduzida pela ação estatal, revogando atos que haviam possibilitado o exercício do direito, ou pela omissão estatal que deixa de realizar a prestação normativamente definida. Os dois casos podem receber o mesmo tratamento jurídico, na medida em que deverão ser alvo de controle de constitucionalidade. Pode haver hipóteses em que a omissão estatal, no sentido de não realização suficiente de uma obrigação prevista na norma, configura uma afetação desvantajosa ao acesso do titular do direito ao bem jurídico previsto jusfundamentalmente. Assim, estar-se-á diante de uma restrição não expressamente autorizada pela Constituição, a qual merece controle de constitucionalidade.

Vale recordar o conceito de restrição já abordado:

Ação ou *omissão* estatal que, eliminando, reduzindo, comprimindo ou dificultando as possibilidades de acesso ao bem jusfundamentalmente protegido e a sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental *ou enfraquecendo os deveres e obrigações, em sentido lato, que dele resultam para o Estado*, afeta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental.

³⁷⁵ Esta é a definição de Canotilho: “O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (‘lei da segurança social’, ‘lei do subsídio de desemprego’, ‘lei do serviço de saúde’) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura a simples desse núcleo essencial”. CANOTILHO, J. J. G., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 321.

Neste sentido, Jorge Reis Novais reconhece que a proporcionalidade, normalmente utilizada como proibição do excesso, pode assumir o significado de proibição da proteção insuficiente:

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, designadamente na modalidade da existência de deveres de (ou direitos à) protecção, tem de ser tida em conta e funcionar como parâmetro de aferição da legitimidade de restrições actuadas, não apenas por omissões, mas também por acções do Estado. Basta, para tanto, considerar a já referida forma como a violação de um *standard* mínimo exigível de protecção (a *Untermäßverbot*) por parte do Estado...³⁷⁶

Portanto, para os fins a que este estudo se propõe, sempre que se estiver diante de uma ação ou omissão do Estado que enfraqueça as obrigações previstas nas normas de direitos fundamentais sociais, reduzindo, dificultando ou impossibilitando os meios de acesso dos seus titulares aos bens jurídicos protegidos, estar-se-á diante de uma restrição ao direito fundamental social. Esta restrição somente será legítima se, ainda que desprovida de previsão expressa na Constituição, for adequada aos parâmetros de controle material da constitucionalidade, como os valores constitucionais, a proporcionalidade, o núcleo essencial, dentre outros.

2.3 GARANTIA DO NÚCLEO ESSENCIAL

A discussão acerca do núcleo essencial dos direitos fundamentais surgiu como uma das formas de preservação destes direitos frente às intervenções dos poderes constituídos. Como observou Ana Maria D'Ávila Lopes, “a garantia do conteúdo essencial foi criada para controlar a atividade do Poder Legislativo, visando evitar os possíveis excessos que possam ser cometidos no momento de regular os direitos fundamentais”.³⁷⁷

³⁷⁶ NOVAIS, J. R. Ob. cit., p. 249.

³⁷⁷ LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 164, out-dez 2004, p. 7. A autora faz uma análise mais aprofundada

A proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais – um conteúdo mínimo irreduzível, e impassível de restrição – foi prevista na Lei Fundamental Alemã no art. 19, § 2º: os direitos fundamentais podem ser restringidos desde que não afetado o seu conteúdo essencial. Também a Constituição Portuguesa de 1976 previu esta garantia no art. 18, III.³⁷⁸ A Constituição Federal de 1988 não a previu expressamente, mas, segundo Gilmar Ferreira Mendes, trata-se de garantia evidente: “é fácil ver que a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais deriva da supremacia da Constituição e do significado dos direitos fundamentais na estrutura constitucional dos países dotados de Constituições rígidas”.³⁷⁹ A doutrina pátria tem se baseado nas teorizações da doutrina alemã a fim de discutir também entre nós a garantia de um núcleo essencial dos direitos fundamentais.³⁸⁰

Diante da previsão constitucional da garantia do núcleo essencial na Lei Fundamental Alemã, Alexy observou o surgimento de teorias diversas, baseadas em dois conceitos: o de conteúdo essencial a posições subjetivas ou a uma situação objetiva de normatividade jusfundamental; e o conceito de conteúdo essencial em sentido absoluto ou relativo.³⁸¹

Alexy entende que, a partir do momento que a LF estabeleceu uma proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, é necessário considerar que esta proteção se estende também às posições jurídicas outorgadas aos indivíduos. Trata-se de entendimento que se coaduna com a teoria subjetiva. Neste caso, o direito fundamental é compreendido em relação ao seu titular, de modo que ele se torna a referência para aferição da gravidade da restrição, bem como para a definição do conteúdo essencial do direito.

do conceito de conteúdo essencial, reportando-se à teoria de Smend, Düring e Häberle, o que não foi tratado na presente seção em virtude de seu caráter instrumental e preparatório para o enfrentamento da questão principal, relativa à implicação da reserva do possível nos direitos fundamentais sociais a prestações.

³⁷⁸ MENDES, G. F. Ob. cit., p. 39.

³⁷⁹ Idem, p. 39.

³⁸⁰ Vale observar que inclusive os tribunais vem utilizando a noção de núcleo essencial como uma proteção contra a intervenção nos direitos fundamentais, como se depreende do voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes em julgamento do Habeas Corpus nº HC 84862/RS - Relator(a): Min. Carlos Velloso, Julgamento: 22/02/2005, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJ 15/04/2005 p-38 Ement. Vol-02182-3 p-426.

³⁸¹ ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos ...*, p. 287.

Para a teoria objetiva, o conteúdo essencial é aferido a partir da referência no ordenamento jurídico como um todo, na sociedade em si, de modo que é por esta particularidade que ele não poderia ser atingido. Dessa forma, o conteúdo essencial é definido como norma objetiva, de modo que sempre que permanecer válido para os demais indivíduos, poderá ser totalmente restringido num dado caso concreto. Trata-se de posição incompleta, que pode assumir, no máximo, um caráter complementar em relação à teoria subjetiva, mas não substituí-la.³⁸² Assim, a teoria subjetiva é a mais adotada na doutrina.³⁸³

Tomando como pressuposto a teoria subjetiva, a doutrina se divide em outras duas correntes, a teoria absoluta, e a teoria relativa, que pela sua relevância para o presente estudo, serão analisadas em separado, a seguir.

2.3.1 Teoria relativa do núcleo essencial

A teoria relativa prega que o conteúdo essencial de um direito fundamental é aquele resultante de uma ponderação pela proporcionalidade. Este preceito da proporcionalidade deve ser compreendido como proibição do excesso, na hipótese dos direitos fundamentais de defesa, e proibição da proteção insuficiente, no caso dos direitos fundamentais a prestações.

Neste caso, a intervenção no núcleo essencial do direito fundamental estaria justificada em virtude da dimensão de peso dos princípios jusfundamentais em conflito. Em um determinado caso concreto, o núcleo essencial pode estar totalmente protegido, em outros, pode sofrer tal mitigação em virtude do peso do outro princípio em conflito, que praticamente nada reste do direito fundamental restringido.

³⁸² ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos ...*, p. 287-288.

³⁸³ LOPES, A M. D'Ávila. Ob. cit., p. 8.

São partidários desta teoria Robert Alexy³⁸⁴ e Martin Borowski,³⁸⁵ dentre outros.

A doutrina nacional vê com maior reserva a possibilidade de ponderar um direito fundamental para além do limite do núcleo essencial, em vista de princípios ou bens jurídicos com um peso tal que justifique praticamente a anulação do direito fundamental naquele caso concreto.

Todavia, parece correto afirmar que autores como Gilmar Ferreira Mendes admitem a ponderação deste núcleo essencial na medida em que o concebem como uma proteção do direito fundamental frente a restrições desproporcionais:

De ressaltar, porém, que, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o *princípio da proteção do núcleo essencial* (*Wesensgehaltsgarantie*) destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental mediante estabelecimento de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.

Diante desta afirmação, seria possível compreender que sempre que a restrição fosse cabível, em medida adequada e proporcional, o núcleo essencial poderia ser atingido.

É certo que esta dimensão do núcleo essencial assume um cuidado especial no caso dos direitos fundamentais restringidos por intervenções estatais não expressamente autorizadas pela Constituição, especialmente nos casos em que elas não forem veiculadas por leis, mas por atos administrativos. Nestas hipóteses, o rigor da necessidade de se satisfazer bens jurídicos em conflito deve assumir um peso com justificativa quase evidente, e racionalmente compreensível, a fim de justificar uma profunda mitigação do núcleo essencial.

Neste sentido, Sandro Nahmias Melo, em estudo especificamente voltado para o núcleo essencial dos direitos fundamentais³⁸⁶, observou que existem determinados casos em que um direito fundamental pode ceder integralmente em prol de outro, como é o caso do direito de greve que, em certas circunstâncias, pode ser inviabilizado no caso concreto em

³⁸⁴ ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos ...*, p. 288-291.

³⁸⁵ BOROWSKI, M. Ob. cit., p. 98-99.

³⁸⁶ MELO, Sandro Nahmias. A garantia do *conteúdo essencial* dos direitos fundamentais. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 11, n. 43, abr-jun 2003, p. 87.

virtude da força dos princípios contrapostos, como a necessidade da população do serviço público cujos servidores pretendem protestar.

Este conteúdo essencial pode, segundo Sandro Nahmias Melo, ser definido pelo próprio legislador, de modo que não se poderia retirá-lo diretamente da norma constitucional. Neste mister, o legislador precisaria de uma certa margem de liberdade para ponderar os interesses em abstrato, e definir o núcleo essencial.

Trata-se de posição que merece ser observada com uma certa reserva, na medida em que o legislador sempre estará vinculado ao conteúdo previamente estabelecido pela Constituição. Além disso, um engessamento do núcleo essencial a partir da legislação infraconstitucional parece não atender às necessidades de abertura das normas de direito fundamental, e sua aplicação, enquanto princípios, aos casos concretos, que demandam uma certa margem de ponderação.

Como diz Canotilho, “os direitos fundamentais são sempre direitos *prima facie*”, de modo que pode haver casos em que um direito fundamental possa ser totalmente sacrificado em virtude do peso do direito fundamental que com ele colide, e neste sentido o autor fornece o exemplo do direito à vida do nascituro, que se vê totalmente violado quando da autorização estatal para a interrupção da gravidez produto de um ato criminoso de violação da mulher.³⁸⁷ Neste caso, a ponderação foi feita pelo legislador, mas também pode haver situações em que é o julgador quem pondera interesses em conflito na solução de um caso concreto.

Desta forma, a teoria relativa identificará o núcleo essencial dos direitos fundamentais sempre como fruto da técnica de ponderação, de modo que seu âmbito poderá ser mais ou menos elástico, dependendo do caso e do peso dos demais princípios, bens jurídicos ou valores em conflito.

É certo que a teoria relativa não está isenta de críticas, dentre as quais pode-se mencionar a de Lorenzo Martin-Retortillo Baquer, que em sua obra “Derechos fundamentales y Constitución”, combate-a afirmando sua carência de autonomia conceitual, pois só reconhece o núcleo essencial à luz da restrição que se impõe ao direito fundamental, uma vez aplicada a ponderação e a proporcionalidade.³⁸⁸

³⁸⁷ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1140.

³⁸⁸ *Apud* MELO, S. N. *Ob. cit.*, p. 87.

Embora a crítica deva ser considerada, sua rigidez parece não afetar a construção teórica como um todo, na medida em que a teoria relativa admite a existência de um núcleo essencial a ser definido, todavia, defende-o como uma categoria fluida e maleável, passível de ser determinada não em abstrato, mas tão somente no caso concreto.

Otto y Pardo³⁸⁹ formula outra crítica, segundo a qual a teoria relativa não fornece nenhum parâmetro substancial para a proteção do direito fundamental, mas tão somente de caráter processual argumentativo: a intervenção estatal é analisada somente na medida em que afeta o direito fundamental, e a gravidade desta intervenção dependerá dos argumentos que se possa apresentar para justificá-la. Em verdade, trata-se da mesma crítica que fora apresentada em face do modelo normativo de princípios e da técnica da ponderação, de modo que poderia ser nos mesmos termos respondida: somente este caráter aberto de análise respeita a evolução histórico-social dos conceitos trazidos nas normas de direitos fundamentais, de modo que é precisamente o caráter argumentativo da teoria que garante a sua racionalidade e a possibilidade de seu controle.

A fim de permitir um posicionamento sobre a matéria, necessário se faz observar a teoria absoluta do núcleo essencial.

2.3.2 Teoria absoluta do núcleo essencial

Como observa Alexy, a teoria absoluta defende a existência de um núcleo intangível do direito fundamental, que não pode, em hipótese alguma, ser atingido – ainda que pelo preceito da proporcionalidade.³⁹⁰

Um dos adeptos da teoria absoluta do núcleo essencial é Vieira de Andrade, como se depreende de sua definição: “o *conteúdo essencial* consistiria em um *núcleo fundamental*,

³⁸⁹ *Apud* LOPES, A M D'Ávila. Ob. cit., p. 14.

³⁹⁰ ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos ...*, p. 288.

determinável em abstrato, próprio de cada direito e que seria, por isso, intocável. Referir-se-ia a um espaço de maior intensidade valorativa (o coração do direito) que não poderia ser afetado sob pena de o direito deixar realmente de existir”.³⁹¹ O autor nega a possibilidade de afetação de um direito fundamental para além deste mínimo essencial, de modo que em certas circunstâncias não haveria bem superior que exigisse o comprometimento do direito fundamental a ele contraposto. Este mínimo inerente a cada direito fundamental corresponde, para Vieira de Andrade, à fundamentação na dignidade da pessoa humana, no caso, a dignidade do homem concreto como ser livre.³⁹²

Necessário esclarecer que o autor lusitano considera o núcleo essencial tão somente como categoria inerente aos direitos de defesa (direitos, liberdades e garantias), não aplicável aos direitos sociais prestacionais. É que segundo Vieira de Andrade, tendo por base a Constituição Portuguesa, estes direitos não se encontram definitivamente determinados pelo texto constitucional, dependendo de concretização legislativa. Nestas condições, o legislador, ao definir o âmbito normativo destes direitos, poderá também traçar seu núcleo essencial com ampla autonomia, sob pena de se tornar mero “executor da Constituição”. O autor só admite a existência de determinação constitucional dos direitos fundamentais sociais quando relacionada ao mínimo necessário à sobrevivência de cada ser humano, ou seja, o mínimo existencial.³⁹³

Este entendimento não parece ser o mais adequado ao caso brasileiro, na medida em que os direitos sociais previstos na Constituição encontram-se suficientemente definidos para determinar a produção de efeitos, bem como para a apuração de eventual núcleo essencial em cada caso concreto. Em respeito ao princípio da supremacia da Constituição, mostra-se equivocado permitir que o legislador infraconstitucional venha – em verdadeira

³⁹¹ ANDRADE, J. C. V. de. Ob. cit., p. 233.

³⁹² Idem, p. 235-236.

³⁹³ Ibidem, p. 248-250.

tarefa de limitação do direito, a configurar restrição e como tal deve ser tomada – definir em abstrato o conteúdo mínimo de um direito fundamental social.

Suzana de Toledo Barros também parece se posicionar em favor da teoria absoluta do núcleo essencial, na medida em que observa que “a toda evidência, o limite de restrição de qualquer coisa é tudo aquilo que conceitualmente a pode destruir. Todo o bem ou valor jurídico tem, por isso, uma essência a respeito da qual há um certo consenso, ainda que se trate de algo fluido e ambíguo...”.³⁹⁴

Segundo a interpretação de Borowski, a teoria absoluta admite a existência de um núcleo fixo do direito fundamental, independente de ponderação, e que, portanto, se aplica ao caso concreto tal como uma regra. A questão que este entendimento deixaria em aberto é qual seria o meio capaz de determinar este conteúdo essencial: a atividade do intérprete? O responsável pela aplicação da norma constitucional teria diante de si a possibilidade de definir autoritariamente, em abstrato, o que pertence ao núcleo essencial de um direito fundamental, e que, portanto, seria intangível a qualquer intervenção. Ao contrário do que poderia parecer, uma solução doutrinária que busca fornecer maior segurança para a aplicação do direito acaba por gerar total insegurança jurídica, já que não se pode afirmar quem pode definir o núcleo essencial, e com base em quê, pois sua posição dispensa a fundamentação racional, a justificação na medida em que antecede a própria aplicação do direito.³⁹⁵

Alexy também tece suas críticas à teoria absoluta: só é possível identificar o conteúdo essencial, intangível, do direito fundamental através de uma ponderação de bens e valores, de modo que a teoria absoluta acaba por ser intrinsecamente dependente da teoria relativa.³⁹⁶ Afinal, a escolha realizada pelo intérprete entre o quanto está inserido no conteúdo essencial, e o quanto está fora, somente poderá ser feita de forma relativa, ou seja, observando circunstâncias externas que afetem este conteúdo. Assim, o autor mostra-se partidário da

³⁹⁴ BARROS, S. T. Ob. cit., p. 86.

³⁹⁵ BOROWSKI, M. Ob. cit., p. 99-100.

³⁹⁶ ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos ...*, p. 288-291.

teoria relativa, ressaltando que o disposto no artigo 19, § 2º da LF acaba tão somente por justificar mais uma vez a aplicação da proporcionalidade.

Outra crítica que se pode apresentar à teoria absoluta do conteúdo essencial diz respeito à fragilidade com a qual ela trata o direito fundamental como um todo. Na medida em que somente o núcleo essencial, arbitrariamente definido, merece ser considerado intangível, tudo que não fizer parte deste núcleo estará sujeito à atividade restritiva dos poderes constituídos, sem que para tanto estes necessitem fornecer argumentos de justificação racional. “A proteção unicamente do núcleo implica que a parte periférica estaria totalmente desprotegida, com o quê, ainda que indiretamente, o direito poderia ser lesionado sem a ‘necessidade’ de ter sido diretamente afetado o seu núcleo”.³⁹⁷

Dessa forma, referida teoria não se mostra como a mais adequada para a proteção dos direitos fundamentais em face da intervenção dos poderes constituídos, de modo que a partir das considerações apresentadas, torna-se possível uma tomada de posição sobre o tema.

2.3.3 Posição adotada

Ao passo em que já se demonstrou a melhor adequação de um sistema de regras e princípios para a análise dos direitos fundamentais sociais na Constituição Brasileira, bem como se adotou a teoria externa das restrições, adaptada pela teoria dos princípios, como meio de proteção dos direitos fundamentais em face da intervenção restritiva dos poderes constituídos, a adoção da teoria relativa do conteúdo essencial é a que melhor se coaduna com os rumos do presente estudo.

Referida teoria permite a identificação de um núcleo de maior significação no direito fundamental, de modo a exigir uma carga de argumentação racional profundamente

³⁹⁷ LOPES, A M. D’Ávila, reportando-se ao pensamento de Otto y Pardo. Ob. cit., p. 14.

convincente a fim de justificar sua mitigação em virtude do peso de outros princípios, bens jurídicos ou valores em conflito. A justificação racional deste núcleo somente pode ser atingida mediante a ponderação no caso concreto, pois definições *a priori* mostram-se arbitrárias e fatalmente incompletas. A teoria relativa permite um conceito maleável de núcleo essencial, em conformidade com as noções de *derecho dúctil* definidas por Gustavo Zagrebelski³⁹⁸, e que melhor se coadunam com a necessidade de adequação das normas constitucionais à evolução histórica e social da humanidade. Apesar desta maleabilidade, ela não deixa o direito fundamental desprotegido, pois os critérios da proporcionalidade deverão sempre ser satisfeitos quando o Estado pretende restringir o âmbito normativo de um direito fundamental.

É certo, porém, que esta teoria relativa deve ser contextualizada pelo Direito Constitucional pátrio, a fim de que as particularidades dos direitos fundamentais – especialmente dos direitos fundamentais sociais – sejam observadas. Neste sentido, é preciso ter em mente que a garantia do núcleo essencial surgiu na Alemanha, à época da Constituição de Weimar, como uma forma de proteção dos direitos fundamentais em face da atividade restritiva dos legisladores, que estavam praticamente a aniquilar estes direitos quando da edição de suas leis “conformadoras”. Não havia previsão constitucional de controle de constitucionalidade destas leis, de modo que a doutrina procurou identificar meios de proteção dos direitos fundamentais e para tanto erigiu a teoria do núcleo essencial.³⁹⁹

Não é esta a situação dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, em que o constituinte previu expressamente meios de controle da constitucionalidade (CF, artigos 102, I, ‘a’, 103), bem como alçou os direitos fundamentais a cláusulas pétreas, intangíveis até mesmo pelo poder de reforma da Constituição (CF, art. 60, § 4º, IV).

³⁹⁸ ZAGREBELSKI, Gustavo. *El Derecho Ductil*. Traducción de Marina Gascón. 3 ed. Madrid: Trotta, 1999, p. 14-15.

³⁹⁹ LOPES, A M. D’Ávila. Ob. cit., p. 13.

Além disso, não se pode olvidar um dos princípios informadores da interpretação das normas constitucionais – o princípio da supremacia da Constituição – segundo o qual “por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental”.⁴⁰⁰

Nestas condições, é possível afirmar que as normas de direitos fundamentais gozam de uma presunção de intangibilidade – a não ser que o próprio constituinte disponha em contrário – contra a qual a intervenção do Estado só pode se insurgir se imbuída de grave justificação, apresentada sob a forma de argumentação racional, que demonstre o maior peso de outros princípios em conflito, bem como a proporcionalidade da restrição.

De qualquer forma, a proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, especialmente no caso dos direitos fundamentais sociais, em que muitas de suas normas apresentam uma carência de determinação, revela-se de grande atualidade. Ela permite a necessária relativização dos direitos fundamentais, a fim de resguardar a harmonia do sistema constitucional como um todo, mas também protege os interesses dos titulares destes direitos no caso concreto. Como observou Ana Maria D’Ávila Lopes:

A doutrina e a jurisprudência têm predominantemente aceito a relativização, só que não sob o ponto de vista negativo, mas, justamente, como a afirmação da historicidade e da exigência da constante atualização de um direito. Nesse sentido, a garantia do conteúdo essencial não apenas aceita a possibilidade de limitação, mas também a regulação de um direito fundamental, com a finalidade de permitir que possa ser efetivamente exercido, mas sempre que não seja desnaturalizado. Essa garantia, junto com os princípios da ponderação e da proporcionalidade, constitui um mecanismo indispensável na realização dos direitos fundamentais, os quais não são direitos absolutos mas também não são, nem muito menos, instrumentos da arbitrariedade do legislador.⁴⁰¹

No caso dos direitos fundamentais sociais a prestações, em que esta atividade do legislador mostra-se mais constante, a garantia do núcleo essencial fornece um parâmetro a mais de controle da constitucionalidade, onerando os intérpretes das normas jusfundamentais com uma carga de argumentação supletiva sempre que sua intervenção buscar, de alguma

⁴⁰⁰ BARROSO, L. R. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 150.

⁴⁰¹ LOPES, A. M. D’Ávila. *Ob. cit.*, p. 14.

forma, atingir o conteúdo mais essencial previsto na norma, aquele que o caracteriza, que justifica sua existência no ordenamento jurídico.

É nesta concepção que a garantia do núcleo essencial será considerada, especialmente no Capítulo IV, no qual se buscará demonstrar os limites das implicações da reserva do possível nos direitos fundamentais sociais.

2.4 AS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A partir da definição de restrição já apresentada, bem como a compreensão de que o estudo das restrições tem pertinência também para os direitos fundamentais sociais a prestações, vale observar como se comportam estes direitos na Constituição Brasileira de 1988, ou seja, se suas normas prevêm a possibilidade de restrição (autorização constitucional) ou não, e como devem se portar os poderes públicos diante deste aspecto. Quais os limites que, num primeiro momento de apreciação genérica e instrumental do tema⁴⁰², impõem-se aos poderes públicos quando da atuação restritiva em relação aos direitos fundamentais sociais.

2.4.1 Direitos fundamentais sociais a prestações com reservas

Já no artigo 6º, a Constituição Federal enuncia os direitos chamados sociais, e prevê que sua proteção se dará “na forma da Constituição”. Assim, ela remete o intérprete

⁴⁰² A questão dos limites às restrições aos direitos fundamentais sociais será aprofundada no Capítulo IV, no qual se buscará traçar as implicações constitucionais da incidência da reserva do possível sobre o âmbito normativo destes direitos.

para o conjunto das normas constitucionais, tanto aquelas presentes no catálogo do Título II, quanto as esparsas ao longo do texto, especialmente no Capítulo da Ordem Social, como já foi observado. Esta primeira referência da Constituição já demonstra a preocupação de configurar estes direitos, fornecendo ao intérprete o mínimo de elementos capazes de determinar sua incidência, seu âmbito de proteção, e sua atuação como parâmetro de controle de constitucionalidade.

Muitos direitos fundamentais sociais prevêm em seu dispositivo constitucional a atuação do legislador ordinário, com expressões como “na forma da lei”, “fixado em lei”, “nos termos da lei”, etc. Sempre que o constituinte faz esta referência, ele concede autorização expressa ao legislador para intervir no conteúdo destes direitos, a fim de fornecer os meios de sua exequibilidade. Esta atividade, ainda que considerada como conformação dos direitos fundamentais, e mesmo estando expressamente autorizada pela Constituição, não é totalmente livre, mas pautada pelo conteúdo e sentido da norma constitucional, e pela proporcionalidade.

Estas reservas legais previstas na Constituição podem ser simples ou qualificadas.⁴⁰³ Serão simples, sempre que deixarem de fornecer elementos que conduzam a atividade do legislador, impondo limites acessórios à sua atividade conformadora e restritiva. Note-se que a ausência de elementos expressamente previstos não coloca o legislador em posição de livre disposição do direito fundamental, pois em hipótese alguma poderá contrariar o texto constitucional, ou introduzir elementos que impossibilitem, reduzam ou dificultem o acesso dos titulares aos bens juridicamente protegidos de forma desproporcional, desnecessária ou inadequada. Já no caso das reservas qualificadas, o constituinte forneceu elementos que devem ser observados pelo legislador, e dos quais não pode se desviar quando da edição da lei.

⁴⁰³ NOVAIS, J. R. Ob. cit., p. 260-261.

Um dos exemplos mais interessantes de direito fundamental social com reserva qualificada é o direito ao salário mínimo, previsto no inciso IV do art. 7º da CF:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV – salário mínimo, *fixado em lei*, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; (grifo nosso)

A fixação do conteúdo do direito ao salário mínimo, ou seja, o valor deste salário, ficou ao encargo do legislador infraconstitucional. Todavia, ele está adstrito às exigências formuladas pelo constituinte, de modo que este salário mínimo deverá atender às necessidades vitais básicas do titular do direito e de sua família, nos termos do dispositivo constitucional.

O salário mínimo tem importância crucial para o sistema dos direitos fundamentais sociais, pois serve de parâmetro para outras prestações de natureza previdenciária (art. 201, § 2º, CF), e assistencial (art. 203, V, CF) a serem fornecidas pelo Estado. Como bem observou o Grupo de Estudos da Academia Brasileira de Direito Constitucional, em artigo versando sobre o direito constitucional ao salário mínimo, ele é “a peça chave na política pública econômica que busque erradicar a pobreza e diminuir a desigualdade social, em uma eterna busca de uma sociedade mais justa”.⁴⁰⁴

Após estudo minucioso do instituto, os autores chegaram à conclusão que todas as leis editadas pelo Congresso Nacional, fixando o patamar do salário mínimo, após o advento da Constituição Federal de 1988, mostraram-se flagrantemente inconstitucionais, na medida em que não respeitaram as exigências estabelecidas pelo próprio constituinte, não atendendo às necessidades básicas indicadas no art. 7º, IV.⁴⁰⁵

Não se pretende adentrar o mérito da questão – embora seja importante deixar registrado que o estudo acima mencionado traz razões convincentes para denunciar a

⁴⁰⁴ COUTINHO, Aldacy Rachid (Orientadora), et al. Direito Constitucional ao Salário Mínimo. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. v. 2 Curitiba: ABDCConst, 2002, p.223.

⁴⁰⁵ COUTINHO, A. R. Ob. cit., p. 247.

inconstitucionalidade da lei que fixa o salário mínimo no país – o exemplo serve para demonstrar que o legislador, mesmo quando atua para “configurar” um direito fundamental prestacional, acaba por restringir seu âmbito de atuação, e esta restrição está sujeita ao exame de constitucionalidade a partir dos parâmetros traçados na própria Constituição. A norma de direito fundamental pode trazer uma série de elementos que apontam até onde pode ir a atividade restritiva, ou seja, ela fornece parâmetros que, uma vez desrespeitados, implicarão na inconstitucionalidade da medida.

Outra questão que merece ser esclarecida diz respeito à legitimidade do Poder Executivo para editar normas que restrinjam ou conformem os direitos fundamentais sociais com reservas expressamente previstas pela Constituição. Em verdade, há que se observar que as normas constitucionais podem ser “integradas” por diversas categorias de normas infraconstitucionais, desde leis complementares, até decretos do Executivo Federal (como se depreende do art. 36, § 1º). Além disso, há que se considerar que o termo “lei”, utilizado pelo constituinte, apresenta, em muitos casos, sentido equívoco⁴⁰⁶, podendo referir-se desde a lei simples, até a lei complementar.

É certo, todavia, que sempre que uma norma de direito fundamental prevê a possibilidade de regulamentação através de “lei”, ela faz expressa referência à atividade do Poder Legislativo, não podendo ser substituída, sob pena de inconstitucionalidade formal, por ato do Poder Executivo. Trata-se de um limite formal à restrição do direito fundamental, que deve ser respeitado pelos poderes constituídos.

⁴⁰⁶ SILVA, J. A. da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 232.

2.4.2 Direitos fundamentais sociais sem reservas expressamente autorizadas pela Constituição

No caso dos direitos fundamentais sociais sem reservas, o constituinte deixou de prever a possibilidade de restrição, bem como de traçar parâmetros claros para o controle da eventual restrição a estes direitos. Isto não significa, em absoluto, que inexistem parâmetros a serem observados, mas que os mesmos podem ser buscados em outros elementos constitucionais, além da própria norma de direito fundamental.

Esta norma, ainda que não preveja expressamente uma reserva, fornece elementos conceituais que possibilitam ao intérprete averiguar se o legislador, ou o administrador público, em sua atividade restritiva, avançou abusivamente sobre o conteúdo do âmbito normativo protegido, atingido-o de forma desproporcional. No caso dos direitos fundamentais sociais a prestações, estes parâmetros podem ser encontrados nos termos utilizados pelo próprio constituinte, que definem um primeiro âmbito de proteção da norma, informando quais os bens jurídicos que estão *prima facie* sob proteção, ou seja, quais as prestações que deverão ser atendidas pelo Estado.

É o que analisou Jorge Reis Novais:

Grosso modo pode-se dizer que os elementos temáticos fornecem uma indicação preliminar, mais ou menos completa, precisa ou determinada do âmbito ou recorte da realidade, objectiva e subjectiva, relatiamente à qual o direito fundamental desenvolve a sua protecção. Os elementos de delimitação excluem, à partida, certas zonas, actividades, possibilidades ou comportamentos, que os particulares poderiam eventualmente invocar como constituindo exercício desse direito, da protecção por ele juridicamente garantida; nesta medida, dão uma formulação mais consistente ou determinada à norma constitucional de direito fundamental. Por último, os elementos de restrição abrem aos poderes constituídos ou, directamente, a possibilidade de intervenção restritiva no direito fundamental ou a possibilidade de procederem à alteração da norma de direito fundamental que resultara daquela sua primeira formulação em ordem a permitir uma inserção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais na ordem jurídica e a correspondente compatibilização entre os valores próprios dos direitos fundamentais e como valores e interesses constitucionalmente dignos de protecção.⁴⁰⁷

⁴⁰⁷ NOVAIS, J. R. Ob. cit., p. 274.

Logo, é evidente que o legislador não poderá legislar contrariamente ao quanto prescreve o direito fundamental, ou seja, aos termos expressamente consignados na Constituição. Trata-se de uma eficácia negativa garantida a todas as normas constitucionais, o que se pode reconhecer a partir da famosa noção inaugurada no Direito Constitucional Brasileiro por José Afonso da Silva de que não há norma constitucional desprovida de eficácia.⁴⁰⁸

Neste sentido, Luís Roberto Barroso⁴⁰⁹ observou que as normas constitucionais informam a atividade do legislador, ao editar leis, bem como a atividade do administrador e do julgador, ao aplicá-las, no sentido de que determinam a inconstitucionalidade dos atos que forem contrários às suas determinações. Ana Paula de Barcellos observa que “a eficácia negativa autoriza que sejam declaradas inválidas todas as normas ou atos que contravenham os efeitos pretendidos pela norma”.⁴¹⁰ Em verdade, não existe eficácia negativa apenas a partir dos efeitos normativamente previstos, mas é preciso compreender que o próprio texto da norma funciona como limite à sua interpretação, bem como ao controle de constitucionalidade das intervenções praticadas pelos poderes públicos.

Assim, Luís Roberto Barroso ressalta a importância da interpretação gramatical, ou literal, das normas constitucionais, observando que “o intérprete da Constituição deve partir da premissa de que todas as palavras do texto constitucional têm uma função e um sentido próprios. Não há palavras supérfluas na Constituição”.⁴¹¹

Desse modo, o dispositivo constitucional, com seus termos mais ou menos precisos, funciona como um primeiro limite à atividade restritiva dos poderes constituídos,

⁴⁰⁸ SILVA, J. A. Ob. cit., p. 80-81.

⁴⁰⁹ BARROSO, L. R. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, p. 119. O autor, neste trecho, trata mais especificamente das normas constitucionais classificadas como programáticas, todavia, a eficácia negativa aplica-se indistintamente a todas as normas constitucionais, inclusive as de direitos fundamentais.

⁴¹⁰ BARCELLOS, A. P. de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, p. 67. A autora observa que existe uma certa indeterminação naquilo que se pode considerar “efeitos pretendidos pela norma”, mas defende que existe um núcleo determinado apreensível hermeneuticamente, o que torna possível compreender esta modalidade de eficácia das normas constitucionais.

⁴¹¹ BARROSO, L. R. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 126.

pois impede a edição de atos legislativos ou administrativos que firam diretamente o texto constitucional. Por exemplo, quando a Emenda Constitucional nº 26/2000 introduziu o direito à moradia no artigo 6º da Constituição Federal, não forneceu maiores detalhes a respeito de quais as políticas públicas que deveriam ser adotadas pelo Estado para cumprir a prestação prevista na norma – garantir o direito à moradia aos cidadãos. Todavia, mesmo diante da ausência de maiores detalhes a respeito da configuração do direito, é possível afirmar que foram revogadas todas as normas que desrespeitam este direito a moradia, impondo sacrifícios gratuitos e desnecessários aos indivíduos.⁴¹²

Todavia, além desta eficácia negativa, inerente ao próprio texto da norma de direito fundamental, vale analisar a existência de outros parâmetros fornecidos pela própria Constituição. Ao analisar a existência de “limites aos limites dos direitos fundamentais”, Jorge Reis Novais defende que “também as restrições implicitamente autorizadas, enquanto verdadeiras restrições, têm de preencher os requisitos constitucionais, formais e materiais, exigidos a todas as restrições aos direitos fundamentais”.⁴¹³ Nesse sentido, enumera os princípios da necessidade ou indispensabilidade, da generalidade e da abstração, da não retroatividade, da não diminuição da extensão e alcance do conteúdo essencial e da reserva de lei parlamentar (no caso brasileiro, esta reserva de lei parlamentar deve ser compreendida à luz da distribuição constitucional de competências, de modo que não podem o Executivo e o Judiciário invadir a esfera material que o constituinte outorgou expressamente ao legislador). Além destes princípios, o autor observa os parâmetros que não se encontram expressamente consagrados na Constituição Portuguesa – o que se aplica ao caso brasileiro – como a a

⁴¹² Neste sentido, surgiu a discussão na doutrina a respeito da revogação do inciso VII, do art. 3º da Lei 8.009/90, que trata do bem de família, na medida em que o desrespeito ao direito à moradia do fiador dos contratos de locação, quando o próprio locatário tem protegido seu patrimônio em hipóteses semelhantes. Foi criada uma situação de diferença de tratamento jurídico para duas hipóteses idênticas, a proteção do bem de família, da moradia, do locatário e sua família, e do fiador e sua família. Esta situação não mais poderia perdurar a partir da inclusão deste direito no rol de direitos fundamentais sociais da Constituição, inclusive em respeito a eficácia das normas de direitos sociais prevista por Canotilho, de igual proteção do bem jurídico tutelado.

⁴¹³ NOVAIS, J. R. Ob. cit., p. 727.

proibição do excesso, dentro da qual insere a proporcionalidade, a razoabilidade, e a determinabilidade, o princípio da igualdade e da proteção da confiança.

Nestas condições, é válido retomar a noção de ponderação já explorada, tão somente para elucidar que o controle das restrições aos direitos fundamentais sociais se dará, depois de ultrapassados os limites constitucionais como a reserva de lei, por um processo de balanceamento de bens jurídicos, direitos fundamentais e valores em conflito, já que estes direitos encontram-se sob uma “reserva imanente de ponderação” – ainda que não haja expressamente a possibilidade de restrição prevista na Constituição, ela poderá surgir da aplicação das normas de direitos fundamentais sociais, e da busca de sua compatibilização com o ordenamento jurídico.

Esta compatibilização será feita através da proporcionalidade, a qual serve como parâmetro de constitucionalidade das restrições não expressamente autorizadas pela Constituição.

2.4.3 Proporcionalidade no controle das restrições aos direitos fundamentais

Neste tópico, busca-se explorar a aplicação da proporcionalidade como meio de controle da constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais. No caso específico dos direitos fundamentais sociais a prestações, a proporcionalidade assumirá a conotação de proibição da proteção insuficiente, matéria que será explorada mais detidamente no Capítulo 4. Por ora, a preocupação é tão somente no sentido de promover uma elucidação do conceito em contrapartida ao conceito de razoabilidade, e demonstrar sua atuação em relação às medidas restritivas de direitos fundamentais.

2.4.3.1 Distinções terminológicas: razoabilidade e proporcionalidade

As expressões razoabilidade e proporcionalidade são alvo de discussão doutrinária, sendo que existem autores que defendem os dois termos como sinônimos, bem como há quem os diferencie claramente.

Para Luís Roberto Barroso, a razoabilidade surgiu como um desdobramento da garantia do devido processo legal no Direito anglo-saxão, em seu sentido substancial, e representa um “parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. (...) É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação, harmonia; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes num dado momento e lugar”.⁴¹⁴ Neste sentido, segundo o autor, proporcionalidade e razoabilidade poderiam ser utilizados como sinônimos.

A fim de ressaltar a distinção entre os dois conceitos – proporcionalidade e razoabilidade – Luís Virgílio Afonso da Silva afirma que a origem da razoabilidade estaria, em verdade, em uma decisão judicial proferida pela Corte Inglesa em 1948, segundo a qual deveriam ser rejeitadas todas as medidas consideradas irrazoáveis. Trata-se da “fórmula *Wednesbury*”, a qual determina que “se uma decisão (...) é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a Corte intervir”.⁴¹⁵

A origem da proporcionalidade, por sua vez, é muito distinta: ela decorre da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, na Alemanha. Há quem a considere uma decorrência do Estado de Direito, todavia, é na estrutura ou essência dos direitos

⁴¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 23, p. 69.

⁴¹⁵ SILVA, L. V. A da. O proporcional e o razoável, p. 29. O termo “irrazoável” teria sido substituído pela doutrina argentina por “razoável”, e assim incorporado pela doutrina brasileira.

fundamentais e na conseqüente necessidade de solução de conflitos entre eles que ela encontra sua melhor justificação.⁴¹⁶

Em estudo sobre a razoabilidade no Direito Constitucional, José Adércio Leite Sampaio⁴¹⁷ trouxe à colação a posição de diversos doutrinadores a respeito da razoabilidade, dentre as quais destaca-se a de Carlo Lavagna e a de Gustavo Zagrebelski.

Segundo Lavagna, em sua obra *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, 1973, a razoabilidade se dividiria em quatro aspectos, balizados por dois instrumentos lógicos:

Os quatro aspectos seriam: a) a correspondência com situações e contextos humanos; b) o juízo de finalidade, que estabeleceria parâmetro de redução do fim da lei ao fim constitucional prevalecente; c) o juízo de pertinência ou de instrumentalidade que deveria existir entre os meios normativos assumidos e os fins a atingir; e d) o juízo de congruência, sobre a idoneidade – técnica ou valorativa – dos meios escolhidos pelo legislador para realizar os fins constitucionais. Os dois instrumentos lógicos seriam: a) a coerência em torno da letra e da *ratio* da lei (“intrínseca contraditoriedade” entre *verba* e *ratio*) – vício da dimensão sintática da disposição; b) evidência ou auto-evidência, adequação do conteúdo da lei às noções e conhecimentos comuns, pacíficos e universais.⁴¹⁸

Para Zagrebelski, no estudo *Su tre aspetti della ragionevolezza*, 1994, a razoabilidade é informada por três elementos, todos relacionados ao comando de proibição de arbitrariedade por parte do legislador:

a) coerência; b) racionalidade e c) justiça no caso concreto, de modo que o legislador não pode criar distinções e exceções arbitrárias ou sem fundamento objetivo; deve buscar amparo na natureza do direito ou na ‘natureza da coisa regulada’, deve respeitar o princípio da unidade do sistema jurídico (racionalidade interna), ser congruente ao escolher os meios destinados a realizar os fins propostos, além de atender aos imperativos de justiça extraídos da própria concepção principiológica da Constituição (razoabilidade intrínseca ou absoluta).⁴¹⁹

Segundo Barroso, a razoabilidade pode ser investigada dentro da lei, ou seja, a existência de uma relação racional e proporcional entre os motivos e meios da lei, e os fins por ela buscados (razoabilidade interna). Pode, ainda, ser investigada segundo seu aspecto

⁴¹⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In: _____ (Coord.) *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 62.

⁴¹⁷ SAMPAIO, J. A. L. Ob. cit., p. 58-59.

⁴¹⁸ *Apud* SAMPAIO, J. A. L. Ob. cit., p. 58-59.

⁴¹⁹ *Apud* SAMPAIO, J. A. L. Ob. cit., p. 59.

externo (razoabilidade externa), ou seja, uma relação de correspondência entre a lei e o texto constitucional.⁴²⁰ Logo, uma lei que restrinja o âmbito normativo de direito fundamental deverá ser internamente razoável, no sentido de demonstrar coerência entre seus motivos, meios e fins, bem como externamente razoável, respeitando os parâmetros traçados pela Constituição. Ainda que ela afete desvantajosamente o conteúdo do direito fundamental, ela será legítima se seus motivos forem razoáveis e racionalmente compreensíveis para sacrificar parcela de um direito fundamental em prol de outro bem jurídico ou outro direito fundamental em conflito.

Em todos estes aspectos, verifica-se que a noção de razoabilidade está relacionada à proibição da arbitrariedade, da livre disposição do conteúdo dos direitos fundamentais pelo legislador, pelo administrador ou mesmo pelo julgador.

Como observou José Adércio Leite Sampaio⁴²¹, parte da doutrina defende que a proporcionalidade é um instrumento, uma facção da razoabilidade. Outra parte, defende o contrário, que é a razoabilidade um aspecto da proporcionalidade (Willis Santiago Guerra Filho, Luís Virgílio Afonso da Silva). E ainda há aqueles que defendem a equiparação entre os dois institutos (Luís Roberto Barroso, Suzana de Toledo Barros).

Em posição diferenciada, Jorge Reis Novais, por exemplo, insere tanto a proporcionalidade quanto a razoabilidade no âmbito do princípio da proibição do excesso.⁴²² Trata-se de posição inadequada para os fins do presente estudo, na medida em que a proibição do excesso é tão somente uma das facetas da vedação à arbitrariedade dos poderes públicos. Afinal, não se pode olvidar que quando se trata de direitos fundamentais sociais, a vedação do excesso assume a feição de proibição da proteção insuficiente, como já se teve oportunidade de afirmar. Em verdade, parece mais adequado compreender a proibição do excesso como uma das feições da razoabilidade, assim como a proibição da proteção insuficiente.

⁴²⁰ SAMPAIO, J. A L. Ob. cit., p. 70-71.

⁴²¹ Idem, p. 63.

⁴²² NOVAIS, J. R. Ob. cit., p. 727.

Para José Adércio Leite Sampaio, a razoabilidade como exigência do tratamento constitucional se reporta a noções mais abrangentes que a proporcionalidade. A razoabilidade se relaciona à pauta de “justiça” e “correção” da atuação dos poderes constituídos, num âmbito mais abrangente que o da proporcionalidade: ela é critério de restrição aos direitos fundamentais; é elemento concretizador dos direitos fundamentais sociais⁴²³; é um aspecto do devido processo legal; é um padrão dos serviços públicos. Dessa forma, conclui José Adércio Leite Sampaio que a proporcionalidade é um dos aspectos da razoabilidade, a qual é um conceito mais alargado, com vários desdobramentos.

Segundo o autor, observando a aplicação jurisprudencial da razoabilidade na França, é possível verificar que razoabilidade age como verdadeiro limite geral ao poder de configuração legislativa dos direitos fundamentais, pois os aspectos da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) são utilizados como fundamento para a análise de legitimidade destas leis, em concomitância com o princípio maior de justiça.⁴²⁴

Em posição contraposta, Luís Virgílio Afonso da Silva defende que é a razoabilidade apenas um fator de ponderação entre meios e fins, ou seja, um *topos* de argumentação racional na aplicação dos direitos fundamentais, sem uma estrutura definida.

Complementa o autor:

A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma *estrutura* racionalmente definida, com subelementos independentes – a análise da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito* – que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, *claramente*, da mera exigência de razoabilidade.⁴²⁵

⁴²³ Neste sentido, o parâmetro da razoabilidade age tanto como “imposição de uma legislação razoável (...), seja como parte integrante da estrutura do direito (v.g. todos têm direito a uma moradia em condições razoáveis...), seja, enfim, como dever que se impõe também a todos (a exemplo do ‘uso razoável’ da água e dos rios...)”. SAMPAIO, J. A L. Ob. cit., p. 64.

⁴²⁴ SAMPAIO, J. A L. Ob. cit., p. 74-75.

⁴²⁵ SILVA, L. V. A da. Ob. cit., p. 30.

Por todos os argumentos apresentados, há que se reconhecer a distinção entre razoabilidade e proporcionalidade, sem que necessariamente se inclua a primeira na Segunda ou vice-versa. Para o caso específico de controle de constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais, que interessa mais de perto ao presente estudo, é possível dizer é o critério da proporcionalidade o mais adequado, na medida em que fornece elementos capazes de averiguar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito da medida restritiva.

2.4.3.2 Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito

Segundo o preceito da proporcionalidade, uma restrição ao direito fundamental deve ser adequada, necessária e estritamente proporcional. Assim, a medida restritiva: a) é adequada se guarda relação entre o meio utilizado e o fim almejado; b) é necessária se, para alcançar o resultado em questão, corresponde ao meio que atinge em menor grau os direitos fundamentais de terceiros, de modo que o meio escolhido seja imprescindível e infungível; e c) é proporcional, se mostra uma relação racional entre o maior peso e importância de um direito que restringe ou determina a restrição do outro – quanto mais atingido o direito fundamental, maior deve ser o peso do direito fundamental ou bem jurídico contraposto.

Estes três elementos guardam uma relação de subsidiariedade entre si, de modo que a medida restritiva deverá primeiramente sofrer o exame da adequação, para depois ser analisada quanto à necessidade e, finalmente, passar pela proporcionalidade em sentido estrito. Não se exige que todos os exames sejam realizados, já que na medida em que a adequação não for satisfeita, torna-se despendioso enfrentar os demais critérios.

Suzana de Toledo Barros chega a defender a análise da constitucionalidade da restrição através da proporcionalidade como o respeito a um “roteiro”, constituído das

seguintes etapas: a) uma etapa preliminar, relacionada ao exame da constitucionalidade formal, ou seja, se os procedimentos de edição da lei restritiva foram observados; b) a primeira etapa, a partir da qual se deve constatar se existe uma autêntica restrição, ou seja, a atuação desvantajosa dos poderes constituídos sobre o âmbito de proteção do direito fundamental; c) a segunda etapa, que corresponde à análise dos requisitos de admissibilidade constitucional da restrição, ou seja, se existe autorização constitucional para restrição (reserva constitucional) ou não, hipótese em que a restrição se funda no conflito com outros direitos ou bens constitucionais; d) a terceira etapa, em que se verifica o respeito à proporcionalidade a partir de seus três critérios, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.⁴²⁶ Vale analisá-los mais de perto.

A adequação, ou conformidade (*geeefnetheit*) diz respeito à relação entre o meio e o fim, ou seja, o meio escolhido pelo legislador, por exemplo, quando da atividade restritiva de um princípio fundamental, deverá levar ou ao menos promover o fim almejado. No mesmo sentido, o exame da adequação se presta quando da análise da adequação de um determinado ato praticado pela Administração Pública em relação ao princípio constitucional que vige concretizar. Nestas condições, o exame de adequação será positivo se o ato eleito pelo administrador for apto para o atingimento do fim previsto no princípio de direito fundamental em questão – o que não quer dizer que este fim seja necessariamente atingido.⁴²⁷ Suzana de Toledo Barros observa que uma medida só poderá ser afastada como inadequada se “inequivocamente se apresentar como inidônea para alcançar seu objetivo”,⁴²⁸ ou seja, trata-se de um controle negativo.

⁴²⁶ BARROS, S. T. Ob. cit., p. 177-179.

⁴²⁷ SILVA, L. V. A da. Ob. cit., p. 36.

⁴²⁸ BARROS, S. T. Ob. cit., p. 75. Neste mesmo sentido, complementa a autora: “É possível, pois, que uma lei contemple, ou pareça contemplar, no momento de sua edição, uma relação meio-fim adequada e, ao longo do tempo, mostre-se discordante do programa da Lei Fundamental, seja porque os efeitos previstos não ocorreram, seja porque se tenham verificado ulteriores conseqüências jurídicas indesejáveis. Essa circunstância é muito comum em se tratando de leis interventivas na economia, e não está apta a justificar um juízo de inadequação”, p. 75-76.

O segundo elemento diz respeito à necessidade (*Erforderlichkeit*), também chamado de exigibilidade, ou seja, comparativamente com outros meios também adequados, o meio eleito deverá atingir o mínimo necessário da esfera de liberdade do indivíduo. O meio deverá ser o único viável para a satisfação do fim, se ele afrontar direitos fundamentais de outros, ou seja, ele deverá ser necessário. Na definição de Suzana de Toledo Barros: “o pressuposto do princípio da necessidade é que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa”.⁴²⁹

Esta análise não oferece maiores dificuldades em se tratando de diversos meios que atingem o fim com a mesma intensidade. Bastaria, assim, analisar qual o meio menos restritivo dos bens jurídicos e dos direitos fundamentais envolvidos. Entretanto, a análise deverá ser outra quando se estiver diante de meios que atingem a finalidade com intensidade diversa, e também restringem direitos fundamentais diferentemente, de modo que se faz necessário escolher entre duas alternativas: melhor atingir o fim estabelecido, e admitir uma maior ingerência nas esferas jusfundamentais de outros, ou atingir o fim estabelecido em menor grau, mas assim melhor proteger os direitos fundamentais. Nesta hipótese, surge a necessidade de ponderação, de modo que todas as circunstâncias do caso concreto e os elementos normativos em jogo deverão ser contrapostos e sopesados. Nestas condições, o exame da necessidade acaba por se confundir com o exame da proporcionalidade em sentido estrito.

Já a proporcionalidade em sentido estrito diz respeito, mais de perto, com o método da ponderação, e estatui que “quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”.⁴³⁰ Como observou Humberto Ávila, a partir deste exame, a importância da realização do fim será

⁴²⁹ BARROS, S. T. Ob. cit., p. 76.

⁴³⁰ STUMM, R. D. Ob. cit. p. 81.

contraposta ao grau de abalo aos direitos fundamentais envolvidos, analisando empiricamente se os benefícios da concretização da finalidade são proporcionais aos malefícios decorrentes da aplicação do meio escolhido e a restrição a direitos fundamentais que ele eventualmente implique.⁴³¹

Diante deste quadro, uma restrição aos direitos fundamentais somente estará em conformidade com a proporcionalidade se, simultaneamente, for apta para os fins a que se destina, for o menos gravosa possível para que estes fins sejam atingidos, e cause benefícios superiores aos malefícios eventualmente implicados.

Vale ainda observar que os doutrinadores divergem a respeito da utilização desta metódica da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal quando da análise da constitucionalidade de uma restrição aos direitos fundamentais. Gilmar Ferreira Mendes e Suzana de Toledo Barros afirmam que a Corte Constitucional Brasileira tem feito uso deste preceito de forma até freqüente, oferecendo a análise de uma série de julgados a fim de demonstrar sua posição.⁴³²

Já Luís Virgílio Afonso da Silva entende que o Supremo Tribunal Federal não aplica a proporcionalidade, já que não faz o exame minucioso dos três critérios apresentados, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Para o autor, a análise feita pelo Supremo Tribunal diz respeito tão somente à razoabilidade das medidas, ou seja, relaciona-se com a idoneidade entre meio e fim, e por vezes chega a realizar uma ponderação entre princípios, ou seja, aplica a proporcionalidade em sentido estrito.⁴³³ Aliás, esta é a constatação de José Adércio Leite Sampaio: a razoabilidade tem sido aplicada como exigência de coerência interna da lei, como coerência da medida com o sistema constitucional, como

⁴³¹ ÁVILA, H. Ob. cit., p. 116.

⁴³² A este respeito, vale observar BARROS, S. T. Ob. cit., p. 99-125, e MENDES, G. F. Ob. cit., p. 72-87. Não se pretende aprofundar esta análise, por fugir ao escopo central do presente estudo.

⁴³³ SILVA, L. V. A da. Ob. cit., p. 32-34.

mandado de justificação objetiva das distinções e, finalmente, como proporcionalidade, no sentido de congruência ou adequação entre meios e fins.⁴³⁴

Ainda que o Supremo Tribunal Federal não tenha feito uso criterioso da proporcionalidade, tal como apresentada, é inegável o avanço das posições tomadas em respeito às restrições aos direitos fundamentais, bem como a abertura de seu entendimento à técnica de ponderação de princípios. A jurisprudência constitucional é sempre uma construção que se erige aos poucos, com a assimilação pelos julgadores das teses desenvolvidas pelos doutrinadores. Este processo enfrenta a resistência das tradições imbuídas nas convicções de cada julgador – especialmente no caso brasileiro, em que a doutrina positivista e o método da subsunção receberam ampla acolhida e ainda se encontram profundamente enraizados na forma de interpretação da Constituição.

Todavia, é com base nos avanços, ainda que atropelados, que se fundamenta a validade da criação de uma dogmática voltada para a realização dos direitos fundamentais. Cabe à doutrina fornecer elementos aos julgadores, a fim de concretizar os valores trazidos pelas normas constitucionais.

Apresentados, portanto, estes elementos necessários à compreensão da “metódica” das restrições aos direitos fundamentais sociais, resta enfrentar a questão da reserva do possível e suas implicações na efetividade destes direitos.

Os conceitos trabalhados até o presente momento terão serventia precisamente para que se possa analisar como a reserva do possível atua em relação às normas de direitos fundamentais, ou seja, se se trata de restrição a estes direitos, ou se está relacionada a aspectos internos de delimitação do âmbito normativo dos direitos fundamentais sociais. A partir da compreensão dos direitos fundamentais sociais como uma categoria predominantemente principiológica, sujeita a uma reserva imanente de ponderação, torna-se necessário

⁴³⁴ SAMPAIO, J. A. L. Ob. cit., p. 82-85.

compatibilizá-la com a questão da escassez de recursos para a efetivação das prestações previstas nestas normas, bem como os limites que a própria realidade fática por vezes impõe à sua efetivação.

