

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

HÉLIO RIBEIRO

**A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS
NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DAS LIMITAÇÕES DO
ESTADO**

POUSO ALEGRE - MG
2016

HÉLIO RIBEIRO

**A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS
NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DAS LIMITAÇÕES DO
ESTADO**

Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM

POUSO ALEGRE - MG

2016

HÉLIO RIBEIRO

**A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS
NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DAS LIMITAÇÕES DO
ESTADO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora:

Profa. Dra. Cláudia Mansani Queda de Toledo

FDSM - MG
2016

FICHA CATALOGRÁFICA

R484e

Ribeiro, Hélio.

A Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil sob a Perspectiva das Limitações do Estado/ Hélio Ribeiro. Pouso Alegre – MG: FDSM, 2016. 120p.

Orientadora: Profa. Dra. Cláudia Mansani Queda de Toledo.

Dissertação (Programa de Pós-Graduação) - Faculdade de Direito do Sul de Minas, Mestrado em Direito.

1. Direitos Fundamentais Sociais. 2. Mínimo Vital. 3. Dignidade Humana. 4. Reserva do Possível. 5. Efetivação. 6. Limites. I. Ribeiro, Hélio. II. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Mestrado em Direito. III. Título.

CDU 340

HÉLIO RIBEIRO

**A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO
BRASIL SOB A PERSPECTIVA DAS LIMITAÇÕES DO ESTADO**

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da aprovação 16/09/2016

Banca Examinadora

Profa. Dra. Cláudia Mansani Queda de Toledo
Orientadora
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Prof. Dr. Denilson Victor Machado Teixeira
Unifenas

Prof. Dr. Elias Kallás Filho
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Pouso Alegre – MG

2016

A minha esposa, Denise por ter, com o seu amor incondicional, sido a minha companheira de todas as horas, apoiando as minhas batalhas e compreendido a minha ausência, quando necessário.

Aos meus filhos Álvaro e Henrique, que tiveram que suportar a minha ausência em diversos momentos, para que esse trabalho pudesse ser realizado.

AGRADECIMENTOS

À Orientadora Professora Doutora Cláudia Mansani Queda de Toledo pelos ensinamentos, dedicação e paciência. Foi, antes de tudo, a cada encontro movido por ricos diálogos, uma grande incentivadora e companheira, sempre atenta e compreensiva.

A todo o corpo docente do mestrado do PPGD da FDSM e, em especial, aos Professores Dr. Elias Kallás Filho, Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo, Dr. José Luiz Quadros de Magalhães, Dra. Lúcia Helena Bettini, Dr. Rafael Lazarotto Simioni, Dr. Walter Guandalini Júnior e Dr. Cícero Krupp da Luz, cujas lições contribuíram não apenas para o presente trabalho, mas para toda a minha formação acadêmica.

A Deus que, além de me conceder a vida, me proporcionou saúde, força, coragem e fé durante toda a minha caminhada.

A toda minha família, por ter compreendido os momentos em que não pude estar presente; por comemorar comigo as vitórias e me apoiar nas dificuldades, por acreditar no meu sucesso e por estar ao meu lado me incentivando nos momentos mais difíceis.

Aos estimados colegas e amigos do mestrado, pelo apoio, companheirismo e amizade.

RESUMO

RIBEIRO, Hélio. A Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil sob a perspectiva das Limitações do Estado. *Dissertação* (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2016.

A presente dissertação tem como escopo a análise da efetividade dos direitos fundamentais sociais no Estado Brasileiro diante do sopesamento da dignidade humana individual e da dignidade coletiva, no sentido de refletir sobre o que é razoável exigir do Estado, enquanto instituição que representa a própria coletividade, sempre observando o mínimo vital, a proibição ao retrocesso e a limitação das finanças públicas, considerando que o Estado depende da efetiva arrecadação de receitas que, numa economia frágil e em desenvolvimento, como a brasileira, sofre periodicamente reflexos negativos de eventos externos, atingindo todo o planejamento estimado do orçamento anual. Assim, buscar-se-á uma releitura das obrigações prestacionais do Estado e das necessidades individuais e coletivas do cidadão, principalmente no sentido de compatibilizar o custo destes direitos com a capacidade de atendimento. Será demonstrada a posição do Supremo Tribunal Federal (STF) em casos concretos de efetivação de direitos sociais. Diante deste cenário, é possível aferir que o paradoxo entre o custo da efetivação de direitos sociais prestacionais e da escassez de recursos públicos do Estado, na realidade não pode ser entendido de maneira simples, a partir da leitura isolada da aplicação imediata desses direitos fundamentais, mas deve-se entender que o Estado é a organização da própria dignidade coletiva, que é o verdadeiro limite. Assim, um indivíduo, ao exigir determinada prestação do Estado, deve refletir se seria razoável e proporcional, que toda a coletividade financiasse a sua necessidade para defender a sua dignidade individual, por exemplo, se existe outro meio menos oneroso. Nesta seara, surge então a ponderação, como medida para proteger a dignidade individual, a capacidade da coletividade em autorizar a efetivação daquilo que é razoável e proporcional para garantir o mínimo vital.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais Sociais. Mínimo Vital. Dignidade Humana. Reserva do Possível. Efetivação; Limites.