CAPÍTULO III

A RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

3.1 O AMBIENTE SÓCIO-POLÍTICO-JURÍDICO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Para se compreender o fenômeno da reserva do possível, é válido buscar o contexto social, político e jurídico do seu surgimento, especialmente aqueles com maior reflexo na realidade brasileira.⁴³⁵ É o que se pretende fazer nesta seção, a partir de uma breve análise do despertar das teorias voltadas para um constitucionalismo dirigente de plena eficácia dos direitos fundamentais sociais. Posições doutrinárias voltadas nesta direção passaram a ser alvo de crítica com o advento dos ideais neoliberais, que pregam a prevalência do econômico sobre o jurídico, bem como a total separação entre estas duas esferas, como decorrência da aplicação das teorias sistêmicas.

A análise crítica desta influência neoliberal no constitucionalismo brasileiro será feita no Capítulo IV, momento em que se buscará demonstrar quais os limites de aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais. Por ora, pretende-se tão somente fornecer elementos capazes de situar a preocupação com o custo dos direitos surgida no final do século passado, e que, ao que se anuncia, avançará por um bom período deste século.

⁴³⁵ A primeira vez que a reserva do possível foi tratada nos tribunais, foi na Alemanha, em 1970, no caso *numerus clausus*, que será investigado mais profundamente na seção 3.5. Naquela oportunidade, a discussão se dava a respeito de vagas nas universidades, e a razoabilidade de se exigir do Estado uma vaga para cada cidadão interessado em um curso superior. No Brasil, a reserva do possível começou a ser objeto de discussão a partir da década de 90, e seu contexto foi um pouco diferente, na medida em que a reserva do possível mostrou-se como verdadeiro obstáculo à realização dos direitos fundamentais sociais previstos na Carta Constitucional de 1988.

3.1.1 A dogmática constitucional de plena eficácia dos direitos fundamentais sociais

A redemocratização do país, e a convocação da Assembléia Nacional Constituinte em 1986, implicaram a possibilidade de concretização de uma série de esperanças sociais, econômicas e jurídicas que haviam sido sufocadas ao longo dos anos de Ditadura Militar. A Constituição Federal do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988 demonstrou o compromisso com a abertura democrática, e com os direitos fundamentais, inaugurando uma nova ordem para o sistema jurídico brasileiro: a do Estado Social Democrático de Direito.

Este aspecto “social” representa a verdadeira essência da Constituição,⁴³⁶ voltada para a justiça material, para uma convergência entre igualdade e liberdade. Nunca os direitos sociais haviam sido tão valorizados; nunca haviam alçado a estatura de direitos fundamentais de forma eloqüente em outra Constituição nacional. Como já se teve oportunidade de demonstrar no Capítulo I, hoje não há mais espaço para o questionamento de sua fundamentalidade no sistema jurídico brasileiro. Como bem observou Lênio Luiz Streck, o Estado do Bem-Estar Social trouxe uma importante mudança na forma de se conceber as necessidades básicas dos cidadãos: “desaparece o caráter assistencial, caritativo da prestação de serviços, e estes passam a ser vistos como *direitos* próprios da cidadania”.⁴³⁷

Nesse sentido, o Estado previsto na Constituição Federal refletiu os ditames do capitalismo organizado, pois foi instituído um Estado respeitador da autonomia privada, da propriedade e da liberdade individual, mas também um Estado interventor no domínio econômico a partir de princípios como a dignidade da pessoa humana. Sua estrutura orçamentária estaria, de certa forma, atrelada aos fins constitucionalmente estabelecidos,

⁴³⁶ Sobre o tema, Ingo Wolfgang Sarlet comenta artigo de Roberto Campos publicado no Jornal Zero Hora, de Porto Alegre, em 14.02.99, p. 14, no qual o articulista diz que termos como “social” são mera retórica semântica de pouco significado, ou de significado tão aberto que se tornam inúteis. SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*. [on line] In Revista Diálogo Jurídico, ano I, vol. I, nº 01, abril de 2001, Salvador, Bahia. Disponível em www.direitopublico.com.br, 02.02.2004.

⁴³⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hemerênutica*. Uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 56.

como um reflexo do momento político vivido pelo país. É o que se depreende do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que determinaram, por exemplo, os artigos 55 e 60.

A partir da promulgação da Constituição, iniciou-se um trabalho incessante na doutrina brasileira direcionado à criação de uma dogmática constitucional compatível com o novo sistema. A Constituição deixou de ser o vértice da pirâmide normativa de Kelsen para assumir a posição de centro irradiador do sistema jurídico, não necessariamente em ordem, mas em desordem, como observou Clèmerson Merlin Clève, a ser “costurada” e “construída pelo operador jurídico, pelo seu trabalho hermenêutico, pelo seu trabalho de aplicação, trabalhos que haverão de ser desenvolvidos certamente a partir da Constituição”.⁴³⁸ Esta nova compreensão levou a sociedade brasileira a enfrentar, na visão de Clève, três grandes batalhas.

A primeira buscou defender a plena efetividade das normas constitucionais, especialmente dos direitos fundamentais, em contraposição a idéias que já vinham se formando após a promulgação da Constituição no sentido de que haveria uma divisão eficaz das normas de direitos fundamentais – aquelas plenamente aplicáveis, correspondentes aos direitos de defesa, e as normas programáticas, de baixa normatividade, correspondentes aos direitos sociais a prestações⁴³⁹. Defendeu-se de forma intransigente a eficácia plena da Constituição.⁴⁴⁰

⁴³⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Controle da Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais. In: José Adércio Leite Sampaio (Org.) *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 387.

⁴³⁹ É o que se depreende do discurso proferido por Afonso Arinos, quando da promulgação da Constituição, em 05 de outubro de 1988: “É importante insistir neste ponto. A garantia dos direitos individuais é cada vez mais eficaz e operativa nas Constituições contemporâneas, mas a garantia dos direitos coletivos e sociais, fortemente capitulada nos textos, sobretudo nos países em desenvolvimento e, particularmente nas condições do Brasil, torna-se extremamente duvidosa – para usarmos uma expressão branda – quaisquer que sejam as afirmações gráficas existentes nos documentos, como este que estamos, hoje, comemorando. Afirmar o contrário é ingenuidade, ilusão, ou falta de sinceridade, quem sabe, de coragem. Direito individual assegurado, direito social sem garantia – eis a situação”. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. Porto: Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 2004, p.475.

⁴⁴⁰ CLÈVE, C. M. *O Controle da Constitucionalidade...*, p. 389-390.

Todavia, as luzes trazidas com as conquistas doutrinárias começaram a ser envoltas por uma névoa já na década de 1990, com o surgimento do neoliberalismo. Paulo Bonavides salientou os perigos que se anunciavam:

O Estado social que temos em vista é o que se acha contido juridicamente no constitucionalismo democrático.

Alcançá-lo, já foi difícil; conservá-lo, parece quase impossível. E, no entanto, é o Estado a que damos, do ponto de vista doutrinário, valoração máxima e essencial, por afigurar-se-nos aquele que busca realmente, como Estado de coordenação e colaboração, amortecer a luta de classes e promover, entre os homens, a justiça social, a paz econômica.

A técnica de implantá-lo sem distúrbios se mostra, todavia, rodeada de problemas e dificuldades. Basta comparar a sua caracterização constitucional, a palavra dos textos, com a pobreza dos resultados obtidos na realidade.

Como ele oscila frágil no meio do drama do poder, face à tempestade de interesses hostis e divergentes, alguns de cunho material, outros de cunho ideológico, todos a lhe contrariarem de fato a aplicação!

É como um rio, cujo leito se trabalha aforçuradamente para obstruir.⁴⁴¹

A segunda batalha apontada por Clémerson Merlin Clève disse respeito a uma “viragem paradigmática dos direitos fundamentais”, no sentido de que os poderes constituídos estavam a serviço de sua efetivação, e as leis deveriam ser interpretadas em conformidade com suas normas – e não o contrário. Assim:

O Direito Constitucional concebe os direitos fundamentais como dotados de eficácia imediata, o que significa dizer que eles podem ser, desde logo, invocados pelos particulares perante o Poder Judiciário; que a lei, nestas circunstâncias, poderá eventualmente “discipliná-los”, “regulamentá-los”, para efeito de melhor otimizar a sua eficácia, tendo em conta a eventual possibilidade de ocorrência de colisão de direitos fundamentais. Nada mais que isso”.⁴⁴²

A plena justiciabilidade dos direitos fundamentais só tem sentido a partir da existência de uma Jurisdição Constitucional atuante – esta tem sido a terceira batalha. Defende-se a incumbência constitucional atribuída ao Judiciário com vistas à defesa e efetivação das normas constitucionais.

Ao longo do quanto já foi analisado no presente estudo, é possível verificar que estas três batalhas ainda estão em curso, com avanços e recuos, e os caminhos percorridos têm

⁴⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 183.

⁴⁴² CLÈVE, C. M. *O Controle da Constitucionalidade...*, p. 391.

sido abertos de forma a buscar sedimentação segura das vitórias relacionadas à plena efetividade dos direitos fundamentais.

Todavia, a influência da doutrina neoliberal se faz sentir, ora como uma sombra ameaçadora aos progressos conquistados, ora como verdadeira barreira cuja transposição não pode ser feita de forma afoita e irresponsável.

3.1.2 A influência do neoliberalismo

Nas décadas que se seguiram ao fim da Segunda Guerra Mundial, especialmente nos últimos anos do século XX, começou a tomar forma um fenômeno social de integração das sociedades, de encurtamento das distâncias entre os povos, de troca de informações e de relações de mercado, chamado globalização. Segundo a definição de Abili Lázaro Castro de Lima⁴⁴³, a globalização “implica uma crescente interconexão em vários níveis da vida cotidiana a diversos lugares longínquos do mundo”. Esta globalização apresenta diversas dimensões – política, social, ambiental e cultural – sendo que a globalização econômica parece representar o “fio condutor” das demais.

A partir da globalização econômica, as relações comerciais entre os países passaram a se travar com mais liberdade e menos intervenção estatal, de modo que os agentes privados tornaram-se os grandes condutores das atividades econômicas ao redor do globo. Não só o aspecto territorial das fronteiras entre os Estados foi mitigado, mas também sua própria soberania, na medida em que decisões de grande relevância econômico-social não mais estavam sujeitas à aprovação dos governantes eleitos, mas eram tomadas pelas grandes corporações internacionais.⁴⁴⁴

⁴⁴³ LIMA, Abili Lázaro Castro de. Ob. cit., p. 127.

⁴⁴⁴ Idem, p. 151-152.

As manobras econômicas veiculadas pela globalização encontram-se assentadas em uma teoria econômica que resgatou valores do capitalismo anterior ao Estado de Bem-Estar Social, consolidando-os a partir dos eventuais fracassos amargados pelas democracias sociais e pelos Estados burocráticos de intervenção no plano econômico: o neoliberalismo.⁴⁴⁵ Em 1944, os Estados Unidos sediaram os acordos de *Bretton Woods*, que sob a famosa denominação de “Consenso de Washington”, estabeleceram o modelo político-econômico neoliberal, baseado em três medidas básicas: “1) acabar com a inflação, 2) privatizar e 3) deixar o mercado regular a sociedade, através da redução do papel do Estado, sendo os seus principais protagonistas as grandes corporações internacionais, sobretudo as norte-americanas”.⁴⁴⁶

Este Consenso poucos efeitos surtiu no Brasil até o advento da efetiva democratização de 1989, com a eleição direta para a Presidência da República de Fernando Collor de Mello. Até então, o Estado estava organizado sob uma estrutura ditatorial centralizadora. Com a abertura política, todas as vozes da sociedade se manifestaram em busca de mudanças e satisfação de necessidades e expectativas contidas por mais de vinte anos de regime militar, o que resultou uma Constituição com fortes tendências sociais, reveladas no catálogo de direitos fundamentais, bem como nos objetivos do Estado Brasileiro, e nos princípios informadores da ordem econômica.

Apesar de sua natureza social, a Constituição de 1988 surgiu em um ambiente de crise do Estado de Bem-Estar Social, em que se apontava a ineficiência da atividade estatal em virtude do excesso de gastos públicos com os programas sociais, do excesso de

⁴⁴⁵ Lênio Luiz Streck, no entanto, afirma que o Estado, apesar da crise financeira, encontra-se num “ponto de não retorno”, de modo que seria impensável o retorno ao “Estado Mínimo”. STRECK, L. L. Ob. cit., p. 58.

⁴⁴⁶ LIMA, A. L. C. de. Ob. cit., p. 159.

intervenção nos mecanismos de mercado.⁴⁴⁷ A contraposição a este estado de coisas seria o Estado mínimo, o qual deixaria mais espaço para o mercado.⁴⁴⁸

Para que as premissas do Consenso de Washington fossem acatadas sem refutação, formou-se uma ideologia de “pensamento único”, segundo a qual o receituário neoliberal foi apresentado como aspecto natural da evolução social, contra o qual não caberia contraposição. Ele assumiu a pretensão de verdadeiro dogma (o que não significa que não possa haver alternativas, mas sim que estas não integram a pauta neoliberal, e por isso devem ser “desconsideradas”). Nesta ordem, o debate político foi profundamente enfraquecido em nome da “eficiência” do Estado-empresa. Mesmo as bases filosóficas do Estado Social, calcadas na solidariedade, sofreram um enfraquecimento.

Assim, as idéias neoliberais passaram a influenciar a estrutura jurídico-política brasileira na década de 90, na qual foram implementadas uma série de emendas constitucionais que modificaram significativamente a feição do Estado. O Brasil enfrentou – e ainda enfrenta – um intensivo processo de privatização⁴⁴⁹, verificou-se a abertura da economia interna para os mercados internacionais, de modo a possibilitar a instalação de uma série de agentes econômicos multinacionais em território brasileiro.

Arno Arnoldo Keller complementa este quadro:

⁴⁴⁷ Todavia, ressalta Nicolao Dino de Castro e Costa Neto: “A vertente neoliberal propugna um Estado mínimo, capaz de permitir a mobilidade do mercado, e, ao mesmo tempo, um Estado forte, no sentido de ser apto a assegurar e a fazer respeitar a ‘espontaneidade’ das regras de mercado. O minimalismo estatal é, pois, em certo sentido, uma falácia, um engodo, uma inebriante cortina de fumaça destinada a ocultar e, principalmente, entreter possíveis adversários”. COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. Direito e neoliberalismo. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 40, n. 160, Brasília, out/dez 2003, p. 206.

⁴⁴⁸ Sobre o tema, vale observar o seguinte relato: “No cabaré da globalização, o Estado passa por um *strip-tease* e no final do espetáculo é deixado apenas com as necessidades básicas: seu poder de repressão. Com sua base material destruída, sua soberania e independência anuladas, sua classe política apagada, a nação-estado torna-se um mero serviço de segurança para as mega-empresas... Os novos senhores do mundo não têm necessidade de governar diretamente. Os governos nacionais são encarregados da tarefa de administrar os negócios em nome deles”. Artigo: “Sept pièces du puzzle néolibéral: la quatrième guerre mondiale a commencé”, *Le Monde Diplomatique*, apud BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 74.

⁴⁴⁹ O que revela uma reação à onda de estatização excessiva levada a cabo pela administração militar nos tempos da ditadura, e que acabou por gerar uma estrutura estatal significativamente burocratizada e incapaz de satisfazer as necessidades da população.

Ademais, sufocados financeiramente com a dívida externa, déficit na Balança Comercial e já nas mãos dos organismos internacionais, como o FMI, o Banco Mundial ou a Organização Mundial do Comércio (OMC), os governantes submetem-se às instruções destes, que comandam a política econômica e, desta forma, como já frisado, permitem a transferência de decisões importantes em matéria de investimento, emprego, saúde, educação, cultura, proteção ao meio ambiente, que sempre estiveram sob o comando do poder público para a esfera privada.⁴⁵⁰

Toda estas mudanças acabaram por colocar o Estado brasileiro em uma posição esquizofrênica: por um lado, ele permanece vinculado aos objetivos de redução das desigualdades, e promoção dos direitos fundamentais sociais, em virtude das disposições constitucionais; por outro, em muitos aspectos perdeu as rédeas da economia, desmontou boa parte da estrutura responsável pela prestação de serviços, levando à inefetividade dos direitos fundamentais. Esta inefetividade tem uma consequência evidente e inegável: a pauperização da população, a produção da exclusão, o recrudescimento das desigualdades sociais. Como observou Lênio Luiz Streck, “o que nos é vendido como prova de modernidade dá os claros sinais de uma barbárie, a barbárie neoliberal que, a título de guardar identidade com a filosofia pós-moderna, traz como resultado sinais de retorno à pré-modernidade”.⁴⁵¹

Com o objetivo de reduzir a disparidade entre discurso constitucional e prática (ou a pretensa prática de inefetividade), muitos têm defendido mudanças no sistema constitucional, bem como a desregulamentação de direitos sociais positivados em nível infraconstitucional. Segundo a pauta neoliberal, os direitos fundamentais sociais são excessivamente onerosos para o Estado por demandarem prestações estatais, representando um entrave para o livre desenvolvimento econômico do país. É o que observa Daniel Sarmiento:

Fala-se também em reforma das relações trabalhistas, que teria o objetivo de flexibilizá-las, e reduzir assim o chamado “custo Brasil”, aumentando a competitividade das empresas nacionais no mercado global, como se o maior responsável pelo tão decantado

⁴⁵⁰ KELLER, Arno Arnaldo. *O Descumprimento dos Direitos Sociais*. Razões Políticas, Econômicas e Jurídicas. São Paulo: LTR, 2001, p. 51-52.

⁴⁵¹ STRECK, L. L. Ob. cit., p. 65.

“custo Brasil” não fosse o patamar absurdo de juros que oneram a produção, e que decorrem da política econômica monetária adotada no país.⁴⁵²

Também na teoria da Constituição sentem-se soprar ventos diferentes: no lugar do dirigismo constitucional voltado para as promessas da modernidade, a normatividade constitucional tem cedido à inevitabilidade dos movimentos econômico-financeiros: a prevalência do econômico sobre o jurídico tem se apresentado sob a forma da incomunicabilidade dos sistemas. O sistema econômico, o sistema político e o sistema jurídico têm linguagens diferentes, de modo que não mais se poderia falar em juridicização do político, ou politização do jurídico. Verifica-se que o “prevalecimento da lógica mercantil e a já mencionada contaminação de todas as esferas da vida social pelos imperativos categóricos do sistema econômico, a concepção de uma ordem constitucional subordinada a um padrão político e moral se esvanece”.⁴⁵³ Assim,

Na medida em que o paradigma do Estado Social entra em crise, *começam a se esboçar teses apontando para o enfraquecimento da força normativa dos textos constitucionais que apontavam para a realização de direitos prestacionais.* (...)

As teses sistêmicas, examinadas sob o ângulo do Direito reflexivo, *camminham na contramão* daquilo que se pode denominar de força normativa da Constituição e constitucionalismo dirigente.⁴⁵⁴

Arno Arnoldo Keller também identificou a relação entre o fenômeno neoliberal e a inefetividade dos direitos fundamentais sociais: “o cidadão brasileiro não chegou a ver cumpridas as normas constitucionais instituidoras dos Direitos Sociais, sendo surpreendido pela transferência do campo de produção do Direito, que está saindo do político para o econômico. E o econômico está sendo mais privilegiado do que o social”.⁴⁵⁵

⁴⁵² SARMENTO, Daniel. Direitos Sociais e Globalização: Limites Ético-Jurídicos ao Realinhamento Constitucional. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 223, Rio de Janeiro, jan/mar 2001, p. 163. Todavia, diante do quadro de exclusão social que se forma como decorrência da inefetividade do Estado na promoção dos direitos sociais, o neoliberalismo não tem nada a dizer. Não apresenta alternativas de atuação. Dessa forma, “quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais minimizamos o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais!”. STRECK, L. L. Ob. cit., p. 74.

⁴⁵³ STRECK, L. L. Ob. cit., p. 67.

⁴⁵⁴ Idem, p. 128.

⁴⁵⁵ KELLER, A. A.. Ob. cit., p. 39.

É neste ambiente que a reserva do possível tem surgido como argumento freqüente em processos judiciais envolvendo a cobrança, pelos cidadãos, de prestações previstas nas normas de direitos fundamentais sociais. Ela costuma estar relacionada com a necessidade de se adequar às pretensões sociais com as reservas orçamentárias, bem como à real disponibilidade de recursos em caixa, para a efetivação das despesas. A preocupação seria conter decisões judiciais que determinavam o cumprimento das prestações previstas nas normas de direitos fundamentais sociais, muitas vezes, é válido ressaltar, sem a menor preocupação com as conseqüências econômicas de suas determinações.

Neste âmbito, Vicente de Paulo Barretto⁴⁵⁶ chegou a afirmar que a reserva do possível se relaciona a três “falácias políticas” criadas pelo pensamento neoliberal a fim de negar os direitos sociais como direitos fundamentais exigíveis.

A primeira delas afirma que os “direitos sociais são direitos de segunda ordem”, ou seja, não participam do momento fundador do direito, como os direitos civis e políticos, e servem tão somente como elemento subsidiário à efetivação destes últimos. Em contraposição, Barreto defende que estes direitos não se justificam tão somente como instrumentos de compensação das desigualdades, mas correspondem a “núcleos integradores e legitimadores do bem comum, pois será através deles que se poderá garantir a segurança, a liberdade, a sustentação e a continuidade da sociedade humana”.⁴⁵⁷

A segunda “falácia” seria o argumento segundo o qual os direitos sociais têm sua exigibilidade condicionada a uma economia forte. Neste sentido, para o autor a existência dos recursos necessários à efetivação destes direitos está condicionada a escolhas políticas, que definirão a destinação dos recursos e as políticas públicas necessárias à efetivação destes

⁴⁵⁶ BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.) *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.117-121.

⁴⁵⁷ Idem, p. 119.

direitos. Logo, a necessidade de “economia forte” não passaria de uma questão de “vontade política”.⁴⁵⁸

O terceiro e último argumento se relaciona diretamente à “reserva do possível”.

Vale reproduzir as palavras do autor:

Vestida de uma ilusória racionalidade, que caracteriza a “reserva do possível” como o limite fático à efetividade dos direitos sociais prestacionais, esse argumento ignora em que medida o custo é consubstancial a todos os direitos fundamentais. Não podemos nos esquecer do alto custo de aparelho estatal administrativo-judicial necessário para garantir os direitos civis e políticos. Portanto, a escassez de recursos como argumento para a não observância dos direitos sociais acaba afetando, precisamente em virtude da integridade dos direitos humanos, tanto os direitos civis e políticos, como os direitos sociais.

Estabelecer uma relação de continuidade entre a escassez de recursos públicos e a afirmação de direitos acaba resultando em ameaça à existência de todos os direitos.⁴⁵⁹

Não se pode afirmar que a reserva do possível se limite aos aspectos acima apresentados, como se verá mais adiante. Entretanto, também não se pode deixar de reconhecer a coincidência que permeia o discurso neoliberal de enxugamento das estruturas burocráticas do Estado (destinadas à prestação de serviços e desenvolvimento de políticas públicas), a retórica de que direitos sociais custam caro, e a reserva do possível.

3.2 A RESERVA DO POSSÍVEL ENQUANTO ELEMENTO CARACTERÍSTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A influência da doutrina neoliberal pode ser sentida no constitucionalismo na medida em que nunca se falou tanto em aspectos econômicos da realização dos direitos fundamentais. E esta preocupação econômica vem vestida de um manto de cientificidade, como se somente agora doutrina e jurisprudência estivessem finalmente abrindo os olhos para a realidade irrefutável de escassez econômica.

⁴⁵⁸ BARRETTO, V. de P. Ob. cit., p. 120.

⁴⁵⁹ Idem, p. 121.

Dessa forma, uma primeira análise a ser feita a respeito da reserva do possível é a partir da dimensão do custo. Na medida em que os direitos fundamentais implicam a realização de despesas por parte do Estado para se tornarem efetivos, esta dimensão de despesa passaria a fazer parte do próprio conceito de direito, de modo que diante da escassez de recursos disponíveis, não haveria que se falar em direito a ser defendido. A escassez de recursos seria elemento a inviabilizar o próprio reconhecimento do direito subjetivo a prestações sociais.

3.2.1 Custo dos direitos: a posição de Cass Sunstein e Stephen Holmes

Em obra que já se tornou célebre, inclusive no Brasil⁴⁶⁰, os autores americanos Cass Sunstein e Stephen Holmes chamaram a atenção para um fator com o qual tradicionalmente o Direito pouco teria se ocupado: a dimensão econômica do custo dos direitos.

Os autores enfatizaram que todos os direitos, desde os tradicionalmente concebidos como direitos a prestações, até os direitos “de liberdade”, ou de defesa, implicam a realização de despesas públicas por parte do Estado para que sejam realizados, e para que sejam exercidos por toda a população. A própria classificação de direitos puramente negativos – que demandam mera abstenção do Estado, e por isso seriam economicamente indiferentes – e direitos positivos – a demandarem prestações do Estado, para as quais seria necessário efetuar despesas – foi não só questionada pelos autores como demonstrada imprópria e inútil. É o que se depreende do trecho a seguir:

“Onde há um direito, há uma ação para defendê-lo” é uma máxima legal clássica. Indivíduos gozam de direitos, num sentido legal como oposto a moral, somente se males por eles sofridos forem justa e previsivelmente reprimidos pelo seu governo. Este simples

⁴⁶⁰ HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

fato revela a inadequação da distinção entre direitos negativos e positivos. Ele demonstra que todos os direitos legalmente protegidos são necessariamente direitos positivos.

Direitos são custosos porque ações são custosas. (...) Quase todo direito implica um dever correlato, e deveres só são levados a sério quando seu descumprimento é punido pelo poder público servindo-se dos cofres públicos.⁴⁶¹

Assim, na medida em que todos os direitos são sindicáveis perante o Judiciário, e sua estrutura implica custos para o Governo, todos os direitos, indistintamente, representam custos a serem suportados pelo Estado e, em última análise, pela sociedade.

Nestas condições, a teoria desenvolvida por defensores da doutrina neoliberal no sentido de que as liberdades custariam nada ou muito pouco aos cofres públicos, enquanto direitos sociais seriam extremamente dispendiosos, se desnuda de sua cientificidade para revelar seu real caráter ideológico. A própria noção de “Estado mínimo” resta comprometida, já que as liberdades defendidas pelos neoliberais só têm sentido se forem protegidas por órgãos eficazes⁴⁶² – no caso, pelo Estado, que é o único com poder e legitimidade social para fazê-lo. Mesmo no caso em que o destinatário da norma é o próprio Estado, seja nos casos em que deve se omitir seja nos casos em que deve agir, são necessários órgãos capazes de fazer cumprir estas normas.⁴⁶³

Conseqüentemente, os autores salientam que a defesa de direitos só é viável se eles forem sindicáveis, ou seja, se houver uma estrutura estatal capaz de impor coercitivamente o respeito a estas normas, obrigando os destinatários a cumprir os deveres nelas previstos. Assim, complementando a famosa frase de Dworkin – “levando os direitos a sério”⁴⁶⁴ – Sunstein e Holmes enfatizam que “levar os direitos a sério é levar escassez a

⁴⁶¹ HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. Ob. cit. p. 43. “Where there is a right, there is a remedy” is a classical legal maxim. Individuals enjoy rights, in a legal as opposed to a moral sense, only if the wrongs they suffer are fairly and predictably redressed by their government. This simple point goes a long way toward disclosing the inadequacy of the negative rights/positive rights distinction. What it shows is that all legally enforced rights are necessarily positive rights. Rights are costly because remedies are costly. (...) Almost every right implies a correlative duty, and duties are taken seriously only when dereliction is punished by the public power drawing on the public purse”.

⁴⁶² Idem, p. 50-51.

⁴⁶³ Ibidem, p. 54. Neste sentido também já se manifestara Nicolao Dino Costa Neto, como relatado anteriormente.

⁴⁶⁴ “Taking rights seriously”, título da obra traduzida para o português como “Levando os direitos a sério”.

sério”.⁴⁶⁵ Segundo esta ótica, diante da escassez dos recursos necessários a tornar os direitos efetivos, eles perdem o significado, não passam de promessas feitas no papel. Como, segundo os autores, “nada que custe dinheiro pode ser absoluto”, os direitos fundamentais por certo também não seriam absolutos, mas viveriam na dependência dos recursos econômicos do Estado. Os autores americanos, neste diapasão, sugerem um novo conceito de direito subjetivo, no qual a dimensão do custo esteja inserida. Como bem observou Flávio Galdino, em leitura da obra de Sunstein e Holmes, “na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captados junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita”.⁴⁶⁶

Neste sentido, os autores partem da premissa de que os bens são escassos: eles não permitem que todos os direitos sejam realizados uniformemente para todos os cidadãos. Logo, realizar direitos implica necessariamente realizar escolhas de alocação de recursos, de modo que alguns direitos serão atendidos, enquanto outros não.

É neste aspecto que se verifica a influência da dimensão econômica sobre a teoria jurídica, e especialmente, sobre a teoria dos direitos fundamentais. Não só a influência, mas, em verdade, a prevalência, na medida em que segundo as idéias até aqui apresentadas, não existem direitos se não houver meios (econômicos) para torná-los efetivos. A questão da escassez de recursos deixa de ser um elemento externo dos direitos, que pode comprometer sua eficácia, para ser considerada como elemento intrínseco. A questão econômica foi trazida para o próprio âmago da existência dos direitos – sem recursos, eles deixam de existir. Diante da realidade, os autores propõem um novo conceito de direito subjetivo:

Assim, para dar conta desta realidade instável, não se deve considerar direitos fora da dimensão de tempo e espaço, ou como um dado absoluto. É mais realista e mais

⁴⁶⁵ HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. Ob. cit., p. 94. “*Taking rights seriously means taking scarcity seriously*”.

⁴⁶⁶ GALDINO, F. Ob. cit., p. 188.

produtivo definir direitos como poderes individuais, derivados da pertinência a uma comunidade política, e investimentos seletivos de recursos públicos escassos, feitos para alcançar objetivos comuns e resolver o que é geralmente percebido como problemas comuns e urgentes.⁴⁶⁷

Segundo Flávio Galdino, há que se superar a visão do custo dos direitos como mero óbice à consecução dos mesmos. A perspectiva dos custos como meios lhe parece mais construtiva: “De fato, parece correto sustentar que não se deve afirmar a existência de um direito público subjetivo em especial (ou *determinado*, ou seja, o direito de uma *determinada* pessoa receber uma *determinada* prestação) quando seja absolutamente impossível, sob prisma prático, realizá-lo”.⁴⁶⁸

Assim, na medida em que esta concepção busca tratar da questão do custo dos direitos, ou seja, da inegável influência do econômico sobre o jurídico, trazendo para dentro do conceito jurídico a dimensão econômica, não se pode deixar de traçar um paralelo com a concepção de norma de direito fundamental presente na teoria interna dos limites aos direitos fundamentais.

3.2.2 A reserva do possível como limite imanente da dimensão positiva dos direitos sociais

Como observado no Capítulo II, a teoria interna dos limites aos direitos fundamentais concebe a norma de direito fundamental como um conceito único: a norma jusfundamental em seu âmbito normativo previamente delimitado (momento em que agiriam os limites imanentes). Qualquer interferência interna neste âmbito normativo é considerada sempre ilegítima e corresponderia, em verdade, a violação da norma de direito fundamental.

⁴⁶⁷ HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. Ob. cit., p. 123. “To take account of this unstable reality, therefore, we ought not to conceive of rights as floating above time and place, or as absolute in character. It is more realistic and more productive to define rights as individual powers deriving from membership in, or affiliation with, a political community, and as selective investments of scarce collective resources, made to achieve common aims and to resolve what are generally perceived to be urgent common problems”.

⁴⁶⁸ GALDINO, F. Ob. cit., p. 214.

A escassez de recursos, neste sentido, é reconhecida como dado de realidade a ser observado quando da definição do âmbito normativo de direito fundamental social. A reserva do possível diria respeito justamente à apreciação desta escassez como condição de possibilidade de reconhecimento do direito: se for possível, puder ser deduzido do âmbito normativo do direito, então se pode falar em direito subjetivo exigível do Estado; se não for possível, a pretensão não estaria dentro do âmbito normativo, e por esta razão, não seria juridicamente protegida.

Uma pretensão a um medicamento capaz de fornecer a cura definitiva para a AIDS mostra-se como flagrantemente impossível. Logo, esta pretensão não se encontra dentro do âmbito normativo do direito à saúde, de modo que não seria juridicamente exigível. Não há este direito, assim como não haveria o direito de o pintor pintar um quadro em um cruzamento de ruas, interrompendo o trânsito, no exemplo fornecido por Friedrich Müller.

Todavia, se trazida a questão para a análise da escassez de recursos financeiros, a discussão sobre o âmbito normativo recebe outra conotação. Assim, por exemplo, ainda tratando do direito à saúde, parte-se do princípio de que o âmbito normativo deste direito somente poderia abarcar as prestações fáticas que estivessem ao alcance do Estado, enquanto destinatário das obrigações correspondentes. Se a previsão orçamentária permite o gasto tão somente do valor “x” para com a implementação de políticas públicas destinadas à satisfação deste direito, tais como a construção e o aparelhamento de hospitais, o investimento na pesquisa de remédios, a compra de medicamentos importados e a compra de medicamentos para abastecimento dos postos de saúde, não existiria direito à saúde para além destes limites previamente estabelecidos. Afirmar que existe o direito à saúde quando este corresponderia a um tratamento de uma doença especializada, cujas despesas para o Estado não estariam previstas no orçamento, seria afirmar o impossível, afirmar algo que o titular do direito não logrará exigir, pois o Estado não tem condições de cumprir. Poder-se-ia interpretar que para

além dos recursos destinados à saúde, não há direito subjetivo, não há que se falar em obrigação do Estado.

Assim, pleitear o atendimento hospitalar para tratamento de pneumonia, na medida em que esta ação estivesse acobertada pelos recursos destinados a este fim pelo orçamento, ou, ainda, na medida em que houvesse recursos nos cofres públicos para realizar este direito, autoriza o Judiciário a reconhecer um direito subjetivo. O “atendimento hospitalar para tratamento de pneumonia” está dentro do âmbito normativo do direito, faz parte de seu suposto de fato. Por outro lado, se o fornecimento de um determinado medicamento, ou um tratamento caro, como um transplante de intestino, não se encontrarem dentro dos limites imanescentes da norma do direito à saúde, ou seja, se não estiverem albergados pelo âmbito normativo, não poderiam ser exigidos judicialmente. Neste caso, não haveria direito.

Dessa forma, todo o trabalho do intérprete acerca da abrangência da norma se daria em um momento anterior à sua aplicação, sendo que seria nesta investigação sobre o que está ou não protegido pelo âmbito da norma que a reserva do possível incidiria enquanto limite imanente. Ainda que se admita a possibilidade de ponderação, como o fez Peter Häberle⁴⁶⁹, esta será feita sem parâmetros juridicamente aferíveis, na medida em que o que se busca é estabelecer o âmbito normativo presumido pela norma jusfundamental. Em última análise, como bem observou Alexy, uma vez definido o âmbito normativo da norma, ele se aplica ao caso concreto como uma regra, de modo que os fatos que são apresentados ao intérprete ou se encaixam com perfeição no molde normativo previamente estabelecido, e neste sentido pode-se falar em direito subjetivo prontamente exigível, pois qualquer medida que afete esta pretensão seria uma violação ao direito constitucional, ou não se verifica esta adequação, de modo que a pretensão deduzida em juízo não mereceria amparo.

⁴⁶⁹ Conforme Capítulo II, seção 2.1.1.

Neste sentido, verifica-se que as mesmas críticas que foram dirigidas à teoria interna dos limites imanentes aplica-se a esta consideração. Importa, pois, observar quais são as implicações de se considerar a reserva do possível como um limite imanente das normas de direitos fundamentais sociais.

3.2.2.1 Conseqüências para a proteção dos direitos fundamentais sociais

Tratar da reserva do possível como limite imanente dos direitos fundamentais sociais quando ela se relaciona a aspectos lógicos de escassez de recursos poderia parecer até aceitável. Afinal, o Direito não pode se distanciar da realidade, de modo que as normas jurídicas, por certo, encontram-se sob a reserva do possível se esta for compreendida como possibilidade fática, dado de realidade empiricamente aferível. Não se pode pretender o absurdo. É certo que o avanço da tecnologia tem tornado determinados fenômenos antes considerados inatingíveis algo compreensível e controlável, mas ainda assim existem leis da física que o homem não logrou contornar. E o Direito deve regular as relações jurídicas entre os homens dentro daquilo que for humanamente possível.

Todavia, a reserva do possível costuma ser invocada em relação à dimensão do custo dos direitos, ou seja, a existência de recursos econômicos capazes de tornar as prestações previstas nas normas de direito fundamental, efetivamente factíveis. E é neste sentido que a questão assume maior complexidade se a escassez de recursos for observada como limite imanente da norma jusfundamental.

A fim de facilitar a compreensão sobre o tema, vale reproduzir os conceitos traçados por Jon Elster:

Dizer que um bem é escasso significa que não há o suficiente para satisfazer a todos. A escassez pode ser, em maior ou menor grau, natural, quase-natural, ou artificial. A escassez natural severa aparece quando não há nada que alguém possa fazer para aumentar a oferta. Pinturas de Rembrandt são um exemplo. A escassez natural suave ocorre quando não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta a ponto de atender a

todos. As reservas de petróleo são um exemplo, a disponibilização de órgãos de cadáveres para transplante é outro. A escassez quase-natural ocorre quando a oferta pode ser aumentada, talvez a ponto da satisfação, apenas por condutas não coativas dos cidadãos. A oferta de crianças para adoção e de esperma para inseminação artificial são exemplos. A escassez artificial surge nas hipóteses em que o governo pode, se assim decidir, tornar o bem acessível a todos, a ponto da satisfação. A dispensa do serviço militar e a oferta de vagas em jardim de infância são exemplos.⁴⁷⁰

Dentro deste quadro, parece que a questão dos recursos financeiros disponíveis para a efetivação dos direitos fundamentais sociais revela-se mais propriamente como uma escassez artificial que natural. Os recursos econômicos se tornam escassos para um fim porque houve uma decisão política que os manejou para outro. Não existiriam recursos suficientes para promover uniformemente todos os direitos: este é um dado de realidade do qual muitos autores partem como premissa básica e irrefutável para teorizar a reserva do possível.⁴⁷¹

Entretanto, se a dimensão do custo dos direitos for apreciada no momento da definição daquilo que está ou não normativamente protegido, é inegável que se abre um espaço praticamente incomensurável de discricionariedade para os poderes públicos que controlam a destinação dos recursos orçamentários. E é neste sentido que a consideração da reserva do possível como um limite imanente dos direitos fundamentais sociais (mas não só, já que mesmo os direitos de defesa implicam custos) pode apresentar riscos para a exigibilidade destes direitos.

Afinal, como bem observou Jorge Reis Novais, a teoria interna coloca sob o manto de delimitação do âmbito normativo da norma uma série de escolhas que vão determinar quem será atendido e quem não será, o que, por certo, implica uma redução da esfera de atuação da norma, uma diminuição de sua eficácia. Na medida em que se determina o que pode ser atendido pela norma de direito fundamental, ou seja, quais as situações

⁴⁷⁰ ELSTER, Jon. *Local Justice*. New York: Russel Sage Foundation, 1992, p. 21-22, *apud* AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 133-134. Tradução de Gustavo Amaral.

⁴⁷¹ Dentre eles, Gustavo Amaral e Flávio Galdino, como se terá oportunidade de aprofundar mais adiante.

jurídicas que poderão ser tuteladas, pois estão dentro da reserva do possível, está a se promover uma escolha, pois outras dadas situações não serão atendidas. Se esta escolha for considerada mera delimitação do conteúdo do âmbito normativo, ela estará fora do alcance do controle de legitimidade e constitucionalidade. Nestas condições, como já se teve oportunidade de asseverar, uma atividade que é, por sua natureza, restritiva, estará isenta de qualquer tipo de controle.

Com isso, é possível verificar que a consideração da reserva do possível como um limite imanente dos direitos fundamentais, ainda que logicamente aceitável, gera um grave enfraquecimento no sistema de proteção destes direitos, já que poderes constituídos legitimados a descrever o âmbito normativo de um direito, com seus limites inerentes, terão total discricionariedade para afirmar o que é possível e o que não é. Só que esta “possibilidade” não é necessariamente decorrente da lógica dos fatos, mas muitas vezes (e no caso econômico, quase sempre) fruto de escolhas dirigidas a determinados fins. Em um Estado Democrático de Direito, é forçoso reconhecer que esta discricionariedade não pode ser total, mas deve se enquadrar aos objetivos traçados pela própria Constituição.

Não se pode afirmar que o direito fundamental já nasce com a limitação da reserva do possível de modo que, por exemplo, fornecer remédios para o tratamento de gripe é possível, enquanto fornecer remédios para o tratamento da hepatite “B” não é possível. A escassez dos recursos econômicos destinados à realização destes direitos não é natural, essencial, mas artificial, fruto da escolha realizada pelos poderes públicos. A prova desta artificialidade está no fato de que quando existem muitas decisões judiciais determinando o fornecimento de um certo medicamento, o Estado acaba por se organizar para promover uma dotação orçamentária capaz de suprir esta necessidade, este remédio passa a ingressar na lista daqueles que obrigatoriamente devem ser fornecidos gratuitamente a toda a população.

É o que se depreende da notícia veiculada no jornal Gazeta do Povo, em janeiro de 2005, a respeito das decisões judiciais concernentes ao setor de saúde:

Demanda judicial cresce há dois anos
Secretaria de Saúde gastou R\$ 3,6 milhões em 2004 para cumprir decisões da Justiça

...

As despesas geradas por decisões judiciais não têm como ser previstas (e planejadas). Para atender as determinações judiciais, é preciso remanejar recursos do orçamento. Para minimizar o impacto das decisões judiciais e também melhorar o atendimento à população, o diretor do Centro de Medicamentos do Paraná, Luiz Ribas, diz que o objetivo é, cada vez mais, diminuir a política de exceção. “A partir de uma demanda constante de determinado medicamento, queremos trabalhar para que ele passe a ser ofertado pelo governo. Com isso, as pessoas não precisarão mais ingressar com ações e os gastos públicos podem ser reduzidos, já que, quando se trata de quantidades maiores, é mais fácil negociar o preço com os laboratórios”. Ação semelhante está sendo estudada pelo ministério.⁴⁷²

Assim, na medida em que a aplicação da reserva do possível pode determinar o alcance de um determinado direito fundamental, e tendo-se em consideração que ela implica a alocação de recursos pelos poderes constituídos, verifica-se que sua consideração como limite imanente dificulta o controle desta atividade, e com isso, a proteção dos direitos fundamentais como um todo.

3.3 A RESERVA DO POSSÍVEL ENQUANTO RESTRIÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Uma outra alternativa para se considerar a influência da reserva do possível em relação aos direitos fundamentais corresponde ao seu enquadramento na teoria externa das restrições, ou seja, como um elemento externo ao direito fundamental, que acaba modificando e reduzindo sua eficácia. Nestas condições, tem-se, de um lado, a norma de direito fundamental em sua amplitude, e de outro, a reserva do possível, relacionada à escassez dos recursos necessários à efetivação deste direito.

⁴⁷² GAZETA DO POVO, 20 de janeiro de 2006, p. 03.

3.3.1 A escassez de recursos na teoria externa das restrições aos direitos fundamentais

A reserva do possível, enquanto condição que determina a verificação, pelo aplicador do direito, da existência de condições materiais para a sua realização, pode ser considerada como um elemento externo à norma de direito fundamental. No caso dos direitos fundamentais sociais, isso significaria que o princípio determinaria posições jurídicas *prima facie* as mais amplas possíveis, as quais eventualmente poderiam ser restringidas em face da limitação dos recursos disponíveis para torná-las posições jurídicas definitivas, prontamente exigíveis.

Nestas condições, não haveria que se diferenciar quais os tratamentos médicos que se encontram acobertados pelo direito à saúde de forma abstrata, sem antes ponderar as circunstâncias do caso concreto. Somente diante das circunstâncias reais que se poderá aquilatar a extensão deste direito, confrontando a pretensão juridicamente deduzida com os recursos materiais disponíveis. Assim, enquanto elemento externo, a reserva do possível poderia reduzir mais ou menos o âmbito normativo do direito, e esta redução estaria sujeita ao controle de constitucionalidade, especialmente a partir do exame da proporcionalidade.

É o que se depreende dos ensinamentos de Regina Maria Macedo Neri Ferrari, ao considerar o direito à saúde como um legítimo direito subjetivo:

Tal entendimento não foge à reserva do possível, da efetiva disponibilidade de recursos na hora da prestação, entretanto, mesmo dentro dela, é necessário evitar que a autoridade se furte ao dever que lhe é imposto pelo comando constitucional. O que não é aceitável é que, em nome da *reserva do possível*, isto é, sob o argumento da impossibilidade de realizá-lo por questões financeiras, materiais ou políticas, o comando constitucional acabe destituído, completamente, de eficácia. É o princípio do razoável, da proporcionalidade que deve reger a sua observância e efetividade.

Assim, não é possível solicitar ao Estado passagem para Nova Iorque para o fim de ser atendido por médico particular de confiança, que lá se encontra realizando curso de pós-graduação...⁴⁷³

⁴⁷³ FERRARI, R. M. M. N. Ob. cit., p. 235.

Se observada como um elemento externo, a reserva do possível permitirá a compatibilização, mediante ponderação, entre elementos normativos do direito fundamental social e elementos fáticos, como a escassez de recursos.

E é certo que as condições fáticas de realização de um direito não podem ser desprezadas. O próprio conceito de princípio fornecido por Robert Alexy – o qual traduz com eficiência as normas de direitos fundamentais sociais, como já foi asseverado – refere-se a “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida *possível*, dentro das *possibilidades jurídicas e reais existentes*”.⁴⁷⁴ A questão que se deve propor é se esta dimensão de realidade, da qual o direito por certo não pode se alienar, sob pena de comprometer sua própria eficácia, implica também a questão da escassez de recursos econômicos, oriundos das dotações orçamentárias. Sobre a diferença entre escassez de recursos relacionada à inexistência física dos mesmos, ou total incapacidade de angariá-los, e a escassez oriunda de escolhas alocativas de recursos (os recursos são escassos para um determinado fim porque foram politicamente destinados à consecução de outro), haverá oportunidade de se manifestar mais adiante, quando da tentativa de formulação de um conceito operacional de reserva do possível. Por ora, é preciso deixar claro que sempre que a escassez se relaciona a recursos econômicos, ela envolve o elemento escolha, ela é fruto de uma decisão política. E nestas condições, a possibilidade de se realizar o controle da reserva do possível a partir da proporcionalidade mostra-se muito valiosa.

Aliás, esta também parece ser a posição adotada por Gustavo Amaral, quando assinala que a alocação de recursos pelo Estado é passível de controle pelo Judiciário na medida em que “cabe ao magistrado, então, questionar as razões dadas pelo Estado para suas escolhas, fazendo a ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta, a justificar, ou não, a escolha estatal”.⁴⁷⁵

⁴⁷⁴ ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos...*, p. 86 (grifo da autora).

⁴⁷⁵ AMARAL, G. *Direito, Escassez...*, p. 208.

Também Ingo Wolfgang Sarlet parece considerar a reserva do possível como um elemento externo aos direitos fundamentais, que pode determinar a redução de sua eficácia. O autor chega a questionar a possibilidade de se reconhecer juridicamente um determinado direito fundamental embora o mesmo não possa ser efetivamente aplicado, por ausência das condições materiais necessárias: “por mais vital que seja a prestação, tal circunstância não tem o condão de contornar o limite fático imposto pela ausência de recursos”.⁴⁷⁶ Nestas condições, verifica-se de um lado a existência do direito, e de outro a reserva do possível como um limite à sua efetividade.

No mesmo sentido, ainda vale observar o entendimento de Ana Paula de Barcellos:

Como se viu no capítulo II, a apuração da eficácia jurídica das normas é um trabalho quase exclusivamente de hermenêutica jurídica. No momento em que o estudo se concentra no direito público, e especialmente nos direitos do indivíduo que haverão de ser atendidos – bem de ver, custeados – pelo Estado, torna-se imperioso examinar alguns elementos não propriamente jurídicos que, apesar disto, poderão exercer considerável influência sobre a construção da eficácia jurídica das normas em questão. É nesse contexto que se insere o estudo da *reserva do possível*...⁴⁷⁷

A partir da posição adotada por estes autores, verifica-se que a reserva do possível pode assumir uma posição exterior ao direito, que não determina seu conteúdo, não influencia na sua existência jurídica (no sentido de vigência), mas pode, eventualmente, comprometer a sua eficácia. Nestas condições, afirmar que um direito pode ser exigível na medida em que houver disponibilidade dos meios materiais necessários à sua realização significa estabelecer, num primeiro momento, o amplo alcance da norma de direito fundamental, e num segundo, a possibilidade da restrição deste alcance com base em elementos da realidade empírica. A escassez de recursos poderia impedir a exigibilidade de um direito fundamental social, mas, para tanto, o Judiciário, perante o qual esta exigibilidade foi reclamada, terá ao seu alcance o mecanismo da ponderação, a partir da proporcionalidade, a fim de averiguar que escassez de

⁴⁷⁶ SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 326.

⁴⁷⁷ BARCELLOS, A. P. de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais...*, p. 236.

recursos é esta, se é contornável ou não, se as razões que determinaram a escolha alocativa de recursos em prejuízo deste direito são efetivamente adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.

3.3.2 Necessidade de ponderação e fundamentação

Considerando-se a reserva do possível a partir da teoria externa, dois elementos de fundamental importância se evidenciam para a sua aplicação como limite à eficácia dos direitos fundamentais prestacionais (e de defesa, na medida em que também estes implicam despesas para os poderes públicos): a ponderação, tendo por ferramenta principal a proporcionalidade, e a obrigação de fundamentação pelo Executivo e pelo Legislativo do destino conferido aos recursos materiais, e pelo Judiciário, nas decisões em que determina que certas prestações materiais sejam fornecidas a fim de satisfazer pretensões deduzidas com base em direitos fundamentais sociais.

Com relação à ponderação, haverá que se diferenciar entre a real impossibilidade de realização do direito – no caso da escassez essencial de recursos, como, por exemplo, a inexistência de órgãos para um transplante que poderia salvar a vida de um indivíduo – da impossibilidade contingencial, ou seja, aquela que se mostra como resultado de uma alocação de recursos para fins diversos daqueles instituídos pela norma de direito fundamental. Não se pode perder de vista que a proteção dos direitos fundamentais é um dos objetivos primordiais do Estado brasileiro, como se depreende do artigo 3º da Constituição Federal. Eles são os instrumentos postos à disponibilidade do Estado e da sociedade para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, para a erradicação da pobreza e da marginalização, e para a promoção do bem de todos. Neste sentido, a alegação, pelos poderes públicos, de que não dispõem de recursos suficientes para a satisfação de uma pretensão material deduzida em

juízo deverá passar pelo crivo da proporcionalidade. Esta escassez de recursos, em outras palavras, deverá ser necessária e proporcional.

Em verdade, os próprios poderes públicos (leia-se Executivo e Legislativo) deverão se valer do método da ponderação a fim de pautar suas escolhas alocativas de recursos, de forma racional: por quais razões um determinado bem jurídico tem um peso maior que justifique a alocação de recursos para a sua satisfação em detrimento de outros?

E neste âmbito, a escolha de alocação de recursos feita pelos poderes constituídos para um determinado fim, e não para outro, necessitará de justificação. A partir do momento que se toma a escassez de recursos econômicos para a realização dos direitos fundamentais como uma escassez artificial, e não natural, quando se está consciente de que o Estado escolhe dedicar recursos a um determinado fim, no lugar de outros, torna-se possível, e desejável, que esta alocação de recursos seja justificada sob o ponto de vista constitucional. É certo que existe uma margem de discricionariedade que deve ser respeitada, todavia, também existe margem de controle.

Além disso, também o princípio da igualdade poderá servir de importante instrumento, na medida em que não se poderá diferenciar o tratamento dado a um determinado bem jurídico em detrimento de outro sem o fornecimento de justificativas amparadas racionalmente nos valores e normas constitucionais.

Outro aspecto relevante do princípio da igualdade na alocação de recursos para a satisfação dos direitos fundamentais sociais foi ressaltado por José Felipe Ledur:

Nenhuma sociedade possui recursos ilimitados para atender a demanda por direitos sociais. Esse dado, contudo, não autoriza o esvaziamento do princípio da igualdade de oportunidades. Ao contrário. Quanto mais limitados os recursos, maior a necessidade de concreção desse princípio. A decisão acerca da destinação dos (limitados) recursos existentes é determinante para que a igualdade de oportunidades possa ter maior grau de efetividade. E tendo em vista que a Constituição vincula indistintamente os poderes da república, importa verificar qual a tarefa que a cada um compete nesse terreno da efetividade dos direitos sociais de natureza prestacional.⁴⁷⁸

⁴⁷⁸ LEDUR, J. F. Ob. cit., p. 100.

A grande discussão que se trava na doutrina atual é se o Poder Judiciário está legitimado a fazer o controle desta alocação de recursos, e qual o alcance de suas determinações. Teremos oportunidade de aprofundar estes conceitos mais adiante.

Aspecto que merece relevância neste momento é que sempre que o Judiciário for provocado a decidir sobre a exigibilidade de um determinado direito social, se ele entender pelo afastamento ou pela aplicação do limite da reserva do possível, esta decisão precisará ser racionalmente fundamentada.

Diante destas considerações, e tendo como ponto de partida a teoria externa na medida em que ela se mostra mais adequada para a consideração da reserva do possível em respeito à necessidade de proteção dos direitos fundamentais, torna-se necessário buscar um conceito operacional do que efetivamente seja esta reserva do possível, a fim de determinar suas implicações na exigibilidade destes direitos, e quais as dimensões de controle desta atuação mais especificamente pelo Judiciário.

3.4 CONCEITO DE RESERVA DO POSSÍVEL

A expressão “reserva do possível” tem recebido os mais variados tratamentos na doutrina. Embora exista um mínimo de consenso acerca de seu conteúdo – a existência de limites presentes na realidade dos fatos que condicionam a aplicação do Direito – não existe acordo com relação a sua natureza e o significado de sua atuação na aplicação das normas constitucionais. Seria a reserva do possível um princípio, ou seja, teria natureza normativa? Ou seria uma condição de realidade, um elemento lógico extrajurídico, mas que exerce sua influência na aplicação das normas jurídicas?

Como já foi abordado, para alguns, a reserva do possível configura limite imanente dos direitos fundamentais sociais, para outros, ela configura limite externo. Nestes termos, depois de avaliadas as diferentes implicações de uma e outra concepção, foi possível perceber que considerar a reserva do possível como elemento externo confere aos direitos fundamentais prestacionais maior proteção. Nesse sentido, resta analisar se a reserva do possível representa uma autêntica restrição à aplicação das normas definidoras de direitos fundamentais, nos moldes delineados no Capítulo II.⁴⁷⁹

A presente seção buscará enfrentar estas questões, a fim de fornecer elementos que auxiliem na compreensão do instituto, para que então se possa aquilatar sua influência na aplicação dos direitos fundamentais sociais, e quais os limites jurídicos que podem ser traçados a fim de controlar sua atuação, de modo a evitar o total esvaziamento dos direitos consagrados na Constituição Federal.

3.4.1 Breve análise terminológica

Ao longo do quanto já foi exposto, é possível afirmar, em um primeiro momento, que a reserva do possível determina que um direito só poderá ser exigido dentro das condições fáticas existentes. Todavia, a partir desta noção, verifica-se uma certa insegurança na doutrina e na jurisprudência quando se faz necessária uma referência à reserva do possível, sendo que alguns tratam-na como princípio,⁴⁸⁰ outros como cláusula ou postulado⁴⁸¹, e outros são mais

⁴⁷⁹ A título de recordação, o conceito de restrição adotado para este estudo corresponde a toda “ação ou omissão estatal que, eliminando, reduzindo, comprimindo ou dificultando as possibilidades de acesso ao bem jusfundamentalmente protegido e a sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental ou enfraquecendo os deveres e obrigações, em sentido lato, que dele resultam para o Estado, afeta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental”.

⁴⁸⁰ Neste sentido, José Felipe Ledur afirmou: “A ampliação e a qualidade dos direitos sociais de caráter prestacional é confrontada também no direito brasileiro, com a denominada cláusula da “reserva do possível”. Há decisões do STF que invocam esse *princípio*”. LEDUR, J. F. Ob. cit., p. 98.

⁴⁸¹ Neste sentido são as decisões do Supremo Tribunal Federal, como se reconhece no julgamento da ADPF 45 MC/DF, em que foi relator o Min. Celso de Mello: “Ementa: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema

específicos ao tratá-la como condição de realidade. Neste sentido, faz-se necessário, ainda que brevemente, afastar alguns termos em virtude de sua impropriedade em relação ao tema.

A partir dos contornos que o conceito de princípio recebeu no Capítulo I, parece inadequado conceber a reserva do possível como esta espécie normativa. A reserva do possível não prescreve um determinado estado de coisas a ser atingido, não corresponde a um mandado de otimização. Ainda que se admita a possibilidade de ponderação da reserva do possível, este elemento, por si só, não parece suficiente para identificá-la como um princípio, já que mesmo bens jurídicos podem ser ponderados. Em verdade, o que se pondera é a escassez de recursos apresentada pela reserva do possível, com o comando normativo do direito fundamental social.

Desse modo, expressões como “cláusula” ou “postulado” podem parecer mais adequadas para se referir à reserva do possível, já que ela, em verdade, condiciona, determina a aplicação das normas. Todavia, um postulado, uma meta-norma na acepção de Humberto Ávila, não estaria sujeito, ele próprio, à ponderação. De fato, a proporcionalidade, enquanto postulado, não pode ser ela mesma objeto de ponderação, já que ela se aplica como uma regra no caso concreto (hipótese da adequação e necessidade) ou como um princípio (proporcionalidade em sentido estrito).

Diante deste quadro, parece mais adequado tratar exclusivamente de “reserva do possível”, como uma condição da realidade que influencia na aplicação dos direitos fundamentais.

de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da Jurisdição Constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da *cláusula da reserva do possível*. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da argüição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração)”.

3.4.2 Reserva do possível como condição de realidade

A reserva do possível corresponde a um dado de realidade, um elemento do mundo dos fatos que influencia na aplicação do Direito. O Direito corresponde a um fenômeno prescritivo, ou seja, as normas jurídicas têm por fundamento uma determinada realidade fática, a partir da qual prescrevem condutas a serem obedecidas. Dentro desta concepção, é certo que o Direito não pode prescrever o impossível – e é neste sentido, em um primeiro momento, que se pode abordar a temática da reserva do possível, embora trazendo a discussão para o campo dos direitos fundamentais sociais a prestações.

Estes direitos – aliás, como todo direito fundamental que têm uma dimensão prestacional a ser observada pelos poderes públicos, ainda que exclusivamente de proteção – prevêem a realização de condutas materiais pelo Estado, como educação, saúde, previdência. Significa dizer que a obrigação prevista na norma depende de uma atividade a ser prestada pelo Estado que, intervindo no mundo dos fatos, altere-o, fornecendo bens jurídicos antes inexistentes para o titular daquele direito. Nestas condições, a dimensão fática de viabilidade de realização do direito assume uma importância especial.

Diversos autores já se manifestaram a respeito da importância dos dados de realidade que influenciam na aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais. É o que se depreende da análise de Vieira de Andrade, ao afirmar que os direitos sociais, ao determinarem prestações materiais como habitação, saúde, educação, “dependem, na sua actualização, de determinadas condições de facto. Para que o Estado possa satisfazer as prestações a que os cidadãos têm direito, é preciso que existam recursos materiais suficientes e é preciso que o Estado possa dispor desses recursos”. Nestas condições, reafirma o autor que

a escassez de recursos à disposição (material e jurídica) do Estado “é um *dado* da experiência”.⁴⁸²

No mesmo sentido, pondera Giovanni Bigolin:

“... a ausência de recursos materiais constitui uma barreira fática à efetividade dos direitos sociais, esteja a aplicação dos correspondentes recursos na esfera de competência do legislador, do administrador ou do judiciário. Ou seja, esteja a decisão das políticas públicas vinculada ou não a uma reserva de competência parlamentar, o fato é que a efetividade da prestação sempre depende da existência dos meios necessários. Não se pode negar que apenas se pode buscar algo onde algo existe”.⁴⁸³

De fato, não se pode negar que nem sempre a realidade se curva, pura e simplesmente, ao comando das normas. O elemento prescritivo do direito – e no caso, a normatividade da Constituição ao prever determinadas condutas materiais por parte dos agentes públicos – depende de uma certa correspondência entre norma e realidade. Não se pode prescrever o impossível⁴⁸⁴ sob pena de se subjugar o texto constitucional à força dos fatos, tornando-o uma mera “folha de papel”, como já previra Lassale.

Como bem ressalta Konrad Hesse, “o significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco”.⁴⁸⁵ Dalmo de Abreu Dallari também se manifestou neste sentido, mesmo antes da promulgação da Constituição Federal de 1988:

Será totalmente inútil todo o cuidado para elaborar uma boa Constituição se ela não for efetivamente aplicada e respeitada por todos, governantes e governados. Por esse motivo, entre outros, a Constituição não deve conter preceitos de aplicação impossível ou que contrariem a realidade social. Mesmo aquilo que for incluído na Constituição com o sentido de definição de objetivos ou de aspirações deve ter coerência com a realidade para que seja viável, pois caso contrário os dispositivos constitucionais terão o significado

⁴⁸² ANDRADE, J. C. V. de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição...*, p. 200.

⁴⁸³ BIGOLIN, Giovanni. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. In: *Revista do Ministério Público*. Porto Alegre, n. 53, maio/set 2004, p. 67.

⁴⁸⁴ Sobre o tema, Andreas J. Krell teve oportunidade de asseverar: “O Direito tem seus próprios limites e por isso não deve normatizar o inalcançável; ele se forma com elementos colhidos na realidade que precisam de ressonância no sentimento social. O equilíbrio entre esses dois extremos é que conduz a um ordenamento jurídico eficaz. Sempre será necessário que o texto constitucional tenha respaldo na realidade fático-social existente, para que seja obedecido”. KRELL, Andreas J. Ob. cit., p. 25-26.

⁴⁸⁵ HESSE, K. *Força Normativa da Constituição*, p. 13.

de simples afirmações teóricas, soltas no espaço, o que irá contribuir para que a própria Constituição se desmoralize.⁴⁸⁶

A partir desta noção de correspondência entre norma e realidade, Sérgio Fernando Moro afirma que a interpretação e aplicação das normas constitucionais pelo Poder Judiciário está sujeita a uma “reserva de consistência”, a qual determina que o intérprete utilize dados da realidade como informações técnicas, oriundas de outros ramos do conhecimento, sempre que necessário para tornar efetiva uma norma constitucional. Segundo o autor, é esta consciência com os dados da realidade que poderá outorgar maior racionalidade às decisões judiciais.⁴⁸⁷

A “reserva de consistência”, segundo Sérgio Moro, é uma exigência do princípio democrático, pois uma interpretação judicial só terá legitimidade para afastar determinadas normas ou atos infraconstitucionais, em controle da constitucionalidade, se houver “argumentos e elementos suficientes para demonstrar o acerto do resultado que se pretende alcançar”.⁴⁸⁸

Entretanto, além da conotação fática, a “reserva de consistência” representa verdadeiro limite à efetivação de normas constitucionais:

O limite da reserva de consistência impedirá o juiz de desenvolver e efetivar normas constitucionais que demandem a elaboração de políticas públicas de certa complexidade. (...) Todavia, a extensão do impedimento dependerá da prática judiciária. A criatividade desta poderá contribuir para o alargamento do controle judicial, na medida em que forem encontrados caminhos para a elaboração de políticas públicas, mesmo complexas, através do Judiciário.⁴⁸⁹

Dentro desta concepção, Sérgio Moro concebe a reserva do possível como uma faceta da “reserva de consistência”, na medida em que determina que “o Juiz não pode desenvolver ou efetivar direitos sem que existam os meios materiais disponíveis para tanto”; e, ainda “mesmo que presentes os meios materiais, o juiz deve estar atento para a escassez dos recursos orçamentários, pois viabilizar uma prestação pode comprometer outra, e este tipo de

⁴⁸⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 53.

⁴⁸⁷ MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 90-96.

⁴⁸⁸ MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 221.

⁴⁸⁹ MORO, S. F. *Desenvolvimento e Efetivação...*, p. 96-97.

decisão somente o legislativo está legitimado a fazer, por força do princípio democrático”.⁴⁹⁰ Ultrapassar este limite da reserva do possível não significa transformar em viável o que é inviável, mas, como bem observa o autor, distinguir o que é viável daquilo que não é.⁴⁹¹ E para tanto, o recurso aos dados da realidade é imprescindível.

Estes dados de realidade não poderiam ser negligenciados – nem pela doutrina, nem pelo Judiciário – segundo a visão de Gustavo Amaral. O autor critica de forma veemente a doutrina da “máxima eficácia” dos direitos sociais⁴⁹², pois ao prometer o que a realidade não permitiria cumprir, esta doutrina acaba por gerar frustração: “assegurar a todos uma dada prestação apenas no ‘papel’, sem que haja meios materiais para sua realização é frustrar o comando constitucional ainda mais do que negar a efetividade atual do comando prescritivo da prestação”.⁴⁹³ Segundo o autor, esta concepção é tributária de um “positivismo extemporâneo” que prega a aplicação de forma indistinta destes direitos a prestações tão somente porque estão previstos nas normas constitucionais positivadas.

De fato, ainda que a crítica mereça consideração, para o fim de impulsionar a análise das normas constitucionais em consonância com os dados da realidade, a fim de fornecer maior coerência e consistência à sua interpretação, há que se tomar o cuidado de não mitigar por completo a força prescritiva destas normas, sua função diretora da atuação dos poderes públicos e da sociedade como um todo. Afinal, a Constituição não é meramente um reflexo da realidade existente, mas é também o indicativo de um caminho a ser seguido, a fim de que os valores nela consagrados, em decisão democrática tomada pelo povo reunido em Assembléia Constituinte, não caiam no vazio.

⁴⁹⁰ MORO, S. F. *Desenvolvimento e Efetivação...*, p. 98. A respeito do princípio democrático e a legitimidade do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais a prestações será dedicada a seção 4.2.

⁴⁹¹ MORO, S. F. *Desenvolvimento e Efetivação...*, p. 98.

⁴⁹² Neste diapasão, o autor faz menção expressa a Luís Roberto Barroso, na obra *Interpretação e Aplicação da Constituição*, São Paulo: Saraiva, p. 260.

⁴⁹³ AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes*. In: Paulo Lobo Torres (Org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 11-112.

Além disso, faz-se mister atentar para quando uma determinada norma constitucional deixa de ser aplicada por real impossibilidade fática, ou quando esta ineficácia normativa está relacionada a um discurso ideológico que esconde, em verdade, escolhas conscientemente realizadas pelos destinatários da norma.

Portanto, a partir destas considerações, é possível vislumbrar que a reserva do possível é um elemento material que influencia a aplicação dos direitos fundamentais sociais, já que está associada a dados da realidade.

Para fins meramente didáticos, toma-se a liberdade de separar a análise da reserva do possível em dois campos distintos – o da lógica, e o da existência dos recursos materiais – a fim de facilitar a análise deste fenômeno em relação aos direitos fundamentais sociais a prestações. Num terceiro momento, procurar-se-á elucidar a confusão que muitas vezes se verifica entre a inexistência dos recursos materiais, a desencadear a limitação da efetivação da norma com base na reserva do possível, e a falta de recursos em virtude de sua destinação a outros fins, nem sempre albergados pelo diploma constitucional.

3.4.2.1 O logicamente possível

Na medida em que a aplicação dos direitos fundamentais sociais a prestações está relacionada a dados da realidade, é certo que o intérprete não poderá demandar dos poderes públicos o que for logicamente impossível, ou seja, não se pode exigir o absurdo.

Neste sentido, embora a Constituição preveja como direito fundamental de todo cidadão o direito à saúde, não poderá o titular deste direito pleitear em juízo, por exemplo, o fornecimento do remédio capaz de promover a cura para a AIDS.

Assim, só é permitido demandar dos poderes públicos as prestações materiais que são logicamente possíveis, observadas as circunstâncias da realidade num dado momento.

3.4.2.2 Disponibilidade de recursos materiais

O aspecto que assume maior relevância na discussão da efetividade dos direitos fundamentais prestacionais diz respeito à existência dos recursos materiais. Esta existência de recursos materiais está relacionada a dois aspectos: a disponibilidade fática do meio necessário à realização do direito, e a disponibilidade jurídica deste meio. O objeto previsto na norma deve estar disponível para o agente público destinatário da obrigação, ou seja, os meios necessários à realização da prestação normativamente prevista devem estar disponíveis, tanto fática, quanto juridicamente. Não basta a existência dos recursos, o Estado deve ter a capacidade jurídica para deles dispor.⁴⁹⁴

Nestas condições, no caso do direito à saúde, por exemplo, só é possível pleitear do Estado um determinado bem jurídico se ele estiver disponível naquele momento (não se pode pleitear um transplante de fígado sem que o órgão em questão esteja disponível), bem como se a concessão deste bem jurídico for juridicamente possível (o Estado não poderá ser condenado a tirar a vida de um cidadão para disponibilizar o fígado necessário ao transplante). Dentro destes parâmetros pode se afirmar que os direitos fundamentais sociais encontram-se sob a reserva do possível.

Esta questão da disponibilidade de recursos assume especial relevância no caso dos direitos fundamentais sociais quando relacionada à dimensão econômica. Estes direitos demandam a existência de dinheiro para que as prestações materiais neles previstas sejam efetivamente realizadas pelos poderes públicos.⁴⁹⁵ Trata-se do chamado “fator custo”, ou seja, os direitos fundamentais sociais somente podem ser efetivados na medida dos recursos

⁴⁹⁴ SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 288.

⁴⁹⁵ Todavia, já se teve a oportunidade de afirmar que os direitos fundamentais de defesa também implicam a existência de custo, como bem observaram Cass Sunstein e Stephen Holmes. O que se pretende analisar neste ponto é a influência que a questão da existência dos recursos financeiros tem para a efetividade dos direitos fundamentais sociais a prestações.

financeiros efetivamente disponíveis para este mister. É o que observou Ana Paula de Barcellos:

A expressão *reserva do possível* procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. (...) É importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo.⁴⁹⁶

Na doutrina portuguesa, Canotilho e Vital Moreira também concebem os direitos econômicos e sociais dentro da reserva do possível, ou seja, em estrita dependência dos recursos econômicos, de modo que sua realização será progressivamente maior na medida em que crescer o volume de recursos disponíveis.⁴⁹⁷ Entretanto, ressalta Canotilho:

Quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da *reserva do possível* (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a idéia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.⁴⁹⁸

Não se pode deixar de observar que a retórica da reserva do possível tenha se deixado sentir na doutrina e jurisprudência brasileira com mais intensidade a partir da década de noventa – precisamente o período em que as diretrizes do neoliberalismo começaram a direcionar a atuação dos poderes públicos nacionais. Ana Paula de Barcellos observou este fenômeno, relatando que “a *reserva do possível* funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia o avanço da sindicabilidade dos direitos sociais. A iminência do terror econômico, anunciada tantas vezes pelo Executivo, cuidava de

⁴⁹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Fundamentais...*, p. 236-237.

⁴⁹⁷ CANOTILHO, J. J. G., MOREIRA, V. *Fundamentos da Constituição*, p. 131.

⁴⁹⁸ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional...*, p. 439. Sobre esta questão da vinculatividade dos direitos prestacionais e a reserva do possível haverá oportunidade para considerações mais específicas.

reservar ao Judiciário o papel de vilão nacional, caso determinadas decisões fossem tomadas”.⁴⁹⁹

De fato, a relevância econômica dos direitos fundamentais sociais a prestações é inegável. Na medida em que o constituinte instituiu o direito à educação fundamental, ele imediatamente determinou ao Estado a criação de todas as condições materiais necessárias à realização deste direito, ou seja, a criação de escolas, o pagamento de um corpo de professores preparados para o mister, a disponibilização do acesso das comunidades a estas instituições de ensino, a criação de um órgão administrativo regulador das atividades educacionais (MEC) – o qual por si só demanda uma estrutura dispendiosa, o fornecimento de material escolar, etc. Dado às proporções da população brasileira em idade escolar, é certo que prestações como estas demandam gastos vultosos. E esta dimensão fática da realização dos direitos fundamentais sociais não pode ser simplesmente ignorada.

Gustavo Amaral teve oportunidade de asseverar que a doutrina e a jurisprudência brasileiras tendem a se esquivar da matéria, seja presumindo a existência dos recursos necessários quando instadas a se pronunciar sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais, seja afirmando a imoralidade de se recorrer a discussões orçamentárias quando a questão se relaciona à efetividade de direitos fundamentais.⁵⁰⁰ Logo, impõe-se enfrentar a questão da reserva do possível relacionada à escassez de recursos.

Todavia, é necessário elucidar dois aspectos bastante distintos da reserva do possível: a total inexistência de recursos financeiros necessários à concretização da prestação material demandada, e a inexistência destes recursos porque os mesmos foram alocados pelos poderes públicos para finalidades distintas. É o que se pretende distinguir a seguir.

⁴⁹⁹ Idem, p. 237.

⁵⁰⁰ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez...*, p. 173.

3.4.3 Diferença entre inexistência de recursos e escolha alocativa de recursos

A reserva do possível implica a necessidade de se averiguar a existência dos recursos necessários à efetivação de um determinado direito fundamental quando da demanda, em juízo, por sua exigibilidade.

Precisamente em atenção a esta questão, o constituinte se ocupou de inserir no próprio texto da Constituição determinadas normas que estipulassem uma obrigação clara e inequívoca de destinação dos recursos auferidos pelo Estado para a realização de políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos fundamentais nela previstos. É o que se verifica, por exemplo, nos seguintes dispositivos constitucionais:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:
I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

- a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
- b) a receita ou o faturamento;
- c) o lucro;

II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

III – sobre a receita de concursos de prognósticos.

Art. 204. As ações governamentais na área de assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: ...

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

Art. 55. Até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, trinta por cento, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, serão destinados ao setor de saúde.

Art. 60. Nos 10 (dez) primeiros anos da promulgação desta Emenda, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão não menos de 60% (sessenta por cento) dos recursos a que se refere o *caput* do art. 212 da Constituição Federal, à manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental, com o objetivo de assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério.

Verifica-se, portanto, a preocupação do constituinte com a viabilidade econômica dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal. É certo que não é tarefa da Constituição engessar os poderes públicos, tolhendo-lhes a capacidade de administrar seus próprios recursos. Todavia, ao elaborar um elenco de direitos fundamentais, alçando seu respeito – na esteira do respeito à dignidade humana – como um dos objetivos primordiais do Estado Brasileiro, a Constituição determina normativamente obrigações a serem cumpridas – e destas não está o Estado autorizado a se distanciar.

Como bem observou Ana Paula de Barcellos, a obtenção de receita pelo Estado foi vastamente regulamentada pela Constituição, a qual estabeleceu limites ao poder de tributar, apontando o caminho a ser trilhado pelo administrador público. Se esta limitação está presente para a obtenção de recursos financeiros, por certo que também o está para a realização de despesas. Além do limite formal oriundo da obrigação de se criar previsão orçamentária para o dispêndio de recursos, a Constituição determina limites materiais, correspondentes à necessidade de se destinar recursos públicos para os objetivos e prioridades nela estipulados – os quais são frutos de uma decisão política e eticamente material assumida pelo povo representado na Constituinte.⁵⁰¹ Vale observar a conclusão da autora:

Se é assim, e se os meios financeiros não são ilimitados, os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que eles sejam realizados. Os recursos remanescentes deverão de ser destinados de acordo com as opções políticas que a deliberação democrática apurar em cada momento. No caso brasileiro, a essa conclusão se chega igualmente em decorrência de um conjunto de compromissos internacionais assumidos formalmente. Com efeito, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Internacional sobre o direito das crianças e também o Pacto de São José de Costa Rica

⁵⁰¹ Neste sentido, não parece mais adequada a posição uma vez defendida por Ricardo Lobo Torres: “Os direitos sociais e os econômicos projetam sobre o orçamento conseqüências diferentes das emanadas dos direitos de liberdade, que antes examinamos. Se não houver lei ordinária concessiva, inexistirá a obrigatoriedade de o orçamento contemplar as dotações para a despesa, ainda que a Constituição, programaticamente, proclame o direito social. Havendo lei ordinária de concessão do direito social ou econômico, o orçamento autorizará a despesa; mas pode fixar dotações inferiores às propostas ou até mesmo se omitir. O Executivo, por seu turno, fará discricionariamente a entrega das prestações, sob a forma de subvenções ou de transferências intergovernamentais”. TORRES, R. L. *O orçamento na Constituição*, p. 136. Ao negar a vinculatividade dos direitos fundamentais sociais, esta posição caba por negar a própria normatividade da Constituição.

obrigam os Estados signatários a investirem o *máximo dos recursos disponíveis* na promoção dos direitos previstos em seus textos.⁵⁰²

Nestas condições, antes de se falar na inexistência de recursos para o atendimento dos direitos fundamentais sociais, há que se investigar se a atividade orçamentária do Estado (seja na obtenção de recursos, seja na realização de despesas), encontra-se em conformidade com as normas constitucionais.

E é neste sentido que se verifica o reflexo da ideologia neoliberal do custo na efetividade dos direitos fundamentais sociais. O econômico tem prevalecido sobre o jurídico, de modo que prioridades constitucionais muitas vezes são mitigadas em nome do *superávit* primário, o que mereceria uma investigação mais profunda.

A reserva do possível surge como um excelente escudo para a ineficácia dos direitos fundamentais a prestações positivas, como os direitos sociais, pois nada poderia ser feito – ainda que houvesse “vontade política” - face à escassez de recursos. Interessante que estes recursos nunca são escassos para outros fins, de modo que a própria noção de escassez merece ser investigada, e não tomada como um dado de verdade irrefutável. A escassez de recursos financeiros para a realização de direitos fundamentais sociais não é necessariamente natural, como já se teve oportunidade de observar, a partir da classificação de Jon Elster.

Gustavo Amaral, por sua vez, trata a escassez de recursos como um elemento essencial, não acidental, na realização dos direitos, razão pela qual a questão econômica deverá sempre passar por uma investigação da alocação dos recursos escassos pelos poderes competentes.⁵⁰³ Todavia, se for considerado que a destinação dos recursos para um determinado fim acaba por determinar a escassez para outro, verifica-se que muitos autores brasileiros estão autorizados a falar em escolhas políticas, e má vontade dos poderes públicos na realização destes direitos. Neste sentido, manifestou-se Arno Arnoldo Keller:

⁵⁰² BARCELLOS, A. P. de. *A Eficácia dos Princípios...*, p. 240-244.

⁵⁰³ AMARAL, G. *Direito, Escassez...*, p. 147.

O Brasil, em face da série de problemas que vem enfrentando de uma só vez, (...), está negligenciando os direitos sociais e os dispositivos constitucionais que os asseguram não estão sendo cumpridos integralmente. Esse descumprimento deve-se a alguns fatores, dentre os quais destacam-se: a) falta de vontade política para dotar os orçamentos públicos de recursos necessários; b) precisamos de um Estado cada vez mais forte, o que se consegue com a participação da sociedade civil, para garantir os direitos neste contexto hostil de globalização e neoliberalismo; c) o Direito deve servir de instrumento de transformação social, afastando a disfuncionalidade existente entre o Direito e as Instituições que têm a seu encargo a aplicação da lei.⁵⁰⁴

Afinal, não se pode comprometer toda a eficácia normativa do Direito afogando-o em dados estatísticos, em balanços orçamentários muitas vezes manipulados a ponto de satisfazer de forma traidora as normas jurídicas.⁵⁰⁵

João José Sady têm uma visão bastante particular a este respeito:

A questão, contudo, não reside em *vontade* política, mas na contradição essencial de uma sociedade de classes: por maior que seja a vontade do agente estatal em manter a inteireza do sistema de relações de produção, o que determina uma prioridade nas escolhas do administrador público. A existência de pobres e ricos não é uma inevitabilidade da natureza como se fosse a convivência entre cachorros e galinhas. É fruto de escolhas historicamente praticadas no enfrentamento de classes em torno da apropriação do excedente social.⁵⁰⁶

Logo, há que se diferenciar entre o que não é possível porque não há, comprovadamente, meios suficientes, mesmo depois de atendidas as normas constitucionais que determinam alocação de recursos, e o que não é possível porque os meios suficientes foram alocados para outras prioridades. Neste diapasão, assume especial relevância a questão de escolha alocativa de recursos, responsável pela decisão sobre “quanto disponibilizar e a quem atender”.⁵⁰⁷ Para tanto, a própria Constituição fornece parâmetros a serem respeitados, como já analisado. Uma escolha alocativa de recursos, dentro da chamada discricionariedade administrativa, deverá sempre respeitar os mínimos já fixados na Constituição, bem como as prioridades por ela enumeradas. Não se trata de aprisionar as decisões políticas, mas

⁵⁰⁴ KELLER, A. A. Ob. cit., p. 102-103.

⁵⁰⁵ Neste sentido, há que se tomar cuidado para que, a título de exemplo, a fim de buscar aprovação de suas contas pelos Tribunais de Contas, determinados entes da federação insiram as despesas oriundas do pagamento do salário do motorista do Secretário de Educação, e mesmo despesas com propaganda, como sendo relativas à “despesas com educação”, para o fim de atendimento da percentagem constitucionalmente estipulada.

⁵⁰⁶ SADY, José João. O Judiciário e o conflito entre DH e reserva do possível. In: *Carta Maior*, http://cartamaior.uol.com.br/cmsemanal/imp_cmsemanal.asp?id=60&coluna-producao, acessado em 01/02/2005, às 10:00 horas, p. 3.

⁵⁰⁷ AMARAL, G. *Direito, Escassez...*, p. 148.

condicioná-las em conformidade com os valores presentes como um todo na sociedade – e neste diapasão, todos os direitos fundamentais merecem satisfação.

De fato, existe uma dimensão que não pode ser esquecida: não só os direitos fundamentais sociais implicam custos para o Estado e para as empresas, também os direitos tradicionalmente relacionados à liberdade, que *prima facie* demandam uma abstenção do Estado e dos particulares, uma não intervenção na esfera de liberdade e autonomia do sujeito, dependem de uma estrutura estatal ativa e eficiente para serem efetivados. E para tanto, custam caro. Esta é a conclusão a que chegaram Cass Sunstein e Stephen Holmes, como já se teve oportunidade de observar.⁵⁰⁸

Segundo Flávio Galdino, “o que verdadeiramente frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental não é a exaustão de um determinado orçamento, é a opção política de não se gastar dinheiro com aquele mesmo ‘direito’. (...) O argumento da ‘exaustão orçamentária’ presta-se unicamente a encobrir as trágicas escolhas que deixaram de fora do universo do possível a tutela de um determinado ‘direito’”.⁵⁰⁹

Portanto, na medida em que todos os direitos fundamentais dependem de recursos financeiros para serem efetivados, a questão da alocação de recursos, ou seja, a definição de que bens jurídicos serão protegidos prioritariamente, qual parcela da população será atendida, mostra-se de importância relevante. E neste diapasão, é necessário distinguir um argumento relacionado à inexistência de recursos necessários ao cumprimento do dever constitucional, da escolha alocativa procedida à revelia das normas constitucionais. É nesta seara que se faz necessário discutir a atuação Poder Judiciário, na medida em que nos direitos fundamentais

⁵⁰⁸ HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. Ob. cit. p. 35-48.

⁵⁰⁹ GALDINO, F. Ob. cit., p. 214. Ainda que não se concorde com a opção do autor por considerar a dimensão do custo como elemento intrínseco do conceito de direito fundamental, não se pode deixar de reconhecer a validade de suas observações em relação à questão da alocação de recursos. De fato, mesmo partindo da premissa da escassez de recursos, a existência de escolhas por parte dos poderes públicos sobre como despendê-los assume especial relevância em um país cuja Constituição estabelece certas prioridades de forma vinculante a estes poderes.

sociais previstos na Constituição são reconhecidos princípios que determinam posições jurídicas subjetivas *prima facie*.

3.4.4 Proposta de um conceito de reserva do possível

As considerações feitas até este ponto permitem identificar alguns aspectos da reserva do possível capazes de levar a uma delimitação conceitual do instituto. É preciso ressaltar que toda tentativa de enquadramento de um fenômeno em um conceito – especialmente aqueles relacionados diretamente com a realidade empírica, como é o caso da reserva do possível – traz consigo inúmeras limitações. O que se pretende é tão somente fornecer elementos capazes de identificar a reserva do possível sempre que invocada na discussão acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais, de modo a possibilitar a verificação de quais os elementos colocados à disposição do Judiciário na defesa desta justiciabilidade.

Como já se teve oportunidade de observar, a reserva do possível é uma condição de realidade que determina a submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes. Todavia, não se trata de simplesmente afirmar que os direitos fundamentais existem no mundo jurídico, mas só encontrarão efetividade quando houver recursos suficientes em caixa, disponíveis pelos poderes públicos, para realizar as prestações neles previstas. A questão não é tão simples.

Ainda que não se possa exigir o logicamente impossível, quando se busca a efetivação de um direito fundamental prestacional é preciso ter em mente qual a responsabilidade dos órgãos públicos para com a sua efetivação. Na medida em que a Constituição ocupou-se de alçar determinados direitos à condição de direitos fundamentais, bem como determinou expressamente a alocação de recursos para sua realização, o argumento

da reserva do possível como condição de realidade que impede a efetivação deste direito deve ser analisada como exceção, e não como regra. Os direitos não existem porque há recursos disponíveis. Sua mera existência determina, por si só, a alocação dos recursos necessários à sua realização. Ainda que não se possa perder a dimensão da realidade, é válido ter em consideração que os direitos fundamentais sociais primeiramente existem, foram reconhecidos como tais, e por essa razão devem ser concretizados, de modo que impõem a alocação dos recursos necessários a esta concretização.

Assim, a condição imposta pela reserva do possível atua em relação aos direitos fundamentais prestacionais como um elemento externo, que pode reduzir, ou até eliminar o acesso dos titulares de um dado direito fundamental social ao bem juridicamente protegido (educação, saúde, previdência, moradia), enfraquecendo a obrigação assumida pelo Estado, de modo a afetar desvantajosamente o conteúdo do direito fundamental. Ela se enquadra, nestes termos, no conceito de restrição adotado para os fins do presente estudo, o que implica todas as consequências já analisadas no Capítulo II, com especial relevância para o dever de fundamentação, e a ponderação.

Wálber Araújo Carneiro defende que a reserva do possível age como uma “excludente de ilicitude” da conduta estatal, e não propriamente como uma restrição. Nesse sentido, “a impossibilidade de cumprir determinado programa ou de conferir determinada prestação não constituirá, necessariamente, um ilícito praticado pelo Estado. A escassez de recursos, como um fato inexorável, servirá, desde que esteja caracterizada, como uma excludente para a efetivação da medida, o que não desnatura a existência de um direito subjetivo e do correlato dever do Estado”. A inexistência de recursos é vista como uma “excludente de ilicitude face à impossibilidade de conduta diversa”. Caberia ao Estado

demonstrar essa escassez quando provocado a cumprir prestação de cunho social, prevista em norma constitucional.⁵¹⁰

Ao se determinar que um dado direito fundamental não poderá ser judicialmente exigível do Estado em virtude da reserva do possível, será necessário observar se a alegada escassez de recursos atende aos ditames da proporcionalidade. Será preciso investigar por que razão não há recursos, e controlar a constitucionalidade desta razão.

Note-se que foi precisamente em consonância com este ditame de proporcionalidade e razoabilidade que a reserva do possível foi primeiramente referida, pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no famoso caso *numerus clausus*, como se terá oportunidade de analisar na seção seguinte. Assim, os direitos a prestações estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar da sociedade. Esta noção traz, em verdade, para dentro do conceito de reserva do possível a dimensão de razoabilidade e proporcionalidade (com as diferenças e semelhanças que cada uma pode assumir, como já analisado no Capítulo II).

A partir desta noção é possível afirmar que a reserva do possível, enquanto restrição aos direitos fundamentais sociais, não é absoluta, mas sujeita a um padrão de razoabilidade (como racionalidade) e proporcionalidade. Assim, a reserva do possível de um lado se relaciona com a proibição do exagero infundado na luta pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, de modo que não se pode exigir do Estado e da sociedade algo fora dos padrões do razoável, do adequado, do necessário e do estritamente proporcional.

Por outro lado, tendo em vista as particularidades do sistema constitucional brasileiro, é possível afirmar que a reserva do possível também se relaciona com a proporcionalidade no sentido de que o próprio argumento da realização dos direitos dentro do que for possível deverá estar pautado pela proporcionalidade. Diante da inevitável vinculação

⁵¹⁰ CARNEIRO, Wálber Araújo. Escassez, eficácia e direitos sociais. In: *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*. Salvador: Faculdade de Direito: EDUFBA, jan-dez 2004, p. 383.

dos poderes públicos aos direitos fundamentais sociais, decorrente de sua dupla dimensão, objetiva e subjetiva, a alegação fornecida pelos poderes públicos de que não poderão cumprir o mandamento constitucional, pois não há recursos materiais disponíveis para tanto deverá, ela própria, se sujeitar ao exame da proporcionalidade.

A reserva do possível acaba por possuir uma dimensão preponderantemente jurídica, de mandamento de realização dos direitos fundamentais sociais dentro de um padrão de razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de ferimento do sistema constitucional como um todo, bem como uma dimensão especialmente fática, de mandamento de observância da realidade, da existência de recursos materiais e da exigência razoável e proporcional de alocação de recursos. Ainda, a reserva do possível acaba por determinar a ponderação entre o bem jurídico que se visa realizar e a escassez artificial de recursos, ou seja, aquela escassez que resulta da alocação dos recursos existentes para outros fins. Vale observar a posição defendida por Sérgio Moro:

Na interpretação de algumas dessas normas, especialmente das que veiculam direitos a prestações materiais, como o direito à educação ou à saúde, o juiz deve agir com redobrada cautela. Ele não pode desenvolver ou efetivar direitos sem que existam meios materiais disponíveis para tanto. Por outro lado, o atendimento de determinada pretensão a prestações materiais pode esvaziar outras. Nessas hipóteses, pode-se falar no limite da “reserva do possível” como faceta especial da reserva de consistência.

Não se trata de barreira intransponível. O Judiciário, obviamente, não pode tornar viável o inviável. No entanto, aqui é necessário distinguir o viável do inviável. Não sem dificuldades e mediante recursos a dados empíricos, é possível verificar quais prestações materiais podem ser atendidas, e em que grau.⁵¹¹

Em última análise, acaba-se por autorizar a ponderação entre o bem jurídico objeto do direito fundamental social, e outros bens jurídicos que receberam a esperada dotação orçamentária.

A questão é verificar como se tem dado este controle, como tem atuado o Judiciário na realização dos direitos fundamentais sociais, e quais os elementos

⁵¹¹ MORO, S. L. *Jurisdição Constitucional como Democracia*, p. 224.

disponibilizados pelo sistema jurídico para o exercício de sua função dentro do Estado Democrático de Direito. É o que se passa a analisar a seguir.

3.5 A RESERVA DO POSSÍVEL NOS TRIBUNAIS

3.5.1 A reserva do possível na Alemanha

Como narra Andreas J. Krell, a reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) foi primeiramente aplicada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha: o já famoso caso *numerus clausus*.⁵¹²

Em dois processos envolvendo o acesso de cidadãos ao estudo do curso de medicina nas Universidades de Hamburgo e Munique, as Cortes Administrativas solicitaram uma decisão da Corte Constitucional Federal a respeito da compatibilidade de certas regras legais estaduais que restringiam esse acesso ao ensino superior (*numerus clausus*), com a Lei Fundamental.

No lapso de tempo havido entre 1952 e 1967, o número de estudantes nas universidades científicas da RFA praticamente dobrara; o número de primeiro-anistas passou de 25.000 para 51.000. O desenvolvimento das universidades, entretanto, não acompanhou estes números. Para que isso fosse necessário, as esferas governamentais teriam de disponibilizar mais de 7,7 bilhões de marcos, valores irrealis se considerada a situação alemã do pós-guerra. Por conta disso, nos anos 60 cada vez mais escolas recorreram ao auxílio da regra do *numerus clausus*, existente desde os anos imediatos ao pós-guerra. O número de vagas para o ensino superior era limitado, e de fato não poderia atender a toda a população.

⁵¹² KRELL, A. J. Ob. cit., p 52.

Faltava, todavia, a base constitucional para esta regra. O recurso ao Tribunal Constitucional buscou solucionar este problema.⁵¹³

Diante desse quadro, a Corte Constitucional Alemã enfrentou uma verdadeira sucessão de ponderações, até chegar ao veredicto final: a regra do *numerus clausus* era compatível com a Lei Fundamental. No presente estudo, interessa-nos mais de perto as considerações tecidas a respeito da então criada reserva do possível:

O problema de restrições absolutas distingue-se pelo fato da capacidade existente não ser suficiente, para que cada titular, do direito de estudar, assumia uma vaga. Se a visão constitucional for limitar-se, de início, ao compartilhamento da capacidade existente, passará ao largo do núcleo das dificuldades. Enquanto em situações normais de outorga de participação social pelo Estado, através de cobertura financeira, as dificuldades da restrição dos meios existentes podem ser contornadas por um rearranjo; o *numerus clausus* absoluto conduz à gritante desigualdade de que parte dos candidatos recebe tudo, e a outra parte – pelo menos por um lapso mais ou menos longo, e de impacto decisivo para o resto da vida – nada. Se o número de rejeitados excede mais da metade do de candidatos, como no curso de medicina, o direito constitucionalmente protegido de aspirar a uma vaga é ameaçado de cair no vazio, em larga extensão. Por conta desses efeitos, não pode ser negado que o *numerus clausus* absoluto circula à margem do constitucionalmente aceitável.

Como esses efeitos somente podem ser enfrentados por uma ampliação da capacidade, a pergunta que se apresenta é se, dos valores oriundos da decisão jusfundamental, e da decisão de utilizar o monopólio do ensino, emerge uma exigência constitucional de prestação social pelo Estado, no sentido de prover suficiente capacidade de ensino para os diferentes cursos. Ainda que a resposta desta questão fosse afirmativa, não é necessário decidir aqui se, dessa exigência, pode ser deduzido, a partir de requisitos específicos, um inquestionável direito individual, de titularidade do cidadão, à obtenção de uma vaga universitária. Isso, porque conseqüências, no âmbito do Direito Constitucional, somente seriam possíveis, se houvesse evidente violação de tal exigência. Isso não pode ser determinado, no âmbito do curso de medicina: os direitos a prestações⁵¹⁴ não têm suas prioridades delimitadas de antemão e em cada caso; submetendo-se à Reserva do Possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar da sociedade.

Isso tem que ser julgado em primeira linha pelo legislador, sob sua própria responsabilidade, considerando na economia orçamentária outros interesses da comunidade, bem como a conta do equilíbrio econômico geral, conforme determinações expressas do artigo 109 parágrafo 2º GG. A ele cabe também a decisão sobre a envergadura e as prioridades da ampliação do ensino superior; sendo preciso atentar que a ampliação e a renovação do ensino superior, incluem-se entre as tarefas sociais atribuídas à cooperação entre União e Estados, para seu desempenho, conforme o artigo 91 “a” GG.

⁵¹³ BVerfGE 33, 303 - numerus clausus I, [on line] disponível em <http://sorminiserv.unibe.ch:8080/tools/ainfo.exe?Command=ShowPrintVersion&Name=bv033303>, em 25/11/2005.

⁵¹⁴ *Teilhaberechte*: literalmente, “direitos a ter uma parte”. No presente caso, foi traduzido como direito a prestação, em virtude do contexto em que o direito é tratado – direito de exigir do Estado uma prestação que garanta a participação do indivíduo no sistema.

...

(...) Uma eventual exigência constitucional não obriga a providenciar, para cada candidato em cada oportunidade, a vaga almejada, e assim tornar os complexos investimentos em educação superior exclusivamente dependentes da demanda individual, freqüentemente flutuante e influenciável por inúmeros fatores. Isso implicaria num entendimento errado quanto à liberdade, através do qual se desconhece que a liberdade pessoal não pode ser implementada a longo prazo, sem associação com a operacionalidade e o equilíbrio gerais, e que demandas individuais ilimitadas às expensas públicas não são compatíveis com o ideal do Estado Social.

A Constituição - como a Corte Constitucional já pronunciou, salientando a conexão com o direito fundamental à liberdade de ação (vgl. BVerfGE 4, 7 [15]; 8, 274 [329]; 27, 344 [351]) - decidiu a tensão indivíduo-sociedade, no sentido da relacionabilidade e da conectividade da pessoa com a comunidade; o indivíduo deve, então, deixar baixarem as barreiras à sua liberdade de ação, que o legislador institui para o zelo e a promoção da vida comunitária dentro dos limites razoáveis, desde que a auto-suficiência da pessoa permaneça protegida. Estas considerações reclamam validade, primariamente, no âmbito da outorga estatal de participação. Aqui, o oferecimento de justiça social, que se concretiza na igualdade, seria diretamente contrariado, se meios públicos limitados, disponibilizados apenas através da negligência de outros interesses comunitários importantes, favorecessem uma parte privilegiada da população. Ao legislador também não pode ser negado orientar-se pela urgente requisição de força de trabalho nas diversas profissões; ao passo que não vem sendo possível fazer coincidir a demanda individual e as exigências sociais, apenas por meio do aconselhamento estudantil.

Uma vez lançados estes marcos, não se vislumbra nenhuma violação constitucional. A obrigação, para que se faça rapidamente o necessário, no âmbito do possível, não foi negada por nenhum dos responsáveis, nos órgãos estatais. No parágrafo 2º da Lei de Estímulo à Construção de Escolas Superiores foi expressamente admitido, que à União e aos Estados está atribuído o cumprimento da tarefa social de “Ampliação e Construção de Escolas Superiores Científicas”, dirigida à obtenção de um sistema de universidades científicas conectado pelo direcionamento profissional, número, tamanho e localização, “através da oferta suficiente e equilibrada de vagas para ensino e pesquisa”. No que diz respeito ao cumprimento dessa obrigação, é visão comum que o presente estado de tensão não deve ser atribuído unicamente a dificuldades objetivas; mas também ao fato de que, à demanda, ampliada pela publicidade referente ao ensino, não corresponderam medidas de ampliação do Ensino Superior e de reforma de estudos. Todavia, já no passado uma parte considerável dos meios à disposição foi utilizada diretamente no desenvolvimento de complexos mecanismos de ensino de medicina. O pessoal científico nos centros de ensino médico dobrou entre 1960 e 1969.

(...) Ademais, desde o reconhecimento das dificuldades, começaram intensos esforços para a sua superação, âmbito no qual o primeiro plano posterior à Lei de Estímulo à Construção de Escolas Superiores deve ser referido em particular. Acrescente-se que para os Estados de Hamburgo e Bavária a porção do número total de estudantes de medicina é mais elevada que a porção do número total de habitantes da República.⁵¹⁵

⁵¹⁵ Die Problematik absoluter Zulassungsbeschränkungen ist dadurch gekennzeichnet, daß die vorhandene Kapazität nicht ausreicht, um jedem hochschulreifen Zulassungsberechtigten seinen Studienplatz zuzuteilen. Würde sich die verfassungsrechtliche Betrachtung von Anfang an auf die Teilhabe am Vorhandenen verengen, ginge sie daher am Kern der Schwierigkeiten vorbei. Während im Normalfall sozialstaatlicher Teilhabegewährung, nämlich bei finanziellen Begünstigungen, die nachteiligen Folgen einer Beschränkung auf vorhandene Mittel durch Umverteilung einigermaßen aufgefangen werden können, führt der absolute numerus clausus zu der krassen Ungleichheit, daß ein Teil der Bewerber alles und der andere Teil - zumindest für eine mehr oder weniger lange und für die weitere Lebensentscheidung möglicherweise ausschlaggebenden Dauer - nichts erhält. Übersteigt die Zahl der Abgewiesenen wie beim Medizinstudium sogar weit mehr als die Hälfte der Bewerber, dann droht der verfassungsrechtlich geschützte Zulassungsanspruch weitgehend leerzulaufen. Wegen dieser Auswirkungen ist nicht zu bestreiten, daß sich der absolute numerus clausus am Rande des verfassungsrechtlich Hinnehmbaren bewegt.

Portanto, verificou-se que o Estado Alemão estava fazendo ou tinha feito tudo que estava ao seu alcance a fim de tornar o ensino superior acessível. Exigir mais, para o fim de satisfação individual de cada cidadão, obrigando o Estado a negligenciar outros programas sociais, ou mesmo comprometer suas políticas públicas, não se mostrava razoável.

Da diesen Auswirkungen nachhaltig nur durch Erweiterung der Kapazitäten begegnet werden kann, ließe sich fragen, ob aus den grundrechtlichen Wertentscheidungen und der Inanspruchnahme des Ausbildungsmonopols ein objektiver sozialstaatlicher Verfassungsauftrag zur Bereitstellung ausreichender Ausbildungskapazitäten für die verschiedenen Studienrichtungen folgt. Ob diese Frage zu bejahen wäre und ob sich aus diesem Verfassungsauftrag unter besonderen Voraussetzungen ein einklagbarer Individualanspruch des Staatsbürgers auf Schaffung von Studienplätzen herleiten ließe, bedarf jedoch hier keiner Entscheidung. Denn verfassungsrechtliche Konsequenzen kämen erst bei evidenter Verletzung jenes Verfassungsauftrages in Betracht.

Eine solche läßt sich namentlich für den Bereich des Medizinstudiums derzeit nicht feststellen:

(...) Andererseits verpflichtet ein etwaiger Verfassungsauftrag aber nicht dazu, für jeden Bewerber zu jeder Zeit den von ihm gewünschten Studienplatz bereitzustellen und auf diese Weise die aufwendigen Investitionen im Hochschulbereich ausschließlich von der häufig fluktuierenden und durch mannigfache Faktoren beeinflussbaren individuellen Nachfrage abhängig zu machen. Das liefe auf ein Mißverständnis von Freiheit hinaus, bei dem verkannt würde, daß sich persönliche Freiheit auf die Dauer nicht losgelöst von Funktionsfähigkeit und Gleichgewicht des Ganzen verwirklichen läßt und daß ein unbegrenztes subjektives Anspruchsdenken auf Kosten der Allgemeinheit unvereinbar mit dem Sozialstaatsgedanken ist. 69

Das Grundgesetz hat - wie das Bundesverfassungsgericht wiederholt im Zusammenhang mit dem Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit hervorgehoben hat (vgl. BVerfGE 4, 7 [15]; 8, 274 [329]; 27, 344 [351]) - die Spannung Individuum - Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden; der Einzelne muß sich daher diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des allgemein Zumutbaren vorsieht, vorausgesetzt, daß dabei die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleibt. Diese Erwägungen beanspruchen erst recht im Bereich staatlicher Teilhabegewährung Geltung. Hier würde es dem Gebot sozialer Gerechtigkeit, das sich im Gleichheitssatz konkretisiert, geradezu zuwiderlaufen, die nur begrenzt verfügbaren öffentlichen Mittel unter Vernachlässigung anderer wichtiger Gemeinschaftsbelange bevorzugt einem privilegierten Teil der Bevölkerung zugute kommen zu lassen. Dem Gesetzgeber kann es daher nicht verwehrt sein, sich auch am vordringlichen Kräftebedarf für die verschiedenen Berufe zu orientieren, sofern es nicht gelingt, individuelle Nachfrage und gesamtgesellschaftlichen Bedarf durch das Mittel der Studienberatung in Deckung zu bringen. 70

Legt man diese Maßstäbe zugrunde, ist eine Verfassungsverletzung nicht ersichtlich. Die Verpflichtung, im Rahmen des Möglichen beschleunigt das Notwendige zu tun, wird von keinem Verantwortlichen in den staatlichen Organen geleugnet. In § 2 des Hochschulbauförderungsgesetzes wird ausdrücklich anerkannt, daß Bund und Länder bei der Erfüllung der Gemeinschaftsaufgabe "Ausbau und Neubau von wissenschaftlichen Hochschulen" auf die Schaffung eines nach Fachrichtungen, Zahl, Größe und Standort zusammenhängenden Systems an wissenschaftlichen Hochschulen hinzuwirken haben, "durch das ein ausreichendes und ausgeglichenes Angebot an Forschungs- und Ausbildungsplätzen gewährleistet wird". Was die Erfüllung dieser Verpflichtung anbelangt, so ist zwar nach verbreiteter Ansicht die derzeitige Notlage nicht allein auf objektive Schwierigkeiten zurückzuführen, sondern auch darauf, daß einer durch Bildungswerbung noch verstärkten Nachfrage nicht die adäquaten Maßnahmen in Hochschulausbau und Studienreform entsprachen. Schon in der Vergangenheit ist jedoch ein beträchtlicher Teil der zur Verfügung stehenden Mittel gerade für den Ausbau der besonders aufwendigen medizinischen Studieneinrichtungen verwendet worden; das wissenschaftliche Personal an den medizinischen Ausbildungsstätten wurde in den Jahren zwischen 1960 und 1969 verdoppelt(...). Auch haben seit Erkennen der Schwierigkeiten verstärkte Anstrengungen zu ihrer Überwindung eingesetzt, wobei insbesondere auf den ersten Rahmenplan nach dem Hochschulbauförderungsgesetz hinzuweisen ist. Für die Länder Hamburg und Bayern kommt hinzu, daß hier der Anteil an der Gesamtzahl der Medizinstudenten höher liegt als der Anteil an der Einwohnerzahl der Bundesrepublik. 71 Disponível em <http://sorminiserv.unibe.ch:8080/tools/ainfo.exe?Command=ShowPrintVersion&Name=bv033303>, em 02/12/2005.

A questão central, entretanto, não parece ter sido financeira, no sentido de escassez absoluta de recursos, mas sim a razoabilidade com que a alocação destes recursos poderia ser demandada. Mesmo que o Estado dispusesse dos recursos, segundo a reserva do possível instituída pelo tribunal alemão, não se poderia impor a ele uma obrigação que fugisse aos limites do razoável, tendo em vista os fins eleitos como relevantes pela Lei Fundamental.⁵¹⁶ Não se poderia exigir o comprometimento de programas vinculados à satisfação de outros interesses fundamentalmente protegidos, para o fim de tornar o acesso ao ensino superior possível a absolutamente todos os indivíduos que assim o quisessem. Fazê-lo, seria colocar a liberdade individual muito acima dos objetivos comunitários, comprometendo e deturpando a própria noção de Estado Social.⁵¹⁷

Passados aproximadamente trinta anos do acórdão paradigmático, a reserva do possível ainda mantém seu significado quando aplicada pelas cortes alemãs: um parâmetro de razoabilidade em relação à exigência de prestações a serem cumpridas pelo Estado, tendo em vista o que ele efetivamente tem condições de realizar, e o que realmente precisa ser garantido, em respeito às normas constitucionais.

Esta é precisamente a interpretação que se pode retirar do julgamento do recurso constitucional relacionado ao benefício previdenciário de seguridade social criado pela “Lei Federal de Indenização às Vítimas de Atos Violentos”, na Alemanha, de dezembro de 2004. No caso específico, a vítima de atos violentos morava com a companheira e seu filho – o autor da ação – por ele sustentado, embora não tivesse nenhum parentesco.

Segundo o parágrafo 1º, inciso I, alínea I, da referida lei, são beneficiários da indenização a vítima, seu cônjuge, os filhos órfãos e demais descendentes. Dentre estes filhos,

⁵¹⁶ SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos...*, p. 289.

⁵¹⁷ No caso da discussão a respeito do *numerus clausus*, o que estava em discussão não era somente o acesso ao ensino superior, mas o direito do cidadão exigir vaga para particularmente um curso (o de Medicina), direito ligado à liberdade de escolha de profissão, garantida pela Lei Fundamental Alemã. Esta liberdade não poderia ser exacerbada a ponto de exigir do Estado um esforço irrazoável, comprometendo inclusive interesses da coletividade.

enquadrava-se não só os havidos com o cônjuge, ou por ele adotados, mas também “pessoas com as quais o legitimado é ligado por laço similar ao familiar e de longa duração, e em cuja habitação haja acolhido”. Uma emenda de 1989 restringiu este conceito legal, afirmando que referido benefício não se aplicaria ao “filho adotivo” se este ainda mantivesse contato com os pais biológicos.

Neste caso, em virtude do falecimento do companheiro da mãe em um atentado em Hamburgo, o menor requereu perante o Judiciário o benefício previdenciário em questão, o qual foi negado com base na mencionada emenda de 1989: como o menor ainda morava com a mãe, apesar de “adotado” pela vítima do atentado violento, não seria titular do benefício em questão. Diante deste quadro, o autor interpôs o recurso constitucional alegando a inconstitucionalidade da emenda, por violar a proibição da retroatividade.

O Tribunal Constitucional Federal manifestou-se pela improcedência do recurso, com base na reserva do possível:

A promoção da família por parte do Estado está sujeita à reserva do possível; no sentido daquilo que pode ser razoavelmente exigido da sociedade, por parte do indivíduo, quando ele decide ter filhos. Além desse ponto, pode o Estado considerar necessidades diferenciais, neste âmbito (BVerGE 43, 108, < 121 >). A partir destes fundamentos, surge um maior espaço para o modo de distribuição dos encargos familiares.

bb) Este espaço não foi expressamente delimitado pelo legislador. Em favor do autor, pode-se mencionar que o companheiro de sua mãe tenha sido predominantemente sustentado pelo Estado; e eles não poderiam contar com a continuidade desta prestação. Sua situação não era diversa daquela, de uma família monoparental. Por causa disso, a mãe pôde perceber auxílio-infância. Para sua educação, havia à disposição o auxílio-educação. Não se pode considerar que o legislador estava prevendo um benefício adicional. Aqui também é preciso considerar que crianças na situação do autor têm direito à prestação alimentar de ambos os pais, ou dos avós, quando um dos pais falecer antes. A concessão de uma pensão de órfão sobrevivente ao autor lhe outorgaria um benefício que os filhos legítimos de um falecido não teriam.⁵¹⁸

⁵¹⁸ Autos 1 BvR 684/98: “Die staatliche Familienförderung steht unter dem Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft verlangen kann, wenn er sich für Kinder entscheidet (BVerfG, a.a.O.). Außerdem darf der Staat eine unterschiedliche Förderungsbedürftigkeit berücksichtigen (vgl. BverfGE 43, 108, < 121 >). Aus diesen Gründen besteht ein weiter Spielraum für die Art und Weise des Familienlastenausgleichs (vgl. BverfGE 103, 242 <260>). bb) Diesen Spielraum hat der Gesetzgeber im vorliegenden Fall nicht überschritten. Zwar ist zugunsten des Beschwerdeführers davon auszugehen, dass der Partner der Mutter die Gemeinschaft überwiegend unterhalten hat. Auf den Fortbestand dieser Leistungen konnten jedoch weder der Beschwerdeführer noch seine Mutter vertrauen. Nach dem Tode des Partners war ihre Situation nicht anders als bei einem allein erziehenden Elternteil. Die Mutter des Beschwerdeführers konnte für diesen Kindergeld beziehen. Für seine Ausbildung standen ihm die Leistungen nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz zur Verfügung. Der Gesetzgeber war nicht durch Art. 6 Abs. 1

Verifica-se, nesse caso, que a questão não era a existência ou não de recursos por parte do Estado para a satisfação da pretensão do autor. O Estado alemão poderia perfeitamente arcar com as despesas correspondentes. Todavia, a pretensão do autor mostrou-se contrária ao razoável, e ao proporcional: não era razoável pleitear mais um benefício previdenciário do Estado quando não estava presente a causa legitimadora desta pretensão, tudo que o Estado poderia ter feito pelo autor, e por sua família, havia sido feito.

Esta, entretanto, não parece ser a aplicação que a reserva do possível tem sofrido pelos tribunais brasileiros. Há que se ponderar que na grande maioria dos casos, não se pode admitir que o Estado tenha feito, efetivamente, tudo que estava ao seu alcance para satisfazer os direitos fundamentais dos cidadãos. Ainda assim, a reserva do possível tem sido invocada como um limite fático “intransponível” diante de uma alegada “escassez de recursos absoluta”.