ABSTRACT

RIBEIRO, Hélio. *The Effectiveness of Social Rights in Brazil from the perspective of the limitations of the State*. Dissertação (Master of Law) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2015.

This work aims to analyze the effectiveness of fundamental social rights in the Brazilian State in face of the harmonious balance of individual human dignity and collective dignity, to reflect on what reasonable is to require from the state as an institution representing the own community, always observing the vital minimum, the prohibition to reverse and the limitation of public finances, considering that the state depends on the effective collection of revenues, which in a fragile economy and developing like the Brazilian one, regularly suffers negative effects of external events, reaching all the estimated planning of the annual budget. So, it has been sought for a re-reading of prestational obligations of the state and the individual and collective needs of citizens, especially in order to reconcile the cost of these rights with the ability to care. It will be shown the position of the Supreme Court - STF in specific cases of realization of social rights. In this scenario it is possible to infer that the paradox between the cost of realization of prestational social rights and the scarcity of public resources of the state, in fact can not be understood simply from the isolated reading of the immediate application of these fundamental rights, but it should be understood that the state is the rigging of their own collective dignity, which is the true limit. Before requiring the fulfillment of certain prestational social right, it is necessary to revisit the principle of joint participation of all individuals to the detriment of individual rights. Thus an individual by requiring particular benefit from the State, should consider whether it would be reasonable and proportionate to the whole community to finance his need to defend his individual dignity, for example, whether exists less onerous means. In this area, then comes the weighting as a measure to protect the individual dignity, the community's ability to allow the realization of what is reasonable and proportional to maintain the vital minimum.

Keywords: Fundamental Social Rights. Vital minimum. Human Dignity. Reservation possible. Effectuation. Limits.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O ESTADO	13
1.2 Perspectiva Subjetiva e Objetiva dos Direitos Fundamentais	23
1.3 Consolidação dos Direitos Sociais: do Estado Liberal ao Estado Social	25
1.4 O Estado de Bem-Estar Social.....	28
1.5 Os Direitos Fundamentais e o Estado de Direito Democrático no Brasil	30
2 A DIGNIDADE HUMANA E O ESTADO	36
2.1 A Dignidade e os Contornos do Mínimo Existencial	39
2.2 O Mínimo Existencial – Regra Ou Princípio Jurídico?.....	43
2.3 Regime Jurídico dos Direitos Sociais Prestacionais no Brasil	50
3 A PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE	53
3.1 A Efetividade e a Teoria dos Princípios	57
3.2 Os Obstáculos à Efetividade dos Direitos Sociais.....	60
4 O DIREITO SOCIAL E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL	74
4.1 Hipóteses de Mitigação da Teoria da Reserva do Financeiramente Possível.....	82
4.2 A Teoria da Reserva do Possível Perante o Supremo Tribunal Federal.....	85
4.3. Direito Fundamental à Saúde Após a STA – Suspensão de Tutela Antecipada 91 no Supremo Tribunal Federal	89
5 A PONDERAÇÃO COMO SOLUÇÃO FRENTE AS COLISÕES DE PRINCÍPIOS 95	
6 CONCLUSÃO	107
REFERÊNCIAS	110

INTRODUÇÃO

Atualmente, um assunto polêmico tem sido debatido nas relações entre o cidadão brasileiro e o Estado no campo da efetivação de direitos fundamentais sociais, levando o Poder Judiciário a receber inúmeras ações judiciais de cunho satisfativo-prestacional contra os entes da federação, e por consequência, tem-se assistido sistematicamente uma avalanche de decisões deferindo obrigações de fazer em face do Estado, reafirmando os direitos sociais elencados no texto constitucional da República Federativa do Brasil, como se o Estado fosse algo distante das pessoas e uma fonte inesgotável de recursos financeiros. Na maioria das decisões, não há sequer qualquer verificação da capacidade de atendimento, razoabilidade, proporcionalidade e ponderação.

A justificativa é que nada pode limitar a satisfação das necessidades das pessoas, inclusive a alegação de falta de recursos financeiros, tendo inclusive o Supremo Tribunal Federal em apreciação de caso concreto, afastado a incidência da teoria da reserva do possível e limitações orçamentárias, sob a justificativa de que não se poderia comparar o Brasil com a Alemanha, onde já teria ocorrido um debate sobre o direito à vagas em universidades e a limitação na sua oferta.

Na oportunidade, a Suprema Corte Brasileira assentou que a vida humana seria uma espécie de núcleo duro, insusceptível de relativização, cabendo ao Poder Judiciário assegurar ao cidadão o seu direito à prestação do Estado, conforme decidido pelo Ministro Celso de Mello:¹

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem étnico-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.

Ocorre que a despeito deste entendimento e considerando a gravidade da situação que envolve a efetivação dos direitos fundamentais e o custo dos direitos, as demandas e necessidades infinitas e a escassez de recursos financeiros para atendê-los, não se pode fechar os olhos para este cenário quando as respectivas leis orçamentárias e a gestão financeira desses entes estão sendo usurpadas, sem qualquer conhecimento técnico inerente ao também

¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal: Pet 1246, citadas nas decisões: RE 267612, AI 570455, AgRg no RE 271286, RE 198265, RE 248304, AgRg no RE 273834 e RE 393175. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1246&classe=Pet-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M_. Acesso em 18.11.2015.

princípio constitucional do equilíbrio das finanças públicas, que nada mais são do que o dinheiro de toda a coletividade.

No presente estudo, buscar-se-á um encaminhamento de proposta de solução para o dilema já que a efetivação dos direitos sociais pressupõe a existência de recursos financeiros disponíveis para atendimento do mínimo existencial. Hodiernamente, o Estado (Poder Executivo) é obrigado, até mesmo, a efetuar escolhas trágicas, já que as necessidades sociais são infinitas e os recursos públicos recolhidos pela coletividade através do Estado organizado são finitos e escassos.

Para tanto, será demonstrada a evolução desses direitos desde o Estado Liberal perpassando ao atual Estado Democrático de Direito, que se identifica no seu cerne como um verdadeiro Estado Social ou “Welfare State” (Estado de Bem-Estar Social).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê em seu artigo 5º., § 1º, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, por outro lado, a mesma constituição prevê também como princípio fundamental, o equilíbrio das finanças públicas, sendo vedado aos governos, a realização de despesa ou assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais, *ex vi*, do art. 167, incisos I e II, da CRB/88. Vale dizer ainda que tal princípio está regulado de forma clara, na Lei Complementar Nacional nº. 101 de 05.05.2000, mais conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal.

Isso não quer dizer, contudo, que a Lei do Orçamento Público possa ser invocada como limitadora da efetivação dos direitos sociais, pois, basta que a peça técnico-legal, também conhecida como lei de meios, seja discutida, seja planejada e elaborada com base numa série histórica de necessidades de implementação de políticas públicas sociais.

A questão não é se está previsto ou não na lei do orçamento, já que existe a possibilidade técnica de se inserir, na previsão, uma gama enorme de possibilidades de execução de políticas públicas. Pela lei orçamentária, o total de despesa deve corresponder ao mesmo valor de receitas estimadas a serem arrecadadas, ou seja, o total de despesa será sempre igual ao total de receita, pois o Estado não visa lucro.

A dificuldade reside na efetiva arrecadação das receitas que são estimadas na vigência de um exercício financeiro para vigorar no exercício seguinte. Não havendo qualquer certeza que efetivamente as receitas “estimadas” irão ingressar em sua totalidade nos cofres públicos, havendo uma série de efeitos, como a economia sem crescimento, Produto Interno Bruto – PIB, crises internacionais, políticas econômicas adotadas pelo Governo Central, dentre outras

causas, que refletem diretamente nos demais entes federados, prejudicando a estimativa feita no exercício anterior.

Como o próprio nome da lei orçamentária indica, trata-se de instrumento legal que fixa a despesa e estima a receita para o exercício do ano seguinte. Ora, a dificuldade reside é na receita, pois não há garantia que aquela estimativa pode se efetivar. Bastando um problema no câmbio internacional e desequilíbrio da economia mundial, fato que ocorre periodicamente numa economia globalizada, prejudicar-se toda a estrutura que foi saciamente planejada internamente, o que leva obrigatoriamente os governos a reduzirem suas despesas a fim de que equacionar o valor da receita não realizada. Quando a entrada de receita nos cofres não se comporta como planejado, é medida legal e obrigatória que se reduzam as despesas, contingenciando ações governamentais, antes planejadas a serem executadas, sob pena de cometimento de ato de improbidade administrativa e crime fiscal.