3.5.1.1 A importação da reserva do possível pela doutrina e jurisprudência brasileira

Verifica-se que no Brasil a doutrina da reserva do possível sofreu algumas modificações, não sendo aplicada exatamente nos mesmos termos em que foi desenvolvida na Alemanha. Ao que parece, a preocupação inicial com a proporcionalidade e a razoabilidade (aquilo que razoavelmente se pode exigir) deu lugar para a questão da disponibilidade de recursos, o custo dos direitos.

GG gehalten, eine zusätzlich Unterhaltsansprüche gegen beide Elternteile und auch gegen die Großeltern dann zustehen, wenn ein Elternteil vorverstorben ist (§§ 1601, 1606, Abs. 2 BGB). Die Gewährung einer Hinterbliebenenrente nach dem Tod eines faktischen Stiefelternteils würde dem Kind eine weitere unterhaltsrechtliche Absicherung verschaffen, die eingene Kinder eines Getöteten nicht besitzen”. Disponível em http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/frames/rs20041109_1bvr068498, em 24/11/2005.

Neste sentido, vale observar as duas ementas a seguir, referentes a julgamentos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que a reserva do possível foi equiparada a uma reserva de disponibilidade orçamentária:

Constitucional e Processual Civil – Direito à vida – Fornecimento de Medicamentos – Portador de Hepatite C, Genótipo 3 – Possibilidade – Exclusão do medicamento cuja eficácia é controvertida – 1. O direito à vida (CF/88, art. 196), que é de todos e dever do Estado, exige prestações positivas, e, portanto, se situa dentro da *reserva do possível, ou seja, das disponibilidades orçamentárias*. A existência de dúvidas quanto à eficácia do medicamento Inteferon Peguilado nos portadores de hepatite C, genótipo 3, afasta a verossimilhança do direito alegado. 3. Agravo de instrumento parcialmente provido.⁵¹⁹

Agravo de instrumento – Constitucional, Administrativo e Processual Civil – Saúde Pública – Medicamentos Excepcionais – Ação Ordinária c/c Tutela Antecipada – Deferimento na Origem – Cominação de bloqueio de valores – Posicionamento ressalvado – Impossibilidade – efeito suspensivo atribuído, em parte. 1. Nas ações de fornecimento de medicamento, ante a necessidade de se congregarem o princípio de resguardo à saúde com o *princípio da reserva do possível (necessidade de previsão orçamentária do ente público)*, devem os demandantes comprovar a necessidade do medicamento como única solução para tratamento da moléstia acometida, bem como, nos casos de não manifesta urgência, da negativa do Estado em fornecer o remédio pleiteado, seja porque em falta no estoque de medicamentos, seja por não constar da lista oficial do Ministério da Saúde. (...) ⁵²⁰

Vale observar que as decisões da Corte Constitucional Alemã, como mencionado, ainda que considerem a escassez de recursos, tratam do tema de forma diferenciada. Em seus julgados, a exigência de prestações onerosas do Estado é vista sob o prisma da razoabilidade, da proporcionalidade da pretensão em relação à necessidade de satisfação do direito. Viola a reserva do possível a pretensão que, se satisfeita, pode gerar um desequilíbrio no sistema jurídico, afetando inclusive o princípio da igualdade material e do Estado Social. Não é que os direitos vigem “sob uma reserva do possível”, mas que em determinados casos específicos, sua satisfação pode comprometer outros bens juridicamente relevantes, de modo que a obrigação estatal somente será judicialmente reconhecida, depois de ponderados os interesses em conflito.

⁵¹⁹ TJRS, Agravo de Instrumento nº 70009692245 – 4ª Câmara Cível – Relator Dês. Araken de Assis – julgado em 27/10/2004. CD-ROM. Grifo da autora.

⁵²⁰ TJRS – Agravo de Instrumento 70008740433 – 4ª Câmara Cível – Relator Dês. Wellington Pacheco Barros – julgado em 08/09/2004. CD-ROM. Grifo da autora.

Não é o que se verifica no caso brasileiro, que acabou absorvendo a leitura da teoria desenvolvida na Alemanha pelo professor português Gomes Canotilho. Como bem observou Andreas J. Krell:

O português Canotilho vê a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro de uma “reserva do possível” e aponta a sua dependência dos recursos econômicos. A elevação do nível da sua realização estaria sempre condicionada pelo volume de recursos suscetível de ser mobilizado para esse efeito. Nessa visão, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais.

Essa teoria, na verdade, representa uma adaptação de um *tópos* da jurisprudência constitucional alemã (*Der Vorbehalt des Möglichen*), que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos. Ao mesmo tempo, a decisão sobre a disponibilidade dos mesmos estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, através da composição dos orçamentos públicos.⁵²¹

No contexto da sociedade alemã, a reserva do possível representa um limite à pretensão dos titulares de direitos fundamentais prestacionais na medida em que não lhes cabe requerer além daquilo que o Estado já prestou dentro de sua capacidade, cumprindo seus deveres constitucionais. Não se pode pretender um *plus* injustificado, irrazoável. Como na interpretação do famoso caso *numerus clausus*, verifica-se que o Estado fornecia universidades públicas para seus cidadãos, e inclusive havia programas de expansão do número de vagas. Todavia, não estava conseguindo conter a demanda de estudantes, especialmente para o curso de Medicina. Diante disso, não se poderia exigir do Estado que fornecesse universidades públicas para absolutamente todos os cidadãos que tivessem interesse individual e particular naquele curso superior. Não é razoável exigí-lo. E este limite fático não viola a proporcionalidade, na medida em que o Estado fizera aquilo que efetivamente estava ao seu alcance.

Não é o que se verifica nos julgados que tratam da reserva do possível no Brasil. A reserva do possível deve ser trazida para o contexto sócio-político-econômico brasileiro: aqui, o Estado não faz tudo que está ao seu alcance para cumprir os mandamentos

⁵²¹ KRELL, A. J. Ob. cit., p. 51-52.

constitucionais. Muito pelo contrário, ele cria mecanismos para burlar as exigências dos direitos fundamentais prestacionais. É certo que a economia brasileira não pode ser comparada à alemã, mas isso não afasta a obrigação de dotação orçamentária para o cumprimento dos mandados constitucionais. Neste sentido, Andreas J. Krell é enfático:

Pensando bem, o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficácia a *zero*; a subordinação aos “condicionantes econômicos” relativiza sua universalidade, condenando-os a um dos piores quadros de distribuição de renda do mundo, o conceito da “redistribuição” (*Umverteilung*) de recursos ganha uma dimensão completamente diferente.

...

Assim, a discussão européia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado.⁵²²

Outro aspecto que merece relevância diz respeito à própria discricionariedade para a dotação dos recursos necessários à satisfação dos direitos fundamentais sociais. Vale lembrar que na Alemanha os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional são uma decorrência do princípio do Estado Social, e não se encontram expressamente positivados no texto da Lei Fundamental. Não é o que ocorre com a Constituição Federal do Brasil, que previu expressamente estes direitos como direitos fundamentais, e inclusive instituiu normas que balizam a alocação dos recursos necessários à implementação das prestações correspondentes.

Assim, no caso brasileiro, existe uma obrigação constitucional expressa do Estado de destinar recursos para a satisfação dos direitos fundamentais sociais. Se esta alocação de recursos não se verifica nos termos da Constituição, em respeito aos parâmetros nela previstos, tem-se uma clara violação ao comando explícito de dotar determinada porcentagem do orçamento a despesas com a educação, com a saúde, com a assistência social, com a previdência. Trata-se da violação a uma regra, em primeira análise, e, conseqüentemente, ao

⁵²² KRELL, A. J. Ob. cit., p. 54.

princípio instituidor do direito fundamental que seria realizado com aquela dotação orçamentária.

Para além destes padrões mínimos, existe um mandado constitucional subliminar, que embasa todos os direitos fundamentais sociais determinando sua efetivação, sua realização no plano social. Neste sentido, a reserva do possível age como uma restrição que deve ser ponderada: é razoável exigir do Estado um leito em hospital para tratamento de saúde, quando os hospitais públicos negam a internação por falta de vagas? É razoável alegar que não há possibilidade de internação deste paciente, pois o Estado não tem mais recursos para gastar com a saúde, embora gaste bilhões de reais todos os anos com o pagamento das dívidas públicas? É preciso ponderar os bens jurídicos em conflito, com todos os pormenores que a realidade pode fornecer e levar ao conhecimento do intérprete⁵²³ para aplicação do Direito.

De qualquer forma, são estes pormenores, estas circunstâncias de realidade, bem como uma interpretação dos direitos em conformidade com a ordem constitucional brasileira, que permitirão compreender e mesmo controlar a aplicação da doutrina da reserva do possível. Há que se pensar em contexto, em constitucionalismo brasileiro, e evitar a aplicação de fórmulas prontas advindas de outras realidades sócio-econômicas. A reserva do possível não pode ser uma caixa de surpresas da qual os poderes públicos podem sacar toda a sorte de desculpas para o não cumprimento dos direitos fundamentais prestacionais. É preciso identificar mecanismos jurídicos de controle, que permitam uma maior efetividade destes direitos, tão necessários à realização do ideal de justiça e igualdade social propugnado pela Constituição.

⁵²³ É neste sentido que assume relevância a “reserva de consistência” argumentada por Sérgio Moro.

3.5.2 A aplicação da reserva do possível na jurisprudência pátria

Primeiramente, há que se ressaltar que a discussão, nos tribunais brasileiros, sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais e a aplicação da reserva do possível tem encontrado exemplos mais frequentes no âmbito do direito à saúde. É quando está em pauta o fornecimento de medicamentos necessários à cura ou tratamento de determinadas doenças, ou leitos em hospitais, ou determinados procedimentos cirúrgicos, que o Estado é mais comumente invocado a adotar condutas positivas de modo a garantir o exercício do direito fundamental.

De fato, foi com o movimento iniciado pelas vítimas da AIDS no Brasil, ao longo dos anos noventa, que a questão relativa à eficácia dos direitos prestacionais acabou por entrar na ordem do dia.⁵²⁴ Num primeiro momento, as ações propostas pelos pacientes soropositivos relacionavam-se primordialmente ao fornecimento de medicamentos. Entretanto, muitos tribunais negavam a pretensão jusfundamental com base no fundamento da programaticidade da norma inscrita no artigo 196 da Constituição Federal. Objetivando buscar a tutela de seus direitos, associações de soropositivos em todo o Brasil exerceram uma pressão impossível de ser negligenciada pelos poderes públicos, o que acabou resultando na promulgação da Lei nº 9.313/96, que, sob o pretexto de regulamentar o artigo 196, determinou o fornecimento de medicamentos aos portadores do HIV e vítimas da AIDS. Ainda assim, os poderes públicos não cessaram de argumentar pela inexecutabilidade da norma em questão, na medida em que a lei era por demais abstrata, faziam-se necessários regulamentos que ainda não haviam sido editados.

Todavia, a posição jurisprudencial começou a tomar outros rumos, e os tribunais passaram a reconhecer no direito à saúde inscrito na Constituição Federal um direito a

⁵²⁴ GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos*. Rio de Janeiro: Slaib Filho [on line], disponível em <http://www.nagib.net/textos.asp?area=3&id=219&tipo=13>, em 25/11/2005.

efetivas prestações a serem realizadas pelo Estado, dentre as quais, o fornecimento de medicamentos. Como observou Marcos Maselli Gouvêa, “o sucesso dos soropositivos impulsionou o reconhecimento do direito aos medicamentos por parte de outras classes de doentes, a despeito da inexistência de estatuto legal que amparasse esta extensão”.⁵²⁵

De fato, muitos tribunais brasileiros passaram a adotar uma posição clara – e por vezes até absoluta – em favor da plena justiciabilidade dos direitos fundamentais prestacionais, especialmente no caso do direito à saúde.

Este comportamento é alvo de diversas críticas, dentre as quais destaca-se aquela que imputa às decisões judiciais que determinam o Estado a realização de determinadas prestações materiais o comprometimento de políticas públicas administrativas que buscam organizar a distribuição destas prestações à população. Assim, “uma ordem judicial impondo a entrega de remédio para um determinado postulante acaba por deixar sem assistência farmacêutica outro doente, que já se encontrava devidamente cadastrado junto ao centro de referência”.⁵²⁶

Esta crítica traz em seu cerne uma preocupação central: até que ponto poderia o Judiciário intervir nas políticas públicas adotadas pelo Executivo, ou agir mesmo quando não houver previsão legal, atuando em comprometimento ou em substituição do Legislativo, para garantir a eficácia dos direitos fundamentais sociais prestacionais?

Os tribunais brasileiros têm adotado diferentes posições em relação a este dilema. Alguns desprezam a questão relativa ao custo destes direitos, determinando uma aplicação quase que absoluta da norma constitucional, de modo a colocar em um segundo plano eventuais conseqüências jurídicas de suas decisões para o orçamento público. Outros, por outro lado, quando confrontados com a questão da alocação de recursos e a efetividade dos direitos fundamentais sociais, eximem-se de obrigar o Estado à adoção de políticas públicas,

⁵²⁵ GOUVÊA, M. M. Ob. cit.

⁵²⁶ Idem.

ou mesmo realização de prestações específicas, sob o fundamento de que estaria havendo uma invasão da competência discricionária do Executivo.

Além destas duas posições extremadas, verificam-se decisões judiciais em que a questão do custo é mensurada, ponderada com os bens jurídicos em conflito, com a pretensão deduzida em juízo pelo interessado na realização de um direito fundamental prestacional.

Esta divergência de enfoques sobre o tema da reserva do possível pelos tribunais pátrios demonstra que o tema está em processo de maturação. E é neste processo que as contribuições doutrinárias têm se mostrado de relevante importância.

3.5.2.1 Direitos fundamentais sociais como direitos absolutos

Gustavo Amaral, quando tratou da dimensão do custo dos direitos nos tribunais, apresentou como paradigma da decisão que desconsidera a relevância econômica dos direitos um julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, relativo à justiciabilidade do direito à saúde – o agravo de instrumento nº 97.000511-3, cujo relator foi o Des. Sérgio Paladino. Neste acórdão, o relator entendeu que a partir do direito fundamental à saúde positivado na Constituição Federal, poderia o cidadão exigir do Estado o custeio de tratamento de saúde (distrofia muscular progressiva de Duchenne), mesmo que em caráter experimental, nos Estados Unidos, com o pagamento do equivalente a US \$ 163,000.00. O argumento fornecido pelo relator seria o seguinte: “Ao julgador não é lícito, com efeito, negar tutela a esses direitos naturais de primeiríssima grandeza sob o argumento de proteger o Erário”.⁵²⁷

No mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário

⁵²⁷ AMARAL, G. *Direito, Escassez...*, p. 26.

273.834/RS, assim se manifestou: “A falta de previsão orçamentária não deve preocupar o juiz que lhe incumbe a administração da justiça, mas apenas ao administrador, que deve atender equilibradamente as necessidades dos súditos, principalmente os mais necessitados e doentes”.⁵²⁸

Mesmo o Tribunal de Justiça do Paraná deixou de considerar a questão relativa ao custo dos direitos quando foi invocado a decidir pela efetividade do direito a saúde em apelação cível, na qual o Estado do Paraná se interpôs contra decisão proferida por juízo monocrático que determinou o fornecimento de um medicamento sem comercialização no Brasil, nem registro junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária.⁵²⁹ Ao confirmar a decisão recorrida, assim se pronunciou o Relator:

Os presentes recursos de reexame necessário e apelação não merecem provimento.

Isso porque o Apelante Estado do Paraná não cumpriu sua obrigação no que concerne à saúde prevista no art. 196 da CF, não merecendo, portanto, qualquer reparo a sentença “a quo”.

Uma vez que alega o Apelante que o infliximab produziria o mesmo efeito do medicamento etanercepte, por um custo menor, faltou ao mesmo fazer prova do alegado, juntando aos autos laudo médico que comprovasse que o infliximab seria adequado para o Apelado, portador de artrite reumatóide desde os dois anos de idade. (...) Pelos documentos juntados pelo autor restou claro que o mesmo sofre da referida doença, em nível de severidade grave, e que após 12 (doze) anos de tratamento, sem o resultado esperado, necessita do medicamento em questão para o seu tratamento, destacando-se para tanto o direito fundamental à vida do cidadão.

Assim, deve o Estado fornecer ao Apelante o medicamento para o tratamento médico prescrito, a fim de ver assegurado ao cidadão o seu direito à saúde e à vida.

Ainda, com o mesmo enfoque, vale verificar o seguinte julgado, também do Tribunal de Justiça do Paraná, em que foi determinado ao Estado o fornecimento de medicamento ao custo de R\$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais) ao mês, a portador de Hepatite B:

Desse modo, não podendo ele pagar pelo remédio, não pode, por força do disposto na Lei Maior, ser privado da assistência médica e medicamentosa, posto que isso trar-lhe-ia graves danos à saúde. De fato, não pode o Poder Público privar-lhe do medicamento,

⁵²⁸ MELLO, Celso de. _____ Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 39, abril-jun 2002, p. 341.

⁵²⁹ TJPR, Apelação Cível nº 283029500, Origem: Vara Cível de Araucária, Acórdão nº 1411, Órgão Julgador 15ª Câmara Cível, Relator Des. Paulo Habith, julg. 28/06/2005[on line] disponível em <http://www.tj.pr.gov.br/consultas/judwin/ListaTextoAcordao.asp?Codigo=283029500&CodigoInt=655837>, acesso em 01.12.2005.

sob pena de ferir-se o comando constitucional de que o Estado deve assegurar aos cidadãos o direito à vida e à saúde.

Oportuno deixar asseverado que, por mais relevantes que sejam as dificuldades orçamentárias dos órgãos públicos ou por mais necessária que seja a regulamentação dos procedimentos do Sistema Único de Saúde, não é possível desrespeitar a Constituição Federal, sob pena de afronta à ordem jurídica, privilegiando-se meros regulamentos e, mais grave ainda, dando-se poderes ao administrador para, sob os mais variados pretextos, descumprir a Lei Maior.

Posições que deixam de considerar – como um todo – a alegação de escassez de recursos, com base exclusivamente na prevalência do direito fundamental social a prestação pode comprometer a racionalidade do sistema, e mesmo gerar um descrédito em relação à eficácia do ordenamento jurídico: se o direito a determinada prestação for judicialmente reconhecido, mas não vem a se realizar na prática, pois inexistem condições materiais para tanto. Esta é posição de Maselli: “impossibilidades fáticas absolutas, há de se admitir, são intransponíveis por categorias deontológicas; sequer o detalhamento exaustivo destas posições jurídicas, por parte do legislador ordinário, poderá deixá-las a salvo do condicionamento econômico. Desta forma, se recursos realmente inexistem, o direito prestacional, por mais importante que seja, não poderá ser implementado”.⁵³⁰

A questão da efetividade dos direitos não é discutida tão somente no âmbito individual, como, por exemplo, o fornecimento de determinado medicamento a um paciente em estado grave. Vale observar como se pronunciou o Tribunal de Justiça do Ceará quando incitado a analisar questão de caráter coletivo. Em julgamento de Ação Civil Pública, decidiu pela possibilidade de sua intervenção na determinação de políticas públicas a serem adotadas pelo Estado, e desprezou as conseqüências orçamentárias em nome da essencialidade do direito à vida, intimamente vinculado ao direito fundamental à saúde.

Tratava-se de ação proposta pelo Ministério Público Federal em face da União, do Estado do Ceará e do Município de Fortaleza, na qual buscou medida liminar para que o Município providenciasse a transferência dos pacientes que estivessem precisando de

⁵³⁰ MASELLI, M. M. Ob. Cit.

atendimento em Unidades de Tratamento Intensivo – UTI, para os Hospitais públicos ou particulares que estivessem aparelhados com esta estrutura; bem como para que o Estado do Ceará e a União tomassem providências no sentido de implementar novos leitos de UTI nos hospitais públicos, a fim de superar a crise do Sistema Único de Saúde naquele Estado, no prazo de 90 dias. Referida decisão liminar foi deferida pelo Juiz Federal João Luís Nogueira Matias, que fixou multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para a hipótese de descumprimento da medida pelos poderes públicos. Diante do não cumprimento da decisão judicial, o Ministério Público Federal recorreu ao Tribunal de Justiça do Estado, buscando a elevação da multa diária, bem como com o objetivo de efetivar a medida, que fosse determinado aos hospitais conveniados ao SUS que recebessem os pacientes à espera dos leitos de UTI na rede pública. Requereu ainda que mesmo os hospitais privados não conveniados com o SUS fossem obrigados a aceitar os pacientes que não pudessem ser absorvidos pelos primeiros, dispensando-lhes o tratamento necessário, de modo que as respectivas despesas deveriam ser cobradas dos poderes públicos.

Depois de averiguar a essencialidade do direito à vida, no caso somente exequível a partir das prestações materiais demandadas com base no direito fundamental à saúde, o Tribunal deferiu o pedido formulado, determinado: 1) que os hospitais conveniados aos USS fossem obrigados a receber os pacientes à espera de leitos em UTI na rede de hospitais públicos, correndo as despesas respectivas à conta dos recursos orçamentários do SUS, mediante apresentação de comprovantes; 2) em não havendo dotação orçamentária suficiente, os hospitais em questão ficaram autorizados a promover a compensação fiscal dos gastos efetuados com tributos federais, estaduais e municipais; 3) se esgotados os leitos nos hospitais conveniados, em ainda havendo demanda por parte dos enfermos, deveriam os hospitais não conveniados abrigar estes pacientes, prestando-lhes o tratamento necessário, correndo as despesas por conta dos cofres públicos, nos termos indicados no item anterior; 4) a Secretaria

de Saúde deveria estabelecer uma central de leitos, de modo a viabilizar o encaminhamento de pacientes aos hospitais com leitos disponíveis; 5) o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza deveriam remanejar ou transferir recursos orçamentários destinados à propaganda institucional do governo para a solução do problema de saúde; 6) o descumprimento das obrigações referidas acarretaria a imediata incidência da multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) aos responsáveis (Ministro da Saúde, Secretário Estadual da Saúde e Secretário Municipal da Saúde), conforme suas atribuições.

Verifica-se que referida decisão concedeu máxima justiciabilidade ao direito à saúde, estendendo sua eficácia (dimensão objetiva dos direitos fundamentais) aos entes públicos responsáveis e mesmo aos particulares. Diante deste quadro, vale verificar os fundamentos apresentados pelo Juiz Federal George Marmelstein Lima:

Atualmente, é reconhecida uma eficácia jurídica máxima a todas as normas definidoras de direito fundamental, inclusive aos direitos sociais, como a saúde. Desse modo, dentro da chamada “reserva do possível”, o cumprimento dos direitos sociais pelo Poder Público pode ser exigido judicialmente, cabendo ao Judiciário, diante da inércia governamental na realização de um dever imposto constitucionalmente, proporcionar as medidas necessárias ao cumprimento do direito fundamental em jogo, com vistas à máxima efetividade da Constituição.

Tem-se entendido, de forma quase pacífica na jurisprudência, que o direito à saúde, consagrado no art. 196, da CF/88, confere ao seu titular (ou seja, a todos) a pretensão de exigir diretamente do Estado que providencie os meios materiais para o gozo desse direito, como, por exemplo, forneça os medicamentos necessários ao tratamento e arque com os custos de uma operação cirúrgica específica...

...

No presente caso, o que se observa através das notícias de jornais apresentadas pelo Ministério Público Federal, é que as autoridades responsáveis estão se esquivando de cumprir a ordem judicial alegando que não possuem recursos para implementá-la. Chega-se a alegar, inclusive, que não há recursos orçamentários previstos para custear o tratamento dos pacientes em hospitais particulares. Essa alegativa é insustentável.

Como já decidiu o Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Pet. 1.246-SC:

“... entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana”.

A postura das autoridades públicas no presente caso é, no mínimo, desumana. Em menos de duas semanas, já morreram 16 pessoas por falta de um tratamento adequado. É preciso, portanto, encontrar soluções criativas...⁵³¹

Verifica-se, portanto, que o magistrado federal reconheceu no direito à saúde, na medida em que imprescindível para a realização do direito à vida, um verdadeiro direito fundamental absoluto, de modo que contra ele não se poderiam erguer argumentos de caráter orçamentário (escassez de recursos) nem de insuficiência normativa (norma programática). Diante desse quadro, em observância da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, foi determinado, tanto aos poderes públicos, quanto aos hospitais particulares, a realização de uma série de prestações necessárias ao atendimento do direito violado, ou ameaçado de violação.

Em todos esses casos, a dimensão do custo recebeu pouca relevância, não tendo sido enfrentada, mas sim afastada sumariamente, como se aspectos econômicos não pudessem interferir na realização do Direito. Todavia, a partir do momento em que o Direito não só prescreve comportamentos, mas também é reflexo das relações sociais e econômicas, desprezar condições de realidade parece um caminho arriscado na efetivação dos direitos fundamentais sociais. Vale observar outras alternativas.

3.5.2.2 A alegada incompetência do Judiciário para decidir a matéria

Conforme relatou Gustavo Amaral, existem julgados – já não tão recentes – em que os tribunais decidiram pela impossibilidade de exigir judicialmente o cumprimento de uma obrigação prevista em direito fundamental a prestação, por revelar invasão na competência do Executivo, e violação do princípio da tripartição dos poderes.

⁵³¹ TJCE, Ação Civil Pública nº 2003.81.00.009206-7, Relator Juiz Federal George Marmelstein Lima, [on line] disponível em www.anpr.org/boletim59/george.htm, em 01.12.2005.

Como exemplo, o autor se refere ao julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que julgando pretensão de vítima da distrofia muscular progressiva de Duchenne, que queria o custeio de tratamento médico nos Estados Unidos, assim se apresentou:

Não há de permitir que um poder se imiscua em outro, invadindo esfera de sua atuação específica sob o pretexto da inafastabilidade do controle jurisdicional e o argumento do prevailecimento do bem maior da vida. O respectivo exercício não mostra amplitude bastante para sujeitar ao Judiciário exame das programações, planejamentos e atividades próprias do Executivo, substituindo-o na política de escolha de prioridades na área de saúde, atribuindo-lhe encargos sem o conhecimento da existência de recursos para tanto suficientes. Em suma: juridicamente impossível impor-se sob pena de lesão ao princípio constitucional da independência e harmonia dos poderes obrigação de fazer, subordinada a critérios, tipicamente administrativos, de oportunidade e conveniência, tal como já se decidiu (...).⁵³²

Neste caso, calcado no princípio da separação dos poderes, o tribunal eximiu-se de deferir a tutela jurisdicional buscada, indeferindo a pretensão levada a juízo.

Em outra situação, o mesmo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deixou de deferir uma pretensão de custeio de uma terapia necessária ao tratamento de doença, pois não caberia ao Judiciário determinar que o Estado realizasse o direito fundamental à saúde de tão somente uma pessoa:

O direito à saúde previsto nos dispositivos constitucionais citados pelo agravante [arts. 196 e 227 da CF/88] apenas são garantidos pelo Estado, de forma indiscriminada, quando se determina a vacinação em massa contra certa doença, quando se isola uma determinada área onde apareceu uma certa epidemia, para evitar a sua propagação, quando se inspecionam alimentos e remédios que serão distribuídos à população, etc. (...) Quando um determinado mal atinge uma pessoa em particular, caracterizando-se, como no caso, num mal congênito a demandar tratamento médico-hospitalar e até transplante de órgão, não mais se pode exigir do Estado de forma gratuita, o custeio da terapia, mas só dentro do sistema previdenciário.⁵³³

No caso acima narrado, o tribunal deixou de prestar a tutela jurisdicional afirmando que não poderia intervir nas políticas públicas adotadas pelo Executivo, de modo que somente se o titular do direito estivesse filiado a um sistema previdenciário que previsse a

⁵³² TJSP, Agravo de Instrumento nº 42.530.5/4, 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Alves Bevilacqua, j. 11/11/1997, *apud* AMARAL, G. Ob. cit., p. 27-28.

⁵³³ TJSP, Agravo de Instrumento nº 48.608-5/4, 9ª Câmara de Direito Público, Relator Des. Rui Cascaldi, julgado em 11.02.1998, p. 2 do voto do relator, *apud* AMARAL, G. Ob. cit. p. 28.

possibilidade de realização deste tratamento, é que o Estado poderia ser compelido a realizá-lo. Além de utilizar como fundamento subliminar a separação dos poderes, a decisão em questão submeteu a eficácia do direito fundamental à saúde à existência de uma estrutura organizacional previamente existente.

Em caso mais recente, foi possível verificar que a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo passou a enfrentar a matéria – não mais utilizando como argumento central a incompetência do Poder Judiciário para determinar a realização de prestações previstas em direitos fundamentais sociais, a serem cumpridas pelo Executivo. Como se depreende da ementa a seguir, a questão central que determinou a negativa da pretensão deduzida em juízo foi precisamente a reserva do possível, no sentido de prévia existência de recursos financeiros suficientes para o atendimento da pretensão:

Apelação Cível - Informação da recorrente de que os exames a serem realizados não existem comercialmente no Brasil - A saúde é uma necessidade social da mesma forma que educação, saneamento básico, erradicação da fome, transporte, segurança, etc. - Cabe ao administrador público atender a todas essas necessidades e muitas outras na visíveis dentro de um universo que sempre resulta em ônus para o Erário - É, como se sabe, o Tesouro não tem condições de suportar todo esse peso que lhe é imposto - É a realidade social do nosso país (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil) - É de ser lembrado que deve haver um equilíbrio entre a obrigação constitucional de fornecimento de medicamento e a previsão orçamentária disciplinada pelo art. 167, incisos I, II e V, da CF/1988 - Deve ser observado o princípio da reserva do possível que consiste na existência prévia de recursos materiais do Poder Público para atendimento das necessidades sociais - Precedente jurisprudencial - Reexame necessário parcialmente acolhido e apelo da ré provido em parte para arredar a realização pelo Poder Público, de exames que não existem comercialmente no Brasil - Apelo adesivo dos autores não provido.⁵³⁴

Neste caso, verifica-se que a reserva do possível foi utilizada em seu sentido exclusivamente econômico para afastar a eficácia dos direitos fundamentais sociais: “existência prévia de recursos materiais do Poder Público para atendimento das necessidades sociais”. Nesta hipótese, não se realiza uma maior investigação a respeito do que teria causado a ausência desses recursos, já que a decisão defende a discricionariedade do poder público na destinação de seus recursos orçamentários.

⁵³⁴ TJSP, Apelação Cível n. 184.346-5/0 [on line] - São Paulo - 9ª Câmara de Direito Público - Relator: Geraldo Lucena - 01.06.05 - V.U.

De qualquer forma, em todas estas decisões, o princípio da separação dos poderes aparece direta ou indiretamente como um empecilho à atuação jurisdicional, na medida em que não caberia ao Judiciário obrigar o Executivo ao cumprimento de determinadas prestações, ainda que constitucionalmente previstas. A realização destas prestações estaria integralmente condicionada à existência de recursos materiais suficientes, e a existência destes recursos estaria fora do alcance do controle jurisdicional. Trata-se de atribuição orçamentária, para a qual o Executivo teria ampla discricionariedade.

3.5.2.3 Decisões tomadas com base na ponderação

Em muitos casos, os tribunais brasileiros têm feito uso do mecanismo da ponderação para aplicar a reserva do possível. Nestas circunstâncias, costumam avaliar a gravidade da prestação requisitada dos poderes públicos para a salvaguarda do direito fundamental em questão, bem como os argumentos apresentados pelo Estado a título de escassez de recursos a fim de julgar pela exigibilidade do direito. Ainda que em alguns casos esta avaliação não seja tão evidente, é possível depreender das posições adotadas que a norma de direito fundamental social foi compreendida como direito subjetivo *prima facie*, com a natureza de um princípio, em relação ao qual podem intervir fatores externos, restrições – como a reserva do possível – que podem reduzir seu âmbito de atuação, minimizando o dever de prestar imputado aos poderes públicos.

A seguir, busca-se fornecer alguns exemplos, a fim de demonstrar como a reserva do possível vem sendo aplicada – ou afastada – na prática.

Em julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta em face do veto presidencial ao § 2º do art. 55 da Lei 10.707/2003, que destinava recursos do orçamento para a realização do direito fundamental à saúde, o Supremo Tribunal Federal

posicionou-se favoravelmente à realização dos direitos fundamentais sociais, em detrimento da reserva do possível, quando presentes determinadas circunstâncias, como a artificialidade da escassez de recursos, e a manipulação da atividade financeira pelo Estado em detrimento da realização dos objetivos constitucionais. Apesar de julgar prejudicada a arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da superveniência da Lei 10.777/2003, que suprimiu o veto atacado, o acórdão enfrentou o mérito da questão, e o Ministro Celso de Mello assim se posicionou:

... Não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de Segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Min. Celso de Mello) – sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.

...

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (Stephen Holmes/ Cass Sunstein, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de Segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

...

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna, e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.⁵³⁵

Depreende-se do acórdão a interpretação da reserva do possível como uma autêntica restrição à eficácia dos direitos fundamentais sociais, demonstrando o posicionamento favorável do Supremo Tribunal Federal à teoria externa das restrições. Além disso, a reserva do possível em si foi analisada sob dois aspectos: a dimensão do custo dos direitos fundamentais sociais, que reconhecidamente oneram o poder público, e por isso deve ser tratada com cautela; e a questão da razoabilidade da pretensão deduzida em juízo.

Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal não distingue tecnicamente entre razoabilidade e proporcionalidade, de modo que seus acórdãos muitas vezes utilizam os termos indistintamente para justificar a ponderação dos bens jurídicos e princípios em conflito. É o que se verifica no presente caso.

Em um primeiro momento, a “razoabilidade da pretensão” parece não se identificar imediatamente com a proporcionalidade em seus três aspectos, adequação,

⁵³⁵ STF, ADPF 45 MC/DF, Relator Min. Celso de Mello, 29/04/2004, [on line], disponível em <http://www.interessepublico.com.br/content/noticias.asp?id=8855>, acesso em 10/09/2005.

necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, mas sim, com a ponderação racional entre meios e fins, ou seja, uma noção mais restrita, como foi observado no Capítulo II. Neste caso, o Tribunal ponderou a justiça do fim almejado pelo titular do direito – a dotação orçamentária necessária à realização dos direitos fundamentais sociais – e os meios por ele apresentados para a consecução deste fim – a derrubada do veto presidencial. Em havendo adequação e justiça nesta pretensão, o Tribunal a reconheceu como “razoável”.

Todavia, é possível verificar que na medida em que o Tribunal ponderou a legitimidade democrática do Executivo e do Legislativo para a criação da lei do orçamento, bem como a própria alegação de escassez de recursos em si, foi colocado do outro lado da balança a fundamentalidade dos direitos sociais, seu peso, enquanto princípios, necessários à concretização da dignidade da pessoa humana, do direito à vida. Neste sentido, a alocação de recursos para fins diversos daqueles enumerados como primordiais pelo próprio texto constitucional (e dentre eles, a realização dos direitos fundamentais) seria “irrazoável”. Aqui é possível verificar uma ponderação semelhante àquela que se realiza no terceiro momento da aplicação da proporcionalidade – a proporcionalidade em sentido estrito.

Finalmente, mesmo a noção de necessidade foi analisada pelo Tribunal neste caso, na medida em que considerou necessária a intervenção do Judiciário mesmo em matéria de políticas públicas sempre que o Estado faltasse com suas obrigações constitucionais, como uma prerrogativa do sistema de freios e contrapesos instituído pelo princípio da separação dos poderes. Nestas condições, a “razoabilidade da pretensão” foi observada também sob o prisma na necessidade: era necessária a intervenção do Estado neste caso, como meio menos gravoso possível para a legitimidade democrática dos demais poderes constituídos, tendo em vista o direito fundamental colocado em risco?

Assim, se “razoável” a pretensão jurídica, é necessária a presença de recursos a fim de tornar viável a prestação buscada dos poderes públicos. Com relação a este aspecto, o

Supremo Tribunal Federal parece ter feito uma análise mais superficial: “comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política”.

Deste modo, a questão da escassez ficou submetida à demonstração inequívoca em juízo, como um ônus probatório do Estado a fim de justificar a inexecução da prestação prevista no direito fundamental. Esta questão não foi diretamente enfrentada no acórdão sob exame, de modo que o Supremo Tribunal Federal tão somente advertiu que a escassez não poderia ser “manipulada” pelo Estado através das alocações de recursos à revelia dos objetivos constitucionais, nem poderia a reserva do possível ser invocada “com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”.

Vale destacar que a posição do Supremo Tribunal Federal ora apresentada não diz respeito à realização tão somente do direito fundamental à saúde (direito mais ligado à realização do direito à vida), mas também se verifica quando posta em questão a efetivação de outros direitos fundamentais sociais, como o direito à educação. Em julgado recente, proferido em 26 de outubro de 2005, o Ministro Celso de Mello teve oportunidade de se manifestar favoravelmente à imputação de obrigação material ao Estado a fim de matricular uma criança de 6 (seis) anos de idade em creche pública. O descumprimento, pelo Estado, desta obrigação constitucional foi reconhecido como inconstitucionalidade por omissão, a justificar a intervenção judicial. Ponderando a fundamentalidade do direito à educação para a plena realização do ser humano, o Supremo Tribunal Federal afastou a alegação de escassez de recursos (reserva do possível). Esta, entretanto, não chegou a ser efetivamente ponderada – não se enfrentou a real inexistência de recursos necessários à implementação da medida,

possivelmente porque o Estado não se desincumbiu de seu dever de demonstrá-lo – mas sumariamente afastada diante da imprescindibilidade da realização do direito:

Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que os Municípios – que atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandado constitucional juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se de atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.⁵³⁶

Recentemente, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina voltou a ser provocado para se manifestar sobre o direito à saúde (o acórdão relatado por Gustavo Amaral a respeito da vítima de distrofia de Duchenne era de 1997). No julgamento da Apelação Cível nº 04.022858-9, o relator Des. Francisco Oliveira Filho determinou que o Estado de Santa Catarina fornecesse um medicamento excepcional denominado Tacrolimus (Prograf), único capaz de tratar a grave doença renal de que era portadora a requerente (glomuruloesclerose focal e segmentar), confirmando decisão proferida em primeiro grau. O custo do medicamento era R\$ 2.000,00 (dois mil reais) e não poderia ser suportado pelo paciente.

Após ter afastado as alegações veiculadas pelo Estado no sentido de que o direito fundamental à saúde previsto na Constituição carecia de regulamentação legal, o Tribunal Estadual manifestou-se sobre a reserva do possível:

Melhor sorte não resta ao apelante quando sustenta que a canalização de recursos para um caso isolado fere os planos orçamentários previamente estabelecidos. Sob esta ótica, tem-se que a limitação dos recursos públicos passa a ser observada como uma barreira real à efetivação dos direitos ditos prestacionais. Enfim, a concretização dos direitos dependentes da atuação do Estado estaria limitada pela reserva do possível.

...

Ó certo é que a questão da disponibilidade orçamentária se perfaz relevante, contudo, a doutrina mais moderna, como a de Robert Alexy e Ingo Wolfgang Sarlet, aduz que nas situações em que a invocação da reserva do possível (para obstar a concretização dos direitos sociais) ir de encontro ao bem maior da vida, há que se refutar a barreira financeira e fazer prevalecer a manutenção da dignidade da pessoa humana, podendo até haver imposição ao Estado a fim de realizar prestação, mediante via judicial.

Logo, em casos como este, em que interesses e direitos parecem colidir (de um lado o interesse financeiro estatal e, de outro, a preservação da vida), é preciso analisá-los e

⁵³⁶ STF, Recurso Extraordinário 436.996-6, São Paulo, Relator Ministro Celso de Mello, [on line] disponível em http://conjur.estadao.com.br/static/text/39363?display_mode=print, acesso em 29/11/2005.

sopesá-los, elevando o valor maior. No caso, não há dúvida, que o direito à saúde e, portanto, à vida deve prevalecer.⁵³⁷

Verifica-se que o Tribunal fez uso do mecanismo da ponderação de princípios e bens jurídicos para analisar a questão da escassez de recursos, atribuindo peso maior à realização do direito fundamental à saúde, como corolário do direito à vida, em detrimento do “interesse financeiro estatal”. Todavia, é válido ressaltar, esta escassez de recursos foi analisada enquanto óbice orçamentário à realização do direito, e não como escassez essencial (inexistência de recursos). De fato, no caso em exame, ficaria difícil conceber que o Estado de Santa Catarina não poderia dispor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) por mês para o custeio de um medicamento essencial à manutenção da vida de um cidadão. Logo, o que estava em pauta não era propriamente a escassez, mas sim uma escolha orçamentária dos poderes públicos. E, como se depreende do acórdão, esta escolha deveria se pautar pelos fins constitucionais.

Esta circunstância de escassez artificial de recursos foi analisada também pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento de agravo de instrumento interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul contra decisão proferida liminarmente pelo juiz Breno Beutler Junior, em Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público em favor de menor vítima de paralisia cerebral, na qual havia sido compelido ao fornecimento de tubo de gastrostomia (button) em 72 (setenta e duas) horas, sob pena de multa de R\$ 100,00 ao dia, pois o menor corria risco de vida.

Ao analisar a questão da reserva do possível, assim se pronunciou o Tribunal:

Notadamente em relação à hipótese versada nos autos, o Estado negou o fornecimento do tubo de gastrostomia por se tratar de material fornecido apenas aos portadores de fibrose cística, conforme acordo firmado entre a Secretaria da Saúde e o Ministério Público (fls. 44/45, 46).

Embora não tenha sido juntada cópia do acordo que fundamentou a negativa, não se mostra crível aceitar que os termos deste acordo foram voltados à contemplação de apenas um único grupo de pacientes – os portadores de fibrose cística. Certamente não foi

⁵³⁷ TJSC, Ap. Cível nº 04.022858-9, Relator Des. Francisco Oliveira Filho, Blumenau, Decisão 05.10.2004, [online] disponível em http://tjsc5.tj.sc.gov.br/consultas/jurisprudencia/tjsc/jurisprudencia_documentojsp?corH=FF00008p_id=AAAOsIAAsAAAFneAA&p_query={azybwkg443}, em 01/12/2005., acesso em 29/11/2005.

esta a intenção das autoridades ao se depararem com o assunto, já que o direito à saúde – inserido no direito fundamental à prioridade absoluta às crianças e aos adolescentes – deve sempre pautar as ações do Estado nesta área.

Não se pode inviabilizar o direito das crianças e adolescentes à saúde por meio de entraves processuais, devendo ser garantido o amplo acesso ao judiciário e a plena possibilidade de alcançar os entes responsáveis pela ineficácia no sistema de saúde.

Ora, convém ressaltar que a Administração Pública é pautada pelo princípio da eficiência, baseado na desburocratização e na melhor utilização possível dos recursos públicos, visando à satisfação do bem comum.

Não se está a falar de normas programáticas, vez que os direitos fundamentais relacionados com a saúde possuem aplicabilidade imediata, consoante o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal. Logo, aplicar o direito é torná-lo efetivo, de modo a vincular, em última instância, o Poder Judiciário. Negada pela Administração Pública, pelo Legislativo ou pelos particulares a sua aplicação, cumpre ao Judiciário decidir pela imposição de sua pronta efetivação.

Importante frisar que o direito à saúde encontra-se intrinsecamente ligado ao direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à assistência social, não podendo ser impossibilitado por percalços administrativos e processuais.

Assim, é, que a invocada “teoria da reserva do possível”, que tem como pressuposto a não-imposição, ao ente público, do atendimento daquilo que não é razoável, cede diante de situações como a que ora é discutida, onde além de ser garantida a prioridade absoluta à criança, suas condições especiais em função da paralisia cerebral justificam a relevância e urgência do equipamento pleiteado.

Tanto é verdade que se mostram temerárias as considerações do laudo médico elaborado pela equipe de consultores da Secretaria Estadual da Saúde (fls. 14/15), e nas quais se baseou o agravante para justificar a ausência de necessidade urgente da medida, já que elas foram feitas com base em mera bibliografia, sem levarem em conta as reais condições de Filipe.

Portanto, e porque não contestada de forma idônea a prescrição dos médicos do infante que o examinaram diretamente, não há motivos para que seja revogada a determinação imposta ao Estado do Rio Grande do Sul, em fornecer à criança o tubo de gastrostomia de que tanto necessita.⁵³⁸

Neste caso, o Tribunal não foi confrontado com a escassez fática essencial de recursos, mas sim eventual escassez jurídica – o Estado não estaria legalmente autorizado a fornecer o aparelho necessário ao tratamento da vítima da paralisia cerebral. Dentro deste contexto, a reserva do possível foi afastada na medida em que a prestação material do Estado mostrou-se essencial para a preservação do direito à saúde e do direito à vida, bem como não foi demonstrada a incapacidade real para o cumprimento da obrigação. Aqui, a reserva do possível foi analisada como índice de razoabilidade (o que se pode razoavelmente exigir do

⁵³⁸ TJRS, Agravo de Instrumento nº 700101134062, Sétima Câmara Cível, Relator Des. José Carlos Teixeira Giorgis, Origem: Porto Alegre, Decisão 22.07.2005,[on line] disponível em http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/exibe_documento.php?ano=2005&codigo=410983, acesso em 01/12/2005.

Estado e da sociedade), bastante próxima de sua origem no acórdão *numerus clausus*, da Alemanha.

Outra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que merece ser mencionada foi a proferida pelo Desembargador Araken de Assim, no julgamento de agravo de instrumento interposto pelo Município de São Borja em face de decisão proferida pelo Juiz Daniel Henrique Dummer, em antecipação de tutela que determinou o fornecimento do medicamento Eritropoetina Recombinante Humana, necessário à sobrevivência de pessoa que não dispunha dos recursos necessários à sua aquisição. Neste caso, a ponderação se fez bastante presente, na medida em que foi confrontado o interesse do particular que exigiu prestação estatal para ver garantido seu direito à saúde e à vida, com a possibilidade de se exigir do Estado esta pretensão, em face da obrigação assumida pelo ente público para com todos os cidadãos (e não apenas um cidadão enfermo), de modo que o atendimento de um poderia impossibilitar o atendimento de todos os demais:

Impõem-se algumas considerações acerca da questão do fornecimento de medicamentos na órbita do direito público e no seu contexto. Não há dúvida que, a partir do art. 196 da CF/88, o Estado obriga-se a prestações positivas na área da saúde. No entanto, os recursos orçamentários são escassos e hão de ser harmonizados, de resto, com outras prioridades. Por exemplo, alto e bom som se proclama a prioridade do atendimento aos menores, quanto à educação. Perante problema análogo, embora muito menos grave ante o poderio econômico do País, a prestigiosa Corte Constitucional Alemã (*Bundesverfassungsgericht*) desenvolveu a teoria da “reserva do possível”. Na verdade, trata-se do princípio da realidade, algo esquecido nos dias atuais, segundo o qual não se pode pretender o impossível.

Em tela, bem nota-se a ligeireza que os interesses em conflito foram tratados, descuidando o referido princípio. Não há prova alguma de que a agravada, realmente, necessite dos medicamentos indicados na inicial, e na posologia prescrita, exceto a opinião de seu médico assistente. Mas, qual o valor dessa prescrição? A única lealdade desse médico é com o seu paciente. Daí, para ela pode pretender o impossível: medicamentos não fornecidos pela rede pública, ou de preço muito elevado, ou sequer ainda aprovados pelo Ministério da Saúde. Também pode ter a preferência por algum laboratório em especial, ou em relação a alguma marca, em detrimento do mesmo fármaco genérico, confeccionado no laboratório estatal.

Conceder a antecipação de tutela, com tais questões em aberto, não equaciona, máxima vênia, todos os valores constitucionais envolvidos. O Estado do Rio Grande do Sul não se obrigou apenas perante a agravada, nem a Constituição o obriga a prestar tratamento de excelência somente a ela, e aquinhoá-la com o impossível, olvidando todos os demais cidadãos. É preciso buscar, simultaneamente, dois objetivos convergentes perante a Constituição: o atendimento ao necessitado e a economia de meios. Esta última

é essencial para que, resolvido o caso particular da agravada, sobre recursos para os demais necessitados.

É preciso, neste assunto, o mais delicado equilíbrio, pois se trata de uma questão de direito pública. Em litígios dessa espécie, que envolvem a classificação de alguém em concurso público à concessão de vantagens pecuniárias a um servidor, o acolhimento da pretensão de quem vai a juízo produz efeitos reflexos e colaterais de vulto. Por exemplo, gastar todo o orçamento do Estado com apenas um paciente (simples hipótese) implicará o abandono de todos os demais; arredondar a nota de um candidato para ele alcançar a média do concurso, e, conseguintemente, aprová-lo, significará a exclusão do último colocado, que obteve a média sem o “arredondamento” do ativismo judicial; conceder uma gratificação ao servidor importará a concessão a todos, em nome do princípio da isonomia, e o aumento dos gastos públicos, em prejuízo dos demais serviços reclamados pela sociedade; e assim por diante. Esses efeitos reflexos precisam ser considerados e resolvidos em qualquer litígio de direito público.

Se parece natural que a Defensoria Pública e os advogados, no desempenho dos seus misteres, não se ocupem dessas questões, veiculando tão-só a pretensão do “cliente”, sem nenhum filtro prévio, já não pode assim decidir o órgão judiciário. Em última análise, cumpre avaliar a prescrição médica no ambiente do contraditório e da prova judicial.

Em outras palavras, nada tem de automático, assentada a premissa que a agravada tem o direito, em tese, o julgamento dessas pretensões, a partir de prova produzida pela parte, que repousam em árduas questões de fato e, sobretudo, técnicas. E aqui calha lembrar que a prova inequívoca apta a confortar a antecipação de tutela não é a mesma exigida para amparar um juízo de procedência.

...

Todavia, a despeito da proibição legal, que estimo constitucional e adequada à liberdade de atuação da Administração, no caso, indeferir a antecipação implicaria pôr em risco o direito à vida, que se sobrepõe a qualquer outro direito (...). É verdade que há risco de irreversibilidade na medida, pois a agravada poderá morrer, em virtude de suas enfermidades e, de qualquer modo, o consumo da medicação já torna impossível o retorno ao estado anterior. Assim, caracteriza-se o *periculum in mora* inverso; mas, é tão grave e contrário o próprio *periculum in mora*, que o primado do direito à vida supera restrições legais.

Convém distinguir a espécie, em que está em jogo o direito à vida e pretensão a ações positivas do Estado, na área da Saúde, consoante o art. 176 da CF/88.

A doutrina brasileira jamais se rendeu ao caráter absoluto de tais proibições, defendendo a aplicação do princípio da proporcionalidade e o sacrifício do interesse menos relevante (ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Da antecipação de tutela no processo civil*, nº 45, p. 61). É a velha opção entre prover ou perecer, no qual o perecimento afetará a vida humana.

Nesta contingência, nenhuma hesitação é admissível ou razoável. Cabe ao órgão judiciário, tutelando o direito à vida e à saúde (art. 196 da CF/88), sacrificar o direito patrimonial contraposto. Não se cuida de negar vigência àquelas normas legais, que proíbem a antecipação, mas interpretá-las à luz da Constituição.⁵³⁹

Assim, muitos são os julgados em que a reserva do possível é confrontada com a realização de um direito fundamental social. Ao que parece, a dimensão de realidade relacionada ao custo dos direitos não tem mais sido desconsiderada pelos tribunais, os quais

⁵³⁹ TJRS, Agravo de instrumento nº 70011342300, Quarta Câmara Cível, São Borja, Relator Des. Araken de Assis, decisão 25.05.2005, [on line] disponível em http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/exibe_documento.php?ano=2005&codigo=312338, acesso em 01.12.2005.

têm ponderado as alegações trazidas pelos poderes públicos. Nesta ponderação, avalia-se de um lado a essencialidade do direito, e do outro, as alegações trazidas pelos poderes públicos no sentido de que a realização das prestações materiais restaria impossibilitada em virtude da escassez de recursos financeiros.

Verifica-se que na jurisprudência brasileira, a reserva do possível passou a significar a reserva do financeiramente possível, ou seja, a existência de valores disponíveis nos cofres públicos e com previsão orçamentária para serem gastos precisamente pelo fim determinado em juízo, ou seja, a realização do direito fundamental social. Neste sentido, chama a atenção a artificialidade desta escassez, na medida em que ela é, na maior parte dos casos, uma escassez decorrente da escolha feita pelos poderes públicos a respeito da alocação de recursos.

Em última análise, quando se trata de reservas financeiras, parece inadequado tratar-se de uma absoluta escassez de recursos, como pregam alguns autores, ao mencionar que os recursos são, em um primeiro momento, escassos, e por isso eles são alocados para fins diversos. Não se pode deixar de considerar – sem querer contrapor em sua totalidade a premissa de que não há recursos financeiros suficientes para satisfazer os objetivos de todos os cidadãos brasileiros – que muitas vezes esse caminho pode ser visto sob um outro prisma: em virtude de determinadas escolhas feitas pelos poderes públicos, manifesta-se a escassez para o atendimento de certos direitos.

É certo que esta questão não se resume a argumentos absolutos. Diante de um caso concreto, o magistrado que se dispõe a ponderar os bens jurídicos, interesses e direitos em conflito, não pode partir de premissas absolutas como “a reserva do possível não pode ser utilizada como argumento para o descumprimento de obrigações constitucionalmente veiculadas”. Se por um lado a reserva do possível não deve ser tida como um dado

incontestável, também seu afastamento não pode prescindir de uma fundamentação consistente.

Nesse sentido, surge a necessidade de se averiguar quais os limites que se podem impor à aplicação da reserva do possível enquanto restrição aos direitos fundamentais sociais. Este é o tema do próximo e derradeiro Capítulo.

CAPÍTULO IV

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

4.1 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO NA ATUALIDADE

O alcance da reserva do possível compreendida como restrição dos direitos fundamentais sociais só pode ser definido a partir do momento em que se estabelece o alcance da vinculação dos poderes públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário) a estes direitos. Para tanto, faz-se necessário retomar os conceitos de perspectiva subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, traçados no Capítulo I, a fim de verificar até que ponto o conteúdo das normas jusfundamentais correspondentes pode determinar o comportamento do Estado.

Segundo a perspectiva subjetiva, os direitos fundamentais implicam o poder de seu titular exigir judicialmente a conduta estatal prevista na norma. Os direitos fundamentais sociais têm uma perspectiva subjetiva que deve ser compreendida juntamente com a teoria dos princípios. Dessa forma, a maioria dos direitos fundamentais sociais, *a priori*, concedem posições jurídicas subjetivas, que poderão se tornar definitivas a partir do processo de ponderação. Este processo de ponderação abará todo o tipo de direito, interesse ou princípio contrário, e mesmo restrições não normativas, como a reserva do possível. Existem também direitos fundamentais sociais que se aproximam da modalidade normativa das regras, de modo que as posições subjetivas por eles instituídas devem ser reconhecidas como definitivas – a não ser que esteja presente alguma restrição à sua eficácia, como, por exemplo, a reserva do possível.

Já a perspectiva objetiva relaciona os direitos fundamentais sociais com o núcleo axiológico da Constituição, fazendo referência aos valores considerados primordiais pela sociedade. Sempre que estes direitos são negligenciados pelos poderes públicos, os valores que eles representam são violados, o que pode gerar – e muitas vezes de fato gera – um sentimento de injustiça na sociedade, que pode desencadear desde protestos públicos até ações judiciais em massa. Além desta dimensão axiológica, não se pode deixar de reconhecer a eficácia dirigente de uma constituição que preveja estes direitos, a qual vincula a atuação dos poderes públicos no sentido de determinar não só respeito a estes direitos, como também sua promoção, através da criação de estruturas institucionais e procedimentos necessários à sua efetivação.

Ainda, de especial importância para se compreender a relação entre direitos fundamentais sociais e reserva do possível é a dimensão hermenêutica desencadeada pela perspectiva objetiva, segundo a qual toda norma deve ser interpretada a partir do prisma substantivo destes direitos fundamentais (filtragem constitucional). Assim, uma norma relacionada com a matéria dos direitos fundamentais sociais, ainda que infraconstitucional (como a lei do orçamento), deverá ser compreendida no sentido de lhes atribuir a maior efetividade possível. Por outro lado, se norma ou ato administrativo for contrário ao conteúdo jusfundamental, a filtragem constitucional, relacionada à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, também produz o efeito de cobri-lo de nulidade.