Não há um milagre para custear direitos sociais. Com o fenômeno da judicialização das políticas públicas, quando há uma ordem judicial para que o Poder Executivo execute uma determinada despesa, no sentido de efetivar um direito social, a receita pública arrecadada deverá passar por um remanejamento de prioridades e escolhas, por vezes trágicas, pois o que se tem testemunhado, é que, quando a despesa emanada da ordem judicial não tem lastro de receita para se efetivar, uma outra política pública talvez de maior interesse social e coletivo, restará prejudicada, em face da efetivação de um direito individual na maioria dos casos, sob a chancela do Poder Judiciário.

Acontece então um outro fenômeno que é a ponderação dessas escolhas, ou seja, indaga-se: é razoável que a coletividade, além do que ela já vem contribuindo através dos tributos para manutenção das necessidades básicas comuns a todos cidadãos, veja grande parte desses recursos públicos serem comprometidos e (re)direcionados pelo Poder Judiciário, a alguns pedidos judiciais específicos de cidadãos em detrimento da maioria? Aqui, surge então a necessidade de ponderação entre a dignidade individual *versus* a dignidade coletiva.

Não se pode perder de vista que a dignidade humana é um fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º. CR/88), portanto, merece destaque a proteção do ser humano.

Lado outro, indaga-se: seria razoável que alguns entes estatais deixem de garantir um mínimo vital à dignidade de alguns indivíduos, sob a alegação de limitação orçamentária?

A problematização está posta e a presente pesquisa buscará uma abordagem firme no propósito de provocar ao leitor, uma (re)análise crítica sobre o tema.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O ESTADO

O exame dogmático da teoria dos direitos fundamentais, no contexto atual, conduz à percepção da existência de uma miríade de pré-compreensões, edificadas ao longo do tempo, que repercutem diretamente na efetivação dos direitos sociais.

Ao lançar o olhar para a história, depreendem-se classificações doutrinárias relacionadas aos direitos fundamentais, que, não obstante reconhecidamente didáticas, revelam lendários antagonismos ainda persistentes no estudo analítico dos direitos sociais.

Desta maneira, urge sobrepujá-los.

Antes, contudo, cumpre registrar que a consolidação dos direitos fundamentais ocorreu de maneira paulatina, de acordo com o momento político-econômico-social do Estado de Direito.

Segundo a interpretação liberal clássica do Estado burguês, direitos fundamentais destinavam-se basicamente à proteção de liberdades individuais, e o Estado devia assumir posição absenteísta. Desta exegese, dimanou a ideia de direitos de defesa do cidadão contra o Estado, ou direitos a ações negativas do Estado².

As liberdades públicas, catalogadas nas Constituições através de direitos civis e políticos qualificaram a primeira geração³ de direitos fundamentais, caracterizada pela ação negativa do Estado e pela aplicação imediata dos direitos.

As concepções que emanaram à época do Estado de Direito, de matriz liberal-burguesa, não subsistiram às graves desigualdades sociais do segundo pós-guerra.

² Para Alexy, “os direitos dos cidadãos, contra o Estado, a ações estatais negativas (direitos de defesa) podem ser divididos em três grupos. O primeiro grupo é composto por direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas ações do titular do direito; o segundo grupo, de direitos a que o Estado não afete determinadas características ou situações do titular do direito; o terceiro grupo, de direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito.” ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 196.

³ Alguns doutrinadores criticam o termo ‘gerações’ de direitos fundamentais e optam por ‘dimensões’, alegando que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a equivocada ideia de substituição gradativa de uma geração por outra. SARLET, I.W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 54; GUERRA FILHO, W. S. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. rev. ampl., São Paulo: Celso Bastos editor, 2001, p. 39; CUNHA JÚNIOR, D. da. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. *Concessa vênia*, não se vislumbra a impossibilidade de subsistência, em um mesmo momento histórico, de duas ou mais gerações. Deste modo, não há razão para afastar o termo ‘gerações’. Nesse sentido, conferir SILVA NETO, M. J. *Curso de Direito Constitucional*. 5.ed. Lumen Juris, 2009, p. 626.

Consequentemente, veio à tona o Estado Social e Democrático de Direito, responsável pela transformação dos direitos fundamentais em direitos de prestações, que exigem uma ação positiva, intervencionista do Estado.