Por derradeiro, vale lembrar a eficácia protetora que os direitos fundamentais emanam a partir de sua dimensão objetiva, no sentido de que incumbe ao Estado não apenas deixar de interferir negativamente na realização dos direitos fundamentais sociais, não só adotar políticas públicas voltadas para a sua realização, mas, ainda, proteger o seu exercício, seja reprimindo atuação de particulares que causem empecilhos à realização destes direitos, seja controlando a atuação do próprio Estado. Neste sentido, verifica-se uma conexão entre

esta particularidade da dimensão objetiva e o próprio princípio da separação dos poderes, na medida em que ela legitima o sistema de “freios e contrapesos”, um poder controlando a atuação do outro com base nos parâmetros traçados constitucionalmente.

A reserva do possível, como já tivemos oportunidade de asseverar, pode ser compreendida como verdadeira restrição – enquanto condição de realidade – à efetivação dos direitos fundamentais sociais. Nesta qualidade, sua aplicação está relacionada mais de perto com a atuação da Administração Pública, que costuma utilizá-la como fundamento para a impossibilidade de realização de certas políticas públicas destinadas à realização dos direitos fundamentais sociais, ou mesmo para a adoção de certos atos concretos, prestações específicas, capazes de satisfazer pretensões deduzidas judicialmente com base nestes direitos. Assim, a reserva do possível é uma condição de realidade que justificaria a mitigação das obrigações outorgadas ao Executivo voltadas para a realização dos direitos fundamentais sociais.

A discussão de sua aplicação – e o alcance desta aplicação – costuma ser travada no palco das lides judiciais, seja envolvendo de um lado um particular em busca da efetivação de determinado direito social, e do outro, o Estado obrigado pela norma jusfundamental, seja envolvendo a eficácia destes direitos sociais em uma dimensão mais coletiva, na qual costuma ser parte o Ministério Público.

A presente seção abordará o tema da vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais sociais, especialmente tratando da normatividade da Constituição Federal na atualidade. Há que se enfrentar se a teoria da Constituição Dirigente desenvolvida por J. J. Gomes Canotilho permanece em vigor, e quais suas especificidades para o caso brasileiro. Em outras palavras, se faz necessário verificar até que ponto os poderes públicos têm sua atuação necessariamente pautada pelas normas constitucionais, e qual o alcance desta vinculação no Estado Democrático de Direito desenhado pela Constituição Federal de 1988.

4.1.1 O apedrejamento da Constituição Dirigente

É inegável a influência que a Constituição Portuguesa de 1976 exerceu sobre o constitucionalismo brasileiro, especialmente na elaboração da Constituição Federal de 1988, seja na positivação de direitos fundamentais sociais, seja na adoção de um princípio de Estado de Direito Social e Democrático que informa (ou procura informar) a atuação do Governo nas matérias que tocam mais de perto os cidadãos. Neste diapasão, a doutrina da Constituição Dirigente, idealizada por J. J. Gomes Canotilho ascendeu luzes de esperança no constitucionalismo pátrio, bastante desgastado com a negligência com a qual especialmente o Executivo e o Legislativo costumavam tratar o texto constitucional – sobretudo na época da ditadura militar, em que atos institucionais antidemocráticos estavam acima da Constituição.

Segundo a noção de Constituição Dirigente pregada por Canotilho – absorvida pela doutrina brasileira, como se depreende da obra de Paulo Bonavides, Luís Roberto Barroso, Clèmerson Merlin Clève, Lênio Luís Streck, dentre tantos outros – a Constituição passou a ser “norma diretiva fundamental, que dirige aos poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização dos valores constitucionais”.⁵⁴⁰ A doutrina da Constituição Dirigente provocou a superação da noção de Constituição programática, sem eficácia vinculante, e determinou uma inversão paradigmática da interpretação das normas constitucionais: elas passaram a ser o fundamento das normas infraconstitucionais, as quais deveriam ser lidas e interpretadas à luz da Constituição, e não o contrário.⁵⁴¹

Todavia, em releitura recente de sua própria obra, Canotilho modificou seu entendimento causando estranheza e consternação àqueles que utilizavam suas lições para

⁵⁴⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, p. 101.

⁵⁴¹ Esta, aliás, é uma das facetas da perspectiva objetiva anteriormente apresentada: a dimensão hermenêutica das normas constitucionais, especialmente aquelas definidoras de direitos fundamentais.

pregar a efetividade constitucional: proclamou de forma enfática que a Constituição Dirigente estava “morta”:

Em jeito de conclusão, dir-se-ia que a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de *abertura* do direito constitucional ao *direito internacional* e aos *direitos supranacionais*. Numa época de cidadanias múltiplas e de múltiplos de cidadania, seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da constituição erguendo-se à categoria de “linha Maginot” contra invasões agressivas dos direitos fundamentais.⁵⁴²

Segundo Canotilho, o constitucionalismo deveria deixar seu “autismo nacionalista e patriótico” para se conscientizar da existência de outros mundos, de modo que projetos emancipatórios não poderiam ser implementados à revelia da situação vivida pelos demais países do globo.⁵⁴³ O Direito Constitucional teria deixado de ser uma disciplina dirigente, capaz de provocar modificações no campo do direito e na própria sociedade, para tornar-se uma disciplina dirigida, desconectada do seu anterior centro jurídico-político. Ele deveria se adaptar “aos esquemas regulativos das novas ‘associações abertas de estados nacionais abertos’”.⁵⁴⁴

Especialmente com relação à conexão entre a Constituição e as tarefas outorgadas ao Estado, a nova tese de Canotilho se posiciona segundo um dirigismo material ténue, de conteúdos essenciais. Neste diapasão, não caberia à Constituição fixar políticas públicas e incumbi-las ao Estado, mas tão somente traçar seus fins e seus objetivos. Especificamente tratando dos direitos sociais, assim se pronunciou Canotilho:

... sempre entendemos que o livre desenvolvimento da personalidade e a defesa da dignidade da pessoa humana postulam ética e juridicamente a positivação constitucional dos chamados “direitos sociais”. Mas uma coisa é recortar juridicamente um catálogo de direitos da terceira geração e, outra, fazer acompanhar a positivação dos direitos de um complexo de imposições constitucionais tendencialmente conformadoras de *políticas públicas* de direitos econômicos, sociais e culturais. Assim, e para dar um exemplo, se é para nós indiscutível a consagração constitucional de um direito de acesso a todos os graus de ensino, já é problemático plasmar na constituição a “gratuidade” do acesso a

⁵⁴² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. XXIX.

⁵⁴³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente ...*, p. XI.

⁵⁴⁴ Idem, p. X, XII, e *Apud* STRECK, L. L. Ob. cit., 117.

todos os graus de ensino, não só porque isso pode regidificar demasiadamente a política pública de ensino, mas também porque pode lançar a constituição nas querelas dos “limites do estado social” e da “ingovernabilidade”.⁵⁴⁵

Além disso, Canotilho também criticou a noção de aplicabilidade imediata das normas constitucionais, ressaltando que esta noção não poderia ser veiculada de forma dogmática (incontestável) e totalizante, pois havia normas que necessitavam da complementação legislativa, e este fator não poderia ser simplesmente negligenciado.⁵⁴⁶

Para Canotilho, a Constituição deveria se ater ao fornecimento das “exigências constitucionais mínimas (*constitucional essential*, nas palavras de Rawls), ou seja, o complexo de direitos e liberdades definidoras das cidadanias, pessoal, política e econômica e intocáveis pelas maiorias parlamentares”.⁵⁴⁷

Esta nova posição gerou muita discussão na doutrina, a ponto de se convidar o professor de Coimbra a prestar esclarecimentos sobre seu novo entendimento⁵⁴⁸. Nesta oportunidade, Canotilho explicou que ainda reconhecia “algumas dimensões de programaticidade: o legislador não tem absoluta liberdade de conformação, antes tem de mover-se dentro do enquadramento constitucional”.⁵⁴⁹ Todavia, segundo sua nova visão, a dimensão de direção da atuação do Estado nacional mediante a previsão de políticas públicas (ou seja, a liberdade de conformação do administrador) merecia uma nova leitura. Na medida em que regulamentos internacionais tinham o poder e o alcance de influenciar as relações

⁵⁴⁵ CANOTILHO, J. J. G. *Constituição Dirigente ...*, p. XX.

⁵⁴⁶ CANOTILHO, J. J. G. *Constituição Dirigente ...*, p. XV, XVI. Lênio Luiz Streck aprofundou esta análise, reportando-se a uma observação de Canotilho especificamente voltada para o caso brasileiro, na medida em que criticou a “acrítica transferência do princípio da aplicabilidade imediata consagrado no art. 5º, § 1º, da Constituição brasileira, a todos os direitos e garantias fundamentais de forma a abranger indiscriminadamente os direitos sociais consagrados no Capítulo II.” STRECK, L. L. *Jurisdição Constitucional...*, p. 118. Esta crítica encontra firme resistência na doutrina brasileira, como se depreende do entendimento manifestado por Ingo Wolfgang Sarlet, em *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 260 e ss.

⁵⁴⁷ CANOTILHO, J. J. G. *Constituição Dirigente ...*, p. XXI.

⁵⁴⁸ Esta demanda por esclarecimentos gerou a I Jornada sobre a Constituição Dirigente, em Curitiba, evento que mais tarde gerou a publicação da obra *Canotilho e a Constituição Dirigente*, organizada por Jacinto de Miranda Coutinho, e publicada pela Renovar, em 2002.

⁵⁴⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. (Org.) *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 15. Trata-se da resposta de Canotilho à indagação formulada por Eros Roberto Grau.

sociais e jurídicas travadas no âmbito interno, o Estado não poderia ficar aprisionado a programas políticos previamente estipulados pelo texto constitucional.

É certo que as críticas traçadas por Canotilho ao dirigismo constitucional devem ser contextualizadas com o momento sócio-político atualmente vivido por Portugal – bastante distante daquele vivido pelos portugueses quando da promulgação da Constituição de 1976. De fato, atualmente não haveria mais que se falar em programas emancipatórios para a construção do socialismo⁵⁵⁰, como então pregava aquele texto constitucional, especialmente dentro de um contexto de União Européia, em que se verifica a necessidade de uma certa identidade político-econômica entre seus países membros.

Contudo, sua nova posição – alcunhada de Canotilho II⁵⁵¹ – parece não se adequar à situação sócio-político-econômica vivida pelo Brasil, de modo que a nova teoria não poderia ser simplesmente “importada” sem a devida cautela. Críticas são necessárias, especialmente se voltadas à construção de uma doutrina dogmático-emancipatória adequada às particularidades brasileiras, como se passa a analisar.

4.1.2 Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia

Em análise crítica das novas teses esboçadas por Canotilho, Lênio Luiz Streck buscou resgatar uma teoria de constituição dirigente – por certo não aquela elaborada por Canotilho em 1982, mas outra, que mantém sua base material e sua responsabilidade por “constituir-a-ação” do Estado em países nos quais as promessas da modernidade não se realizaram.

⁵⁵⁰ Referida norma foi retirada do texto constitucional em revisão posterior.

⁵⁵¹ STRECK, L. L. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, p. 122.

Ainda que a Constituição não possa ser vista como um regulamento totalizante da vida em sociedade, como fundamento último de toda atuação estatal e social⁵⁵², ela não pode perder seu caráter dirigente, constituidor e, de certa forma, programático. Não se trata da proteção até as instâncias finais do sujeito tal como concebido no paradigma da filosofia do sujeito, individualista, autônomo e liberal (e é neste sentido que Streck mostra-se de acordo com Canotilho quando este prega que a Constituição deve ser lida segundo o paradigma da intersubjetividade, e não segundo o paradigma do sujeito, pois não há um sujeito só – o Estado ou o povo – capaz de implementar sozinho as políticas públicas necessárias à concretização dos direitos plasmados no texto constitucional). Trata-se, isso sim, da “proteção e implementação dos direitos fundamentais-sociais até então (e no Brasil até hoje) sonegados pelo paradigma liberal-individualista-normativista”.⁵⁵³

A nova teoria constitucional elaborada por Canotilho recebeu forte influência da teoria sistêmica, segundo a qual a normatividade da Constituição não poderia invadir outros sistemas sociais, como o econômico ou o político, de modo que a noção de Constituição enquanto centro irradiador de valores por todo o ordenamento jurídico, e em última análise, como condicionante da atuação dos membros da sociedade restou comprometida.⁵⁵⁴ Entretanto, o próprio professor de Coimbra fez questão de esclarecer, no texto “O Estado

⁵⁵² Segundo a explicação de Streck, “Enquanto matriz privilegiada de sentido do ordenamento, que une o político e o jurídico, a Constituição é o espaço (enquanto ‘como se’) onde se ‘fundamenta’ o sentido jurídico. Ocorre que esse sentido ‘fundante’ acontece – e, portanto, se dá – a partir de uma manifestação prévia, no interior da qual já existe um processo de compreensão. *A Constituição, assim, funda, sem ser ‘fundamento’, porque não é uma categoria ou uma hipótese a partir da qual se possa fazer ‘deduções’.* Daí que é possível afirmar que a noção de Constituição é um paradoxo, exatamente porque funda sem ser fundamento, e, ao mesmo tempo, constitui sem constituir, como se houvesse um ponto de partida. A Constituição é um paradoxo, na medida em que temos que colocar um ponto de partida (...), *mas ao mesmo tempo ela frustra essa pretensão de ser o começo, já que esse se dá sempre de novo e de várias formas na antecipação de sentido, a partir do modo prático de ser-no-mundo do intérprete*”. STRECK, L.L. *Jurisdição Constitucional...*, p. 126.

⁵⁵³ STRECK, L. L. *Jurisdição Constitucional...*, p. 125-127.

⁵⁵⁴ Esta influência da teoria sistêmica na teoria da Constituição desenvolvida por Canotilho em sua nova fase foi abordada quando se tratou do surgimento da reserva do possível enquanto argumento de defesa do Estado para a não realização dos direitos fundamentais sociais. Estes direitos estariam demasiadamente condicionados pelo sistema econômico, de modo que o sistema jurídico deveria abster-se de determinar a implementação de medidas destinadas à sua efetivação.

Adjetivado” que ele também percebia criticamente as teorias sistêmicas. Fez questão de ressaltar:

Desde logo – e isto é decisivo – continuamos defensores das teorias accionistas da política e da possibilidade de direcção do Estado. O ‘pessimismo dirigente’ radica, entre nós, na observação de que a direcção passou hoje para outras ‘instâncias actuautes’ (organizações, esquemas neocorporativos). Mas o sujeito não desapareceu. Mesmo na perspectiva de uma comunidade de sistemas existem sistemas actuautes sob a forma de actores corporativos e colectivos, como grupos, movimentos sociais e, sobretudo, as organizações...⁵⁵⁵

Como observou Streck, o dirigismo constitucional mantém-se relevante na medida em que a Constituição procurou gerar uma idéia de estabilidade social calcada no combate a três violências: a) a violência à segurança e à liberdade, mediante a imposição da ordem e do direito; b) a violência oriunda da desigualdade política, mediante a instituição da democracia com base na liberdade; e c) a violência decorrente da pobreza, que passou a ser combatida com a previsão de projetos de sociabilidade. Em casos de países que ainda se vêem engajados no combate a estas violências – como é o caso brasileiro – Canotilho reconhece a necessidade da força normativa da Constituição como condicionante da atuação do Estado na sociedade.⁵⁵⁶

De fato, não se pode pretender a criação de uma teoria constitucional abrangente e totalitária, pois não existe um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos, todos eles ligados às particularidades nacionais de cada Estado.⁵⁵⁷ Como bem observou Gilberto Bercovici, “o texto constitucional é o texto que regula uma ordem histórica concreta, e a definição da Constituição só pode ser obtida a partir de sua inserção e função na realidade histórica”.⁵⁵⁸ Nesse sentido, a tese da Constituição Dirigente elaborada por Canotilho no início da década de 80 teve sentido para a Constituição de 1976, profundamente

⁵⁵⁵ Apud STRECK, L. L. *Jurisdição Constitucional...*, p. 130-131.

⁵⁵⁶ STRECK, L. L. *Jurisdição Constitucional...*, p. 132.

⁵⁵⁷ STRECK, Lênio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.) *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 192.

⁵⁵⁸ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 142, 1999, p. 35.

compromissária e com projetos emancipatórios ligados inclusive à conversão do regime de governo (para o socialismo).

Não foi esta a realidade da Constituição Federal de 1988, como bem ressaltou Gilberto Bercovici, pois a liberdade do legislador não foi tolhida, nem sequer determinada apenas uma única linha de direção para a atuação das políticas estatais⁵⁵⁹. A Constituição de 1988 forneceu, isso sim, premissas de ordem material a serem observadas pelo Estado e pela sociedade. Jamais pretendeu uma revolução.

No mesmo diapasão, a realidade vivida por Portugal hoje, país inserido no contexto da União Européia, também não pode ser equiparada àquela vivida no Brasil, na qual pouco se fez para modificar o quadro de desigualdade social, pobreza e infortúnio vivido pelos cidadãos. Como observou Andreas J. Krell, se o constitucionalismo português foi estruturado especialmente na participação política dos cidadãos – e foi neste sentido que Canotilho idealizou a efetividade dos direitos fundamentais sociais – não é esta a realidade brasileira, em que os tribunais não podem ficar como espectadores dos conflitos sociais.⁵⁶⁰

Assim, “é necessário que se entenda a teoria da Constituição enquanto uma teoria que resguarde as especificidades histórico-factuais de cada Estado nacional”.⁵⁶¹ No caso específico do Brasil, a realização dos direitos fundamentais sociais faz parte do próprio núcleo constitucional⁵⁶², razão pela qual se faz necessária uma leitura do dirigismo constitucional adaptado à realidade pátria, o que, na visão de Lênio Streck, se revela como uma “Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT), como conteúdo compromissário mínimo a constar no texto constitucional, bem como os

⁵⁵⁹ BERCOVICI, G. Ob. cit., p. 40.

⁵⁶⁰ KRELL, A. J. Ob. cit., p. 69.

⁵⁶¹ STRECK, L. L. O papel da jurisdição constitucional..., p. 193.

⁵⁶² De fato, os direitos fundamentais sociais, ao lado dos demais direitos fundamentais, constituem cláusula pétrea da Constituição, o que revela, para além da significância axiológica de sua fundamentalidade material e formal, sua posição extremamente privilegiada em relação a outras normas constitucionais. Esta especificidade não pode ser abandonada.

correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática”.⁵⁶³

Nesse sentido, vale lembrar a lição de Dieter Grimm:

A bondade das constituições não se deixa determinar de forma absoluta e universal, mas apenas segundo um contexto histórico-concreto. O que tem êxito em um país, não serve necessariamente para um outro. O que era razoável no passado, pode perder seus objetivos no presente. Constituições apontam para o resultado no futuro e afirmam-se (historicamente) no tempo. Seu êxito depende por isso também dos problemas que se opõem a elas no curso do tempo. Tais problemas conclusivamente apenas podem ser previstos pelos autores da Constituição de forma limitada. Por conseguinte, as soluções também quase sempre não se encontram dispostas prontamente na Constituição. A diferença entre normas abstratas e problemas concretos precisa ser ultrapassada, pelo contrário, através do significado e aplicação das normas. Nesse ponto, o êxito de uma Constituição também (depende das) respostas que são extraídas pelos intérpretes das normas constitucionais e que são determinadas definitivamente pelo teor da Constituição.⁵⁶⁴

De acordo com esta concepção de dirigismo constitucional, o constitucionalista argentino Bidart Campos elaborou válida argumentação em favor de um constitucionalismo humanitário, voltado para um conceito de democracia material.

O autor conceitua democracia como “forma de Estado que na relação de poder com a população instala a pessoa humana dentro da comunidade política de acordo com sua dignidade, reconhecendo sua liberdade e seus direitos”. Prossegue afirmando que é incumbência do Estado garantir os direitos políticos, não só na Constituição, mas na realidade social, entendimento que ressalta o deslocamento da visão abstencionista do Estado para uma estrutura promocional de direitos.⁵⁶⁵

Este conceito de democracia, bem como o conceito de Estado Social, determinam a idéia direito constitucional humanitário: “para ser efetivamente democrático e social, o Estado deve organizar-se humanitariamente”. Neste contexto, o autor define Estado como “toda organização que, com qualquer forma ou estrutura histórica e temporal, pode cumprir com o fim de conseguir o que cada homem – ou grupos menores – não possam conseguir por

⁵⁶³ STRECK, L. L. O papel da jurisdição constitucional..., p. 193-194.

⁵⁶⁴ Dieter Grimm, *Die Verfassung und die Politik: Einsprüche in Störfällen*, apud COUTINHO, J. N. M. (Org.) Ob. cit. p. 11-12.

⁵⁶⁵ BIDART CAMPOS, German J. *El Derecho Constitucional Humanitario*. Buenos Aires: EDIAR, 1996, p. 11.

si mesmos”.⁵⁶⁶ Um dos objetivos do Estado é promover o “bem estar geral”, através da promoção da democracia e dos direitos. Quando se identifica o Estado como Social, a noção de “bem estar geral” passa a englobar não somente um grupo, mas a totalidade das pessoas submetidas ao poder deste Estado, pois o bem de apenas alguns representa, em verdade, um “mal estar”, que é o oposto do que determina a Constituição.⁵⁶⁷

Neste sentido, “um direito constitucional humanitário é aquele que promove real e eficazmente o bem estar geral, igual ao bem estar de todos. Não é humanitário um direito constitucional que só beneficia a alguns, porque então no lugar de bem estar geral, tem-se o mal estar dos excluídos”.⁵⁶⁸ Viver desumanamente, para o autor, é não ser capaz de alcançar com seu próprio esforço a satisfação de suas necessidades básicas, tão intimamente ligadas aos direitos fundamentais.

Este entendimento se conforma à situação jurídico-social vivida no Brasil, de modo que um constitucionalismo reflexivo não seria capaz de promover este necessário “bem estar geral”.

Como se pôde verificar, as alternativas fornecidas pela crítica à Constituição Dirigente no Brasil, como a redução do papel determinante de políticas públicas pela Constituição, e sua configuração a mero instrumento regulatório de governo, a volta ao Estado mínimo, não se mostram viáveis para a satisfação dos princípios traçados pelo próprio constituinte, bem como para a realização dos objetivos que a Constituição se colocou. Não é possível deturpar o texto constitucional a este ponto, seria necessária a elaboração de uma nova constituição. A questão é: uma Constituição nestes moldes, exclusivamente regulatória e sem caráter programático e direcionador da sociedade, atingirá às expectativas da sociedade brasileira? Atingirá os parâmetros de dignidade da pessoa humana, que deixaram de ser exclusivamente nacionais para integrarem uma campanha internacional, como se depreende

⁵⁶⁶ BIDART CAMPOS, G. J. Ob. cit., p. 12-13.

⁵⁶⁷ Idem, p. 13-14.

⁵⁶⁸ BIDART CAMPOS, G. J. Ob. cit., p. 14.

da atuação da ONU? O próprio professor Canotilho ressalta que não, observando que os esquemas neoliberais que pregam a morte do dirigismo constitucional parecem desconhecer a dimensão da pobreza como fruto de uma fatalidade – muitos nascem pobres, e não podem ser responsabilizados por isso, de modo que sem a positividade da atuação estatal estarão fadados a viver e morrer na miséria.⁵⁶⁹

Diante desta constatação, e mesmo levando em conta o que vêm afirmando uma série de doutrinadores brasileiros a respeito de seus novos pensamentos, Canotilho chegou a afirmar que, de fato, mais útil seria tratar o constitucionalismo como um diálogo entre vários e distintos constitucionalismos, em respeito às especificidades geradas por cada país. E neste sentido, ressalta textualmente que a doutrina do direito reflexivo não encontra terreno fértil no Brasil, pois este enfrenta problemas que já foram solucionados, ou estão em via de sê-lo, nos países europeus.⁵⁷⁰

Esta concepção foi trabalhada por Lênio Luiz Streck:

A globalização e suas conseqüências “pós-modernas” são, pois, uma realidade. Entretanto, isso não deve significar que Estados Nacionais como o Brasil, onde as promessas da modernidade continuam não cumpridas e onde o assim denominado *Welfare State* não passou de um simulacro, *não possa Ter autonomia para construir políticas públicas aptas a realizar a justiça social e os desígnios do pacto constituinte de 1986-1988.*

Defender o cumprimento do texto constitucional, mormente naquilo que ele tem de dirigente e compromissário, *não significa defender a tese de um país autárquico.* A globalização excludente e o neoliberalismo que tantas vítimas têm feito em países periféricos *não é a única realidade possível.* (...) Junto com a globalização, vêm os ventos neoliberais, assentados em desregulamentações, desconstitucionalizações e reflexidades. *E tais desregulamentações – e suas derivações – colocam-se exatamente no contraponto dos direitos sociais fundamentais previstos na Constituição brasileira.*⁵⁷¹

Assim, esta Teoria da Constituição Dirigente Adaptada a Países de Modernidade Tardia deve elaborar os mecanismos necessários ao resgate das promessas não cumpridas pela modernidade, através de uma interligação entre teoria do Direito e teoria do Estado. É certo que a Constituição não poderá sozinha, nem arbitrariamente, trilhar este caminho e determinar

⁵⁶⁹ COUTINHO, J. N. M. (Org.). Ob. cit., p. 30.

⁵⁷⁰ COUTINHO, J. N. M. (Org.). Ob. cit., p. 35.

⁵⁷¹ Idem, p. 197.

a realização dos ideais e igualdade, liberdade e justiça. A Constituição deve ser dirigente no sentido de vincular o legislador ao substrato material de suas normas, já que o Direito não deixou de ser um instrumento de implementação de políticas públicas.⁵⁷² E o Estado brasileiro mantém sua reserva de soberania e autonomia, a fim de determinar como satisfazer as necessidades prementes de sua sociedade. Qualquer determinação que venha em contrário a este objetivo, não poderá ser implementada, pois fere a ordem constitucional em sua dignidade.

Não se trata de prever um enclausuramento constitucional, já que a Constituição deve manter-se como texto aberto e arejado, a ponto de permitir novas leituras, novas atuações. A Constituição idealizada pela Teoria da Constituição Dirigente em questão é aquela que mantém sua normatividade a ponto de garantir um núcleo de modernidade tardia não cumprida.⁵⁷³

E neste sentido, é inegável que a própria Constituição Federal forneceu mecanismos jurídicos capazes de tornar suas normas efetivas. É o caso das ações constitucionais como o mandado de segurança, o *habeas data*, o mandado de injunção, e as possibilidades de controle da constitucionalidade, como a ação declaratória de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Além disso, não se pode olvidar o mandado de aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, inscrito no § 1º do art. 5º.⁵⁷⁴

É certo que, apesar da preocupação do Constituinte em criar institutos jurídicos capazes de tornar efetivas as suas normas, muitos deles tiveram sua eficácia evanecida seja

⁵⁷² Ibidem, p. 195.

⁵⁷³ STRECK, L. L. O papel da jurisdição constitucional..., p. 198.

⁵⁷⁴ Apesar de Canotilho manifestar-se contrário ao elasticidade da abrangência desta norma, a ponto de tratar também dos direitos fundamentais sociais, parece mais adequada a tese desenvolvida por Ingo Wolfgang Sarlet, segundo a qual referida norma deve ser interpretada como um mandado de otimização da eficácia das normas de direitos fundamentais, todas elas, sem exceção. Também Clèmerson Merlin Clève ressalta a aplicabilidade do instituto aos direitos fundamentais sociais. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 370.

pela interpretação restritiva e inexplicavelmente tímida do Supremo Tribunal Federal – como verificou-se no caso do mandado de injunção⁵⁷⁵ – seja pela inércia do Poder Legislativo, que levou anos até regulamentar os institutos em questão – como foi o caso da arguição de descumprimento de preceito fundamental.⁵⁷⁶

Além destes mecanismos jurídicos, não se pode deixar de reconhecer que a Constituição Federal de 1988 também se ocupou de fornecer elementos capazes de tornar as políticas públicas nele previstas exequíveis financeiramente. Neste sentido, depreende-se do texto constitucional uma série de normas que tratam da elaboração do orçamento, e que fornecem diretrizes a serem obedecidas, inclusive indicando fontes de custeio para a realização de determinados direitos. A título de exemplo, vale lembrar o disposto no art. 195 da Constituição Federal:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:
 I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:
 a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
 b) a receita ou o faturamento;
 c) o lucro;
 III – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;
 III – sobre a receita de concursos de prognósticos;
 ...

⁵⁷⁵ “Art. 5º, LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.” Tal como foi previsto pelo constituinte, o mandado de injunção era uma poderosa ferramenta em benefício dos titulares de direitos fundamentais, na medida em que poderiam exigir do Estado o cumprimento de prestação prevista em direito fundamental mesmo que ausente a lei regulamentadora. Se esta omissão representasse o comprometimento do direito fundamental, poderia – e deveria – agir o Judiciário no sentido de supri-la, para aquele caso concreto, tornando o direito factível. Neste sentido, CLÈVE, C. M. *A fiscalização abstrata* ..., p. 376.

Entretanto, no julgamento do Mandado de Injunção nº 42-5-DF, o Supremo Tribunal Federal, através do voto do relator Ministro Moreira Alves, reduziu o instituto constitucional à mesma eficácia da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, de modo que caberia ao Judiciário, tão somente, comunicar o órgão responsável do Poder Legislativo que ele estaria em mora, e deveria providenciar a edição da lei regulamentadora em questão. Entretanto, se ainda assim não fosse editada a norma, nada poderia ser feito na medida em que não caberia ao Supremo Tribunal invadir a competência democrática exclusiva do Legislativo, em nome do princípio da separação dos poderes. E, neste diapasão, permaneceria ineficaz a norma de direito fundamental, e sem tutela jurisdicional efetiva o cidadão que tivesse impetrado o mandado de injunção.

⁵⁷⁶ Foi regulada pela Lei nº 9.882, de 03.12.1999.

Portanto, uma Teoria da Constituição Dirigente Adaptada a Países de Modernidade Tardia, como o Brasil, busca trabalhar com os elementos constitucionais da especificidade brasileira, no sentido de tornar reais os direitos fundamentais – sobretudo os direitos sociais – a fim de contribuir para a efetivação dos objetivos constitucionais, como a criação de uma sociedade mais justa e igualitária. Os adeptos desta teoria se afastam das alegações de que o texto constitucional de 1988 gera ingovernabilidade, para buscar extrair das normas constitucionais toda o seu potencial de eficácia.

No caso específico dos direitos fundamentais sociais, esta teoria assume especial relevância, pois viabiliza a realização de direitos que compõem a essência da Constituição.

Como assinalou Lênio Luiz Streck:

Ocorre que a essência da Constituição, embora a ambiguidade que essa noção possa assumir, *aponta com firmeza e determinação* – pelo menos no que pertine à Constituição brasileira – *para a realização dos direitos sociais-fundamentais*. Desse modo, (...) parece razoável afirmar que a idéia da programaticidade da Constituição deve ser mantida, pela simples razão de que, *sem a perspectiva dirigente-compromissária, torna-se impossível realizar os direitos que fazem parte da essência da Constituição*.

(...) *Sem a garantia da possibilidade do resgate desses direitos, através de mecanismos de justiça constitucional, como proteger o cidadão, o grupo, a sociedade, das maiorias eventuais que teimam em descumprir o texto constitucional?*

É por isso que a noção de Constituição programático-dirigente compromissária, adaptada ao que aqui denomino de *Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia* (TCDAPMT), ainda assume relevância como um contraponto a essa tempestade globalizante/neoliberal. (...) Um texto constitucional que aponta em direção da correção de tais anomalias [discrepâncias sociais] *não pode ficar relegado a um plano secundário, mesmo em face das novas feições que assume a economia mundial em face do fenômeno da globalização*.⁵⁷⁷

Esta necessária leitura da Constituição não tolhe sua abertura, não procura alçá-la à posição de texto sagrado, mas, sim, busca encontrar os meios fornecidos pelo próprio constituinte para tornar efetivos os direitos que compõem a verdadeira essência constitucional.

Portanto, é dentro desta noção de dirigismo constitucional que deve ser apreendida a eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais,

⁵⁷⁷ STRECK, L. L. *Jurisdição Constitucional...*, p. 143.

e a partir deste prisma que se torna controlável a incidência da reserva do possível como restrição à sua eficácia.

4.1.2.1 A normatividade constitucional como determinante de políticas públicas e alocação de recursos

A partir da dimensão programática e dirigente da Constituição, necessariamente em voga no caso brasileiro, é possível verificar que as normas constitucionais têm o condão de impor a adoção de políticas públicas pelo Estado, especialmente a fim de tornar efetivos os direitos fundamentais sociais a prestações, bem como determinar que as alocações de recursos orçamentários estejam direcionadas à realização destes direitos.⁵⁷⁸ Nesse sentido, é válida a observação de Luigi Ferrajoli:

Houve uma alteração entre a política e o Direito. Com efeito, o Direito já não está subordinado à política que se converte em instrumento de atuação do Direito, subordinada aos vínculos a ela impostos pelos princípios constitucionais: vínculos negativos, como os gerados pelos direitos às liberdades que não pode ser violado; vínculos positivos, como os gerados pelos direitos sociais, que devem ser satisfeitos.⁵⁷⁹

É evidente que não se pode tolher por completo a discricionariedade administrativa, pois ela é essencial para a desenvoltura da máquina burocrática estatal, bem como para a realização dos objetivos constitucionais.

⁵⁷⁸ Em sentido oposto manifestou-se Ricardo Lobo Torres: “Os direitos sociais e os econômicos projetam sobre o orçamento conseqüências diferentes das emanadas dos direitos de liberdade, que antes examinamos. Se não houver lei ordinária concessiva, inexistirá a obrigatoriedade de o orçamento contemplar as dotações para a despesa, ainda que a Constituição, programaticamente, proclame o direito social. Havendo lei ordinária de concessão do direito social ou econômico, o orçamento autorizará a despesa; mas pode fixar dotações inferiores às propostas ou até mesmo se omitir. O Executivo, por seu turno, fará discricionariamente a entrega das prestações, sob a forma de subvenções ou de transferências intergovernamentais”. TORRES, R. L. *O orçamento na Constituição*, p. 136. Esta posição nega a vinculatividade dos direitos sociais. A lei ordinária que os concederia também não vincularia o Poder Público, que teria total discricionariedade. O autor só admite a vinculatividade em alguns casos, como o dos salários dos servidores públicos (p. 137) Além disso, a diferença que o autor faz entre as prestações positivas dos direitos de liberdade e dos direitos sociais não tem justificativa plausível – pois não há essa diferença no aspecto deontológico das normas – justificando-se tão somente por ser puramente ideológica.

⁵⁷⁹ Oriundo da obra “Jueces y política. Derechos y Libertades”, *apud* STRECK, L. L. O papel da jurisdição constitucional..., p.212-213.

A discricionariedade, na definição de José Carlos Vasconcellos dos Reis, corresponde a “uma prerrogativa concedida ao agente público de escolher, dentre várias condutas possíveis, a que traduz maior *conveniência* e *oportunidade* para o interesse público”.⁵⁸⁰ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a discricionariedade corresponde “à margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal”.⁵⁸¹ A questão é que esta discricionariedade pode, e deve, ceder quando em jogo a realização dos direitos fundamentais, dentre eles os direitos fundamentais sociais. Significa dizer que entre uma medida que realiza o direito fundamental, e outra que não o faz, não há discricionariedade possível: o Estado deve escolher a medida que torna factível o direito fundamental em questão.

Esta preocupação com os fins das atividades estatais denota uma nova concepção de Estado: do Estado de Direito clássico, concebido como um “Estado de razão”, regido pelo princípio da legalidade, estruturado pela representatividade eleitoral, e caracterizado pelos direitos políticos e individuais dos cidadãos, e pela separação dos poderes, passou-se ao Estado Constitucional, preocupado com o conteúdo do Direito e cujas práticas devem estar voltadas para a realização dos fins materiais postos na Constituição.⁵⁸²

Muitos doutrinadores, dentre os quais Ingo Wolfgang Sarlet, sob a influência da doutrina portuguesa, assumem uma posição cautelosa ao tratar da vinculação da Administração Pública às normas de direitos fundamentais sociais:

Em se tratando de direitos sociais prestacionais, em regra contidos em normas de eficácia limitada, o efeito vinculante certamente ainda será menor, na medida em que se cuida de preceitos dirigidos principalmente ao legislador, não se podendo esquecer que o grau de vinculação se encontra em estreita relação com o grau de densidade normativa da norma

⁵⁸⁰ REIS, J. C. V. dos. Ob. cit., p. 195.

⁵⁸¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 396.

⁵⁸² ZAGREBELSKI, G. *El derecho dúctil...*, p. 22-27; 33.

impositiva em questão. De qualquer modo, por menor que seja a eficácia vinculante, os órgãos administrativos encontram-se obrigados a considerar, no âmbito de sua discricionariedade, as diretrizes materiais contidas nas normas de direitos fundamentais a prestações.⁵⁸³

Segundo Wálber Araújo Carneiro, “os critérios de escolha para a administração da escassez pode ser objeto de controle da legalidade”, e estão sujeitos a um exame de proporcionalidade. Mesmo assim, existe uma zona nebulosa a respeito da identificação da escassez e da distribuição dos recursos que deve ser atribuída ao Executivo, segundo sua discricionariedade. Para o autor, não cabe ao Judiciário interferir na dotação orçamentária, a não ser que os princípios constitucionais sejam violados: se os limites constitucionais não tiverem sido observados, não pode o Estado alegar escassez de recursos a fim de justificar sua omissão.⁵⁸⁴

Como já se observou, a grande maioria das normas de direitos fundamentais sociais tem uma estrutura principiológica aberta, de modo que apontam um fim a ser atingido, muitas vezes sem explicitar ou especificar os caminhos a serem percorridos. Nestas condições, em tese, tem o administrador o poder discricionário (autorizado pela lei e pela própria Constituição) de escolher as condutas a adotar, mas, em hipótese alguma, terá escolha entre realizar ou não aquela finalidade.⁵⁸⁵ Esta discricionariedade em relação à escolha dos meios não significa, entretanto, que os direitos fundamentais sociais estejam positivados em normas “de eficácia limitada”, segundo a classificação elaborada por José Afonso da Silva. Nem sempre deverá haver, necessariamente, intermediação do legislador para apontar o caminho a ser seguido pelo administrador público na realização do fim constitucional. Em alguns casos, este caminho pode se apresentar independentemente de legislação, e sua idoneidade em relação à finalidade constitucional, ainda assim, poderá e deverá ser aferida.

⁵⁸³ SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 368.

⁵⁸⁴ CARNEIRO, W. A. Ob. cit., p. 385.

⁵⁸⁵ CARNEIRO, W. A. Ob. cit., p. 198-199. Tanto que autores como Celso Antônio Bandeira de Mello fala em “dever discricionário” no lugar de “poder discricionário”.

Esta inevitabilidade do fim constitucional se verifica especialmente na questão da definição, pelo administrador, das políticas públicas a serem realizadas, e das dotações orçamentárias necessárias à sua realização. Na medida em que o constituinte alçou à categoria de direito fundamental a promoção da saúde, por exemplo, é certo que não poderá o Estado deixar de adotar políticas públicas no sentido de implementar hospitais, fornecer medicamentos, manter operativo e eficiente o Sistema Único de Saúde. Também não basta a elaboração de políticas públicas sem a necessária previsão orçamentária – e esta previsão, ainda que respeite o limite da reserva do possível em relação aos recursos financeiros efetivamente existentes – não poderá se mostrar, salvo se for inevitável, a partir do controle da proporcionalidade, totalmente ineficaz. De nada vale elaborar um plano de governo que preveja a criação de mais leitos em Unidades de Terapia Intensiva se não houver previsão orçamentária suficiente para tanto. A medida administrativa cairá no vazio, o Governo entrará em descrédito, e fortalecer-se-á a retórica segundo a qual direitos fundamentais sociais costumam caro e não podem ser exigidos do Estado.

A alocação de recursos – especialmente se eles forem comprovadamente escassos – deve ser feita mediante uma ponderação dos bens jurídicos e direitos a serem por eles atendidos. De um lado da balança, por exemplo, a concessão de um empréstimo para a reestruturação de uma instituição financeira em vias de falência; de outro, a construção de uma instituição de ensino, ou de um hospital... Deverá o administrador ater-se aos objetivos finais traçados pela Constituição, observando o caráter dirigente e vinculante de suas normas, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais (dimensão objetiva).

Resgatando a noção de direito constitucional humanitário desenvolvida por Bidart Campos, é preciso assinalar que não basta que a letra da norma constitucional garanta os direitos fundamentais, é necessário que os mesmos se realizem a partir de condutas governamentais e privadas satisfatórias. É certo que estas condutas pressupõem aportes

econômicos, de modo que a economia deve dar sustentação aos programas políticos. Para tanto, deve haver sagacidade nas eleições e no desenvolvimento de políticas públicas de bem estar. Embora a economia não seja capaz, por si mesma, de determinar as camadas superestruturais, ela é “um fator imprescindível que os homens devem utilizar – mediante sua liberdade – para engajá-lo funcionalmente dentro da pluralidade de condicionamentos favoráveis ao direito constitucional humanitário”.⁵⁸⁶

Neste sentido, para Bidart Campos, a economia só é funcionalmente apta se for coordenada com políticas de bem estar geral. “Um direito constitucional humanitário não é tributário de nenhum subsistema econômico que delinea seus planos reduzindo-se hermeticamente nas contas, números, na aritmética, nos resultados fiscais e afins, porque o bem estar dos seres humanos (de todos) não se identifica com as cifras nem com os índices, senão com o modo real como convivem no sistema político”.⁵⁸⁷

Seguindo esta concepção de direito constitucional, vale observar que o próprio constituinte traçou uma série de princípios orçamentários a serem levados em consideração quando da alocação de recursos pelo Estado. Afinal, a própria noção de Estado merece uma releitura, como observado por Clèmerson Merlin Clève:

... o Estado é uma realidade instrumental. É uma máquina concebida pelo constituinte para buscar a plena efetividade, a plena concretização dos princípios, dos objetivos e dos direitos fundamentais. É para isto que se presta o Estado, é para isso que o Legislativo legisla, é para isso que o Ministério Público atua, é para isso que o Judiciário judica, é para isso que o Executivo administra. Todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando...⁵⁸⁸

Um dos princípios que merece destaque quando se trata da efetividade dos direitos fundamentais sociais é o princípio da redistribuição da renda, que se depreende do inciso III, do art. 1º, e dos incisos I a IV do art. 3º da Constituição Federal. Segundo Roberto Wagner

⁵⁸⁶ BIDART CAMPOS, G. J. Ob. cit., p. 16-18.

⁵⁸⁷ BIDART CAMPOS, G. J. Ob. cit., p. 19.

⁵⁸⁸ CLÈVE, C. M. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais, p. 388.

Lima Nogueira, este princípio atua no campo da despesa pública, operando a distribuição de bens e serviços públicos, a quem deles necessita, através da realização de prestações financeiras (subvenções sociais) ou realização de programas de saúde e assistência.⁵⁸⁹ Salienta o autor que “embora, os gastos públicos no Brasil sejam elevados, estes ainda não se dirigem à camada da população mais pobre. Logo, não redistribuem riqueza, portanto, fere de morte este princípio constitucional financeiro”.

Outros princípios orçamentários diretamente ligados à realização dos direitos fundamentais sociais são o princípio da gratuidade, relacionado à prestação gratuita de bens materiais necessários à sobrevivência com dignidade do ser humano⁵⁹⁰; e o princípio da solidariedade, intimamente relacionado com o princípio da distribuição da riqueza, e que age como um fundamento ético para a elaboração das leis orçamentárias, já que não se pode considerar, na visão de Nogueira, como um Estado de Direito um Estado de miséria. Particularmente sobre o princípio da solidariedade, o autor ressalta:

No Brasil, cuja eticidade é profundamente marcada pela injustiça, vivemos frente a uma inafastável exigência de que, para tornarmos um verdadeiro Estado de direito democrático, precisamos antes de qualquer coisa, integrarmos (com base no princípio da solidariedade orçamentária), no processo de desenvolvimento uma imensa massa de excluídos. Essa é a exigência central de nossa epocalidade, é a forma específica de efetivação, em nossa contemporaneidade, da exigência ética fundamental de respeito e proteção à dignidade da pessoa humana.⁵⁹¹

Diante deste quadro, o processo de inclusão – do qual os direitos sociais são um poderoso instrumento – é o único meio ético de desenvolvimento da sociedade, e de realização dos valores constitucionais.

⁵⁸⁹ NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Saúde, medicamentos, desenvolvimento social e princípios orçamentários. [on line] *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 542, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6127>. Acesso em: 21.07. 2005.

⁵⁹⁰ Segundo Nogueira, este “princípio informa em primeiro lugar, a entrega de *prestações positivas* para a defesa do mínimo existencial (v. art. 208, I da CF) ensino fundamental gratuito; assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, inciso LXXIV); a garantia de certidões aos reconhecidamente pobres na forma da lei (art. 5º, inciso LXXVI);⁽⁴⁾ e o fornecimento gratuito dos medicamentos essenciais previstos na RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais) elaborada pelo Governo Federal consoante as diretrizes da Lei nº 8.080/90 e Portaria Federal nº 3.916/98, em atendimento sobretudo ao art. 6º da Constituição Federal que contempla o direito à saúde como Direito Social.” NOGUEIRA, R. W. L. Ob. cit. Para o autor, a gratuidade de serviços excedentes estaria sujeita à reserva do possível, de modo que fica evidente sua posição no sentido de que, quando se trata de garantir a vida humana, a dimensão do custo perderia, automaticamente, a importância.

⁵⁹¹ NOGUEIRA, R. W. L. Ob. cit.

Outro princípio que vale ser referendado, especialmente depois dos estudos realizados pelo Prêmio Nobel da Economia, Amartya Sen, é o princípio do desenvolvimento (CF, art. 3º, II). Segundo Amartya Sen:

O Desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente. A eliminação de privações de liberdades substanciais, argumenta-se aqui, é constitutiva do desenvolvimento. (...) O desenvolvimento requer se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos (...) Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico. (...) Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo.⁵⁹²

Esta preocupação de ordem ético-material com o desenvolvimento econômico foi abrangida pela Constituição de 1988, e serve como baliza a ser considerada quando da alocação de recursos pelo Estado. A partir desta noção, é possível traçar uma crítica às políticas econômicas que se preocupam exclusivamente com dados financeiros de *superávit* primário quando existe uma série de prioridades relacionadas à satisfação das necessidades mais prementes da sociedade que estão sendo postas em segundo plano.

Não se propõe, com isso, um aprisionamento da atuação da Administração Pública de modo que não poderá ela escolher entre, por exemplo, o pagamento de juros para saldar a dívida externa, se este pagamento, em dadas circunstâncias se mostrar conveniente e oportuno. A questão é que o bem jurídico a ser atingido por esta prática – o atendimento das diretrizes fixadas por organismos internacionais como o Banco Mundial e o FMI – deve ser

⁵⁹² SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 18 e 29. *Apud* NOGUEIRA, R. W. L. Ob. cit. A respeito da obra de Amartya Sen, Nogueira salientou: “Amartya Sen angariou como fruto de seus trabalhos no campo da economia ética, o Prêmio Nobel de Economia de 1998. A verdade é que após os seus estudos, abre-se uma perspectiva para que o desenvolvimento possa ser visto como um processo de expansão de liberdades reais, centrado nas liberdades humanas, contrastando com uma visão estreita do desenvolvimento que era identificada apenas com as seguintes questões: crescimento do produto nacional bruto, o aumento da renda pessoal, industrialização, avanço tecnológico e modernização social. Para Sen, o indivíduo deve ser visto como agente de transformação e não apenas como destinatário passivo de benefícios públicos”.

contraposto a outros bens jurídicos que por ventura deixem de ser atendidos, pois os recursos financeiros foram destinados ao pagamento da dívida. Seria excelente se houvesse recursos suficientes para atender a todos os objetivos, mas, ao que parece, não é esta a realidade brasileira. Dessa forma, a alocação de recursos deverá, necessariamente, priorizar a realização dos objetivos constitucionais, sobretudo, os direitos fundamentais, dentre os quais se encontram os direitos fundamentais sociais.

Como parâmetro de controle da discricionariedade estatal na escolha de políticas públicas a serem adotadas – ainda que todas elas voltadas para a realização de uma finalidade constitucional – assume grande importância a proporcionalidade. Em havendo um volume “x” de recursos a serem empregados com a satisfação do direito à educação, por exemplo, as medidas a serem adotadas pelo Estado deverão se mostrar adequadas, necessárias, e proporcionais em sentido estrito. Este parâmetro de proporcionalidade serve para se verificar a idoneidade constitucional de uma política pública – se a medida é adequada ao fim que se propõe; se é a que menos atinge a liberdade dos demais cidadãos, sendo, portanto, necessária; e, finalmente, se é a que apresenta a melhor relação custo-benefício.

O mesmo se verifica com a alocação de recursos, que também poderá ser controlada a partir da proporcionalidade, só que, neste aspecto específico, a proporcionalidade será analisada enquanto proibição da insuficiência. Assim, a destinação de recursos para um determinado fim ligado à realização de um direito fundamental social deverá ser, sobretudo, suficiente. Sobre este aspecto, haverá oportunidade de aprofundamento na próxima seção.

De todo modo, a partir da leitura das normas constitucionais segundo um dirigismo constitucional voltado aos países de modernidade tardia, como é o caso do Brasil, e levando-se em consideração a perspectiva objetiva das normas de direitos fundamentais, é certo que a atuação da Administração Pública não só deve estar pautada pela realização dos objetivos

constitucionais, como poderá ser controlada a partir desta pauta.⁵⁹³ Se medidas administrativas se desviarem do cumprimento ótimo dos direitos fundamentais, poderá ser diagnosticada a figura do *desvio de poder*⁵⁹⁴, hipótese que autoriza a intervenção do Judiciário.

Já ressaltara Victor Abramovich que as obrigações previstas nos direitos sociais se dirigem, em um primeiro momento, aos poderes políticos, nomeadamente o Executivo e o Legislativo. A eles cumpre a função primeira de torná-los efetivos, e de respeitar suas diretrizes. O Poder Judiciário entra em cena quando estes poderes descumprem suas obrigações constitucionais, desviando-se das normas pertinentes.⁵⁹⁵ Vale analisar cautelosamente a extensão desta intervenção judicial.

4.2 ATUAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Um Estado Democrático de Direito, como o Brasil, demanda uma Constituição capaz de reger a vida em sociedade, a partir dos valores por ela escolhidos como fundamentais; demanda também uma organização dos Poderes Públicos na qual cada um tenha autonomia para realizar suas funções, mas que estas sejam desempenhadas segundo um sistema harmônico de coordenação. Entretanto, de nenhuma valia será uma Constituição que enumera direitos fundamentais, atribuindo competências para os poderes públicos no sentido de torná-los efetivos, se não houver um órgão capaz de garantir a efetividade destas normas, punindo e responsabilizando aqueles que agirem em seu desrespeito.

⁵⁹³ É válido ressaltar a posição da doutrina dissonante, que entende que as normas de direitos fundamentais sociais, quando não reguladas por legislação infraconstitucional, não podem determinar, diretamente, a adoção de determinadas condutas pelos poderes públicos, pois lhes carece justiciabilidade. Se a conduta a ser adotada não estiver especificada na norma jusfundamental, ou, na sua falta, em legislação complementadora, não há que se falar em obrigação direta do Estado de realizar seu conteúdo. ANDRADE, J. C. V. Ob. cit., p. 302.

⁵⁹⁴ REIS, J. C. V. dos. Ob. cit., p. 212.

⁵⁹⁵ ABRAMOVICH, V. Ob. cit., p. 142-143.

Esta posição tem sido ocupada, no sistema jurídico brasileiro, pelo Poder Judiciário, seja através do Supremo Tribunal Federal, no chamado controle abstrato de constitucionalidade, seja através da atuação dos magistrados integrantes dos foros mais longínquos, a partir do reconhecimento, pela Constituição Brasileira, da idoneidade do controle concreto e difuso de constitucionalidade.

Em princípio, a partir da previsão constitucional deste controle (CF, arts. 97; 102, I, “a”, “q”; 103), poderia estar encerrada a discussão acerca da legitimidade do Judiciário para intervir na atuação dos demais poderes constituídos sempre que esta se desvirtuar dos fins constitucionais. A legitimidade do Judiciário estaria assentada em uma previsão expressa do constituinte. Entretanto, em virtude da própria abertura das normas constitucionais, e das várias interpretações que delas se podem deduzir, a doutrina brasileira incorporou com clamor discussões travadas em outros sistemas constitucionais, como o americano, e o alemão. Como ressalta José Adércio Leite Sampaio, a questão não é somente se pode o Judiciário intervir na atuação dos demais poderes para o fim de garantir a constitucionalidade, mas qual até onde pode agir.⁵⁹⁶

Diante deste quadro, é válido percorrer os argumentos que são apresentados em prol e contra a atuação jurisdicional de controle da constitucionalidade, especialmente no que toca à determinação judicial de adoção de determinadas condutas pelo Poder Executivo no sentido de tornar efetivos direitos fundamentais sociais – campo em que a discussão se mostra mais árida, e mais pertinente.

4.2.1 Breves notas sobre procedimentalismo e substancialismo

A discussão que se trava na doutrina, atualmente, sobre a legitimidade do Poder Judiciário, e, sobretudo das Cortes Constitucionais, para controlarem a constitucionalidade dos atos praticados pelos demais poderes constituídos – Executivo e Legislativo – passa, necessariamente, por duas correntes dissonantes: o procedimentalismo e o substancialismo.

Antes de se adentrar as noções conceituais mais relevantes de cada corrente doutrinária, de modo a permitir um posicionamento sobre o tema, há que se contextualizar o

⁵⁹⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada* pela Jurisdição Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 100-101.

(re)surgimento da Justiça Constitucional no Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988. De fato, pode-se falar em “ressurgimento” na medida em que durante os anos de ditadura militar, a palavra dos tribunais de pouco ou nada valia como determinante da conduta do Executivo, já que os malfadados Atos Institucionais, absolutos e autoritários, regulavam a vida em sociedade de um ponto privilegiado, e superior à ordem constitucional.

A partir da constitucionalização de uma série de direitos, alçados à posição de direitos fundamentais, mostrou-se de inevitável necessidade a estruturação de órgãos capazes de tornar efetivos estes direitos, caso se verificasse seu desrespeito pelo Executivo, na realização dos atos administrativos, ou pelo Legislativo, na edição das leis. Afinal, só tem sentido se falar em Estado Democrático de Direito se os direitos fundamentais forem realizados. Nestas condições, o constituinte brasileiro elaborou um complexo mecanismo de controle da constitucionalidade, estruturado tanto na atuação de uma corte suprema, o Supremo Tribunal Federal (controle concentrado da constitucionalidade), quanto na atuação dos órgãos jurisdicionais espalhados pelo território nacional (controle difuso da constitucionalidade).⁵⁹⁷

Segundo Lênio Streck, a existência de um controle material de constitucionalidade, ou seja, o controle de adequação dos atos administrativos e das leis ao conteúdo normativo da Constituição, também se revela como uma consequência da preocupação do constituinte brasileiro com os valores sociais do *Welfare State*, já que a Constituição de 1988 tem nítidos matizes voltados para esta concepção de Estado, mediante

⁵⁹⁷ Trata-se de um modelo de controle da constitucionalidade desenvolvido com especificidade pelo Brasil, como observou Clèmerson Merlin Clève: “Na formulação brasileira, os juízes e tribunais dispõem de competência para conhecer e para decidir, com recurso possível para um Tribunal que, situado dentro da ordem judicial, é o órgão máximo para questões constitucionais. (...) Ao lado da concreta, admite igualmente a fiscalização abstrata da constitucionalidade, que é, no caso das leis estaduais e federais em face da Constituição Federal, concentrada no Supremo Tribunal Federal”. CLÈVE, C. M. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade...*, p. 71.

sua intervenção nas relações sociais e econômicas a fim de garantir a observância dos valores constitucionalizados.⁵⁹⁸

José Adércio Leite Sampaio também se refere à influência da doutrina do *Welfare State* na legitimação da Jurisdição Constitucional na medida em que o Legislativo se mostrava inoperante para realizar direitos previstos constitucionalmente. O Executivo, por sua vez, transformado em imensa máquina burocrática, poderia passar a agir em nome de seu interesse próprio. Diante desse quadro, mostrou-se necessária uma reconfiguração do princípio da separação dos poderes, de modo que caberia ao Judiciário garantir o reequilíbrio dos poderes constituídos a partir de uma atividade interventiva, muitas vezes, na visão do autor, até exagerada, na medida em que poderia “levar a pó a distinção qualitativa entre o legislador e o juiz”.⁵⁹⁹

Assim, a concepção material de Constituição, e de controle da constitucionalidade passou a ser alvo de severas críticas por autores que, pelas suas idéias, podem ser agrupados em uma corrente denominada procedimentalista. O principal foco das críticas seria o prejuízo severo causado à democracia pela atuação de juízes que, sem legitimação democrática direta, estariam autorizados a invalidar os atos praticados pelos demais poderes constituídos, os quais detinham representação democrática. Além disso, questiona-se até que ponto a própria Constituição poderia se lançar como ordem normativa suprema, imbuída de valores substantivos, e nesse sentido ser imposta à sociedade, modificando suas relações e determinando condutas, conforme aquilo que veio a ser chamado por Jürgen Habermas de “colonização do mundo da vida” pelo Direito.