Consagraram-se, assim, os direitos de segunda geração, que outorgam aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, como saúde, moradia, educação, trabalho, etc., e que revelam a transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas⁴.

É deste contexto que advém a clássica dicotomia entre direitos de liberdade, como direitos negativos ou de defesa, que exigem um ‘não agir’ do Estado, e direitos sociais, como direitos positivos ou prestacionais, que reclamam sempre uma intervenção estatal no sentido de fornecer prestações fáticas ou jurídicas.

Na perspectiva clássica, diferentemente dos direitos de cunho negativo, construiu-se o entendimento de que os direitos sociais são direitos positivos, que, por dependerem de prestações do Estado, demandam recursos públicos e, portanto, produzem efeitos financeiros.

Esta aceção logrou êxito no discurso jurídico da modernidade, e sempre foi utilizada como escudo para a não realização dos direitos sociais. Trata-se, contudo, de falsa dicotomia que precisa ser revista, a fim de melhor compreender as controvérsias que permeiam os direitos fundamentais sociais.

De início, mister esclarecer que não há antagonismo entre direitos de defesa e direitos prestacionais. Esta distinção decorre do contexto histórico de passagem do Estado Liberal para Estado Social, mas não assiste razão para persistir. Em verdade, observa-se uma relação de interdependência e complementaridade entre direitos de defesa e direitos prestacionais⁵. Por certo, não adianta conferir ao cidadão direito à liberdade (direito de defesa) quando não oferece pressupostos fáticos mínimos (moradia, saúde, trabalho) para exercê-lo.

Elucide-se também que direitos a prestações não podem ser confundidos com direitos sociais. Na perspectiva de Robert Alexy⁶, todo direito a uma ação do Estado corresponde a um direito prestacional (sentido amplo), que pode ser dividido em três grupos: direitos a proteção⁷,

⁴ SARLET, I.W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 56.

⁵ LIMA, G.M. *Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005, p. 189.

⁶ ALEXY, op. cit., 2008, p. 444.

⁷ *Ibidem*, p. 450-451. “Direitos a proteção são direitos subjetivos constitucionais a ações positivas fáticas ou normativas em face do Estado, que têm como objeto demarcar as esferas dos sujeitos de direito de mesma hierarquia, bem como a exigibilidade e a realização dessa demarcação.”

direitos a organização e procedimento⁸ e direitos a prestação em sentido estrito⁹. Diante do corte epistemológico deste estudo, apenas o direito a prestação em sentido estrito (direito fundamental social) será analisado em detalhes.

Outra dicotomia que merece ser superada é a que se refere a direitos negativos como direitos de primeira geração (direitos civis, políticos), que não acarretam dispêndios para o Estado, e, direitos positivos como direitos de segunda geração (direitos sociais, econômicos e culturais), que implicam na realização de despesas públicas para que sejam concretizados.

A este respeito, há que tecer duas advertências. A primeira refere-se ao fato de existir direito social de caráter negativo, ou direito social de defesa do cidadão contra o Estado, como, por exemplo, o direito de associação sindical e de greve. A segunda é que todos os direitos (positivos ou negativos) representam custos a serem suportados pelo Estado.

Esta última assertiva é extraída do pensamento de Stephen Holmes e Cass Sunstein, segundo o qual todos os direitos são positivos, e, por conseguinte, demandam algum tipo de custo para serem efetivados. Em linhas gerais, os autores demonstram que todos os direitos são sindicáveis perante o Estado-Juiz. *“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”*¹⁰.

Diante da perspectiva de que as necessidades humanas são infinitas e os recursos públicos escassos, urge a necessidade de se fazerem escolhas alocativas para realização dos direitos. Consoante Stephen Holmes e Cass Sunstein, *“taking rights seriously means taking scarcity seriously”*¹¹

O exame dos custos dos direitos, com fundamento na doutrina de Stephen Holmes e Cass Sunstein, será alvo de maiores divagações ao longo do trabalho, haja vista a pertinência da abordagem dos autores para a investigação do tema.

⁸ Ibidem, p. 474. “Direitos a procedimentos podem ser tanto a criação de determinadas normas procedimentais quanto direitos a uma determinada ‘interpretação e aplicação concreta’ de normas procedimentais. Um exemplo desse último caso são as inúmeras decisões do Tribunal Constitucional Federal acerca das normas sobre leilão judicial, cujo tema é a interpretação de normas procedimentais conforme a Constituição. O direito a procedimentos como direitos a proteção jurídica efetiva, nesse caso, tem como destinatários os tribunais. De outra parte, os direitos a procedimentos que têm como objeto a criação de normas procedimentais, por serem direitos ao estabelecimento de normas, têm como destinatário o legislador”.

⁹ ALEXY, op. cit., 2008, p. 499 “Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares.”

¹⁰ 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. (tradução nossa). HOLMES, S. ; SUNSTEIN, C. The Cost of rights: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton and Company, 1999. p. 43.

¹¹ Ibidem, p. p. 94. Levantar os direitos a sério é levar a escassez a sério (tradução nossa).

Entretanto, com arrimo na perfunctória alusão aos custos dos direitos, dissolve-se a pré-compreensão de que somente os direitos sociais exigiriam alocação de dinheiro público para serem garantidos e, por consequência, ficariam à mercê das escolhas orçamentárias¹².

O direito de propriedade, por exemplo, incorpora tanto o status negativo, por meio do qual se proíbe a violação da propriedade pelo Estado, ressalvados os casos estabelecidos na Constituição (art. 5º, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXVI, CF/88), como o status positivo que exige prestações estatais em defesa da propriedade (aparato policial, corpo de bombeiros, etc.)¹³

Seguidamente, necessário suplantar mais uma pré-compreensão que tolhe a plena efetividade dos direitos sociais: a alegada “programaticidade” dos mesmos.

É que restou consolidado na doutrina e na jurisprudência a ideia de que normas de direitos fundamentais sociais possuem eficácia limitada de princípio programático, dependendo, portanto, da *interpositio legislatores* para que produzam efeitos.

Tal raciocínio, se extremado, acaba por burlar a força normativa da Constituição¹⁴. Qual notícia Vidal Serrano Nunes Júnior “só se conhece o conteúdo e o alcance de uma disposição constitucional depois de sua adequada interpretação”¹⁵. Logo, a eficácia dependerá da interpretação do teor literal da norma a partir do contexto em que está inserida. Dito de outro modo, a programaticidade só deve ser aferida no momento de aplicação da norma no caso concreto.

Além disso, não é escorreito estabelecer relação sinonímia entre normas programáticas¹⁶ e direitos sociais. Na verdade, a eficácia programática constitui a forma mais recorrente de positivação de direitos sociais, mas não a única. O art. 212 da Constituição de 1988, por

¹² Galdino pontua: “costuma-se referir apenas aos direitos sociais ou, mais especificamente, aos direitos que demandam prestações públicas positivas, como fazendo parte do elenco de opções sujeitas à reserva do possível e, portanto, entregues às escolhas trágicas, restando os direitos da liberdade fora deste âmbito, como se fossem efetivados independentemente daqueles. A afirmação não é correta, data *maxima vênia*. (...) é mister reconhecer os direitos de liberdade ou individuais também integram o rol dado às trágicas escolhas públicas.” GALDINO, F. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 227.

¹³ HOLMES ; CASS, op. cit., 1999, p. 13-16. Susteis lembram um grande incêndio ocorrido em Westhampton, em agosto de 1995, em que o direito de propriedade foi protegido através de prestações positivas do Estado (corpo de bombeiros). Somente após a intervenção estatal restou assegurada a integridade do imóvel privado. *Taking rights seriously means taking scarcity seriously*”.

¹⁴ HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 15.

¹⁵ NUNES JÚNIOR, V.S. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 75.

¹⁶ FERRARI, R.M.M.N. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 253. Para Ferrari “as normas de conteúdo programático ora determinam um princípio, ora uma tarefa, ora um fim ou objetivo a atingir, cuja realização depende da liberdade de escolha dos meios conveniente e razoavelmente adequados”.

exemplo, ao vincular a receita para manutenção e desenvolvimento do ensino, não se traduz em norma-programa, mas em regra de aplicação direta e imediata.¹⁷

Bem assim, não há como deixar de asseverar que a concepção de normas com eficácia programática assumiu nova compostura no discurso da pós-modernidade¹⁸. Por certo, seria equivocado tratar direitos constitucionais sociais como meros “desideratos”, vulneráveis às opções políticas do legislador futuro. Neste palmilhar, Manoel Jorge e Silva Neto¹⁹ pondera que inexistente a cientificidade em defender a ideia de que o programa inserido em uma constituição se incluía na seara da conveniência e da oportunidade adstritas ao alvitre do corpo legislativo ordinário.