As críticas lançadas à concepção material de Constituição, e à atuação da Jurisdição Constitucional não passaram despercebidas. Uma série de autores se insurgiu contra esta nova teoria, defendendo a Constituição como sistema de normas axiologicamente

⁵⁹⁸ STRECK, L. L., *Jurisdição Constitucional...*, p. 148.

⁵⁹⁹ SAMPAIO, J. A L. *A Constituição Reinventada...*, p. 62-63.

informado, capaz não somente de refletir a vida em sociedade, mas também direcioná-la, e para tanto, fazendo uso da estrutura da Jurisdição Constitucional. Esta nova concepção foi chamada de substancialista.

Nos próximos parágrafos, buscar-se-á trazer, em linhas gerais e certamente insuficientes para quem pretenda uma análise mais aprofundada do tema, algumas das idéias lançadas pelas duas correntes mencionadas. O objetivo desta análise é precisamente fornecer instrumentos capazes de permitir o convencimento acerca da existência (ou não) da legitimidade do controle, pelo Judiciário, dos atos praticados pelos demais poderes constituídos (no caso presente, em especial pela Administração Pública, na alocação de recursos e na prática de políticas públicas, ou ainda, de condutas específicas voltadas para a realização dos direitos fundamentais sociais).

4.2.1.1 O procedimentalismo

A corrente procedimentalista tem na obra de Jürgen Habermas um de seus principais expoentes. As teses lançadas pelo filósofo alemão buscaram superar os paradigmas liberal e social do Estado de Direito a partir da distinção entre política e direito, segundo a teoria do discurso. Alçado à posição de centro do sistema jurídico, o Judiciário diferencia-se do Legislativo na medida em que age segundo o discurso de aplicação das leis, ao passo que o discurso político de justificação das leis ficaria ao encargo do Legislativo.⁶⁰⁰

Com isso, Habermas criticou a politização do Judiciário. Reconhece o conteúdo moral do Direito, mas ressalta o caráter exclusivamente deontológico das normas jurídicas (e não axiológico). Em crítica à figura do juiz “Hércules” elaborada por Ronald Dworkin, solitário e capaz de dizer o direito a partir de suas convicções morais, Habermas defende um

⁶⁰⁰ STRECK, L. L. *Jurisdição Constitucional...*, p. 155.

juiz integrado em uma comunidade de homens livres, que aplica o direito a partir do agir comunicativo, observando as pretensões de justiça diuturnamente vividas pela comunidade. Ao aplicar o Direito, deveria o juiz sentir-se como um dos destinatários da norma jurídica.⁶⁰¹

A partir da diferenciação entre o discurso de aplicação e o discurso de justificação do Direito⁶⁰², Habermas critica a prática jurisdicional de uma interpretação construtiva das normas jurídicas, na medida em que ela contraria o princípio democrático e a separação dos poderes. Segundo o filósofo alemão:

A lógica da divisão dos poderes não pode ser ferida pela prática de um tribunal que não possui os meios de coerção para impor suas decisões contra uma recusa do parlamento e do governo. A concorrência do tribunal constitucional com o legislador legitimado democraticamente pode agravar-se no âmbito do controle abstrato de normas.

Na visão da teoria do discurso, a lógica da divisão dos poderes exige uma assimetria no cruzamento dos poderes do Estado: em sua atividade, o executivo, que não deve dispor das bases normativas da legislação e da justiça, subjaz ao controle parlamentar e judicial, ficando excluída a possibilidade de uma inversão dessa relação, ou seja, uma supervisão dos outros dois poderes através do executivo. (...) A lógica da divisão dos poderes, fundamentada numa teoria da argumentação, sugere que se configure *auto-reflexivamente* a legislação, de modo idêntico ao da justiça e que se a revista com a competência do autocontrole de sua própria atividade.⁶⁰³

Dessa forma, não caberia ao tribunal constitucional decidir sobre a validade das leis⁶⁰⁴, nem determinar o comportamento do Executivo obrigando-lhe a adotar certas condutas, pois isso significaria uma deturpação do princípio da separação dos poderes, e uma invasão (“colonização”) do mundo da vida pelo Direito.

Dentro desta concepção, o autor critica a própria visão material da Constituição:

⁶⁰¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 278 e ss; STRECK, L. L. Ob. cit., p. 156.

⁶⁰² Segundo Habermas, “O fato de o tribunal constitucional e o legislador político ligarem-se às normas processuais não significa uma equiparação concorrente da justiça com o legislador. Os argumentos legitimadores, a serem extraídos da constituição, são dados preliminarmente ao tribunal constitucional, na perspectiva de um legislador, que interpreta e configura o sistema de direitos, à medida que persegue suas políticas. O tribunal torna a desamarar o feixe de argumentos com os quais o legislador legitima suas resoluções, a fim de mobilizá-los para uma decisão coerente do caso particular, de acordo com princípios do direito vigente; todavia ele não pode dispor desses argumentos para uma interpretação imediata do tribunal e para uma configuração do sistema do direito e, com isso, para uma legislação implícita”. Ob. cit., p. 324-325.

⁶⁰³ HABERMAS, J. Ob. cit., p. 300-301.

⁶⁰⁴ “Na medida em que esse controle de normas é feito no quadro da instância da prova judicial, (...) argumentos pragmáticos e político-jurídicos podem falar em prol da distribuição institucional de competências. Então é preciso perguntar se a delegação parlamentar dos juízes constitucionais é suficiente para satisfazer à exigência de uma legitimação democrática da percepção judicial de uma função, que tem que ser entendida – na arquitetura da constituição e na lógica da divisão dos poderes – como uma delegação do autocontrole do legislador ao tribunal constitucional”. HABERMAS, J. Ob. cit., p. 325.

A constituição também não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor *a priori* uma determinada forma de vida sobre a sociedade. Ao contrário, a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa: mais corretas por serem equitativas). Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito. (...) O tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal compreensão procedimentalista da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição.⁶⁰⁵

Assim, segundo Habermas, cabe ao Tribunal Constitucional tão somente realizar uma compreensão procedimental da Constituição, de modo a garantir e proteger um processo de elaboração democrática do Direito, deixando que os próprios cidadãos cheguem a um entendimento sobre quais são seus problemas e como devem enfrentá-los. Dentro desta perspectiva, não há espaço para uma Constituição alçada à Lei Fundamental, informada por uma ordem superior de valores a pautar a vida em sociedade.

Esta também é a posição de John Ely:

Essa visão procedimental da tarefa judicial – de quebra, também da própria Constituição – denominada por Ely de “representation reinforcing approach”, transforma o Judiciário, especialmente o juiz constitucional, num guardião da lisura do processo democrático, a permitir que identifique, pondere e reforce os valores substantivos da comunidade. A sua intervenção torna-se imperiosa para assegurar a ampliação e a efetividade do sufrágio universal, exercendo um fino controle sobre a definição dos distritos eleitorais, distribuição, representatividade e qualificação dos eleitores, levando-se em conta o fato de que o direito ao voto é essencial ao processo democrático e que, por isso, não pode ser deixado “aos nossos representantes eleitos, que têm um óbvio interesse na manutenção do *status quo*”.⁶⁰⁶

Dentro desta concepção, caberia ao Judiciário atender às expectativas das minorias, aquelas que podem eventualmente ser desconsideradas ou restarem vencidas no jogo democrático. Caberia ao Judiciário garantir que seus interesses fossem devidamente conhecidos e valorados pelos representantes eleitos, de modo a possibilitar que todos tenham voz no jogo democrático.

⁶⁰⁵ HABERMAS, J. Ob. cit., p. 326.

⁶⁰⁶ ELY. *Democracy and Distrust*. Apud SAMPAIO, J. A. L. Ob. cit., p. 74.

Carlos Santiago Nino também aderiu ao procedimentalismo, salientando que cabe ao controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais garantir a pré-existência das condições necessárias ao exercício da democracia. Este argumento possui duas versões diversas. Uma delas, a qual falha, na posição do autor, é a que encara qualquer controle da constitucionalidade com base na constituição histórica como um meio de preservar os pressupostos da democracia. A outra trata dos requisitos para que o processo democrático tenha um valor epistêmico (científico), ou seja, a existência de certas condições negativas ou positivas no processo democrático. Nas situações em que o processo democrático (político) não for epistemicamente superior ao judicial, pois não estão presentes as condições necessárias, seria possível recorrer ao judiciário para que ele determine o preenchimento das condições pertinentes.⁶⁰⁷

Nino ainda critica a possibilidade de um Tribunal Constitucional invalidar os atos praticados pelos demais poderes constituídos: as decisões proferidas pelos tribunais não participariam do valor epistêmico do processo democrático, mas acabariam por promover um “elitismo epistêmico”. A força do controle da constitucionalidade nas democracias liberais é tributária da concepção arraigada de que o processo democrático não é capaz de satisfazer todos os requisitos da constituição ideal.⁶⁰⁸

Depreende-se de todas as questões acima analisadas que a visão procedimentalista restringe em elevado grau a atuação da Jurisdição Constitucional, colocando-a, em verdade, como um árbitro da legitimidade do jogo democrático. Trata-se de uma posição que, apesar de não poder ser desconsiderada, na medida em que suas idéias lançam nova luz para a responsabilidade das decisões judiciais, deve ser analisada criticamente.

⁶⁰⁷ NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven & London: Yale University, *s.d.*, p. 198/199.

⁶⁰⁸ NINO, C. S. *Ob. cit.*. No entanto, o autor reconhece que, m especial, os direitos das minorias, que poderiam ser sufocados pelo exercício democrático das maiorias. Neste contexto é que o controle da constitucionalidade pelos juízes pode assumir alguma relevância. p.189

Para Nino, um sistema jurídico em que não haja controle jurisdicional da constitucionalidade não nega, necessariamente, a supremacia da constituição. O controle da constitucionalidade é importante, mas não precisaria ser feito, necessariamente, por um tribunal, uma minoria de juízes não escolhidos democraticamente.⁶⁰⁹

Esta análise do autor, entretanto, choca-se com algumas realidades sociais, como a brasileira, por exemplo, em que não há sequer o conhecimento das normas constitucionais pela população, o que certamente dificulta o exercício deste controle de forma direta. Seria necessário primeiramente criar uma consciência constitucional na população, educá-la no sentido de torná-la capaz de realizar análises críticas, para então lhe atribuir esse tipo de competência. Ainda, corre-se o risco de que interesses escusos prevaleçam, se seus titulares tiverem um grande poder de convencimento das massas mal informadas, de modo que ainda assim, leis inconstitucionais poderiam permanecer vigentes e vinculantes, para favorecer interesses escusos e contrários às necessidades do público em geral.

De fato, será possível considerar a Constituição de modo exclusivamente procedimental – como uma garantia de igual participação no discurso travado pela comunidade, em que se discutem os valores e as condutas a serem adotadas? Esta posição de alicerce (formal) da democracia é capaz de garantir justiça? E quando o Executivo não cumpre as diretrizes normativas fixadas pelo Legislativo, ou seja, pela comunidade livre de cidadãos, deixando de observar valores democraticamente eleitos como preponderantes naquele momento histórico, a quem recorrer se a perspectiva procedimentalista prevê tão somente o autocontrole dos poderes constituídos?

Diante de todas estas questões, é válido observar quais são as alternativas propostas pela corrente substancialista, em franco combate à tese procedimentalista.

⁶⁰⁹ NINO, C. S. Ob. cit., p. 196.

4.2.1.2 O substancialismo

Da própria leitura da Constituição Federal de 1988, depreende-se certa dificuldade em se acatar com exclusividade as teorias procedimentalistas. O texto constitucional está imbuído de uma série de normas com pungente conteúdo material, axiológico, demonstrando opções políticas adotadas pela Assembléia Constituinte. Muitas delas não estão relacionadas à garantia do processo democrático, mas fixam, até autoritariamente, determinados valores a serem observados por toda a comunidade, como a erradicação da pobreza, a valorização da dignidade humana, a proteção da criança e do adolescente, dentre tantos outros. A correspondência entre estas normas e os valores difundidos na sociedade lhes garante a necessária legitimidade.

Nestas condições, de pouca valia seria um Tribunal Constitucional capaz de julgar exclusivamente a idoneidade do processo democrático, e não de determinar o cumprimento das normas materiais presentes na Constituição.⁶¹⁰ Note-se que justamente estas normas, em especial os direitos fundamentais, receberam uma proteção especial do constituinte, na medida em que foram protegidas até mesmo da possibilidade de discussão em sede de emenda constitucional. Significa dizer: estas normas compõem a essência da Constituição enquanto documento normativo político; e de pouca valia é esta “essencialidade” se não houver um órgão capaz de assegurá-la.

Além disso, na medida em que Habermas defende a idoneidade do processo democrático, e sua proteção através da Jurisdição Constitucional, verifica-se que ele próprio está, necessariamente, partindo de um valor substantivo: a bondade intrínseca do sistema democrático. Como observou Sérgio Moro, “não é possível exigir que a própria democracia fixe quais seriam tais condições democráticas”, de modo que, parafraseando Michelman, “o

⁶¹⁰ MORO, S. F. *Jurisdição Constitucional como Democracia*, p. 146.

constitucionalismo – o desafio de submeter o governo à razão veiculada como lei inevitavelmente significa o estabelecimento de um conjunto de primeiros princípios normativos e inteligíveis fixados ‘a priori’, não-negociáveis e não-sujeitos à discussão”.⁶¹¹

De fato, segundo Castoriadis, a tese procedimentalista não consegue escapar de dois conceitos substantivos iniciais: a compatibilidade entre as instituições sociais com o processo “verdadeiramente” democrático; e a aptidão dos indivíduos, tal como produzidos pela malha social, para agir em conformidade com o processo democrático e defendê-lo.⁶¹²

Logo, para muitos autores, a concepção procedimentalista mostra-se deficiente já no seu ponto de partida, pois, em última análise, parte de um valor: o processo é, em si, algo benéfico, seja porque garante a democracia, seja porque reconhece a igual dignidade dos homens e de seu discurso na comunidade. Nesse sentido, se cabe à Constituição defender o processo, ela será, necessariamente, substantiva.⁶¹³

Segundo Streck, o modelo substancialista parte da premissa segundo a qual a Constituição determina o agir político estatal, e se revela como a expressão do contrato social. Trata-se da corrente que melhor se adapta à noção de dirigismo constitucional, outorgando ao Judiciário a responsabilidade – compartilhada com os demais poderes públicos – de tornar efetivos os direitos fundamentais.⁶¹⁴

Um dos principais defensores da concepção substancialista do Direito é Mauro Capelletti, ao reconhecer no Judiciário um meio de incorporação no sistema político das teses divergentes, de modo que os marginalizados – sem acesso ao processo democrático – possam manifestar suas pretensões.

Em sua obra “Juízes Legisladores?”, o autor investiga a atuação criativa desenvolvida pelos juízes quando da aplicação do Direito, bem como do “agigantamento”

⁶¹¹ Apud MORO, S. F. *Jurisdição Constitucional como Democracia*, p. 148.

⁶¹² Em *A ascensão da insignificância*, apud STRECK, L. L. *Jurisdição Constitucional ...*, p. 151-152.

⁶¹³ STRECK, L. L. *Jurisdição Constitucional ...*, p. 162.

⁶¹⁴ STRECK, L. L. *Jurisdição Constitucional ...*, p. 163.

desta atividade nas últimas décadas do Século XX. Segundo Capelletti, a criação do Direito pelos juízes mostra-se inevitável, na medida em que toda interpretação tem uma dose intrínseca de criatividade. Segundo o autor, esta criatividade não se equipara à arbitrariedade, na medida em que sempre vem acompanhada de limites processuais e substanciais. Ainda assim, a atividade criativa do juiz não difere, no aspecto substancial, da atividade legislativa.⁶¹⁵

Trata-se da corrente denominada “não interpretativista”, segundo a qual “é legítima a invocação de outros valores substantivos, como *justiça, igualdade e liberdade*, e não apenas ou preferencialmente o valor democracia, para atribuir à magistratura uma competência interpretativa em sentido forte”. Nestas condições, em virtude da abertura dos princípios jurídicos que informa os textos legislativos, e, em especial, o texto constitucional, devem os juízes lhes conferir a necessária concretização.⁶¹⁶

Luiz Flávio Gomes entende, igualmente, que a politização do Judiciário é uma decorrência do Estado Democrático de Direito. Sobre sua atuação criativa, manifestou-se seguindo a mesma direção de Capelletti:

O juiz contemporâneo, em síntese, seja porque inserido num modelo de Estado Constitucional de Direito, que o obriga a aplicar a lei apenas quando constitucionalmente válida, seja porque se depara freqüentemente com conceitos jurídicos indeterminados (tanto na Constituição como nas leis ordinárias), tornou-se integrante do “centro de produção normativa”. Ele também ‘cria’ o Direito, numa postura aproximada ao direito judicial (*Richterrecht*)... Sendo a política a arte de governar a cidade, a função jurisdicional, na medida em que dá a moldura fina do que é válido juridicamente falando, é inegavelmente política (nisso consiste o chamado sistema do *judicial law-making*). Mas política no sentido grego da palavra, não se confunde com política partidária.⁶¹⁷

⁶¹⁵ CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p.19-27.

⁶¹⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003, p. 83. O autor ressalta, em contraposição, a corrente “interpretativista”, segundo a qual “interpretar não é criar, (...) é simplesmente aplicar a norma com o sentido e o alcance que lhe atribuíram as instâncias de representação popular, cujas decisões políticas não podem ser substituídas pelas decisões jurídicas – sobretudo as de forte inspiração política – da magistratura constitucional”. p. 82. No mesmo sentido, PEREIRA, Áurea Pimentel. A Obra de Criação do Direito pelo Juiz na Interpretação das Leis. Limites. In: *Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: EMERJ, v. 5, n. 18, 2002, p. 104-109.

⁶¹⁷ GOMES, Luiz Flávio. *A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 47.

Os limites substanciais impostos ao Poder Judiciário, segundo Mauro Capelletti, são variáveis em cada tempo e lugar, pois dependem dos valores que informam o ordenamento jurídico de uma dada comunidade. Eles se relacionam a precedentes judiciários, opiniões de juristas, decisões de assembleias, leis, etc.⁶¹⁸ Estes limites substanciais não são absolutos, pois toda aplicação jurisdicional do direito, segundo o autor, importa uma certa dose de criatividade. A questão é tentar traçar o limite desta criatividade.

Para tanto, surgem também limites procedimentais para a atividade jurisdicional. O primeiro deles seria a regra “*nemo iudex in causa propria*”, segundo a qual o juiz deve sempre agir de forma imparcial, não podendo decidir sobre relações sociais das quais ele mesmo participe. O segundo limite corresponderia à regra “*audiatur et altera pars*”, segundo a qual o juiz, livre da pressão das partes, deve garantir o contraditório do processo, ouvindo a ambas as versões e dando igual oportunidade de defesa. A regra do “*ubi non est actio, ibi non est iurisdictio*” corresponde ao terceiro limite procedimental apresentado por Capelletti: segundo esta regra, o juiz deve permanecer inerte, não podendo iniciar um processo para sobre ele decidir. Sem a provocação das partes, ao juiz está vedado exercer o controle jurisdicional.⁶¹⁹

Estas limitações procedimentais garantem a diferença entre a atividade criativa jurisdicional e a atividade legislativa, afinal, o legislador pode legislar em causa própria, na medida em que defende os interesses de determinados grupos sociais, não precisa ser imparcial nem ouvir as minorias – já que o jogo democrático se baliza pela regra da maioria – e não precisa aguardar a provocação dos grupos que ele representa. A vantagem dos limites procedimentais impostos à criatividade dos juizes está precisamente em não tolher sua atividade criativa real e potencial, mas implicar uma maior estabilidade e menor sujeição a

⁶¹⁸ CAPELLETTI, M. Ob. cit., p. 24.

⁶¹⁹ CAPELLETTI, M. Ob. cit., p. 74-76.

transformações radicais.⁶²⁰ Portanto, em princípio, não se pode equiparar a criação jurisdicional com a atividade legiferante.⁶²¹

A partir desta premissa, o autor propõe uma investigação desta atividade criativa, a fim de analisar sua extensão, as causas e efeitos de sua expansão. Nesse sentido, Capelletti observa que a intensificação da criatividade jurisprudencial decorreu de uma série de fatores, dentre os quais destaca: a) a “revolta contra o formalismo”, após a II Guerra Mundial; b) a necessidade de agigantamento do Judiciário enquanto terceiro poder capaz de controlar o Legislativo e o Executivo, que haviam se tornado imensamente potentes especialmente com o advento do Estado do Bem-Estar Social; c) em virtude da criação da legislação social, a necessidade de que o Judiciário implementasse o cumprimento às obrigações prestacionais neles previstas (“justiça administrativa”), não podendo tão somente exercer a função de garantidor dos direitos individuais frente ao Estado; d) a posição do Judiciário como defensor dos indivíduos que não tinham acesso às manobras políticas necessárias para influenciar nas políticas públicas, em virtude do complexo aparato burocrático que passou a cercar o Executivo e o Legislativo.⁶²²

Especialmente a partir da constitucionalização dos direitos humanos – o que os colocou em posição privilegiada na ordem positiva, a demandar especial proteção do Estado – o Judiciário necessitou assumir a posição de verdadeiro guardião dos valores substantivos constitucionalizados. De fato, a tônica da grande maioria das constituições do século XX foi a elaboração de um rol de direitos fundamentais, os quais têm estrutura normativa aberta e indeterminada, e que representam os valores consolidados em cada comunidade. A partir desta inevitável dimensão material, caberia aos juízes garantir que estas normas fossem

⁶²⁰ Idem, p. 80.

⁶²¹ Preocupada com os limites da atividade jurisdicional, Áurea Pimentel Pereira salientou: “Tal obra de criação não pode, porém, insista-se, desbordar para o arbítrio, estando antes sujeita a limites, que não podem ser transpostos para alcançar o fundo do direito, na norma legal contido, em clara violação ao princípio da tripartição dos Poderes, com a transmutação do juiz em legislador positivo, via da criação de um direito alternativo, capaz de carrear insegurança para o direito das partes no processo e o comprometimento de todo um ordenamento jurídico”. PEREIRA, A. P. Ob. cit., p. 112.

⁶²² PEREIRA, A. P. Ob. cit., p. 31-60.

efetivamente aplicadas, respeitadas pelos demais poderes constituídos, pelas entidades privadas e pelos particulares. Para tanto, outra alternativa não há senão uma Magistratura atuante, com poderes de intervenção e determinação de condutas, inclusive ao Estado, de certa forma influenciando na forma de condução da sociedade, de modo a pautá-la segundo os valores constitucionalizados.⁶²³

Nesse sentido, o surgimento dos Tribunais Constitucionais – nos países cuja estrutura judiciária segue o *civil law* – determinou a mudança de toda a perspectiva de atuação do Legislativo:

É quando a liberdade de conformação do legislador, pródiga em discricionariedade no Estado-Liberal, passa a ser contestada por dois lados: de um lado, os textos constitucionais dirigentes, apontando para um dever de legislar em prol dos direitos fundamentais e sociais; de outro, o controle por parte dos tribunais, que passaram não somente a decidir acerca da forma procedimental da feitura das leis, mas acerca do seu conteúdo material, incorporando os valores previstos na Constituição. Há, assim, a prevalência do princípio da constitucionalidade sobre o princípio da maioria...⁶²⁴

Assim, para os adeptos do substancialismo, a Constituição, além de refletir o contrato social, tem o condão de “constituir-a-ação do Estado”, a partir de sua força normativa.⁶²⁵ Clèmerson Clève observa:

A compreensão da Constituição como Lei Fundamental implica não apenas o reconhecimento de sua supremacia na ordem jurídica, mas, igualmente, a existência de mecanismos suficientes para garantir juridicamente (eis um ponto importante) apontada qualidade. A supremacia, diga-se logo, não exige apenas a compatibilidade formal do direito infraconstitucional com os comandos maiores definidores do modo de produção das normas jurídicas, mas também a observância de sua dimensão material. A Constituição, afinal, como quer Hesse, é uma “ordem fundamental, material e aberta de uma comunidade”. É ordem fundamental eis que reside em posição de supremacia. É, ademais, ordem material porque, além de normas, contém uma ordem de valores: o conteúdo do direito, que não pode ser desatendido pela regulação infraconstitucional.⁶²⁶

Nestas condições, não se pode alijar a Constituição de seu conteúdo material, pois ele reflete os valores que informam a vida de uma determinada comunidade. No caso específico da Constituição Federal de 1988, a inserção de uma série de normas de conteúdo

⁶²³ CAPELLETTI, M. Ob. cit., p. 61-69. Sobre o tema também ver SAMPAIO, J. A. L. *A Constituição Reinventada...*, p. 79-82.

⁶²⁴ STRECK, L. L. *Jurisdição Constitucional...*, p. 167.

⁶²⁵ STRECK, L. L. *Jurisdição Constitucional...*, p. 168.

⁶²⁶ CLÈVE, C. M. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade...*, p. 25-26.

axiológico-material, como os direitos fundamentais sociais, não é passível de ser negligenciada. Elas têm uma razão de ser: os direitos sociais foram positivados como direitos fundamentais “porque a imensa maioria da população não os tem, ou seja, a linguagem introdutória dos textos relativos aos direitos sociais surge exatamente a partir de ‘sua’ falta”.⁶²⁷ Ao figurarem no texto constitucional, resta evidenciada a necessidade de se lutar pela sua extensão a toda a sociedade, resta evidenciada a sua ausência para a grande parte da população. Neste diapasão, uma Constituição que não preveja direitos fundamentais sociais acabaria por revelá-la em seu sentido negativo: “os direitos sociais não realizados, os direitos fundamentais não respeitados!”.⁶²⁸

Diante deste quadro, parece evidente que a doutrina procedimentalista não é a que mais se adapta à leitura da Constituição brasileira, que, assim como em muitos países de modernidade tardia, ainda luta pela realização no corpo social de uma série de prerrogativas que já foram satisfeitas em outras sociedades. A Constituição como forma, como garantia do processo democrático, pode suprir as expectativas de uma sociedade altamente desenvolvida, em que todos os cidadãos têm sua sobrevivência garantida e podem adentrar a esfera pública de discussão para lutar pelos seus interesses políticos.⁶²⁹ Nestas condições, basta, de fato, que os tribunais garantam, tão somente, que todos sejam ouvidos. Não é o que se verifica na realidade brasileira, razão pela qual o procedimentalismo deve ser visto com reservas.

Hannah Arendt já salientava que somente quando as necessidades privadas do homem estivessem satisfeitas, poderia ele ingressar com liberdade na esfera pública de discussão política. As discussões específicas desta esfera somente poderiam ser travadas se os interlocutores estivessem em condição de igualdade (sem passar necessidades, por exemplo,

⁶²⁷ STRECK, L. L. *Jurisdição Constitucional...*, p. 171.

⁶²⁸ *Idem*, p. 175.

⁶²⁹ Aqui a expressão “esfera pública” é utilizada no sentido arendtiano. A esfera pública compreende tudo o que pode ser visto e ouvido por todos (realidade), estando intimamente relacionado à aparência (não desprovida de conteúdo, importa ressaltar). Além disso, a esfera pública corresponde ao próprio mundo produzido pelo homem, pois é comum a todos os seres humanos e diferente do lugar que lhes cabe dentro dele. Ela corresponde a uma esfera comum na qual se reúnem os seres humanos em sua singularidade, sem que isto se traduza, todavia, em colisão entre uns e outros.

com grau de educação próximo), tendo as diferenças determinantes da individualidade respeitadas. Significa dizer: o homem precisa deixar o reino da necessidade para ingressar no reino da liberdade, onde terá condições de comunicar sua existência, e suas preferências políticas. No reino da necessidade, não haveria discussão possível.⁶³⁰

Daí verifica-se a importância da realização dos direitos sociais no Brasil, como salientou Andreas J. Krell: “Na medida em que é menor o nível de organização e atuação da sociedade civil para participar e influenciar na formação da vontade política, aumenta a responsabilidade dos integrantes do Poder Judiciário na concretização e no cumprimento das normas constitucionais, especialmente as que possuem uma alta carga valorativa e ideológica”.⁶³¹

Assim, os direitos fundamentais sociais, garantidos constitucionalmente, só se tornarão efetivos se houver uma prática jurisdicional que determine sua observância – seja na elaboração das leis, seja na adoção de políticas públicas, seja no cumprimento estrito das obrigações previstas nas normas, quando assim demandado pelo seu titular. Nesta linha, defende Clèmerson Clève:

... os dados normativos da Constituição, aliás, não de qualquer Constituição (a do Zaire, por exemplo), mas de uma Constituição como a brasileira de 1988, devem ser potencializados por uma dogmática constitucional democrática. Se a Constituição condensa normativamente valores indispensáveis ao exercício da cidadania, nada mais importante do que a busca (política, sim, mas também) jurídica de sua afirmação (realização, aplicação). O como elaborar isso juridicamente, esta é obra para uma nova dogmática constitucional, cujo desafio é tornar a Constituição uma Lei Fundamental integral. Não se pode correr o risco de fazer dela uma Constituição normativa na parte que toca os interesses das classes hegemônicas e uma Constituição nominal na parte que toca os interesses das classes que buscam a emancipação.⁶³²

Para tanto, como observou Capelletti, o Judiciário só será acionado quando se verificar o descumprimento destes direitos, seja pela prática ruidosa do poder público, aniquilando direitos ou posições jurídicas já conquistadas, seja pela omissão, deixando de

⁶³⁰ ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 31-37.

⁶³¹ KRELL, A. J. Ob. cit., p. 70.

⁶³² CLÈVE, C. M. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade*, 1995, apud STRECK, L. L. Ob. cit., p. 184.

atender as necessidades da população através da prática de determinadas prestações materiais. Logo, *ex officio*, ele não tem sequer condição de avançar sobre a esfera de competência dos demais poderes constituídos. Isso apenas se verifica diante da hipótese – a ser confirmada segundo o devido processo legal – de descumprimento das normas constitucionais.

A dúvida, no entanto, permanece: esta concentração de poder na mão dos juízes não afrontaria o princípio democrático? Não se estaria a adentrar uma nova espécie de ditadura, a ditadura dos juízes, já que de suas decisões não cabe controle exercido pelos demais poderes? Até que ponto eles podem determinar o cumprimento, pelo Executivo e Legislativo, dos programas previstos na Constituição Federal de 1988, segundo uma Teoria da Constituição Adaptada para Países de Modernidade Tardia? Trataremos especificamente do tópico da legitimidade democrática da jurisdição constitucional para impor condutas aos demais poderes constituídos – especialmente para determinar políticas públicas e alocação de recursos – no tópico a seguir.

4.2.2 Decisões alocativas de recursos como problema específico: o princípio democrático, a competência do Judiciário e a reserva do possível

A legitimidade da Jurisdição Constitucional para exercer o controle de constitucionalidade de atos legislativos e administrativos é uma questão ainda em discussão na doutrina. Segundo Wálber Araújo Carneiro, “as esquivas doutrinárias (acerca da mitigação da eficácia dos direitos fundamentais sociais) não estão relacionadas à existência do direito subjetivo, mas à inexistência de um dever jurídico do Estado à prestação efetiva de serviços públicos decorrentes da necessária implementação do programa consubstanciado de normas”.⁶³³

⁶³³ CARNEIRO, W. A. Ob. cit., p. 372.

Os adeptos do procedimentalismo, como já se teve oportunidade de demonstrar, opõem-se a um controle material exercido pelos juízes sobre o mérito dos atos administrativos ou sobre o conteúdo das leis. Na medida em que estes juízes compõem uma Corte Constitucional sem terem sido democraticamente eleitos, e suas decisões não estão sujeitas a nenhum tipo de controle, em virtude de sua “independência institucional”, defendem os procedimentalistas que eles não teriam legitimidade para invalidar atos realizados pelos demais poderes constituídos.

Existem outros enfoques, entretanto, sob os quais esta questão merece ser analisada, de modo que a legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional também pode ser defendida, especialmente nos casos em que está em jogo a efetividade de direitos fundamentais enumerados na própria Constituição, como os direitos fundamentais sociais.

Ao tratar do tema, Mauro Capelletti traz uma série de argumentos a respeito do possível equívoco cometido quando se condena o controle de constitucionalidade material realizado pela jurisdição constitucional por falta de “legitimação democrática”. O primeiro deles diz respeito ao fato de que também a legitimidade democrática do Legislativo e do Executivo merece ser analisada com uma certa reserva. Já não se aceita mais a idéia de que referidos poderes logram ser perfeitos representantes políticos de seus eleitores⁶³⁴ – e esta realidade parece bastante evidente no Brasil. Diversas normas emanadas do Legislativo, e mesmo do Executivo, como as medidas provisórias, não gozam de representatividade, indo, na realidade, em direção contrária às expectativas da sociedade brasileira.⁶³⁵ O mesmo se verifica com atos administrativos que muitas vezes atendem a um juízo de oportunidade e conveniência do próprio Executivo, e não necessariamente da população. É certo que esta

⁶³⁴ CAPELLETTI, M. Ob. cit., p. 94-95.

⁶³⁵ Um exemplo pode ser encontrado na Medida Provisória 2.631/2001, que autorizou a capitalização de juros pelas instituições financeiras. Ora, são milhões de consumidores em todo o país que dependem dos serviços bancários e não logram quitar seus contratos de mútuo em virtude da extrema liberdade com que os bancos arbitram taxas de juros e fazem-nas incidir de forma capitalizada sobre os saldos devedores, até o ponto de os mesmos se tornarem impagáveis. É certo que estes milhões não foram ouvidos (não foram sequer consultados) quando da edição da Medida Provisória em questão.

retórica não pode ser levada ao extremo, sob pena de se comprometer o Estado Democrático de Direito e autorizar uma ditadura jurisdicional, mas ela serve para demonstrar que o caráter democrático dos poderes políticos não pode ser tomado como algo absoluto.

Outro argumento que se soma ao primeiro defende que o próprio Judiciário não estaria totalmente desprovido de representatividade democrática. Robert Dahl⁶³⁶ defende que os juízes têm legitimidade para interpretar criativamente o direito, impondo suas interpretações aos demais poderes constituídos na medida em que suas decisões encontram-se em consonância com as idéias defendidas pelos parlamentares no jogo democrático. Caberia à Corte Constitucional tão somente controlar a constitucionalidade e a regularidade do procedimento de criação das normas, de modo que os valores nela inserido deveriam ser analisados exclusivamente pelo Legislativo e Executivo. Neste sentido, em virtude do critério de indicação dos juízes para a Suprema Corte Americana⁶³⁷, defende-se a atuação jurisdicional como uma reprodução da vontade majoritária. Trata-se de concepção que, na prática, pode se mostrar equivocada, pois, como bem observou José Adércio Leite Sampaio, “a identidade entre posições dos juízes e orientações esperadas por quem os nomeou tem ficado apenas no plano das possibilidades”.⁶³⁸

Ainda assim, é um argumento a ser ponderado, especialmente se completado por outro, segundo o qual a legitimidade democrática da jurisdição constitucional pode se verificar pela argumentação. Afinal, sabe-se que é exigida das decisões judiciais uma extensa carga argumentativa, de modo que uma decisão judicial deve ser cumprida não só em virtude de sua autoridade intrínseca, mas especialmente porque ela é capaz de convencer seus

⁶³⁶ Dahl e Eisenmann, conforme relatado em SAMPAIO, J. A. L. *A Constituição Reinventada...*, p. 70. No mesmo sentido, em CAPELLETTI, M. Ob. cit., p. 96-97.

⁶³⁷ No caso americano, bastante parecido, em tese, com o brasileiro, é o chefe do Executivo quem indica uma pessoa para ocupar o cargo na Suprema Corte, e submete seu nome à aprovação do Congresso Nacional. Dessa forma, se aprovado, depois de intensa sabatina na qual as idéias do candidato são exploradas e postas à prova, o indicado teria legitimidade democrática para aplicar as normas constitucionais, já que o faria em consonância com a vontade da maioria democrática do Congresso.

⁶³⁸ SAMPAIO, J. A. L. *A Constituição Reinventada...*, p. 72.

destinatários. Na medida em que existe essa preocupação com o convencimento do acerto da decisão, ela adquire legitimidade.⁶³⁹

Um terceiro argumento enumerado por Capelletti foi elaborado por Martin Shapiro. Segundo ele, “os tribunais podem dar importante contribuição à representatividade geral do sistema” na medida em que “podem permitir o acesso ao *judicial process* e, assim, dar proteção a grupos que, pelo contrário, não estariam em condições de obter acesso ao *political process*”.⁶⁴⁰ Ou seja, os grupos marginais, que não têm voz política, somente terão condições de se fazer ouvir através do processo judicial, e mediante o controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário.

Se o Estado não cumpre com as obrigações constitucionalmente elaboradas para o atendimento da população, muitas vezes somente através do Judiciário que estas necessidades poderão ser supridas, já que estes grupos marginalizados, e às vezes até cidadãos individualmente considerados, não têm força política suficiente para influenciar no campo do jogo democrático. É o que se verificou, a título de exemplo, nas decisões judiciais proferidas em sede de Ação Civil Pública intentada pelo Ministério Público para a construção de leitos em UTI, bem como nas ações propostas com a finalidade de garantir o fornecimento de medicamentos necessários à salvaguarda da vida humana.

Um quarto argumento diz respeito à efetiva possibilidade de participação no provimento jurisdicional pelas partes. São elas que delimitam a lide, que produzem provas, e têm efetiva oportunidade de serem ouvidas. É certo que este procedimento pode ser considerado profundamente democrático, talvez até mais democrático que o procedimento de votação de uma lei pelo Congresso, em que a população que será diretamente atingida pelo

⁶³⁹ CAPELLETTI, M. Ob. cit., p. 98; SAMPAIO, J. A. L. *A Constituição Reinventada...*, p. 91-94.

⁶⁴⁰ CAPELLETTI, M. Ob. cit., p. 99.

provimento normativo nada tem a fazer senão confiar em seus representantes eleitos, já que ela mesma não poderá participar do processo decisório.⁶⁴¹ Neste sentido, observa Capelletti:

... Embora a profissão ou a carreira dos juízes possa ser isolada da realidade da vida social, a sua função os constrange, todavia, dia após dia, a se inclinar sobre essa realidade, pois chamados a decidir casos envolvendo pessoas reais, fatos concretos, problemas atuais da vida. Neste sentido, pelo menos, a produção judiciária do direito tem a potencialidade de ser altamente democrática, vizinha e sensível às necessidades da população e às aspirações sociais.⁶⁴²

Esta potencialidade, é certo, só poderá se tornar realidade na medida em que se concretize o acesso ao judiciário. De qualquer forma, todo progresso feito neste sentido aponta para uma maior democracia dos provimentos jurisprudenciais.

O quinto e último argumento talvez seja o mais significativo para o presente estudo. Ele diz respeito à realização dos direitos fundamentais: somente em sociedades democráticas estes direitos são constitucionalmente garantidos; e somente em sociedades que dispõem de um corpo de juízes destinado à proteção destes direitos eles serão efetivamente realizados. “A democracia não pode sobreviver em um sistema em que fiquem desprotegidos os direitos e as liberdades fundamentais”⁶⁴³, e esta proteção somente é possível através de um poder constituído diverso do Legislativo e do Judiciário com força suficiente para, dentro do esquema dos *checks and balances*, controlar sua atuação, determinando a obediência às normas jusfundamentais.

Neste mesmo sentido, Flávia de Almeida Viveiros de Castro afirma que o Estado de Direito contemporâneo se solidifica primeiramente pela garantia dos direitos fundamentais, de modo que cabe ao Poder Judiciário velar para que tais direitos sejam respeitados e implementados. Para a autora, “a lógica da supremacia da Constituição, inserida nas modernas

⁶⁴¹ Exceção feita ao referendo que se verificou neste ano de 2005 para votação da Lei referente ao desarmamento da população.

⁶⁴² CAPELLETTI, M. Ob. cit., p. 105.

⁶⁴³ CAPELLETTI, M. Ob. cit., p. 106.

democracias, exige que a validade das leis e dos atos do Estado busque na Carta Magna o seu fundamento”.⁶⁴⁴

Logo, no caso específico dos direitos fundamentais sociais, quando o Estado deixa de agir promovendo sua realização, além da salutar influência política que os grupos de pressão podem exercer, outra solução não têm os grupos mais necessitados, e mesmo por isso mais alijados da discussão política, senão recorrer ao Judiciário buscando o provimento jurisprudencial que atenda seus interesses constitucionalmente protegidos.

Nestes casos, são diversas as vezes em que o Executivo defende sua omissão a partir de uma perspectiva político-econômica: não há recursos suficientes para atender ao pleito judicialmente tutelado, de modo que a pretensão deverá aguardar sob o manto da reserva do possível. Poderia o Judiciário investigar a escassez de recursos alegada? Poderia adentrar a esfera discricionária de escolhas políticas de alocação de recursos?

Gustavo Amaral é taxativo em negar esta possibilidade. Para o autor, é possível que o Legislativo tome decisões alocativas de recursos, criando normas que determinem condutas a serem adotadas pelo Executivo, sempre que presente o parâmetro da razoabilidade:

Se a norma jurídica pretender regradar o que refoge a seu âmbito, o que não se comporta no campo do *poder-ser*, que é a imagem refletida do *dever-ser*, ficará evidente sua invalidade. A impossibilidade não costuma voltar-se para o grotesco, mas para aquilo que aparentemente é factível. É possível fornecer tratamento médico a uma dada pessoa ou assegurar emprego a outra, mas parece ser incontornável o “excesso de otimismo”, a ingenuidade ou demagogia de pretender assegurar como direito subjetivo um direito a qualquer tratamento de saúde ou um direito ao pleno emprego. (...)

Nada obstante, quando factíveis, são legítimas opções normativas que vedam a tomada de decisões alocativas inferiores, como, por exemplo, assegurar a todas as crianças vacinação contra dadas doenças. (...) Ao preferir uns em relação a outros, a norma comporta, novamente, controle de razoabilidade, mas aqui pela potencial lesão ao princípio da igualdade.⁶⁴⁵

Este desempenho em relação às decisões alocativas de recursos não poderia se estender, entretanto, ao Judiciário.

⁶⁴⁴ CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. O papel político do Poder Judiciário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 10, n. 38, jan-mar 2002, p. 294.

⁶⁴⁵ AMARAL, G. *Direito, Escassez & Escolha*, p. 199-200.

Observa Amaral que as decisões alocativas de recursos são (deveriam ser) pautadas pela necessidade – necessidade de atender a uns no lugar de outros. Para tanto, utiliza-se do conceito elaborado por Michael Walzer, segundo o qual a necessidade corresponde a um princípio sujeito à limitação política, ou seja, só é passível de ser definida politicamente.⁶⁴⁶ A partir desta noção, as escolhas relativas à destinação dos recursos não só são políticas em seu procedimento e sua essência, como também utilizam critérios políticos, como “opinião pública” ou “clamor popular”.

O Judiciário, por sua vez, não estaria suficientemente aparelhado para influenciar nestas escolhas. Segundo Amaral, a interpretação sobre como efetivar os direitos fundamentais sociais cabe ao Legislativo e ao Executivo, através da elaboração da lei do orçamento e da realização de políticas públicas. Sejam os fiéis às suas palavras:

... Não há um critério único que possa ser empregado para todas as decisões a serem tomadas. Há, sim, um leque de critérios e considerações que podem ser utilizados e combinados entre si. Essa característica dá à decisão teor nitidamente discricionário e político, devendo ser sindicável enquanto decisão política. O controle político se dá pelo voto popular e pela atuação da sociedade civil organizada.

...

Além de questões de essência, há empecilhos funcionais que não recomendam a atuação destacada do Judiciário. Todo modo de funcionar da judicatura, a iniciativa por provocação, o impulso oficial, a linearidade do procedimento e as regras de preclusão não constituem procedimentos apropriados para lidar com a dinâmica das decisões alocativas. Tais decisões são sempre mutáveis em função da evolução dos fatos, do conhecimento que deles se tenha e da percepção daí advinda.

...

No que diz respeito às pretensões positivas, cabe ao Judiciário o controle do discurso, o controle das condutas adotadas por aqueles que ocupam função executiva ou legislativa. Não cabe ao magistrado fazer a mediação fato-norma, seja pela subsunção ou pela concreção. Cabe-lhe, isso sim, projetar o conteúdo de pretensão contrastando o teor dessa pretensão com a realidade fática, verificar se há violação *potencial*. Havendo a violação potencial, cabe ao magistrado, então, questionar as razões dadas pelo Estado para suas escolhas, fazendo a ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta, a justificar, ou não, a escolha estatal.⁶⁴⁷

Da leitura da tese defendida por Gustavo Amaral pode se depreender um certo temor em se deixar a cabo do Judiciário o controle das políticas públicas desempenhadas pelo Executivo, bem como das escolhas alocativas de recursos. Embora o temor seja fundado, em

⁶⁴⁶ Idem, p. 201-202.

⁶⁴⁷ AMARAL, G. *Direito, Escassez & Escolha*, p. 206-208.

virtude do princípio da separação dos poderes, da necessária dose de discricionariedade com que o Executivo pode pautar suas ações, e mesmo da preocupação com a realidade econômica do país, ele pode ser visto com alguma reserva.

É certo que pelo princípio da inércia, não pode o Judiciário influenciar na conduta dos demais poderes constituídos a não ser que devidamente provocado para tanto. Ocorre que, quando esta provocação ocorre, é porque se verificou uma pretensão resistida, ou seja, no caso dos direitos fundamentais sociais a prestações, verificou-se uma omissão do Estado em cumprir com tarefa prevista na Constituição Federal. Nesta condição, o Judiciário é convocado a fazer valer a norma constitucional, em sua materialidade, conforme a Teoria da Constituição Dirigente Adaptada aos Países de Modernidade Tardia. Já se verificou que nestas circunstâncias, confiar exclusivamente na atuação política dos poderes públicos pode significar deixar de atender pretensões jusfundamentais, de modo que o direito fundamental social não satisfeito venha a significar a exclusão social de seu titular.

Quando o que está em pauta é a realização de direitos fundamentais necessários à realização da dignidade da pessoa humana, parece que o conceito a ser enfraquecido é de discricionariedade política na alocação de recursos, e não o de controle jurisdicional. Ainda que a noção de ponderação entre a essencialidade da pretensão judicialmente deduzida, e a excepcionalidade da situação econômica concreta apresentada pelo Estado (a reserva do possível) seja útil e adequada à realização dos direitos fundamentais sociais, ela pode se mostrar insuficiente. Não basta ouvir as razões do Estado para o descumprimento da norma jusfundamental, pois a omissão não pode ser a regra a ser justificada. A questão deve ser invertida: a Constituição Dirigente determina o cumprimento da norma, de modo que este cumprimento deve ser a premissa, para a qual somente a escassez natural de recursos, devidamente comprovada, pode ser aceita como exceção que exonera o cumprimento da

norma. A escassez artificial, fruto de uma escolha política, não pode ser oposta ao cumprimento dos direitos fundamentais.

Sobre o tema, já ponderou José Adércio Leite Sampaio, citando Modugno:

Deve-se notar, ainda, que a lei se apresenta, em relação a esses direitos [direitos sociais], como *condition sine qua non* e não como *conditio per quam*. Quer isso dizer que a atuação legislativa se faz necessária para determinar o modo e os limites do direito, não a sua existência (*quomodo* e *quando*, não *an* e *quid*). Por isso são, em grande parte, mas não a totalidade, direitos sob a reserva do possível e do razoável, submetida, no entanto, ao controle judicial: “a subtração ao legislador da discricionariedade sobre *an* e sobre *quid* da garantia mesma conduz, sem mais, à fiscalização judicial (*sindacabilità*) dessa discricionariedade sobre *como* e sobre *quando*.”⁶⁴⁸

Percebe-se que quando se trata da realização dos direitos fundamentais sociais, a própria noção de discricionariedade resta enfraquecida.

Sérgio Fernando Moro também chegou a cogitar a possibilidade de o próprio Judiciário influenciar politicamente na realização dos direitos fundamentais sociais, especialmente quando, a partir da realidade concreta, tiver condições de aferir a real possibilidade de realização do direito, mas a ausência de vontade política direcionada a tanto:

O Judiciário, obviamente, não pode tornar viável o inviável. No entanto, aqui é necessário distinguir o viável do inviável. Não sem dificuldades e mediante recursos a dados empíricos, é possível verificar quais prestações materiais podem ser atendidas, e em que grau.

...

O limite da reserva de consistência poderá impedir o juiz de desenvolver e efetivar normas constitucionais que demandem a elaboração de políticas públicas de certa complexidade. Faltaria ao Judiciário, por exemplo, capacidade para elaboração de política habitacional, ou de política pública que vise à efetivação do objetivo previsto no inciso VIII do art. 170 da Constituição Federal (“busca do pleno emprego” como um dos princípios da ordem econômica). Todavia, a extensão deste impedimento dependerá da prática judiciária. A criatividade do juiz poderá contribuir para o alargamento do controle judicial, na medida em que ele encontrar caminhos para a elaboração de políticas públicas, mesmo complexas, podendo ser tomado como exemplo o já referido caso *Brown*.⁶⁴⁹

Assim, sempre que pautado por dados da realidade, o juiz demandado a tornar efetivo um direito fundamental social, poderia obrigar o Estado a adotar as condutas necessárias. No mesmo diapasão, se o Estado alegar a reserva do possível como restrição ao

⁶⁴⁸ SAMPAIO, J. A. L. *A Constituição Reinventada...*, p. 679.

⁶⁴⁹ MORO, S. F. *Jurisdição Constitucional como Democracia*, p. 224-225. O autor faz referência ao famoso caso *Brown vs. Board of Education*, que tratou da questão racial de frequência, por negros, em escolas para brancos.

direito em questão, caberá ao Judiciário avaliar qual a natureza desta “impossibilidade fática” na realização do direito. Em sendo ela absoluta, não poderá o Judiciário efetivamente obrigar o impossível. Mas em se tratando de impossibilidade relativa, fruto de uma escolha praticada pelo poder político, poderá o juiz exercer um controle de constitucionalidade desta decisão política, e inclusive invalidá-la na medida em que contrarie as normas constitucionais (força dirigente da Constituição).

Nogueira chegou a defender o controle judicial do orçamento, de modo que ele deveria estar em conformidade com os parâmetros constitucionais. Caberia ao Judiciário, além do Ministério Público Federal e dos Tribunais de Contas, a incumbência constitucional (CF, art. 70, *caput*) de “viabilizar na realidade jurídica brasileira, a aplicação do princípio do justo gasto do tributo arrecadado, otimizando os conceitos jurídicos de legalidade, economicidade e legitimidade na aplicação dos recursos públicos, punindo os agentes públicos que malversarem os escassos recursos públicos”.⁶⁵⁰

Para Luiz Flávio Gomes, “o Poder Constituinte na nossa Constituição de 1988 atribuiu ao juiz a tarefa de ser o guardião das normas, princípios e valores constitucionais e, desde essa base jurídica, a de controlar os demais poderes”. Nessa ordem, segundo o autor, mesmo o poder discricionário conferido à Administração Pública é um poder discricionário dentro dos limites da Constituição, e não confere a possibilidade de escolher entre aplicar as normas constitucionais ou não.⁶⁵¹ Como bem observou Garcia Herrera: “cuando se defiendem los principios constitucionales no se hace política sino defensa jurisdiccional de la Constitución”.⁶⁵²

⁶⁵⁰ NOGUEIRA, R. W. L. Ob. cit.

⁶⁵¹ GOMES, L. F. Ob. cit., p. 57-59. O autor estrutura esta tese a partir do disposto no próprio art. 1º da CF, que definiu a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de *Direito*, e não de *legalidade*, de modo que todos estariam submetidos ao disposto no ordenamento jurídico, especialmente na Constituição; bem como no disposto no artigo 5º XXXV, a partir do qual todos os atos lesivos aos direitos devem ser submetidos à apreciação do Judiciário. “Nenhuma entidade pública, assim como nenhuma autoridade ou agente público, está imune a esse controle [jurisdiccional]”.

⁶⁵² *Apud* STRECK, L. L. *Jurisdição Constitucional...*, p. 109.

Um Estado Social, como o instaurado pela ordem constitucional de 1988, deve se pautar pelo controle da pobreza, o que não pode ser solucionado exclusivamente no âmbito privado, razão pela qual deve ser garantido um mínimo de condição social a cada cidadão. Nas palavras de Andras J. Krell, “as questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais como a formulação das respectivas políticas, no Estado Social de Direito não estão relegadas somente ao governo e à administração (Gilberto Bercovici), mas têm fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pelo Poder Executivo pode e deve ser controlada pelo Poder Judiciário”.⁶⁵³

Também Pio Marconi adota uma posição substancialista de defesa de um Judiciário ativo e responsável por uma nova engenharia social:

A magistratura ocupa uma posição singular nessa nova engenharia institucional. Além de suas funções usuais, cabe ao Judiciário controlar a constitucionalidade e o caráter democrático das regulações sociais. Garantir as políticas públicas, impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais, enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos – apenas para arrolar algumas hipóteses de trabalho – significa atribuir ao magistrado uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva. Aplicar o direito tende a configurar-se, assim, apenas um resíduo da atividade judiciária, agora também combinada com a escolha de valores e aplicação de modelos de justiça. Assim, o juiz não aparece mais como ‘o responsável pela tutela dos direitos e das situações subjetivas, mas também como um dos titulares da distribuição de recursos e da construção de equilíbrios entre interesses supra-individuais.’⁶⁵⁴

Agora, uma atuação jurisdicional ativa na defesa dos direitos fundamentais sociais, capaz de impor aos poderes públicos a adoção das condutas necessárias à realização dos valores consignados na Constituição, só tem sentido a partir do efetivo acesso ao Judiciário pelos cidadãos. Mauro Capelletti já havia enfatizado este aspecto.

Ao lado do acesso ao Judiciário, é necessário que ele próprio tome consciência de sua responsabilidade na estrutura institucional do Estado Democrático de Direito. Como observou Galinari, “o maior passo para garantir esses direitos, portanto, é a garantia do acesso

⁶⁵³ KRELL, A. J. Ob. cit., p. 55.

⁶⁵⁴ MARCONI, Pio. “I partiti e le politiche de redistribuzione”, in *Crise dello Stato e Sociologia del Diritto*, apud CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In José Eduardo Faria (Org.) *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 49.

à Justiça eficiente: não basta ser possível levar a demanda ao Judiciário, é preciso que ele tenha meios para defender o direito contido na Lei e que está sendo violado”.⁶⁵⁵

Estes “meios” vêm de uma atuação jurisdicional voltada para a possibilidade de ponderação de valores e bens em conflito, uma leitura dos direitos fundamentais sociais a partir do prisma que determina seu maior grau de concretização, bem como os considera como direitos subjetivos *a priori*, e que não se deixa inibir por argumentos que podem encerrar em si realidades falaciosas, como a reserva do possível.

4.2.3 Decisões judiciais e isonomia

Um aspecto levantado por Gustavo Amaral a respeito da atuação jurisdicional na esfera dos direitos fundamentais sociais, especialmente em situações de escassez de recursos, é aquele relacionado à macrojustiça e microjustiça.

Segundo o autor, o Judiciário está aparelhado exclusivamente para fazer microjustiça, ou seja, cuidar da justiça do caso concreto, envolvendo partes determinadas, a partir da porção de realidade que lhe é apresentada. Já a macrojustiça seria praticada por órgãos políticos, segundo decisões políticas a partir das quais eles escolhem a quem atender com os recursos de que dispõem, e motivam estas decisões políticas com critérios políticos. “A justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de quebrar-se a isonomia. Esta é a tensão entre micro e macrojustiça”. A macrojustiça, por sua vez, permite escolhas alocativas de recursos de modo que algumas pessoas serão atendidas e outras não, com base em critérios políticos.

⁶⁵⁵ GALINARI, Cledson Moreira. A efetividade dos direitos humanos no Brasil: A eficácia da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no Brasil e o Plano Nacional de Direitos Humanos aos 50 Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, v. 5, 2000, p. 272.

A partir deste raciocínio, o Judiciário somente poderia determinar condutas positivas a serem adotadas pelos poderes públicos na medida em que pudesse fazê-lo em relação a todos os titulares do mesmo direito que por ventura procurassem aquela tutela jurisdicional. Não poderia o Judiciário fazer escolhas políticas, sob pena de violação do princípio da isonomia.⁶⁵⁶

É precisamente esta noção que levará o autor a afirmar mais adiante que o Judiciário não pode atender a todas as pretensões de satisfação dos direitos fundamentais sociais sob pena de causar injustiças àqueles que a ele não tiveram acesso. Uma determinação judicial de emprego de recursos públicos na satisfação de um determinado direito, em um determinado caso concreto, poderia comprometer a eficácia de políticas públicas que por ventura atenderiam a um número maior de cidadãos.

José Reinaldo de Lima Lopes defende que os direitos fundamentais sociais não podem ser tutelados da mesma forma que os direitos individuais⁶⁵⁷ – como já se teve oportunidade de analisar quando da definição dos direitos fundamentais sociais enquanto direitos subjetivos. A partir de sua concepção, segundo a qual os direitos fundamentais sociais são direitos coletivos, que devem ser tutelados de forma diferenciada, o autor acaba por defender uma posição mais reservada do Judiciário na sua tutela, justamente para evitar interferência nas políticas públicas e, como no caso ora em análise, para evitar a violação do princípio da isonomia:

... A prestação do serviço depende da real existência dos meios: não existindo escolas, hospitais e servidores capazes e em número suficiente para prestar o serviço o que fazer? Prestá-lo a quem tiver tido a oportunidade e a sorte de obter uma decisão judicial e abandonar a imensa maioria à fila de espera? Seria isto viável de fato e de direito, se o serviço público deve pautar-se pela sua universalidade, impessoalidade e pelo atendimento a quem dele mais precisar e cronologicamente anteceder os outros? Começam, pois a surgir dificuldades enormes quando se trata de defender com instrumentos individuais um direito social.⁶⁵⁸

⁶⁵⁶ AMARAL, G. *Direito, Escassez...*, p. 34-39. No mesmo sentido, CARNEIRO, W. A. Ob. cit., p. 384.

⁶⁵⁷ LOPES, J. R. de L. Ob. cit., p. 126-127.

⁶⁵⁸ LOPES, J. R. de L. Ob. cit., p. 131.

Nestas condições, o autor entende que na medida em que o Judiciário só age mediante provocação, se não forem acionados mecanismos coletivos de exigência dos direitos sociais, o Judiciário será provocado por indivíduos, o que pode gerar decisões conflitantes, em matérias que deveriam ser tratadas de maneira uniforme, já que se relacionam à política. Assim, o Judiciário não teria condições estruturais de tutelar estes direitos “coletivos”, impondo políticas públicas ao Estado.⁶⁵⁹

A questão da isonomia das decisões judiciais não pode, no entanto, ser tomada em termos absolutos, muito menos a preocupação com a “invasão” da esfera política pelas decisões judiciais, como se observou no tópico anterior. É inegável que a isonomia é um princípio a ser observado quando da prestação jurisdicional, mas, por certo, não é o único.

Diante de um caso em que está configurada a hipótese de incidência da norma de direito fundamental a prestação, em sendo evidente a omissão dos poderes públicos, atingido negativamente a esfera jurídica do titular do direito, não basta ao aplicador do Direito observar se a decisão ali proferida poderia ser estendida a todos os titulares do mesmo direito. Afinal, não é para esta função que ele foi provocado, e se começar a ter que pautar sua atuação por estes parâmetros estará fugindo de sua razão de ser.

Por outro lado, mostra-se perigosa a tendência a que o raciocínio isonômico pode levar o Judiciário: a tentação de não julgar, por sentir-se inapto a esta tarefa. Ora, diante de escolhas difíceis, mesmo Gustavo Amaral reconhece que escolher não julgar não é uma opção viável. Deixar de fornecer a tutela jurisdicional devida também não parece a posição mais adequada a se tomar, se presentes os seus pressupostos – mesmo que uma decisão idêntica

⁶⁵⁹ LOPES, J. R. de L. Ob. cit., p. 134-135. O autor assume posição nitidamente procedimentalista ao asseverar que, no caso de escassez de recursos, os destinatários da proteção jurídica devem adotar os seguintes meios: “a) mecanismos que vão à apropriação dos resultados da produção em unidades produtivas e que vão à tomada de decisões produtivas; b) mecanismos que vão à tomada de decisão de caráter público (apropriação de fundos públicos, gerência de fundos públicos, distribuição) ou seja, poder para a comunidade, transferência de poder decisório; aqui a importância do Judiciário acessível e democrático: é mais próximo geograficamente do que os centros de poder. Seria, no entanto, mais direto e mais sujeito à pressão dos fatos? c) mobilização e articulações: aqui a importância da liberdade tanto para ser mais livre quanto obter mais justiça material e mais liberdade econômica; d) direitos de organização e de caráter comunitário, participativo”. p. 138.

não possa ser estendida a todas as pessoas nas mesmas condições, em análise abstrata. Neste sentido, é válida a observação de Giovanni Bigolin:

Mesmo em se tratando de escolhas disjuntivas, em que está em conflito o mesmo bem jurídico a ser tutelado, como é o caso de uma fila de pacientes aguardando um órgão a ser transplantado, a escassez natural de recursos não inibe a intervenção do Poder Judiciário sob o argumento da ‘reserva do possível’. É que a situação ameaça à vida dos interessados enquadra-se no parâmetro existencial mínimo, permitindo a tutela imediata do Juiz que poderá reconhecer, acaso devidamente demonstrado, que o critério adotado pela administração (cronológico) pode ser topicamente superado, em face da comprovada urgência de atendimento de um paciente, mesmo em detrimento de outro que esteja em situação estável no aguardo da transferência do órgão.

Ao Juiz incumbe a tarefa de efetivação dos direitos fundamentais, ainda que não seja exclusiva, preservando sempre os princípios da unidade da Constituição, sob o postulado da proporcionalidade.⁶⁶⁰

Afinal, não se pode deixar de observar que o Judiciário pode assumir a função de denunciar omissões reiteradas dos poderes públicos, em violação dos direitos fundamentais sociais. Nestas condições, muitas decisões proferidas no mesmo sentido, determinando que o Estado cumpra determinadas prestações, pode – e deve – surtir o efeito de chamar a atenção dos poderes públicos para o problema antes negligenciado, de modo a fazer com que eles voltem suas políticas públicas para a satisfação do direito em questão.

Vale observar o que ensinam Victor Abramovich e Christian Courtis:

En tercer lugar, aun en casos en los que la sentencia de un juez no resulte directamente ejecutable por requerir de provisión de fondos por parte de los poderes políticos, cabe resaltar el valor de una acción judicial en la que el Poder Judicial declare que el Estado está en mora o há incumplido con obligaciones assumidas en materia de derechos sociales. Las sentencias obtenidas pueden constituir importantes vehículos para canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública, expresadas en términos de afectación de derechos, y no meramente de reclamo efectuado, por ejemplo, a través de actividades de lobby o demanda político-partidaria. Como dice José Reinaldo de Lima Lopes, “el Poder Judicial, provocado adecuadamente, puede ser un poderoso instrumento de formación de políticas públicas”. Ejemplo de eso es el caso de la seguridad social brasileña. Si no fuese por la actitud de los ciudadanos de reivindicar judicialmente y en masa sus intereses o derechos, estaríamos más o menos donde estuvimos siempre.⁶⁶¹

Verifica-se, assim, que o Judiciário tem uma importante função a cumprir: tornar evidente o descumprimento de determinadas normas de direitos fundamentais sociais, a ponto

⁶⁶⁰ BIGOLIN, G. Ob. cit., p. 68.

⁶⁶¹ ABRAMOVICH, V., COURTIS, C. Ob. cit., p. 150. Ao citar José Reinaldo de Lima Lopes, os autores observam que, de fato, o autor reconhece no Judiciário um meio de realização dos direitos sociais enquanto influência na política pública do Estado. Todavia, esta consideração se aplica para a hipótese das ações coletivas.

de tornar inevitável uma modificação das políticas públicas a serem adotadas pelo Estado, ou ainda, determinar a sua implementação. Por certo, muito custo será ao Estado ter de arcar com o custeio do ensino de diversos titulares do direito fundamental à educação que busquem a satisfação de sua pretensão perante o Judiciário. Ou, ainda, custear o tratamento de determinadas doenças na rede privada de saúde. Decisões reiteradas neste sentido obrigarão o Estado a adotar políticas de acesso dos cidadãos às escolas, bem como fomentar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico dos hospitais públicos a ponto de torná-los aptos a tratar mesmo as doenças mais complicadas.

Neste mesmo sentido, vale lembrar a posição adotada pelo Diretor do Centro de Medicamentos do Paraná, Luiz Ribas, diante de reiteradas decisões judiciais que determinavam o fornecimento de medicamentos de forma gratuita a pacientes em extrema necessidade: “A partir da demanda constante de determinado medicamento, queremos trabalhar para que ele passe a ser ofertado pelo governo. Com isso, as pessoas não precisarão mais ingressar com ações e os gastos podem ser reduzidos, já que, quando se trata de quantidades maiores, é mais fácil negociar o preço com os laboratórios”.⁶⁶²

Esta reação também foi prevista por Luiz Flávio Gomes: “Mas, se a sociedade exigir administração de justiça pronta e eficaz, em quantidade e em qualidade, exatamente por exercer o direito de acesso ao Judiciário, mais cedo do que tarde acabaremos por ter um Judiciário à altura de suas funções, de pedra angular da sociedade democrática, e Executivo e Legislativo mais afeitos à ordem jurídica...”.⁶⁶³

Não se nega a impossibilidade de conversão do Judiciário em administrador ou legislador abstrato, já que o perigo para o princípio da separação dos poderes é real, como já se analisou. Todavia, o outro extremo – um Judiciário passivo diante das questões que envolvem a satisfação dos direitos fundamentais sociais somente em virtude de seu reflexo

⁶⁶² *Gazeta do povo*, ob. cit.

⁶⁶³ GOMES, L. F. Ob. cit., p. 68.

econômico – também é inaceitável em um Estado Democrático de Direito. Se evidente a omissão inconstitucional dos demais poderes constituídos, não pode o Judiciário permanecer silente, ou terá chancelado a ineficácia dos direitos fundamentais sociais com sua conivência. É preciso agir com responsabilidade, fundamentando de forma racional as decisões judiciais, levando em consideração a questão do custo, mas não se deixando imobilizar por ela.

Portanto, o acesso ao Judiciário para a tutela dos direitos fundamentais sociais deve ser incentivado, e não recriminado, como sugerem alguns autores, sugerindo na tutela jurisdicional um “privilégio”. Não se poderia atender a um pedido de liminar para o reconhecimento de um direito assistencial, por exemplo, pois tal tutela jurisdicional significaria fazer prevalecer aquele que teve a “sorte” de conseguir advogados diligentes, juízes dispostos a reconhecer a exigibilidade dos direitos fundamentais sociais, em detrimento do restante da população que por ventura sofra da mesma carência.

Trata-se de raciocínio equivocado: o Judiciário tem precisamente a função de atender ao caso concreto, e através da microjustiça, denuncia a macro-*injustiça*, determinando, dentro do papel que lhe cabe em um Estado Democrático de Direito, a observância dos direitos fundamentais sociais pelo Estado e pela sociedade. Esta situação foi observada por Flávia de Almeida Viveiros de Castro: “a independência do Poder Judiciário e sua atuação sociopolítica manifesta-se, nesta fase, no confronto com os outros poderes, tanto no combate à corrupção, como também na face de casos de desvio e abuso de poder. Se a ação incisiva dos tribunais, nesta luta, os coloca na linha de fogo de ataques demolidores do Executivo e Legislativo, há que ressaltar que suas atitudes firmes fazem com que este poder ganhe a confiança dos cidadãos”.⁶⁶⁴

Assim, quanto mais os cidadãos tiverem acesso ao Judiciário, e ele for capaz de atender às suas demandas, fornecendo decisões fundamentadas e racionais, maior será a

⁶⁶⁴ CASTRO, F. de A. V. de. Ob. cit., p. 293.

realização destes direitos, impulsionando o Estado a adotar políticas gerais que atendam a todos.

Situações como esta foram experimentadas com sucesso pelo Judiciário Brasileiro, como foi o caso, por exemplo, das propostas de acordos oferecidas pelo Estado aos titulares de contas vinculadas ao FGTS, referente aos índices de correção monetária expurgados durante a vigência dos Planos Verão e Collor I (Lei Complementar 110/2001). A partir daí, é um passo para o incentivo de políticas públicas que satisfaçam direitos fundamentais sociais de forma universal e igualitária.

Nestas condições, o “juiz não é nem um autômato, nem um mero aplicador das leis. Ele firma o conteúdo da norma que o legislador – muitas vezes deliberadamente – se absteve de precisar”. Trata-se de papel criativo e fecundo, que deve levar em consideração os efeitos extrajurídicos das decisões, observando “usos e costumes e os dados sociológicos e econômicos que circunscrevem a realidade expressa no processo”.⁶⁶⁵ Em virtude da inatividade do legislador, o Judiciário é chamado a atuar, o que amplia suas funções, e justifica a necessidade de sua abertura para a realidade social. Como afirma Flávia de Castro, “cabará ao magistrado não apenas a função de dizer o direito, mas o dever de reconstruí-lo na análise do caso concreto, determinando seu sentido. Entre os fatos e a norma não mais prevalece uma relação de subsunção, mas outra de diálogo construtivo. O juiz contemporâneo é um agente transformador do direito, porque o ideal de Justiça concreta sofre modificações...”.⁶⁶⁶

Importante ressaltar que, embora o juiz deva estar atento à sociedade, não pode ser escravo de suas influências. “O mais relevante papel social e político do magistrado está na sua independência diante do processo. Deve velar pelas liberdades públicas, pelo respeito aos direitos humanos, pela preservação das instituições democráticas, pelos valores da ética,

⁶⁶⁵ CASTRO, F. de A. V. de. Ob. cit., p. 299.

⁶⁶⁶ Idem, p. 300.

dignidade, justiça social, em observância aos preceitos constitucionais dos quais é guardião”.⁶⁶⁷

4.3 O PRECEITO DA PROPORCIONALIDADE COMO PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA

4.3.1 Considerações iniciais

Como se verificou nos tópicos anteriores, a partir de uma Teoria de Constituição Dirigente Aplicada a Países de Modernidade Tardia, e do reconhecimento da necessidade de um Judiciário ativo na realização dos direitos fundamentais sociais, mostra-se necessária a apresentação de alguns critérios que possam direcionar as decisões judiciais, especialmente quando a questão da escassez de recursos estiver envolvida, sob a forma do argumento da reserva do possível.

Como já se salientou, a reserva do possível pode ser analisada enquanto condição de realidade que representa verdadeira restrição aos direitos fundamentais a prestações. Em se tratando de restrição – mesmo que extrajurídica – ela deverá ser ponderada tal como elemento em conflito com o princípio que determina, *prima facie*, ao Estado o cumprimento de determinada prestação.

Neste diapasão, a proporcionalidade assume relevância especialmente quando considerada não como proibição do excesso, em sua noção inaugural, mas como proibição da proteção insuficiente, tal como tratada pela doutrina alemã, notadamente por Claus-Wilhelm Canaris.

⁶⁶⁷ CASTRO, F. de A. V. de. Ob. cit., p. 301.

Ao tratar da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, e a função que o Estado desenvolveria nesta situação, Canaris reconheceu que uma das funções dos direitos fundamentais era justamente gerar o direito ao seu titular de ser protegido pelo Estado – uma prestação positiva, portanto – contra a violação por parte de terceiros. Esta concepção foi chamada de “imperativo de tutela” e a ela foi agregada a noção de “proibição da proteção insuficiente”: a Constituição não permitiria que se descesse abaixo de um certo nível de proteção estatal.⁶⁶⁸ Este nível, por certo, não seria absoluto, mas aferível em cada caso concreto.

Como referido conceito foi trabalhado para uma dimensão prestacional dos direitos fundamentais, qual seja, aquela relativa ao dever de proteção do Estado, é certo que ela pode ser transportada para a função prestacional incorporada na grande maioria dos direitos fundamentais sociais. Nestas condições, assim como não seria dado ao Estado proteger de forma insuficiente o exercício de determinado direito, também não poderia ele realizar a prestação material prevista no direito fundamental social de forma a não suprir a pretensão jurídica que ele gera ao seu titular.

Neste âmbito, a presença do dever constitucional de agir é uma das exigências para que se possa falar em proibição da insuficiência.⁶⁶⁹

No caso dos direitos fundamentais sociais, não parece haver margem para se duvidar da existência desse dever, sendo que em muitos enunciados normativos o constituinte fez questão de salientar que a prestação material em questão corresponderia a “direito de todos e dever do Estado”. Além disso, na medida em que se compreende a Constituição Federal de 1988 em sua força dirigente, resta indubitável a vinculação de todos os poderes públicos com a realização dos direitos fundamentais sociais. Outro aspecto que merece relevo na configuração de um dever constitucional de agir revela-se na dimensão prestacional

⁶⁶⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p.58-60.

⁶⁶⁹ CANARIS, C. Ob. cit., p. 65.

assumida por estes direitos fundamentais, cuja estrutura deontica, como já analisado, revela uma relação triádica em que seu titular *a* tem direito que o Estado realize algo, ou preste algo.

Assim, ao determinar que o Estado cumpra determinada tarefa, a Constituição pode admitir – em razão da estrutura muitas vezes principiológica da norma correspondente, que determina um fim a ser atingido sem especificar, de antemão, quais as condutas específicas a serem adotadas – que a prestação material seja cumprida em diferentes graus. O que não pode admitir, por certo, é a omissão inconstitucional, que corresponde à total inação do Estado diante de um dever constitucional, ou a prestação insuficiente, ou seja, aquela que não seja capaz de atingir o mínimo que se poderia esperar da ação do Estado naquele dado caso concreto.

É certo que dentro desta noção surge uma dificuldade evidente: qual seria este mínimo capaz de ser identificado no caso concreto⁶⁷⁰ a partir do qual a proteção insuficiente do Estado poderia ser identificada? Esta matéria será enfrentada no próximo tópico, pois ela apresenta questões particulares que merecem uma abordagem individualizada.

Nas linhas seguintes, buscar-se-á se apresentar a proporcionalidade como um mecanismo jurídico capaz de conferir racionalidade à análise da atuação do Estado, e permitir um diagnóstico mais ou menos seguro acerca de sua suficiência para a realização do direito fundamental. Sobre o tema já apontou José Carlos Vasconcellos dos Reis:

O princípio da razoabilidade atua como limite à discricionariedade do Poder Público, ao impor a necessidade de pertinência entre oportunidade e conveniência, de um lado, e finalidade, de outro. Quanto à discricionariedade na avaliação dos motivos, é preciso que eles sejam adequados, compatíveis e proporcionais, para que o ato atenda a sua finalidade pública específica. Quanto do objeto, exige-se que ele se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que esta seja atendida.⁶⁷¹

Para tanto, a proporcionalidade assume, não a feição original de proibição do excesso, ligada à concepção de Estado liberal, e de direitos fundamentais de defesa, mas de

⁶⁷⁰ Este mínimo pode ser equiparado ao núcleo essencial da norma de direito fundamental, e para os fins delineados para o presente trabalho, vale lembrar a opção feita pela teoria relativa do núcleo essencial, com todas as consequências que esta escolha pode acarretar.

⁶⁷¹ REIS, J. C. V. dos. Ob. cit., p. 214.

proibição da insuficiência (*untermaßverbot*), conceito inerente ao um Estado Social Democrático de Direito, cuja Constituição encerra uma série de direitos fundamentais sociais a prestações materiais a serem cumpridas pelos órgãos públicos.

Assim, uma prestação insuficiente por parte do Estado corresponderia a uma violação à Constituição. Para se aferir a violação real, ou a atuação constitucionalmente justificável de uma restrição ao âmbito normativo do direito em questão, há que se analisar a legitimidade e a constitucionalidade material e formal da justificativa fornecida pelo Estado para a sua omissão. A reserva do possível, ligada à noção de escassez de recursos, corresponde a uma restrição aos direitos fundamentais sociais, pois reduz a responsabilidade do Estado para com a obrigação neles prevista, afetando desvantajosamente as posições jurídicas geradas para seus titulares. Em se tratando de restrição extrajudicial, não estará sujeita ao controle de constitucionalidade formal, como eventual necessidade de previsão na norma constitucional (reserva de lei). Já se observou que mesmo os direitos fundamentais sociais sem reserva expressa na Constituição estão sujeitos a restrições. Estará, entretanto, sujeita ao controle de legitimidade – se a restrição é legítima – e se respeita a materialidade da Constituição, ou seja, se o bem jurídico que a restrição visa proteger naquele caso concreto justifica a afetação desvantajosa do direito fundamental social.

Nestes termos, o controle da proporcionalidade da restrição mostra-se de extrema utilidade, especialmente no que diz respeito aos seus três estágios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

4.3.2 Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito como proibição de insuficiência

A proibição de uma atuação insuficiente do Estado, no caso dos direitos fundamentais a prestações materiais, decorre do caráter principiológico destes direitos. Esta é a observação de Martin Borowski, na leitura de Paulo Leivas: “A melhor realização possível do objeto da otimização dos princípios jusfundamentais-prestacionais é um objetivo prescrito pela constituição”.⁶⁷²

Como um direito fundamental prestacional determina que um determinado objeto seja realizado na maior medida possível, é certo que também é possível identificar quando a prestação não atinge o mínimo exigível. Esta análise deve ser feita em relação a cada conduta a ser adotada pelo Estado a fim de realizar o objeto do direito fundamental, já que não existe, em princípio, uma pré-determinação constitucional de qual conduta deve ser adotada. Por exemplo, a fim de realizar o direito fundamental à moradia para um determinado grupo de pessoas, o Estado pode optar entre construir diretamente casas e fornecer-las gratuitamente à população; pode montar programas de financiamento com alternativas mais vantajosas de crédito, para que cada família construa sua própria residência; pode, ainda, através de incentivos fiscais e benefícios impulsionar empresas privadas para que estas construam as residências e as forneçam diretamente à população. Existem, como se pode observar, diversas formas de realização da prestação material normativamente prevista. Em análise política de conveniência e oportunidade, o Estado acabará por escolher uma delas, em detrimento de outras. Feita esta escolha, há que se ponderar se a alternativa encontrada atende proporcionalmente o direito em questão, ou seja, se a prestação material é suficientemente realizada.

⁶⁷² LEIVAS, P. G. C. Ob. cit., p. 59.

A análise da proporcionalidade no sentido da proibição da prestação insuficiente passa por três estágios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação diz respeito à relação existente entre o meio escolhido pelo Estado, e o fim previsto pela norma-princípio que o obriga a agir.⁶⁷³ Assim, uma conduta *x* deve necessariamente promover o fim *y*. Esta análise é feita praticamente em todos os atos administrativos, na medida em que os mesmos encontram-se vinculados ao princípio da finalidade. É o que observou José Carlos Vasconcellos dos Reis, ao observar que os atos administrativos encontram-se submetidos ao controle jurisdicional na medida em que todos devem atender ao interesse público, regido por três elementos: finalidade, motivo e objeto. O autor cita Diogo de Figueiredo Moreira Neto ao afirmar que “tanto o motivo quanto o objeto, sobre os quais se exercerá a discricionariedade, estão vinculados à finalidade, de modo que ‘a discricionariedade não pode ser exercida nem contra a finalidade nem mesmo sem ela, mas, apenas, em favor dela’”.⁶⁷⁴

Observando o exemplo anteriormente formulado, o fornecimento gratuito e direto de residências atende ao princípio do direito social à moradia, assim como a realização de programas de crédito através de financiamentos para que as pessoas adquiram o dinheiro necessário para construir suas residências, e também o incentivo fiscal para que construtoras particulares forneçam estas moradias a camadas mais necessitadas da população. Se a conduta adotada pelo Estado não for apta à realização da prestação material determinada na norma de direito fundamental, então ela não será adequada no sentido da proibição da conduta insuficiente, razão pela qual deve ser submetida ao controle de constitucionalidade e imediatamente afastada enquanto possibilidade concreta de realização do fim constitucional.

A análise da necessidade da medida escolhida pelo Estado para o atingimento do fim é feita no sentido negativo: ela não será necessária se houver outra medida que atinja o

⁶⁷³ LEIVAS, P. G. C. Ob. cit., p. 59.

⁶⁷⁴ REIS, J. C. V. dos. Ob. cit., p. 211-212.

mesmo fim da mesma forma, ou ainda que o atinja de forma melhor, afetando em menor grau, direitos ou interesses colidentes.⁶⁷⁵ Há que se analisar se a prestação material é atendida, e se a conduta estatal é a que menos atinge direitos de outros, que menos danos causa à comunidade. Se uma prestação material “A” atinge o fim determinado pelo direito fundamental social, mas onera exageradamente os cofres públicos, impedindo que o Estado atenda a outros compromissos de ordem econômica, como o pagamento de salários, e outra prestação material “B”, igualmente adequada, não causa este impacto negativo, outra não pode ser a conduta estatal senão adotar a medida “B”, descartando a medida “A”. Ele estará compelido a adotar a medida menos gravosa.

A grande dificuldade se verifica quando a medida mais gravosa a direitos de terceiros também é aquela que melhor atinge o fim constitucional, ao passo em que a medida menos gravosa realiza a prestação material de forma insuficiente, ou seja, incapaz de satisfazer os titulares daquele direito. Diante desta circunstância, somente o exame da proporcionalidade em sentido estrito será capaz de apontar qual a medida estatal a ser adotada, de modo a cumprir suficientemente a prestação prevista na norma jusfundamental.

A proporcionalidade em sentido estrito corresponde, no caso da proibição da insuficiência assim como na proibição do excesso, à regra de ponderação:⁶⁷⁶ “quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro”.⁶⁷⁷

Nestas condições, há que se verificar que se a medida a ser adotada pelo Estado a fim de satisfazer um direito fundamental prestacional atingir direitos de terceiros, ela ainda será proporcional se a prestação constitucional em questão tiver um grau de importância maior que aquele outorgado aos direitos ou princípios colidentes atingidos. Há que se realizar uma ponderação que envolva a essencialidade do direito fundamental a ser satisfeito mediante

⁶⁷⁵ LEIVAS, P. G. C. Ob. Cit., p. 60.

⁶⁷⁶ Vide item 1.3.2.1, supra.

⁶⁷⁷ ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 161.

uma prestação estatal: por que razão ele é tão importante? Qual o bem jurídico que esta prestação visa satisfazer e o quão essencial ele é? Sua importância e essencialidade justificam a afetação de outros direitos e bens jurídicos em conflito? Por outro lado, a satisfação desse direito fundamental pode não justificar medidas mais extremas, que atinjam negativamente direitos em conflito.

Esta análise somente poderá ser feita diante do caso concreto, a partir do máximo de informações que o julgador tiver condições de angariar, de modo a possibilitar uma visão clara da situação real, bem como das conseqüências de uma decisão neste ou naquele sentido. Para tanto, a reserva de consistência defendida por Sérgio Fernando Moro assume particular relevância, já que por vezes elementos exclusivamente jurídicos podem se mostrar insuficientes para permitir a aplicação da justiça.

Além disso, mesmo que esteja envolvido um certo grau de subjetivismo do intérprete e aplicador das normas jurídicas em questão, a decisão a ser proferida deverá guardar o máximo de racionalidade, de modo a permitir que seus destinatários compreendam claramente o raciocínio adotado pelo julgador, quais os passos por ele trilhados para chegar à decisão final. Nestas condições, é forçoso abrir um parêntese para criticar decisões judiciais que tão somente afirmam aplicar o preceito da proporcionalidade, mas não permitem identificar a aplicação de seus aspectos (adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito), ou quais os bens jurídicos confrontados e por qual razão um deles deverá prevalecer sobre os demais naquele caso específico. Nestas condições, não basta afirmar que determinada prestação estatal é proporcional, ou atende à proporcionalidade no sentido da proibição da insuficiência. É preciso demonstrar exaustivamente por que razão isso se verifica.

4.3.3 Aplicação da proporcionalidade como proibição da insuficiência à reserva do possível

A reserva do possível, quando confrontada com a realização de um direito fundamental social a prestações, atua como uma condição de realidade que restringe o âmbito de aplicação deste direito, por vezes inclusive justificando a completa inação dos poderes públicos.

J. J. Gomes Canotilho concebe a possibilidade de aplicação da proporcionalidade no sentido de proibição da insuficiência aos direitos fundamentais sociais sempre que relacionada com a chamada “vedação do retrocesso”. Assim, se o legislador editou normas que geraram direitos fundamentais sociais subjetivos derivados, não poderá o Estado deixar de realizar as prestações materiais determinadas em lei, nem mesmo sob a escusa de escassez de recursos. Nas palavras de Canotilho:

... uma vez dada satisfação ao direito, este ‘transforma-se’, nessa medida, em ‘direito negativo’ ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele. A ser admissível qualquer restrição a este princípio (v.g. estado de incapacidade financeira do Estado), então ela deve ficar sujeita, na parte aplicável, às regras constitucionalmente estabelecidas para as restrições dos ‘direitos, liberdades e garantias’, nomeadamente a necessidade e a proporcionalidade, devendo salvaguardar sempre o conteúdo mínimo necessário de satisfação desse direito.⁶⁷⁸

Verifica-se que o autor reconhece a aplicação da proporcionalidade no sentido da proibição da insuficiência, ligada à vedação do retrocesso, ou seja, a violação do grau de satisfação atingido implica restrição ao direito fundamental (nos moldes dos direitos negativos) devendo estar sujeita ao preceito da proporcionalidade, respeitando o mínimo existencial.

Se o Estado usar a reserva do possível, enquanto escassez de recursos, como justificativa para diminuir uma prestação que antes já era garantida e prestada, esta reserva se transforma em restrição, devendo ser condicionada pela proporcionalidade. No lugar da

⁶⁷⁸ CANOTILHO, J. J. G., MOREIRA, V. *Fundamentos da Constituição...*, p. 131.

vedação do excesso tem-se a vedação da insuficiência, pois a prestação antes fornecida não pode ser tão atingida de tal modo que venha a significar a sua extinção.

Segundo a concepção defendida por Canotilho, as normas de direitos fundamentais sociais não outorgam, na maior parte dos casos, direitos subjetivos originários. O autor prefere trabalhar com a noção de normas delimitadas e concretizadas pelo legislador, gerando direitos fundamentais derivados. A partir do momento em que se concebe a possibilidade de extração de direitos subjetivos diretamente das normas jusfundamentais presentes na Constituição, a concepção apresentada merece um alargamento, de modo que a proibição da insuficiência atue como parâmetro de controle da realização dos direitos fundamentais pelo Estado, sempre que alegada a escassez de recursos.

Como já observado, a Constituição, mediante sua força dirigente, determina a vinculação do Estado à realização dos direitos fundamentais sociais, deixando-lhe, entretanto, uma certa margem de discricionariedade para a sua realização. Como bem observado por Regina Maria Macedo Néri Ferrari, ao expor sua posição pela subjetividade do direito fundamental a saúde, a Constituição pode normatizar os fins, mas dificilmente pode engessar a atuação do Estado predeterminando de forma estanque os meios a serem adotados:

... no que tange ao direito à saúde, cabe reconhecer um verdadeiro direito subjetivo público positivo e individual a prestações materiais, deduzidos diretamente da Constituição, ainda que limitado ao mínimo necessário para a proteção da vida humana. Porém, como bem observa CANOTILHO, mesmo o cidadão tendo um direito a prestações existenciais mínimas, não significa que reconhecer um direito seja sinônimo de impor ao poder público o modo de realizar esse direito, pois órgãos estatais dispõem de um espaço, indispensável, de discricionariedade, o que não quer dizer extensão absoluta, mas estar condicionado pelo que denominou de “determinantes condicionais heterônomas”.⁶⁷⁹

Nestas circunstâncias, quando uma norma jusfundamental obriga o Estado a certas prestações materiais, ela não pode determinar aquilo que se mostre de impossível realização.

Em um primeiro momento, faz-se necessária análise a respeito de possibilidade lógica da medida. Em seguida, em sendo logicamente possível exigir do Estado aquela

⁶⁷⁹ FERRARI, R. M. M. N. Ob. cit., p. 236.

determinada prestação – matéria que praticamente foi vencida pelo próprio constituinte, quando da elaboração das normas jusfundamentais – há que se verificar se nas circunstâncias reais de um caso concreto específico, esta prestação se mostra exigível. Assim, nesta etapa, há que se verificar se a reserva do possível diz respeito a bens absolutamente escassos e impossíveis de serem encontrados (escassez natural ou essencial), ou se diz respeito a bens que se encontram indisponíveis para a aquela finalidade específica, na medida em que foram alocados para a realização de outros fins (escassez artificial).

No caso da eficácia dos direitos fundamentais sociais, a escassez que se apresenta com maior frequência é a artificial: não existe previsão orçamentária para a realização de despesas direcionadas à satisfação daquele direito, em virtude de uma dada decisão política; ou, mesmo havendo a mencionada previsão, não há recursos suficientes nos cofres públicos.⁶⁸⁰

Ao se apresentar como uma restrição aos direitos fundamentais sociais, resta verificar como pode a reserva do possível ser objeto de ponderação e como a proporcionalidade no sentido da proibição da insuficiência pode ser aplicada no controle da constitucionalidade de sua atuação. Afinal, afirmou Alexy por diversas vezes que a reserva do possível não tem como consequência a ineficácia das normas de direitos fundamentais sociais, mas tão somente a necessidade de sua ponderação.

A reserva do possível em si, enquanto condição de realidade que determina a submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes, dificilmente pode ser ponderada em si. Torna-se imperioso investigar quais os bens jurídicos que ela visa proteger, e confronta-los ao bem jurídico protegido pela norma de direito fundamental social. Neste sentido, a omissão do Estado não pode ser considerada proporcional ou não

⁶⁸⁰ Neste ponto, já foi ultrapassada a discussão acerca da legitimidade do Judiciário para intervir na matéria, bem como na legitimidade para determinar que uma prestação material seja deferida em função daqueles que procuraram a tutela jurisdicional, em detrimento de outros (proteção do direito de terceiros e princípio da igualdade), como se depreende do quanto foi asseverado nas seções 4.1 e 4.2.

proporcional. A análise de proporcionalidade deve se dirigir à conduta estatal que afastou os recursos necessários à realização daquele direito fundamental, bem como à conduta praticada com o objetivo de fornecer a prestação material em questão.

Outra hipótese de controle de proporcionalidade da reserva do possível se tem na sua concepção de origem alemã: aquilo que se pode exigir do Estado dentro dos parâmetros do razoável e do proporcional.

No primeiro caso, pode-se analisar se a alocação de recursos pelo Estado para outro fim diferente do previsto na norma de direito fundamental social acabou por determinar prestações insuficientes para a satisfação do direito. Uma prestação estatal relacionada à efetividade do direito fundamental à educação, como uma escola pública em mau estado de conservação, com estrutura física deficitária, sem professores previamente qualificados e insatisfeitos, pois têm seus salários atrasados, e sem controle do conteúdo que está sendo ministrado, mostra-se evidentemente insuficiente. A educação, enquanto bem necessário à formação intelectual, psicológica e profissional do indivíduo carece de prestações estatais que garantam a todos os membros da população o acesso ao conhecimento e formação necessárias ao seu desenvolvimento humano com dignidade. Se o Estado alega não dispor de recursos para implementar a satisfação deste direito, dever-se-á perquirir se todos os recursos previstos na Constituição Federal foram efetivamente destinados a este fim. No caso concreto desta escola, pode-se verificar, por exemplo, que os recursos que deveriam ter sido destinados à rede pública de ensino foram aplicados na construção de praças e ajardinamento dos bairros nobres da cidade, nos quais se encontram as pessoas mais politicamente influentes. Ainda que o direito ao lazer seja direito fundamental, é certo que nestas circunstâncias a destinação dos recursos públicos não foi adequada, pois não se voltou para a realização do direito fundamental mais premente para aquela população, não foi necessária, já que o ajardinamento e a construção de praças se deu às custas do direito à educação de pessoas mais carentes, e

também não foi estritamente proporcional, já que os moradores da cidade não perderão sua dignidade se não dispuserem de praças e ajardinamento público, mas por certo terão sua dignidade negada se não forem devidamente instruídos a ponto de poderem votar conscientemente, ou escolher uma profissão.

Assim, a alocação de recursos gerou uma prestação material manifestamente insuficiente, de modo que ela fere o postulado da proporcionalidade e estará sujeita ao controle jurisdicional de constitucionalidade.

Pode-se observar a questão também sob o segundo enfoque: é proporcional, no sentido da proibição da insuficiência, se exigir do Estado que destine recursos públicos (ainda que escassos) para a melhoria do sistema educacional, com a reforma das salas de aula e a qualificação dos professores, no lugar de promover, por exemplo, a construção de um auditório municipal para sediar espetáculos? Trata-se de hipótese em que estão em conflito duas prestações materiais do Estado. Ambas podem satisfazer o direito à educação. Entretanto, verifica-se que se a população daquela cidade não tiver acesso à boa educação, com salas de aula seguras e propícias, com professores qualificados, pouco poderão aproveitar do auditório municipal se ele sediar programas educativos ou espetáculos artísticos. A reforma das salas de aula e a qualificação dos professores mostram-se mais adequadas, mais necessárias (se considerada a negligência com o direito dos eruditos daquela comunidade de assistirem espetáculos de arte, em relação à negligência com o direito da formação intelectual da população mais carente), e proporcionais em sentido estrito, se confrontados os bens jurídicos em jogo.

Em todos estes exemplos, constata-se que somente à luz de um caso concreto pode ser analisada a escassez artificial de recursos, bem como aferida a proporcionalidade no sentido de proibição da insuficiência das medidas estatais. A ponderação (proporcionalidade em sentido estrito) mostra seu valor sempre que se cogita a essencialidade da medida a ser

prestada para a satisfação do direito fundamental social, e a gravidade com que pode atingir a satisfação de outros direitos, o comprometimento da alocação de recursos. A argumentação do julgador ao tratar da efetividade dos direitos fundamentais prestacionais em confronto com a reserva do possível não pode depender de dados de realidade. Segundo José Adércio Leite Sampaio:

Uma argumentação compreensiva deve levar em conta os fatos, os dados e as informações das ciências naturais e sociais, e da realidade circundante. (...)

Vale dizer que uma dada lógica econômica não pode ser considerada por si mesma, mas como um elemento adicional de argumentação, sob a premissa de que as decisões do tribunal são instrumentos para consecução de certos fins não redutíveis às leis da economia.⁶⁸¹

Um dado de realidade que não pode ser negligenciado pelo julgador ou pelo intérprete é a evidente desigualdade social da sociedade brasileira. Na medida em que um dos princípios que regem a atuação do Estado Brasileiro é a erradicação da pobreza e da desigualdade social, este fator, por certo, não só não pode ser desconsiderado como deve ser apreciado com cuidado quando do controle jurisdicional da atuação do Estado, inclusive da alocação de recursos.

Há quem cogite que a vinculação da Administração Pública à realização dos direitos fundamentais sociais nesta medida pode comprometer a estrutura econômica do país, ou gerar uma crise de proporções jurídico-constitucionais na medida em que estes direitos não forem satisfeitos. Todavia, assim como pondera José Adércio Leite Sampaio, “não seria exatamente em situações de crise que um mínimo de direitos sociais deveria ser garantido?”⁶⁸².

Como já se teve oportunidade de afirmar ao cuidar da força normativa da Constituição em países de modernidade tardia, não se pode deixar de reconhecer a necessidade de dar efetividade aos direitos fundamentais sociais, não apesar de sua dependência econômica, mas precisamente em virtude dela, tratando as normas em seu caráter

⁶⁸¹ SAMPAIO, J. A. L. *A Constituição Reinventada...*, p. 841.

⁶⁸² SAMPAIO, J. A. L. *A Constituição Reinventada...*, p. 680.

preceptivo de realidade, e não meramente reflexivo. Nesse sentido, são válidas as palavras de Perez Luño, que, embora se dirijam ao sistema constitucional espanhol, aplicam-se também ao caso brasileiro:

A estreita dependência dos direitos sociais das estruturas sócio-econômicas sobre as que se constroem pode servir de explicação às ambigüidades da formulação positiva constitucional. Não há que se esquecer que a persistência em nosso país do modo de produção neocapitalista condiciona, sem dúvida, o conteúdo do nosso sistema de direitos econômicos, sociais e culturais. Contudo, ainda assim, deve se sustentar que mesmo os direitos sociais que na Constituição se reconhecem timidamente como ‘princípios reitores da política social e econômica’ não têm o caráter de meros postulados ideais programáticos, mas que são autênticos princípios constitucionais. Como tais, supõem esferas de normatividade jurídica positiva que vão adquirindo efetividade progressiva na medida em que o desenvolvimento e a transformação das condições econômicas permitam completar a democracia política com a democracia econômica e social.⁶⁸³

Portanto, o argumento da escassez de recursos deverá ser investigado a fundo quando confrontado com a realização de um direito fundamental social prestacional. A proporcionalidade em sentido de proibição de insuficiência se mostra como um valioso instrumento à disposição do Judiciário para que a atuação restritiva do Estado seja devidamente avaliada e ponderada, de modo a se proibir que prestações determinadas pela Constituição sejam negligenciadas. Há que se ponderar cuidadosamente o argumento da escassez (bem como o próprio argumento democrático e da macrojustiça) com a realização do direito fundamental social reclamado concretamente, de modo que somente por uma razão extremamente grave a eficácia do direito jusfundamental poderá ser temporariamente afastada.

Além da proibição da insuficiência, abrangida em seus três aspectos – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – existe outro elemento que por certo influencia as decisões judiciais acerca da realização dos direitos fundamentais sociais: a noção de mínimo existencial. Ela fornece um parâmetro material de aferição da possibilidade de aplicação da argumentação relacionada à reserva do possível.

⁶⁸³ PEREZ LUÑO, A. E. *Derechos Humanos...*, p. 96.

4.4 A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

4.4.1 Tentativa de delimitação do conceito de mínimo existencial

A idéia de que todo ser humano deve ter suas necessidades básicas satisfeitas para que lhe seja reconhecida uma sobrevivência digna vem sendo profundamente difundida na doutrina do direito constitucional e dos direitos humanos.

Os direitos fundamentais sociais decorrem da busca do atendimento das necessidades humanas, eles correspondem a imperativos da dignidade humana, e deveriam ser satisfeitos independentemente da provisão do mercado. Todavia, como observou Ana Paula de Barcellos em estudo específico sobre o tema, a positivação desses direitos em cartas constitucionais não foi suficiente para garantir sua exigibilidade, pois a juridicidade desses direitos apresenta dificuldades de ordem teórica e de natureza técnico jurídica.⁶⁸⁴ De fato, como foi demonstrado, ainda existem doutrinadores que negam a possibilidade de exigir diretamente em juízo a realização do objeto constitucionalmente previsto nestas normas jusfundamentais seja em virtude de seu caráter aberto, carente de concretização (que bem poderia ser realizada pelo próprio Judiciário), seja em virtude da concepção (hoje já demonstrada equivocada) de que particularmente estes direitos dependeriam de provisão econômica, e, portanto, não poderiam ser realizados sem a necessária intermediação do legislador, democraticamente eleito. Não poderia o Judiciário determinar seu cumprimento exclusivamente com fulcro nas normas constitucionais.

A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais foi ainda mais comprometida a partir da aplicação da reserva do possível, que enquanto condição de realidade a impor a

⁶⁸⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy.,p. 15.

observância da disponibilidade de recursos pelo julgador, acabou por ser ideologicamente comprometida, a ponto de legitimar a negligência dos poderes públicos para com a destinação dos recursos econômicos. A própria noção de escassez de recursos tem sido apresentada como um dogma insuperável, de modo que a questão referente à disponibilidade muitas vezes não é apreciada em sua concepção original: aquilo que razoavelmente se pode exigir do Estado para a satisfação do direito.

A noção de mínimo existencial desenvolvida por muitos autores procurou apresentar soluções para estas questões. Entretanto, antes de se analisar de que forma o mínimo existencial pode servir como argumento em favor da exigibilidade judicial e efetividade dos direitos fundamentais sociais, há que se esclarecer o que ele vem significar.

Ana Paula de Barcellos buscou o significado do mínimo existencial nas teorias desenvolvidas por John Rawls e Michael Walzer, dois filósofos que desenvolveram teorias juspolíticas em oposição, o liberalismo de Rawls e o comunitarismo de Walzer.

John Rawls propõe uma teoria de justiça como equidade, segundo a qual sugere um novo contrato social firmado pelos homens sob “um véu de ignorância”, ou seja, desconsiderando as especificidades de suas posições sociais, riqueza, status, profissão, etc. Sob este véu, eles estabeleceriam as regras de convivência de modo que todos deveriam ter condições iguais de participar da vida em sociedade, garantida a inviolabilidade pessoal mínima que possibilite o livre desenvolvimento de sua personalidade e a maior quantidade de bem-estar possível. Sua preocupação está voltada para a criação de condições procedimentais capazes de gerar um resultado social justo. Para ele, o mínimo existencial é o pressuposto de sua teoria do liberalismo político, na medida em que somente ele garante um conjunto mínimo de condições materiais capaz de assegurar um procedimento com equidade, segundo os parâmetros de uma justiça distributiva. Como observou Barcellos, esta justiça escolhida pelos indivíduos em seu estado de “ignorância” se rege por dois princípios:

(i) cada pessoa deve ter o direito igual ao mais extenso sistema de liberdades básicas que seja compatível com um sistema de liberdades idêntico para as outras; e (ii) as desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas de forma que, simultaneamente, a) proporcionem a maior expectativa de benefício aos menos favorecidos e b) estejam ligadas a funções e posições abertas a todos em posição de igualdade equitativa de oportunidades.⁶⁸⁵

Na teoria de Rawls, o primeiro princípio tem prevalência sobre o segundo, denominado *princípio da diferença*, e que se encontra ao arbítrio do legislador. O mínimo existencial acaba sendo posicionado pelo autor em um momento anterior a esses dois princípios, como condição pré-existente.⁶⁸⁶ Ocorre que este pensamento passou por uma evolução na teoria de Rawls, pois em sua obra *Liberalismo Político*, o mínimo existencial passa a ser situado dentro do princípio da diferença. Vale observar a explicação de Ana Paula de Barcellos:

A evolução do pensamento de Rawls, portanto, no ponto que aqui interessa, parte de uma consideração da justiça distributiva globalmente considerada (o princípio da diferença e seus três elementos: maximização do bem-estar dos menos favorecidos, posições e funções abertas a todos e igualdade equitativa de oportunidades) que, do ponto de vista jurídico, consubstancia um fim estabelecido pelo constituinte e dirigido ao legislador. Nada obstante, ainda neste primeiro momento, a percepção da imprescindibilidade do mínimo existencial (posição equitativa de oportunidades) conduziu o autor a situar este elemento fora da estrutura dos dois princípios, como um pressuposto lógico da equitatividade de sua construção.

Já na segunda fase, o autor vai distinguir dentro do princípio da diferença um conteúdo mínimo, ao qual conferirá *status* de direito subjetivo constitucional, embora não utilize essa expressão nem especifique qual o conteúdo material desse mínimo. O mínimo existencial, note-se, deixa de ser um fim a atingir pela atuação do legislador para transformar-se em um direito constitucionalmente assegurado, independentemente da intervenção legislativa. As prestações que representam um *plus* em relação a este mínimo continuam no âmbito da competência do Legislativo, a quem caberá promover as políticas de justiça social que realizem de forma mais ampla a justiça distributiva.⁶⁸⁷

Assim, o mínimo existencial corresponderia a “um elemento constitucional essencial, pelo qual se deve garantir um conjunto de necessidades básicas do indivíduo”.⁶⁸⁸

⁶⁸⁵ BARCELLOS, A. P. de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais...*, p. 126.

⁶⁸⁶ “A posição equitativa de oportunidades é um conjunto de condições materiais mínimas que Rawls reconhece como pressuposto não apenas do princípio da diferença, mas também do primeiro princípio, o da liberdade, uma vez que a carência daquele mínimo existencial inviabiliza a utilização do homem das liberdades que a ordem jurídica lhe assegura”. BARCELLOS, A. P. de. *A Eficácia Jurídica...*, p. 127.

⁶⁸⁷ BARCELLOS, A. P. *A Eficácia Jurídica...*, p. 129-130.

⁶⁸⁸ BARCELLOS, A. P. de. *O mínimo existencial...*, p. 23-31.

Michael Walzer é um comunitarista que desenvolveu em sua obra *Spheres of Justice* uma noção relativista justiça, na medida em que valeria, em cada sociedade, um dado conjunto de valores. Neste sentido, não desenvolveu uma preocupação imediata com o mínimo existencial, já que as condições materiais de justiça seriam diferentes em cada sociedade, em cada cultura.

Em resposta às críticas recebidas⁶⁸⁹, em virtude do relativismo extremo, o autor escreveu *Thick and Thin: Moral Argument at Home and Abroad*, na qual concebe uma noção mínima (*thin*) de moralidade, ligada à dimensão universal do indivíduo, e uma noção máxima (*thick*), fruto dos conceitos culturais de cada sociedade. O mínimo existencial se relaciona a esta moralidade mínima, correspondendo ao “conjunto de condições materiais elementares que possibilitam aos indivíduos participar efetivamente da comunidade. Essa moralidade mínima funcionaria como um limite ao poder deliberativo da sociedade”.⁶⁹⁰

Tanto Rawls quanto Walzer cuidaram do mínimo existencial de forma reflexa, a partir de suas teorizações referentes à filosofia política. É interessante fazer outra aproximação do tema, a partir da teoria jurídica propriamente dita, tal como foi abordado por Robert Alexy.

Dentro de sua teoria analítica jurídica, de direitos fundamentais como regras e princípios, Alexy concebeu o mínimo existencial como uma regra, oriunda da ponderação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade material, de um lado, e os princípios da separação dos poderes (inclusive competência orçamentária), competência do legislador e limite oriundo de direitos fundamentais de terceiros. Para tanto, desenvolve os seguintes argumentos: a) o princípio da separação dos poderes e a vinculação orçamentária

⁶⁸⁹ “... Os críticos apontaram a possibilidade de a teoria de Walzer abrigar, doutrinariamente, regimes violadores dos direitos básicos do homem. Isso porque, uma vez que o ideário e as práticas desses movimentos estivessem de acordo com os valores partilhados pela sociedade local, estariam eles legitimados pela concepção da igualdade complexa. Levando o raciocínio ao extremo, uma variedade de atrocidades (e.g.: violência contra mulheres, minorias étnicas e religiosas, desprezo pelos necessitados etc.) poderia ser cometida se encontrasse fundamento nos valores da comunidade”. BARCELLOS, A. P. de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais...*, p. 136.

⁶⁹⁰ BARCELLOS, A. P. de. *O mínimo existencial...*, p. 38.

não são absolutos, pois encontram limites dentro da própria Constituição, nem são fins em si mesmos, mas meios para atingir os fins constitucionais (dentre os quais, a proteção da dignidade humana); b) O conteúdo da dignidade humana é muito importante para ser deixada ao arbítrio do legislador, de modo que sua competência pode ser minorada (idéia reitora). A proporcionalidade entra para se evitar que a proteção do mínimo existencial onere excessivamente outros direitos (de terceiros) ou princípios constitucionais. Assim “o mínimo existencial, como exposto, é exatamente o conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que todo o homem tem direito; é o núcleo irreduzível da dignidade da pessoa humana”.⁶⁹¹

A noção de mínimo existencial foi muito difundida na Alemanha, especialmente após a II Guerra Mundial. Como observou Andréas J. Krell, praticamente todos os autores alemães concordam que o Estado Social deve garantir aos cidadãos sua existência física com dignidade, ou seja, um “mínimo social”. Este mínimo foi extraído do princípio da dignidade humana e do direito à vida e à integridade física, direitos positivados na Lei Fundamental. A partir daí, a jurisprudência alemã tem defendido a existência da garantia a um “mínimo vital”.⁶⁹²

Na doutrina brasileira, pode-se verificar algumas tentativas de definição de um padrão mínimo necessário à vida com dignidade de cada ser humano.

Para Antônio Carlos Wolkmer, o conceito de mínimo existencial passa pela teoria das necessidades humanas. Segundo o autor, “não há dúvida de que a situação de privação, carência e exclusão constituem a razão motivadora e a condição de possibilidade do aparecimento de direitos. Os direitos objetivados pelos sujeitos coletivos expressam a intermediação entre necessidades, conflitos e demandas”.⁶⁹³ Observando as particularidades de países de terceiro mundo, como o Brasil, Wolkmer salienta a importância dos direitos

⁶⁹¹ BARCELLOS, A. P. de. O mínimo existencial..., p. 45; ALEXY, R. *Teoria de los Derechos...*, p. 494-495.

⁶⁹² KRELL, A. J. Ob. Cit., p. 60-61.

⁶⁹³ WOLKMER, Antônio Carlos. Direitos políticos, cidadania e a teoria das necessidades. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 31, mai-jul. 1994, p. 276.

fundamentais sociais, destacando a porção em que tocam as necessidades básicas do ser humano, segundo as especificações de Ivo Lesbaum:

Tomando em conta a contextualização do cenário periférico brasileiro, há dese convir que a tônica das reivindicações e das demandas, legitimadas pelos movimentos coletivos, pelas múltiplas classes populares e comunidades intermediárias, incidem em direitos à vida, ou seja, direitos básicos de existência e de vivência com dignidade. Tais direitos, sem deixarem de refletir a dimensão personalizada e política, afirmam-se, sobretudo, como direitos materiais e sociais. Isso se deve à percepção de que os oprimidos, pobres e marginalizados socialmente “... encontram-se às voltas com problemas básicos de sobrevivência: desde a dificuldade de encontrar emprego, a exploração no trabalho, os baixos salários, a carestia, até a conservação da saúde (...)”. Trata-se de direitos relacionados às “necessidades sem as quais não é possível ‘viver como gente’: trabalho, remuneração suficiente, alimentação, roupa, saúde, condições infra-estruturais (água, luz, etc.), educação, lazer, repouso, férias, etc.”.⁶⁹⁴

Outra possibilidade de definição de quais seriam as necessidades básicas de todo ser humano a serem englobadas pela noção de mínimo existencial, segundo Vincenzo Demetrio Florenzano⁶⁹⁵, está na sua relação com o disposto no artigo 7º, IV, da Constituição Federal, que prevê um salário mínimo “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”.

Segundo Andrés J. Krell, “o referido ‘padrão mínimo social’ para sobrevivência incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso à uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e a garantia de uma moradia; o conteúdo concreto desse mínimo, no entanto, variará de país para país”.⁶⁹⁶

Ana Paula de Barcellos relacionou sua noção de mínimo vital a um núcleo irreduzível do princípio da dignidade humana, o qual abarcaria um mínimo relacionado aos direitos individuais de liberdade (liberdade de expressão, autonomia, etc.), bem como quatro

⁶⁹⁴ WOLKMER, A. C. Ob. cit., p. 279.

⁶⁹⁵ FLORENZANO, Vincenzo Demetrio. Justiça social, mínimo social e salário mínimo: uma abordagem transdisciplinar. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 165, jan-mar. 2005, p. 47.