Com efeito, em meados do século XX, Vezio Crisafulli se insurgiu contra a teoria tradicional para reconhecer a eficácia normativa das disposições constitucionais programáticas. De acordo com o pensamento do autor, as normas programáticas são tão preceptivas quanto todas as outras normas constitucionais, sendo vinculantes em consequência de sua fonte formal que é a Constituição²⁰.

Na esteira das lições do constitucionalista italiano, a doutrina nacional passou a admitir a existência de efeitos concretos decorrentes das normas programáticas.

O escólio de Paulo Roberto Lyrio Pimenta confirma a assertiva, ao esquadrihar os motivos pelos quais as normas programáticas são eficazes, a saber: a) estabelecem um dever para o legislador ordinário e condicionam a legislação futura; b) invalidam leis infraconstitucionais que lhes são contrárias; c) são elementos de integração dos demais preceitos constitucionais; d) vinculam, na qualidade de limites materiais, todos os órgãos públicos, à observância dos programas por elas traçados; e) constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; f) criam situações subjetivas; g) condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário.²¹

¹⁷ NUNES JÚNIOR, op. cit., 2009. p. 95. Nunes Júnior conclui que, a Constituição de 1988 lançou mão de várias formas de positivação, como por exemplo: por meio de normas consagradoras de finalidades a serem cumpridas pelo Poder Público; por meio da atribuição de direitos subjetivos públicos; por meio de garantias institucionais; por meio de cláusulas limitativas do poder econômico e por meio das denominadas normas projectivas. Sobre técnicas de positivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, conferir também CANOTILHO, J.J.G. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal Coimbra Editora, 2008, p. 37.

¹⁸ BITTAR, E. C. B. *O Direito na Pós-Modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. A pós-modernidade é um período de transição, de revisão da modernidade e de reconstrução de valores, diante da necessidade de um longo processo de maturação axiológica.

¹⁹ SILVA NETO, M. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 170.

²⁰ CRISAFULLI, V. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milão: Giuffrè, 1952, p. 52.

²¹ PIMENTA, P.L. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 237.

Emerge, pois cristalina e insofismável, a conclusão de que a “programaticidade” de determinados direitos sociais não pode infirmar o princípio da máxima efetividade da Constituição²², considerados, porém, os limites fáticos e jurídicos existentes no momento da concretização²³.

Para arrematar, evocando como apanágio do discurso do direito pós-moderno, tem-se que, do ponto de vista funcional, não há mais sentido em identificar direitos sociais com direitos prestacionais, haja vista existirem direitos sociais de defesa (direito de greve, liberdade sindical) que não dependem de prestações do Estado. Da mesma forma, deve-se superar a dicotomia - direitos positivos vs. negativos - uma vez que todos os direitos fundamentais, não apenas os de caráter positivo, geram custos. Por último, a eficácia dos direitos sociais deve ser aferida no momento da interpretação do texto normativo e, a alegação de ‘programaticidade’ não deve servir de álibi para a não realização destes direitos.

A ideia de direitos sociais remete aos primórdios do capitalismo industrial. Naquele período histórico, preconizavam-se relações econômico-sociais libertas de amarras jurídicas, como o mercado produzindo os insumos básicos para sua autoregulação. Os institutos jurídicos gerais, em especial a propriedade privada e a autonomia da vontade, aplicados à seara das relações econômicas, eram os únicos balizamentos para as relações então entabuladas.

O surgimento dos direitos sociais, como se vê, está atrelado, de um lado, ao capitalismo industrial embrionário, que, organizado com base em uma economia de mercado, produziu relações trabalhistas tirânicas, marcadas por um intenso processo de violação à dignidade do operariado; e de outro, pelos movimentos de resistência e de afirmação de direitos, que se contrapuseram ao quadro de opressão configurado²⁴.

O primeiro documento histórico, com maior significação no campo dos direitos sociais, foi a Constituição Francesa de 1848.

Como bem observa Fábio Konder Comparato:

Malgrado a falta de firmeza das fórmulas empregadas, não se pode deixar de assinalar que a instituição dos deveres sociais do Estado para com a classe trabalhadora e os necessitados em geral, estabelecida no artigo 13 da

²² SILVA NETO, M. J. e. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 1999.

²³ Hesse considera a interpretação constitucional uma atividade de concretização, circunstância que permite ao intérprete decifrar o próprio conteúdo material da norma através da criatividade interpretativa. “[...] O conteúdo da norma só fica completo no ato interpretativo”. HESSE, K. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1998. p. 56.

²⁴ NUNES JUNIOR, V.S. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 51.

Constituição Francesa, aponta para a criação do que viria a ser Estado do Bem-Estar Social, no século XX²⁵.