⁶⁹⁶ KRELL, A. J. Ob. Cit., p. 63.

elementos de ordem prestacional: a educação fundamental, a saúde básica⁶⁹⁷, a assistência aos desamparados (estes três materiais), e o acesso ao judiciário (instrumental).⁶⁹⁸

Ingo Wolfgang Sarlet, apesar de não se referir diretamente à noção de “mínimo existencial” deixa transparecer em sua obra *A Eficácia dos Direitos Fundamentais* a essencialidade de algumas prestações materiais previstas nos direitos fundamentais ao salário mínimo, à assistência social, à previdência social, à saúde e à moradia, o que tornaria referidos direitos prontamente exigíveis do Judiciário. Segundo o autor, “há como sustentar que, na base dos quatro direitos sociais expressamente consagrados pelo nosso Constituinte, se encontra a necessidade de preservar a própria vida humana, não apenas na condição de mera sobrevivência física do indivíduo (aspecto que assume especial relevância no caso do direito à saúde), mas também de uma sobrevivência que atenda aos mais elementares padrões de dignidade”.⁶⁹⁹ Em texto publicado na Revista de Direito Público (on line), o autor ofereceu como parâmetro para a identificação do mínimo existencial, além do direito à vida, o princípio da dignidade da pessoa humana:

Neste contexto, cumpre registrar que o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações não se deverá restringir às hipóteses nas quais a própria vida humana estiver correndo o risco de ser sacrificada, inobstante seja este o exemplo mais pungente a ser referido. O princípio da dignidade da pessoa humana assume, no que diz com este aspecto, importante função demarcatória, podendo servir de parâmetro para avaliar qual o padrão mínimo em direitos sociais (mesmo como direitos subjetivos individuais) a ser reconhecido. Negar-se o acesso ao ensino fundamental obrigatório e gratuito (ainda mais em face da norma contida no art. 208, § 1º, da CF, de acordo com a qual se cuida de direito público subjetivo) importa igualmente em grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que este implica para a pessoa humana a capacidade de

⁶⁹⁷ Vale ressaltar que a posição da autora sobre “saúde básica” mostra-se bastante restrita, e diz respeito essencialmente àquilo que deve ser prestado pelo Estado segundo o sistema único de saúde. Segundo Barcellos: “É claro que a definição de quais prestações de saúde compõem esse mínimo envolve uma escolha trágica, pois significa que, em determinadas situações, o indivíduo não poderá exigir *judicialmente* do Estado prestações possivelmente indispensáveis para o restabelecimento ou a manutenção de sua saúde, caso elas não estejam disponíveis na rede pública de saúde. Esta é uma decisão que, verdadeiramente, gostaríamos de evitar. É certamente penoso para um magistrado negar, *e. g.*, o transplante ou o medicamento importado que poderá salvar a vida do autor da demanda, pelo fato de tais prestações não estarem compreendidas no *mínimo existencial* que decorre da Constituição e nem constarem de qualquer outra norma jurídica como uma opção política adicional”. BARCELLOS, A. P. De. *A Eficácia dos Princípios Constitucionais...*, p. 277. Verifica-se que a autora não se pauta pelo direito à vida para definir o que seja esta “educação básica”, o que parece preocupante.

⁶⁹⁸ Idem, p.258.

⁶⁹⁹ SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 312-313.

compreensão do mundo e a liberdade (real) de autodeterminar-se e formatar a existência, o que certamente não será possível em se mantendo a pessoa sob o véu da ignorância.⁷⁰⁰

Outra abordagem de relevo acerca do tema foi realizada por Ricardo Lobo Torres, para quem o mínimo existencial corresponde a um direito constitucional prontamente exigível. Segundo o autor, “há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.⁷⁰¹ Este mínimo se relaciona à dimensão essencial e inalienável da dignidade de todo ser humano, “sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder além de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados”.⁷⁰²

Como se pode perceber, variam na doutrina as tentativas de definição do que seria o mínimo existencial. E esta variação decorre precisamente da concepção – até certo ponto subjetiva – de cada autor daquilo que venha a corresponder às necessidades vitais de cada ser humano, sendo que alguns apresentam uma visão mais alargada deste mínimo, e outros, uma visão mais estreita.

Esta discussão mereceria enveredar por caminhos filosóficos de maior profundidade, pois ao tema se relaciona a profícua discussão travada entre comunitaristas e universalistas acerca da possibilidade de definição de um padrão de direitos humanos. A matéria, entretanto, foge aos limites do presente estudo. A principal preocupação deste tópico é compreender a relação entre a categoria jurídica do mínimo existencial, e os direitos fundamentais sociais, a fim de determinar sua influência na atuação da reserva do possível como limite eficaz das normas jusfundamentais.

⁷⁰⁰ SARLET, I. W. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. p. 36-37.

⁷⁰¹ TORRES, R. L. *O Orçamento na Constituição*, p. 126.

⁷⁰² Idem, p. 127.

Para tanto, basta ter em mente que, ainda que a definição de um mínimo existencial possa variar, é possível reconhecer que determinadas prestações materiais incumbidas ao Estado pelo constituinte são essenciais para a manutenção da vida humana com dignidade. Sempre que a vida humana, e a personificação do homem (em contraposição à idéia de coisificação do homem) estiverem em risco, poderá o intérprete aquilatar a presença do mínimo existencial.

4.4.2 A relação entre mínimo existencial e direitos fundamentais sociais

A noção de mínimo existencial está relacionada com a nova dogmática do direito constitucional, cujo foco está voltado para a “pessoa humana exigente de bem-estar físico, moral e psíquico”.⁷⁰³ Nestes termos, como já observado, os direitos fundamentais sociais garantidos na Constituição Federal de 1988 se relacionam com a realização do ser humano, reconhecendo, na sua esfera jurídica subjetiva, direitos correspondentes às necessidades básicas de todo homem, como saúde, moradia, renda mínima, bem como direitos relacionados à sua dignidade social, como a educação, os direitos de natureza trabalhista, dentre outros. Todos estes direitos, em maior ou menor grau, relacionam-se com a dignidade da pessoa humana, conferindo-lhe uma materialidade concreta e específica.

Esta relação entre direitos fundamentais sociais e dignidade da pessoa humana é um dos fatores que confere fundamentalidade material a estes direitos, como analisado no Capítulo I. No mesmo sentido, para alguns autores, a fundamentalidade material dos direitos sociais também se refere ao mínimo existencial. Segundo Alexy, “um interesse ou uma carência é fundamental quando sua violação ou não-satisfação significa ou a morte ou o sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia. Daqui são compreendidos não só

⁷⁰³ CLÈVE, Clémerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: *Revista Crítica Jurídica*, n. 22, jul-dez 2003, p. 18.

os direitos de defesa liberais clássicos, senão, por exemplo, também direitos sociais que visam ao asseguramento de um mínimo existencial”.⁷⁰⁴

No caso específico dos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988, parece não haver razão para se negar sua fundamentalidade se não estiverem diretamente ligados à noção de mínimo existencial, como o direito de greve, por exemplo. A fundamentalidade formal destes direitos é inegável e decorre do próprio texto constitucional. Já sua fundamentalidade material decorre do conjunto de princípios e valores que informam a Constituição. Logo, o mínimo existencial não pode ser tratado como um parâmetro de fundamentalidade dos direitos sociais. Sua importância, entretanto, subjaz na argumentação que se pode acrescer ao discurso de efetividade dos direitos fundamentais sociais, especialmente quando esta é confrontada pela reserva do possível.

Na doutrina pátria, o mínimo existencial tem sido frequentemente referido como o “núcleo essencial” dos direitos fundamentais sociais, noção que gera importantes repercussões para sua subjetividade, ou seja, para a dimensão de exigibilidade das prestações materiais neles previstas perante o Judiciário.

4.4.2.1 Mínimo existencial e núcleo essencial da norma de direito fundamental social: implicações para a exigibilidade dos direitos fundamentais sociais

Como foi tratado no Capítulo II, o núcleo essencial de uma norma jusfundamental foi uma categoria desenvolvida com a finalidade de proteger o conteúdo do direito fundamental frente à atividade restritiva dos poderes públicos. Neste sentido, é possível traçar um paralelo entre o núcleo essencial das normas de direitos fundamentais e o mínimo existencial, para os direitos fundamentais sociais.

⁷⁰⁴ ALEXY, R. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático..., p. 61.

Entretanto, é preciso ressaltar que nem sempre um direito fundamental social terá no seu núcleo um conteúdo equivalente ao mínimo existencial. No caso do direito à saúde, por exemplo, a correspondência entre núcleo essencial e mínimo existencial parece bastante clara. O mesmo, entretanto, não ocorre se for tomado como parâmetro o direito fundamental à participação nos lucros do empregador. Logo, é preciso deixar claro que se trata de duas categorias distintas – núcleo essencial de direito fundamental social, e mínimo existencial – mas que podem ter características e aplicação semelhantes.

Conforme posição adotada no Capítulo II, o núcleo essencial corresponde à porção característica do direito depois de ponderados os princípios, interesses e bens jurídicos em conflito, a partir do postulado da proporcionalidade. Este núcleo pode ser identificado através de uma extensa carga argumentativa, que obriga o intérprete e o legislador a apresentar racionalmente a identificação de um núcleo intangível do direito fundamental social para determinado caso concreto.

Nestas condições, muitos doutrinadores têm apresentado o mínimo existencial como esta porção essencial do direito fundamental social, sendo que aqueles que adotam a teoria absoluta do núcleo essencial o apresentam como mínimo absoluto e intangível em quaisquer hipóteses, e aqueles que adotam a teoria relativa defendem-no como essencial e intocável para determinado caso concreto, em virtude da aplicação da técnica de ponderação e do postulado da proporcionalidade.

Esta identidade entre núcleo essencial e mínimo existencial pode ser observada no entendimento manifestado por Ana Paula de Barcellos, segundo o qual o mínimo existencial corresponde a um “subconjunto dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais *menor* – minimizando o problema dos custos – e *mais preciso* – procurando superar a imprecisão dos princípios. E, mais importante, que seja efetivamente *exigível* do Estado”.⁷⁰⁵ No mesmo

⁷⁰⁵ BARCELLOS, A. P. de. O mínimo existencial..., p. 23.

sentido, Canotilho reconhece um mínimo a ser garantido a todo cidadão com base nas normas de direitos fundamentais sociais, ou seja, um “núcleo básico dos direitos sociais”, sem o qual ao ser humano não é garantida sua subsistência, não tem condição de fruir qualquer direito.⁷⁰⁶

Esta noção nuclear dos direitos fundamentais sociais também é defendida por Ingo Wolfgang Sarlet:

Com base no exposto, verifica-se que o problema apenas poderá ser equacionado à luz das circunstâncias do caso concreto e do direito fundamental específico em pauta, sendo indispensável a ponderação dos bens e valores em conflito. Assim, em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do legislador (assim como a separação de poderes e as demais objeções habituais aos direitos sociais a prestações como direitos subjetivos) implicar grave agressão (ou mesmo o sacrifício) do valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes, resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e de Gomes Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo for ultrapassado, tão-somente um direito subjetivo “prima facie”, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de uma lógica do tudo ou nada. Esta solução impõe-se até mesmo em homenagem à natureza eminentemente principiológica da norma contida no art. 5º, § 1º, da CF, e das próprias normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.⁷⁰⁷

A partir deste entendimento, é possível verificar que o núcleo essencial do direito fundamental social, quando relacionado ao mínimo existencial, acaba por gerar uma carga especial de subjetividade, diretamente a partir da norma constitucional, sem qualquer necessidade de intervenção do legislador.

Esta também é a posição de Clèmerson Merlin Clève:

Ora, referidos direitos criam, desde logo, também, posições jurídico-subjetivas positivas de vantagem (embora limitadas). São posições que decorrem da incidência dos direitos em questão, mas igualmente, da irradiação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Da confluência dos dois sustenta-se a obrigação do Estado consistente no respeito ao *mínimo existencial* (não há dignidade humana sem um mínimo necessário para a existência). Ou seja, as prestações do poder público decorrentes do reconhecimento dos direitos fundamentais poderão ser progressivamente incrementadas. Todavia, o mínimo existencial implica, desde logo, o respeito a uma dimensão prestacional mínima dos direitos sociais. O definir esse mínimo não é tarefa fácil. O que se afirma, porém, é que para a observância deste mínimo (que haverá de ser definido por meio da disputabilidade processual), pode o cidadão recorrer, desde logo, ao Poder Judiciário, estando o Judiciário, do ponto de vista constitucional, autorizado a decidir a respeito. É evidente que os direitos fundamentais não são absolutos, razão pela qual o juiz

⁷⁰⁶ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional...*, p. 470.

⁷⁰⁷ SARLET, I. W. *Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988*, p. 37.

haverá sempre de proceder a ponderação dos bens constitucionais, princípios e direitos em jogo, para melhor decidir a questão.

...
 O conceito de *mínimo existencial*, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combalida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido num cipoal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino.⁷⁰⁸

Gustavo Amaral, apesar de ter reconhecido como válida a tentativa de definir um mínimo existencial relacionado aos direitos fundamentais sociais, como proposta de conferir a estes direitos uma maior certeza e exigibilidade, mantém algumas divergências em relação a este entendimento que merecem ser abordadas.

Segundo o autor, a distinção entre um mínimo existencial exigível dos direitos fundamentais sociais e o âmbito normativo externo a este mínimo, não diretamente exigível, encerra uma séria dificuldade: “a determinação concreta do mínimo existencial seria fugidia, e variável histórica e geograficamente”. Assim, “haveria uma ampla zona de transição entre o mínimo existencial e o ‘não mínimo’”.⁷⁰⁹ Na medida em que se defende que este mínimo somente pode ser obtido mediante a ponderação, observa o autor que se estaria atribuindo uma estrutura binária “exigível x não exigível” a observações graduais, o que seria impossível. Na visão de Gustavo Amaral, “o resultado desse confronto (...) parece ser a abertura de um enorme campo para o subjetivismo, ou mesmo para o ‘achismo’”.⁷¹⁰

Em que pese o respeito com que deve ser observada a posição do mestre do Rio de Janeiro, vale salientar que não há incompatibilidade entre a noção “exigível” e “não exigível” dentro de uma estrutura gradual se for tomada como ponto de referência a teoria das regras e princípios. O aspecto determinante daquilo que será ou não exigível terá como parâmetro definitivo a realidade, o caso concreto. De fato, um mínimo existencial não pode ser definido abstratamente, sob pena de se comprometer a racionalidade jurídica. Através da

⁷⁰⁸ CLÈVE, C. M. A eficácia dos direitos fundamentais sociais, p. 27.

⁷⁰⁹ AMARAL, G. *Direito, Escassez e Escolha...*, p. 213.

⁷¹⁰ AMARAL, G. *Direito, Escassez e Escolha...*, p. 213-214.

argumentação racional vinculada às informações fornecidas por dados de realidade, é possível realizar justiça.

Além disso, importa deixar consignado que o mínimo existencial não parece ser parâmetro jurídico adequado para definir a exigibilidade de um direito fundamental social. A partir da teoria dos princípios, todo direito fundamental social é exigível *prima facie*.

Entretanto, alguns autores vêem no mínimo existencial uma condição de exigibilidade dos direitos fundamentais sociais diretamente a partir das normas constitucionais, ou seja, sem a necessidade da intervenção conformadora do legislador. É o que se depreende da posição manifestada por Vieira de Andrade:

No caso de não haver legislação sobre a matéria ou na parte em que esta se revelar insuficiente para permitir o cumprimento das normas constitucionais, estas não poderão ser actualizadas e aplicadas pelo juiz ou pela Administração. É aqui indispensável o juízo autónomo do legislador e ele não pode ser substituído por outra entidade. Só em casos excepcionais e mais uma vez com referência ao conteúdo mínimo dos preceitos poderia eventualmente pensar-se em retirar directamente da Constituição um direito determinado: julgamos que isso só seria admissível em situações de necessidade ou injustiça extremas, de tal modo que, a verificarem-se, permitissem configurar este recurso como uma ‘válvula de segurança’ da ordem jurídico-constitucional.⁷¹¹

Também Ricardo Lobo Torres interpreta o mínimo existencial como um parâmetro da subjetividade dos direitos fundamentais sociais:

A jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de protecção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de protecção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático.⁷¹²

Como se pode observar, o autor chega a o propor uma verdadeira redução dos direitos fundamentais sociais, de modo que somente poderiam ser reconhecidos como autênticos direitos fundamentais aqueles que preenchessem determinados requisitos. Dentre estes requisitos, o autor enumera a vinculação dos direitos ao mínimo existencial: “os direitos sociais se transformam em mínimo existencial quando são tocados pelos *interesses*

⁷¹¹ ANDRADE, J. C. Vieira de. Ob. cit., p. 308.

⁷¹² TORRES, R. L. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial, p. 1-2.

fundamentais ou pela *jusfundamentalidade*. A idéia de mínimo existencial, por conseguinte, se confunde com a de direitos fundamentais sociais *stricto sensu*”.⁷¹³

Em concepção mais radical, mas também reconhecendo subjetividade tão somente no caso dos direitos fundamentais sociais relacionados ao mínimo existencial, Emerson Garcia afirmou:

Não se sustenta que todo e qualquer direito previsto na Constituição possa resultar na coerção estatal para o seu fornecimento, isto porque os recursos estatais são reconhecidamente limitados, enquanto as necessidades são indiscutivelmente amplas. Tal teoria, aliás, já se mostrou inexequível em relação aos dogmas do Estado de Bem Estar Social (*Welfare State*), que teve grande expansão a partir da Segunda Guerra Mundial. Fosse de outro modo, bastaria transpor a legislação de um país dotado de elevados índices de desenvolvimento humano para outros nos quais esse fator não apresentasse a mesma desenvoltura para que, tal qual um passe de mágica, todos os problemas sociais do mundo contemporâneo fossem resolvidos. Essa tese, infelizmente, destoa de um padrão de razoabilidade, motivo pelo qual seu prestígio está em franco declínio. Como contraponto, tem-se o mínimo existencial, que, face o seu conteúdo mínimo, apresenta níveis aceitáveis de exequibilidade, atende à razão e satisfaz à dignidade da pessoa humana.⁷¹⁴

Não se pode deixar de notar a preocupação destes doutrinadores com a eficácia das normas de direitos fundamentais sociais. A partir de sua equivalência a um mínimo de dignidade que deve ser reconhecido a todo ser humano, elas poderiam ser exigidas judicialmente de seus destinatários, de modo que os poderes públicos estariam obrigados a realizar seu conteúdo através de prestações materiais.

Todavia, ainda que a noção de mínimo existencial seja de grande valia como argumento na ponderação de princípios que levará a aplicação da norma constitucional de direito fundamental social, há que se tomar um certo cuidado com a noção reducionista manifestada por Vieira de Andrade e Torres, pois ela, com a preocupação de garantir maior efetividade a estes direitos, pode eventualmente colocar em risco a pretensão do constituinte, indo de encontro à fundamentalidade formal.

⁷¹³ TORRES, R. L. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial, p. 2.

⁷¹⁴ GARCIA, Emerson. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 480, 30 out. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5847>>. Acesso em: 21 jul. 2005.

4.4.2.2 O perigo da noção reducionista dos direitos fundamentais sociais

Como já exposto no Capítulo I, o constituinte de 1988 foi claro ao especificar quais normas refletiriam direitos fundamentais sociais. Ainda que muitas destas normas apresentem, segundo alguns autores, baixa densidade normativa, a partir de sua compreensão enquanto princípios que estabelecem *prima facie* direitos subjetivos aos seus titulares, ganhou força a doutrina da plena efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Ainda que se possa identificar um núcleo de dignidade humana e de proteção existencial na dimensão material dos direitos fundamentais sociais, especialmente quando determinam a realização de prestações pelos poderes públicos, não parece ter a Constituição autorizado a interpretação segundo a qual somente quando esta perspectiva de mínimo existencial estiver presente que se poderia falar em direitos autenticamente fundamentais. Além da fundamentalidade formal reconhecida aos direitos sociais, não se pode deixar de observar que sua fundamentalidade material extravasa o conteúdo do mínimo existencial. Afinal, preocupou-se o constituinte com a dignidade da pessoa humana (como um todo, e não em sua versão minimalista), com o valor social do trabalho, com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza e da marginalidade, e, finalmente, com a promoção do bem de todos (CF, art. 1 e 3).

Nestas condições, como bem observou Clèmerson Merlin Clève, “os direitos sociais não têm a finalidade de dar ao brasileiro, apenas, o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficaz progressivamente mais vasto, dependendo isso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país. Aponta, a Constituição, portanto, para a idéia de máximo, mas de máximo possível (o problema da possibilidade)”.⁷¹⁵

⁷¹⁵ CLÈVE, C. M. A eficácia dos direitos fundamentais sociais, p. 27.

De fato, é possível defender a ampla subjetividade dos direitos fundamentais, como defendeu Borowski: “Los derechos fundamentales prestacionales son derechos subjetivos en todo su ámbito de protección”.⁷¹⁶

Além disso, ainda que a fundamentação dos direitos sociais na dignidade da pessoa humana seja de extrema valia, uma vez que fornece um norte para o intérprete jurídico no momento de sua aplicação, é preciso reconhecer que a redução dos direitos sociais a um “mínimo existencial” é um tanto quanto perigosa. Como delimitar esse mínimo? Quem tem legitimidade para fazê-lo? Como bem observa Vicente de Paulo Barretto, essa doutrina esbarra em uma imprecisão conceitual, que acaba por deixar a delimitação do mínimo existencial ao voluntarismo político.⁷¹⁷

Outro aspecto a ser observado é a inafastabilidade da ponderação. Para que seja possível afirmar que determinado direito corresponde a um mínimo existencial, e outro não, terá sido necessário realizar um processo de ponderação, no qual, de um lado, tem-se a prestação prevista na norma, fundada na dignidade da pessoa humana, na justiça material, e na igualdade fática, e de outro, outros direitos ou bens jurídicos que apontem para a não aplicação da norma. Ainda que no caso do direito à saúde, por exemplo, existe uma certa “evidência” em favor do direito prestacional, pois ele está, muitas vezes, relacionado à própria sobrevivência do ser humano, essa conclusão é apenas possível porque não se pode aceitar a prevalência dos argumentos relacionados à escassez de recursos em detrimento do bem jurídico vida. A ponderação mostrou-se, ainda que disfarçada sob uma conotação de evidência, minimamente necessária.

Assim, todos os direitos fundamentais sociais prestacionais podem assumir o caráter de direitos subjetivos, de modo que sua não realização somente se viabiliza a partir de um processo de ponderação orientado pela argumentação juracional.

⁷¹⁶ BOROWSKI, M. *La Estructura de Los Derechos...* p. 151.

⁷¹⁷ BARRETO, V. de P. Ob. cit., p.122.

É válido reconhecer um peso especial às normas de direitos fundamentais sociais sempre que através delas se buscar a realização das prestações minimamente necessárias à sobrevivência digna de cada cidadão. Todavia, reduzir todas as normas de direitos fundamentais sociais à concepção de mínimo existencial parece equivocado, na medida em que sua exigibilidade deve ser construída caso a caso, sempre que ponderados os princípios e bens jurídicos em conflito. Afirmar, *a priori*, o que é direito fundamental e o que não é, pois refoge ao círculo material do mínimo existencial implica arriscar uma delimitação em abstrato do conteúdo normativo da norma⁷¹⁸, e, além disso, aplicar uma penalidade extraordinária àquele objeto que não se enquadre na moldura de mínimo existencial: ele fatalmente será inexigível prontamente da norma constitucional. Estará sujeito às regras discricionárias das políticas públicas, estará ao alvedrio do legislador.

Não se pode pretender proteger as normas de direitos fundamentais sociais, defendendo sua aplicabilidade, a partir da exclusão desta defesa a porção mais abstrata da norma, ou afastando normas constitucionais por inteiro, negando-lhes a fundamentalidade. Mais que um dado, a fundamentalidade de um direito deve ser construída em consonância com os valores difundidos na sociedade. E, por mais relevante que o mínimo existencial seja na sociedade brasileira, é certo que ela tem seu horizonte fixado muito além...⁷¹⁹

4.4.3 A ponderação entre reserva do possível e o mínimo existencial

Na seção anterior, foi demonstrado que a incidência da reserva do possível em relação aos direitos fundamentais sociais está sujeita à ponderação, especialmente mediante o exame da proporcionalidade no sentido da proibição da insuficiência. Assim, pode-se dizer

⁷¹⁸ Esta questão já foi abordada quando da análise da teoria interna das restrições, da teoria relativa do conteúdo essencial, bem como do enquadramento das normas de direitos fundamentais sociais em uma teoria de regras e princípios, com âmbito normativo a ser firmado em cada caso concreto (Capítulo II).

⁷¹⁹ Como já afirmava a famosa canção do grupo Titãs, “a gente não quer só comida, a gente quer comida, diversão, e arte; a gente não quer só comida, a gente quer saída para qualquer parte ...”.

que a norma de direito fundamental social pode ser restringida até o limite de suficiência da prestação material demandada, a fim de garantir a realização mínima pretendida. É justamente para garantir esta “realização mínima” que a noção de mínimo existencial assume especial importância na ponderação entre direitos fundamentais sociais e reserva do possível.

O mínimo existencial, como a porção nuclear do direito fundamental necessária à sobrevivência com dignidade de seu titular, pode ser identificado em cada caso concreto. No que diz respeito ao direito fundamental à previdência, por exemplo, há que se verificar se o montante pecuniário recebido pelo aposentado é suficiente para suprir suas necessidades vitais básicas, dentre as quais alimentação, vestimenta, moradia e saúde. No caso do direito fundamental à saúde, há que se observar se a atuação restritiva dos poderes públicos não está a anular a possibilidade de reabilitação do enfermo, condenando-o à morte em virtude de argumentos como a escassez artificial de recursos.

Nesta análise, um risco com o qual é aconselhável cautela é a “absolutização” deste mínimo existencial, o que se verifica em algumas manifestações doutrinárias, como a de Emerson Garcia:

Também denominado de *núcleo duro* ou *núcleo comum dos direitos fundamentais*, o *mínimo existencial* indica o conteúdo mínimo e inderrogável desses direitos, resultando "de um levantamento comparativo de sua incidência em instrumentos de direitos humanos (os próprios textos), fortalecido ademais pela construção jurisprudencial daí decorrente e pelo processo de interpretação destes dispositivos equivalentes com formulações distintas".(...)

Tratando-se de um conteúdo mínimo, que atua como elemento aglutinador da essência dos direitos fundamentais, é vedado ao Estado a adoção de quaisquer medidas, de ordem legislativa ou material, comissivas ou omissivas, que busquem frustrar a sua concreção. Tanto atentar-se contra o mínimo existencial a ação concreta, finalisticamente dirigida ao vilipêndio do bem jurídico por ele tutelado, como a omissão deliberada em tornar concreta uma previsão normativa ou mesmo em editar um ato normativo que viabilize o alcance de um *status* jurídico favorável ao indivíduo. A sua observância, assim, independe de qualquer medida de intervenção legislativa, derivando diretamente da própria Constituição.⁷²⁰

Esta concepção aparenta ser mais vantajosa para a proteção do direito fundamental em face das restrições, todavia, pode gerar insegurança jurídica e arbitrariedade na medida em

⁷²⁰ GARCIA, E. Ob. cit.

que seu conteúdo material dificilmente pode ser aferido de forma totalmente abstrata. A partir do momento em que se concebe o núcleo essencial de todo direito fundamental como fruto da ponderação com princípios, bens e interesses contrapostos, verifica-se a possibilidade de resultados mais ou menos abrangentes no âmbito de proteção da norma, a depender de cada caso concreto.

Não se pode sumariamente descartar, entretanto, a possibilidade de conceber um mínimo existencial irreduzível, relacionado com as necessidades humanas, bem como com o reconhecimento histórico e cultural de cada sociedade a respeito destas necessidades. Assim, ele poderia ser formado de um núcleo homogêneo, com tendência à universalidade, no que toca à existência humana, a vida humana; o qual seria envolvido por porções heterogêneas abertas às características particulares de cada sociedade. Seu conteúdo seria definido naquele núcleo de necessidades vitais de sobrevivência, e indefinido na porção envolvente, principalmente em relação à forma como estas necessidades vitais deveriam ser atendidas, mas também podendo abarcar outras necessidades culturais indispensáveis. A questão é que esta porção essencial, para os filósofos ligados ao universalismo, pode ser abstratamente aferida, e para os filósofos do particularismo, do comunitarismo, depende das circunstâncias concretas e dos valores vigentes em cada sociedade.⁷²¹

O que se verifica nos casos envolvendo direitos fundamentais sociais no sistema constitucional pátrio é que a reserva do possível, enquanto uma condição de realidade, acaba por se apresentar sempre que se demanda do Estado uma prestação material. A questão principal – e nisso jaz a validade do mínimo existencial – é que sempre que a sobrevivência digna do titular do direito estiver em risco, extremamente grave deverá ser a justificativa para a intervenção negativa dos poderes públicos no núcleo normativo. Os bens jurídicos

⁷²¹ Esta questão merece uma investigação mais aprofundada, para a qual não há espaço no presente estudo.

resguardados em contrário a este direito deverão ser tão pungentes, individualizados e racionalmente defensáveis que se possa compreender a legitimidade da restrição.

Assim, em relação ao mínimo existencial, não se vislumbra a possibilidade de a escassez artificial de recursos ser alegada em contraposição às prestações materiais necessárias à sobrevivência com dignidade. Não, ao menos, em um Estado Democrático de Direito como o delineado pela Constituição de 1988. Clèmerson Clève observa: “É evidente que a efetivação dos direitos sociais só ocorrerá à luz das coordenadas sociais e econômicas do espaço-tempo. Mas a *reserva do possível* não pode, num país como o nosso, especialmente em relação ao *mínimo existencial*, ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial.”⁷²²

Esta foi a posição adotada por Robert Alexy, ao salientar que quando estão em jogo direitos sociais mínimos, relacionados ao mínimo existencial, a alegação da prevalência de outros bens jurídicos (como a segurança orçamentária) não pode ser acatada em detrimento do direito fundamental. A realização deste mínimo existencial não teria o condão de afetar de forma substancial os direitos individuais, princípios ou bens jurídicos em conflito.⁷²³

Buscando justamente criar mecanismos de salvaguarda das prestações materiais destinadas à proteção da dignidade humana (mas que também se aplica aos direitos fundamentais sociais), Ana Paula de Barcellos optou por uma concepção rígida de mínimo existencial, para além do qual não poderia avançar o intérprete, nem sequer através do mecanismo da ponderação:

... uma fração do princípio da dignidade da pessoa humana, seu conteúdo mais essencial, está contida naquela esfera do consenso mínimo assegurada pela Constituição e transformada em matéria jurídica. É precisamente aqui que reside a eficácia jurídica positiva ou simétrica e o caráter de regra do princípio constitucional. Ou seja: a não realização dos efeitos compreendidos nesse mínimo constitui uma violação ao princípio constitucional, no tradicional esquema do “tudo ou nada”, podendo-se exigir judicialmente

⁷²² CLÉVE, C. M. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. p. 28.

⁷²³ ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 495.

a prestação equivalente. Não é possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, de forma irrestrita, ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe confira substância; também a ponderação tem limites.

Recorra-se aqui a uma imagem capaz de ilustrar o que se afirma: a de dois círculos concêntricos. O círculo interior cuida afinal do mínimo de dignidade, decisão fundamental do poder constituinte originário que qualquer maioria terá de respeitar e que representa afinal o efeito concreto mínimo pretendido pela norma e exigível. O espaço entre o círculo interno e o externo será ocupado pela deliberação política, a quem caberá, para além do *mínimo existencial*, desenvolver a concepção de dignidade prevalente em cada momento histórico, de acordo com as escolhas específicas do povo.⁷²⁴

Segundo esta ótica, o mínimo existencial assume o caráter de uma autêntica regra jurídica, que não está sujeita a ponderação. Sempre que a atuação restritiva dos poderes públicos ameaçar este mínimo, não se abrirá oportunidade para a ponderação entre princípios contrários, mas sim haverá violação de uma regra, de modo que toda restrição se evidenciará como ilegítima e inconstitucional.

Barcellos observa com propriedade que este mínimo existencial pode conviver com a reserva do possível, usando como ponto de partida o princípio da dignidade da pessoa humana, em raciocínio que também se aplica aos direitos fundamentais sociais:

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.⁷²⁵

Para Emerson Garcia, a reserva do possível somente poderia prevalecer em relação aos direitos fundamentais sociais – quando em jogo o mínimo existencial – se restasse demonstrada total impossibilidade fática de realização da prestação material (reserva essencial ou natural de recursos). Todavia, em se tratando de reserva jurídica, ou relacionada à alocação de recursos, o autor se posicionou pela impossibilidade de mitigação do direito fundamental

⁷²⁴ BARCELLOS, A. P. de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais...*, p. 252-253.

⁷²⁵ Idem, p. 246.

em questão: sua plena satisfação pode e deve ser determinada judicialmente. Nestes termos, observou Garcia:

Tratando-se de impossibilidade jurídica, o que decorreria não da ausência de receita, mas da ausência de previsão orçamentária para a realização da despesa, deverá prevalecer o entendimento que prestigie a observância do mínimo existencial. Restando incontroverso o descompasso entre a lei orçamentária e os valores que integram a dignidade da pessoa humana, entendemos deva esta prevalecer, com o conseqüente afastamento do princípio da legalidade da despesa pública. Não fosse assim, seria tarefa assaz difícil compelir o Poder Público a observar os mais mezinhos direitos assegurados na Constituição da República e na legislação infraconstitucional, o que terminaria por tornar legítimo aquilo que, na essência, não o é. Não é demais lembrar que, ao consagrar direitos, o texto constitucional implicitamente impôs o dever de que sejam alocados recursos necessários à sua efetivação. Em se tratando de direitos coletivos que normalmente exigem um elevado montante de recursos, apelar para a expedição de precatórios, consoante a sistemática do art. 100 da Constituição, seria o mesmo que relegar os verdadeiros detentores da *facultas agendi* às intempéries da própria sorte, arcando com os efeitos deletérios e irreversíveis que o fluir do tempo causaria sobre seus direitos. Como desdobramento do que vem de ser dito, poderá o Poder Judiciário, a partir de critérios de razoabilidade e com a realização de uma ponderação responsável dos interesses envolvidos, determinar a realização dos gastos na forma preconizada, ainda que ausente a previsão orçamentária específica. Caberá ao Poder Executivo, nos limites de sua discricção política, o contingenciamento ou o remanejamento de verbas visando a tornar efetivos os direitos que ainda não o são.⁷²⁶

Também preocupado com a realização dos direitos fundamentais sociais quando confrontados com a reserva do possível, Canotilho observou que “um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar esta desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à garantia do *mínimo social*”.

O publicista alemão Christian Starck, tal como relatado por Ingo Wolfgang Sarlet,⁷²⁷ defende, em contrapartida, que somente é possível reconhecer a exigibilidade judicial dos direitos fundamentais sociais se houver a garantia dos recursos necessários para a realização da prestação material demandada, sem invasão da esfera de competência legislativa pelo Judiciário. Todavia, em que pese esta condição denotar a preocupação do autor em evitar a incidência da cláusula da reserva do possível, Starck chegou a reconhecer que esta reserva

⁷²⁶ GARCIA, E. Ob. cit.

⁷²⁷ SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 345.

não poderia ser oposta às pretensões ligadas às prestações materiais inerentes ao mínimo existencial, pois estas não gerariam “excessiva carga para o orçamento público”.⁷²⁸

Trata-se de concepção que, se transportada para a realidade brasileira, enfrenta algumas perplexidades. Afinal, há que se considerar que a quantidade populacional em carência das necessidades mínimas de sobrevivência da Alemanha é muito distante dos contingentes populacionais abaixo da linha da miséria no Brasil. O atendimento de suas necessidades, por certo, implica diferentes reflexos no orçamento brasileiro, se tomada como ponto de referência a capacidade orçamentária de alocação de recursos na Alemanha. Entretanto, é precisamente em virtude desta flagrante debilidade na satisfação dos direitos sociais que o tema merece especial atenção dos poderes públicos.

Diante deste quadro, Ingo Sarlet procura se posicionar sobre o tema, assumindo uma postura bastante consciente da realidade:

Negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe e desconsiderar que o Direito não tem o condão de – qual toque de Midas – gerar os recursos materiais para sua realização fática, significa, de certa forma, fechar os olhos para os limites do real. Certamente não é isto que pretendem ressaltar alguns de nossos mais conceituados mestres, mas, sim, que existe – de modo especial entre nós – uma nítida tendência no sentido de negar-se pura e simplesmente aos direitos sociais sua eficácia e efetividade. Com efeito, pode-se chamar de ideológica a postura dos que tentam desqualificar os direitos sociais como direitos fundamentais, incluindo aqueles que outorgam às dificuldades efetivamente existentes o cunho de barreiras intransponíveis.⁷²⁹

Para o autor, os direitos fundamentais sociais relacionados ao direito à vida, e à dignidade da pessoa humana, assumem, entretanto, uma dimensão especial. Mais propriamente no caso do direito ao salário mínimo, assistência e previdência social, bem como no caso do direito à saúde, o não reconhecimento destes direitos pelo Judiciário com a correspondente determinação de prestação material pelo Estado pode implicar na condenação à morte do indivíduo, negando sua própria humanidade. Esta circunstância viola os princípios constitucionais, inclusive o próprio direito à vida (já que a Constituição foi clara ao vedar a

⁷²⁸ SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos...*, p. 346.

⁷²⁹ *Idem*, p. 351.

pena de morte, de modo que cabe ao Estado não só se abster de matar, como também promover a vida). Assim, Sarlet observa que:

Negar ao indivíduo os recursos materiais mínimos para manutenção de sua existência (negando-lhe, por exemplo, uma pensão adequada na velhice, quando já não possui condições de prover seu sustento) pode significar, em última análise, condená-lo à morte por inanição, por falta de atendimento médico, etc. Assim, há como sustentar – na esteira da doutrina dominante – que ao menos na esfera das condições existenciais mínimas encontramos um claro limite à liberdade de conformação do legislador.⁷³⁰

No mesmo sentido, Regina Ferrari:

Aqui é que se resolve a reserva do possível, isto é, o direito à saúde como corolário do direito à vida, ao direito a uma vida digna, não pode padecer, sob o argumento da falta de recursos, pois, nesse caso, haveria a caracterização da aplicação de uma pena de morte, sem processo e sem possibilidade de defesa. Portanto, no que tange ao direito à saúde, cabe reconhecer um verdadeiro direito subjetivo público positivo e individual a prestações materiais, deduzidos diretamente da Constituição, ainda que limitado ao mínimo necessário para a proteção da vida humana.⁷³¹

Assim, não poderia o judiciário, por exemplo, alegar invasão de competência legislativa no que diz respeito à distribuição orçamentária sempre que este mínimo existencial estivesse em perigo. Todavia, o autor avança sua tese em prol da efetividade dos direitos fundamentais sociais em contraposição à reserva do possível mesmo quando não estiver em questão a existência física do indivíduo. O parâmetro oferecido para tanto é a dignidade da pessoa humana:

Tomando-se o exemplo do direito à educação, poder-se-á sempre afirmar que negar, em face de argumentos como o da ausência de recursos, até mesmo o acesso ao ensino fundamental não chega a comprometer a existência do indivíduo. A resposta a esta indagação, contudo, passa pelo princípio da dignidade humana, que indubitavelmente pressupõe um certo grau de autonomia do indivíduo, no sentido de ser capaz de conduzir a sua própria existência, de tal sorte que a liberdade pessoal (...) constitui exigência indeclinável da própria dignidade. Neste sentido, não restam dúvidas de que manter o indivíduo sob o véu da ignorância absoluta significa tolher a sua própria capacidade de compreensão do mundo e sua liberdade (real) de autodeterminação e de formatar sua existência. O princípio da dignidade da pessoa humana pode vir a assumir, portanto, importante função demarcatória, estabelecendo a fronteira para o que se convencionou denominar de padrão mínimo na esfera dos direitos sociais.⁷³²

Assim, verifica-se que para Ingo Sarlet não só o mínimo existencial implica importante argumento que faz pesar a balança da ponderação em prol da realização dos

⁷³⁰ SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos...*, p. 352-353.

⁷³¹ FERRARI, R. M. M. N. *Ob. cit.*, p. 236.

⁷³² SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos...*, p. 353.

direitos fundamentais sociais, em detrimento da reserva do possível, mas também o princípio da dignidade da pessoa humana.

De qualquer forma, apresentados estes argumentos, é possível conceber o mínimo existencial como um instrumento jurídico de importante valor quando se trata de refrear a reserva do possível enquanto restrição aos direitos fundamentais sociais. Ainda que não seja o mais adequado considerá-lo como fator determinante da subjetividade (exigibilidade) dos direitos fundamentais sociais, é certo que diante da atuação da reserva do possível, atingindo desvantajosamente o âmbito de proteção da norma jusfundamental, e reduzindo a responsabilidade do Estado para com as prestações materiais normativamente previstas, o mínimo existencial, compreendido como condições necessárias à sobrevivência do homem, e como núcleo essencial do direito fundamental no dado caso concreto, em relação direta com a dignidade da pessoa humana, erige-se tal qual verdadeira muralha, que não poderá ser transposta, sob pena de comprometimento de todo o sistema constitucional, e da legitimidade do Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, verifica-se que os direitos fundamentais sociais encontram na reserva do possível um limite à sua eficácia. E é segundo esta concepção de restrição aos direitos fundamentais, especialmente os prestacionais, que ela deve ter sua racionalidade jurídica questionada e avaliada.

Por outro lado, a reserva do possível impõe ao aplicador do direito um cuidado especial com a dimensão de realidade das normas jurídicas, seja na análise da presença dos pressupostos de fato necessários à sua aplicação, seja na verificação das conseqüências jurídicas inerentes à determinação de cumprimento das obrigações previstas nestas normas.

Estas duas noções puderam ser formuladas ao longo do presente estudo, especialmente a partir de algumas considerações firmadas mediante a análise da produção doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, como se relata muito brevemente a seguir.

A realização dos direitos fundamentais sociais, sejam aqueles previstos no catálogo dos artigos 6º e 7º, sejam os dispersos no texto constitucional, entendidos enquanto direitos cuja estrutura deôntica obriga seu destinatário ao cumprimento de uma prestação material, inicia-se pela conscientização acerca de sua fundamentalidade formal e material, a qual vincula todos os poderes constituídos. Trata-se de normas de especial hierarquia no ordenamento jurídico, cujo conteúdo expressa valores de cunho social especialmente relacionados com a dignidade da pessoa humana, sem, contudo, restringir-se a ela.

A aplicação destas normas aos casos concretos se verifica com maior efetividade se enquadrada em uma concepção aberta de regras e princípios, podendo uma mesma norma jusfundamental configurar um princípio, a gerar um direito subjetivo *prima facie*, ou uma regra, determinando de forma definitiva o cumprimento da obrigação que perfaz seu objeto,

após a ponderação com princípios, bens jurídicos ou direitos contrapostos. Neste diapasão, estas normas não têm caráter absoluto, mas relativo, sempre dependente do processo de concretização a ser realizado pelo intérprete, em consonância com a realidade.

Em virtude de seu caráter principiológico, as normas de direitos fundamentais sociais podem sofrer restrições, compreendidas como toda conduta praticada pelos poderes públicos (jurídico-normativa ou não) que afete desvantajosamente o âmbito de proteção da norma jusfundamental, reduzindo, mitigando ou mesmo exonerando a responsabilidade destes poderes para com sua realização. Estas restrições, enquanto elementos externos à norma jusfundamental, devem obedecer aos parâmetros traçados pela própria Constituição, dentre os quais ressalta-se a proporcionalidade. No caso específico dos direitos fundamentais sociais, esta assume o caráter de proibição da insuficiência, ou seja, proibição da prestação desproporcionalmente insuficiente para a satisfação da norma jurídica, ponderados os princípios, bens jurídicos e interesses em contrário, devendo respeitar o núcleo essencial aferível em cada situação concreta.

Diante deste quadro, verificou-se que a reserva do possível – enquanto condição de realidade que determina a observância pelo intérprete da existência dos meios fáticos necessários à efetivação da norma – representa uma restrição extrajurídica. Embora tenha surgido na Corte Constitucional Alemã como um mandado de observância da proporcionalidade daquilo que se exige do Estado e da sociedade (“aquilo que razoavelmente se pode exigir”), a reserva do possível passou a ser aplicada pelos tribunais brasileiros como um elemento a inviabilizar a realização dos direitos a prestações materiais, exonerando o Estado de obrigações constitucionalmente assumidas em virtude da alegação de ausência de recursos.

Mostrou-se necessário distinguir, entretanto, entre a inexistência natural de recursos capazes de satisfazer a obrigação prevista na norma, e a escassez decorrente de

escolhas políticas praticadas pelo Estado, que muitas vezes deixou de direcionar receita para a satisfação dos direitos fundamentais sociais para aplicá-la em outros setores. Neste particular, verifica-se a forte influência exercida pela doutrina neoliberal, que pregando um “Estado mínimo” e gerando a ilusão de que apenas os direitos fundamentais sociais oneram o orçamento, procura enfraquecer o dirigismo constitucional.

Por outro aspecto, a reserva do possível, se devidamente analisada em cada caso concreto, em respeito à especial hierarquia das normas de direitos fundamentais, pode contribuir para uma maior racionalidade das decisões judiciais, na medida em que exige do intérprete a observância das circunstâncias da realidade que o cerca (a chamada “reserva de consistência”), de modo a evitar sentenças de impossível execução, que comprometem a dignidade do Direito.

Fato é que se os direitos fundamentais sociais não configuram categoria jurídica absoluta, também não o é a reserva do possível. A escassez de recursos não pode ser tomada como dogma em virtude das dificuldades econômicas tradicionalmente enfrentadas pelo Estado Brasileiro, mas sim como dado a ser devidamente balanceado com interesses sociais constitucionalmente protegidos, como um salário suficiente para a satisfação das necessidades básicas, condições de atendimento e tratamento da saúde, educação capaz de promover a autonomia e a consciência, garantindo a dignidade humana, dentre outros. Existe um conjunto de valores consagrados na Constituição Federal de 1988, dos quais muitos se encontram materializados nas normas de direitos fundamentais sociais. Estes valores normativamente inseridos demandam respeito, não só em termos jurídicos, mas igualmente políticos e econômicos.

Nestas condições, é inegável que a Constituição Brasileira não perdeu seu caráter dirigente e compromissário, sendo que suas normas jurídicas não apenas refletem a realidade social em que foram criadas, mas mantêm sua função prescritiva, determinando ao Estado a

adoção de determinadas condutas capazes de realizar os objetivos constitucionalmente traçados. Se em uma sociedade a escassez de recursos é a regra, e não a exceção, como pregam muitos autores, a preocupação com a redução da desigualdade social, o combate à pobreza e a realização da dignidade humana assumem especial relevância. E a realização dos direitos fundamentais sociais está inequívoca e intimamente ligada a estes objetivos.

Para tanto, o Judiciário surge como órgão legitimado a realizar as ponderações que levarão à identificação dos direitos fundamentais sociais definitivos, bem como a determinar aos poderes públicos a satisfação dos interesses constitucionalmente protegidos. Não se pode negar a relevância econômica implícita na realização dos direitos fundamentais sociais, mas a doutrina já demonstrou que, em verdade, a realização de quaisquer direitos pelo Estado implica o dispêndio de gastos públicos. A questão é como direcioná-los.

Embora o espaço de discricionariedade que o constituinte estabeleceu para a atuação da Administração Pública deva ser respeitado pelo Judiciário, até porque as normas principiológicas dos direitos fundamentais sociais não impõem, necessariamente, a forma como as prestações nelas previstas deverão ser satisfeitas, não existe margem de escolha com relação à satisfação ou não destes direitos fundamentais. Se a discricionariedade administrativa for utilizada como “válvula de escape” para o direcionamento de recursos para outros fins que não aqueles impostos pela Constituição Federal como prioritários, ela representará desvio de poder, e estará sujeita ao controle jurisdicional de constitucionalidade. Neste diapasão, a reserva do possível não poderá ser alegada na medida em que ela não representará uma condição de realidade a ser ponderada para fins de efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas será a maquiagem de uma escassez indevidamente “produzida”, em desrespeito aos princípios constitucionais.

Em todos estes casos, dois importantes instrumentos jurídicos encontram-se à disposição do Judiciário para avaliar a atuação restritiva da reserva do possível em relação aos

direitos fundamentais sociais: o postulado da proporcionalidade enquanto proibição da insuficiência, e o mínimo existencial. No primeiro caso, a proporcionalidade pode ser medida tanto em relação às condutas praticadas pelos poderes públicos que tornaram “impossível” a realização do direito fundamental em questão, quanto em relação à exigência do titular do direito frente ao Estado. Já o mínimo existencial, embora de conteúdo indefinido e variável, em respeito aos padrões de valores vigentes na sociedade, pode ser considerado um parâmetro para a exequibilidade dos direitos fundamentais sociais sempre que a vida humana com dignidade estiver em risco. Neste caso, é forçoso reconhecer ao menos uma presunção em favor da exigibilidade judicial dos direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos definitivos.

Todo este panorama evidencia que os direitos fundamentais sociais vêm enfrentando sérias dificuldades para sua realização, especialmente atreladas à alegação de escassez de recursos. Existem meios, contudo, de contorná-las, de forma racional, comprometida, de um lado, com a materialidade da Constituição, e de outro, com a realidade fática. Trata-se de julgar com os pés no chão, mas com os olhos voltados para o céu.

Tal como afirmara Steinberg, “a única coisa que a gente deve cuidar é de dar sempre um passo a frente, um passo, por menor que seja”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la Exigibilidad Judicial de Los Derechos Sociales. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.) *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradución de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. “Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático”. In *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, Rio de Janeiro, jul/set 1999, p. 67-79.

_____. “Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional”. Tradução Luís Afonso Heck. In *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, Rio de Janeiro, jul/set 1999, p.55-66.

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. In: Paulo Lobo Torres (Org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Direito, Escassez & Escolha*. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre *regras* e *princípios* segundo Robert Alexy. Esboços e críticas. In *Revista de Informação Legislativa*, ano 42, n. 165, jan/mar 2005, p.123-134.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

ARENDRT, Hannah. *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988*. Revista de Direito Administrativo, nº 221, Rio de Janeiro, jul/set 2000.

_____. O Mínimo existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: Ricardo Lobo Torres (Org.) *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.) *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 4 ed. ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Eficácia e efetividade do direito à liberdade. In _____. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 23.

BASTOS, Celso Ribeiro. As normas programáticas na Constituição de 1988. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 4, n. 14, jan-mar 1996.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Tradução de Marcus Penchel, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 142, Brasília, abr/jun 1999.

BIDART CAMPOS, German J. *El Derecho Constitucional Humanitario*. Buenos Aires: EDIAR, 1996.

BIGOLIN, Giovanni. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. In: *Revista do Ministério Público*. Porto Alegre, n. 53, maio/set 2004.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 16 tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. Porto: Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 2004.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Colisão entre Direitos Fundamentais: Metódica Estruturante e Ponderação*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2001.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In José Eduardo Faria (Org.) *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CARBONELL, Miguel. Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo. in CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. “Direitos Constitucionais Sociais e os Direitos Fundamentais: são os direitos sociais constitucionais direitos fundamentais?”. In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 11, n. 42, jan/mar 2003, p. 244-257.

CARNEIRO, Wálber Araújo. Escassez, eficácia e direitos sociais. In: *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*. Salvador: Faculdade de Direito: EDUFBA, jan-dez 2004, p. 371-388.

CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: José Adércio Leite Sampaio (Coord.) *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. O papel político do Poder Judiciário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 10, n. 38, jan-mar 2002, p. 289-303.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. rev. atual. ampl. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: *Revista Crítica Jurídica*, n. 22, jul-dez 2003, p. 17-29.

_____. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. In *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. v. 3, 2003.

_____. O Controle da Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais. In: José Adércio Leite Sampaio (Coord.) *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

COSSIO DÍAZ, José Ramón. *Estado Social y Derechos de Prestación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. Direito e neoliberalismo. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 40, n. 160, Brasília, out/dez 2003.

COUTINHO, Aldacy Rachid (Orientadora), et al. Direito Constitucional ao Salário Mínimo. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. v. 2 Curitiba: ABDConst, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. (Org.) *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*. 3 ed. 2 tir. São Paulo: Saraiva, 1986.

“Demanda judicial cresce há 2 anos”. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 20 de janeiro de 2005, p.3.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos: a Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação*. 2 ed. atual. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2000.

FERRARI, Regina Maria Macedo Neri. *Normas Constitucionais Programáticas*. Normatividade, Operatividade e Efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FLORENZANO, Vicenzo Demetrio. Justiça social, mínimo social e salário mínimo: uma abordagem transdisciplinar. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 165, jan-mar. 2005, p. 39-50.

GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In Paulo Lobo Torres (Org.) *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.139-222.

GALINARI, Cledson Moreira. A efetividade dos direitos humanos no Brasil: A eficácia da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no Brasil e o Plano Nacional de Direitos Humanos aos 50 Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, v. 5, 2000, p. 263-289.

GARCIA, Emerson. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. (on line) *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 480, 30 out. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5847> . Acesso em: 21.07.2005.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. “O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a flexibilização da legislação trabalhista”. In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 11, nº 44. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/set 2003.

GOMES, Luiz Flávio. *A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos*. [on line] Rio de Janeiro: Slaib Filho, disponível em <http://www.nagib.net/textos.asp?area=3&id=219&tipo=13>, acesso em 25/11/2005.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. A Constituição Brasileira e as Normas Programáticas. In: *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 4, Rio de Janeiro: IBDC/Forense, 1985.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

_____. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In _____ (Org.) *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 11-29.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. volumes I e II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, H. L. A. *The concept of law*. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. New York: Oxford Clarendon Press, 1997.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20ª Edição Alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

KELLER, Arno Arnaldo. *O Descumprimento dos Direitos Sociais*. Razões Políticas, Econômicas e Jurídicas. São Paulo: LTR, 2001.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia da Letras, 1988.

LEDUR, José Felipe. *O contributo dos direitos fundamentais de participação para a efetividade dos direitos sociais*. Tese de Doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2002.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *A Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2002.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização Econômica Política e Direito*. Análise das mazelas causadas no plano político-jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LIMA, Maria Cristina de Brito. Direitos Sociais: Sua Circunstância e sua Justiciabilidade. In *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 28, Rio de Janeiro, 2004.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 164, out-dez 2004.

LOPES, José Reinaldo Lima. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: José Eduardo Faria (Org.) *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

MALISKA, Marcus Augusto. *O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.

MELO, Sandro Nahmias. A garantia do *conteúdo essencial* dos direitos fundamentais. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 11, n. 43, abr-jun 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, 2 ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

MORAIS, Alexandre. *Direitos Humanos e Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1998.

MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven & London: Yale University, s.d.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Saúde, medicamentos, desenvolvimento social e princípios orçamentários. [on line] *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 542, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6127>. Acesso em: 21.07. 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

PEREIRA, Áurea Pimentel. A Obra de Criação do Direito pelo Juiz na Interpretação das Leis. Limites. In: *Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: EMERJ, v. 5, n. 18, 2002.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1999.

PIOVESAN, Flávia. A desconstitucionalização dos direitos sociais na América Latina. In: *Genesis*, Curitiba, 16 (92), agosto 2000, p. 213-223.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad atual*. Madrid: Civitas, 1992.

ROTHENBURG, Walter Claudius. “Direitos fundamentais e suas características”. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 8, n. 30, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar 2000, p.146-158.

SADY, José João. O Judiciário e o conflito entre DH e reserva do possível. [on line] In: *Carta Maior*, disponível http://cartamaior.uol.com.br/cmsemanal/imp_cmsemanal.asp?id=60&coluna-producao, acesso em 01/02/2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In: _____ (Coord.) *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *A Constituição Reiventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5 ed, rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais: na Constituição Federal de 1988*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. [on line] *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, abril 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>, em 02.02.2004.

SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In Paulo Lobo Torres (Org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 35-99.

_____. Direitos Sociais e Globalização: Limites Ético-Jurídicos ao Realinhamento Constitucional. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 223, Rio de Janeiro, jan/mar 2001, p. 153-168.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos Tribunais*, v. 798, abril 2002.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Uma nova crítica do Direito. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.) *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. In _____ (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 397-449.

_____. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.) *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

WOLKMER, Antônio Carlos. Direitos políticos, cidadania e a teoria das necessidades. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 31, mai-jul. 1994, p. 275-280.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *El Derecho Ductil: Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. 3 ed. Madrid: Trotta, 1999.