Já no século XX, inaugurando o modelo do bem-estar social, foi promulgada a Constituição Mexicana de 1917.

A evolução dos direitos sociais foi sucessivamente marcada pela Constituição de Weimar de 1919 (Alemanha), que, a seu modo, consubstanciou significativos avanços no campo dos direitos fundamentais, que serviram de inspiração para diversas Constituições posteriores. Com efeito, a Constituição de Weimar deu especial destaque ao direito à educação, prescrevendo o direito ao ensino básico por meio de escolas públicas, bem como determinando que escolas privadas só poderiam funcionar mediante autorização do Poder Público.

A delimitação conceitual dos direitos sociais não é uma tarefa simples, tampouco que comporte reducionismos, como o de traduzi-los singelamente como direitos prestacionais²⁶.

Note-se que, ao se falar em direitos sociais, aborda-se necessariamente uma pletera de direitos, cujas composturas jurídicas, não obstante marcadas uma identidade de objetivos, não se apresentam com a mesma natureza.

Os direitos sociais, com efeito, envolvem uma ampla seara de direitos, como, por exemplo, o direito à saúde, à educação, à moradia, à segurança que de fato, exigem do Estado uma atividade prestacional, que deve ser materializada em serviços públicos. Já quando falamos em pisos, significa que o Estado deve prestar assistência aos cidadãos numa via dúplice(positiva e negativa) no sentido de que o Estado também não pode intervir para reduzir o mínimo vital na dignidade da vida humana.

Em primeiro lugar, devemos fixar que os direitos sociais se integram aos chamados direitos fundamentais. Afigura-se estreme de dúvidas que o objetivo de promover a adequada qualidade de vida a todos, colocando o ser humano “a salvo” da necessidade, promove uma “fundamentalização” dos direitos sociais, uma vez que não se pode pensar em exercício de liberdades, de preservação da dignidade humana, enfim, de direitos intrínsecos ao ser humano, sem que um “mínimo vital” esteja garantido caudatariamente à própria vida em sociedade.

Robert Alexy, comentando decisões da Corte Alemã, aponta:

Si si toman ambas decisiones conjuntamente, no pude haber ninguna duda de que el Tribunal Constitucional Federal parte de un derecho fundamtnal a un mínimo vital En este sentido coincide con la jurisprudencia permantente del Tribunal Adminitrativo Federal y com la opinión dominante em la literatura.

²⁵ COMPARATO, F.K. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 1999, p.149.

²⁶ NUNES JUNIOR, op. cit., 2009, p. 63.

Por ello, puede decirse que existe, por lo menos, un derecho social tácito, es decir, basado en una norma adscripta interpretativa a las disposiciones de derechos fundamentales²⁷

Como se vê, embora haja um campo de indeterminação, que pode sofrer variações segundo, inclusive, a opção ideológica de cada Estado, parece remansosa a ideia de que os direitos sociais, ainda que resumidos ao chamado mínimo vital, estão inscritos, mesmo que tacitamente, no rol dos direitos fundamentais dos países ditos democráticos de direito.

Efetivamente, conquanto admissíveis variações de conteúdo e extensão em relação a cada ordenamento jurídico, cuida-se de conclusão forçosa a indicação de que, afirmada a existência de direitos fundamentais, certamente os direitos sociais, ainda que só implicitamente e, deste modo, em um patamar mínimo, a eles necessariamente estariam integrados.

Envolvendo obrigações ao Estado, direitos do cidadão e, ao mesmo tempo, disciplina da relação entre particulares, a problemática das formas de positivação dos direitos sociais, *prima facie*, assume peculiar importância, visto que, em verdade, enunciam a estratégia de proteção que o constituinte brasileiro encampou à busca da concretização desses direitos.

Assim, só se conhece o conteúdo e o alcance de uma disposição constitucional depois de sua adequada interpretação. Portanto, é perfeitamente cogitável que uma Constituição não faça uso exclusivamente de normas programáticas para a veiculação de direitos sociais, mas lance mão também de outras formas de positivação, em que se estabeleçam novas formas de vinculação tanto do Poder Público como dos particulares envolvidos.

Só a análise do direito positivo é que vai permitir uma conclusão adequada a respeito da forma ou técnica de positivação utilizada pela Constituição em relação a cada direito fundamental social, mesmo porque, como já afirmado, frequentemente a Constituição positiva um mesmo direito por mais de uma forma, criando caminhos distintos para a sua realização.

1.1 A Evolução Dos Direitos Fundamentais Sociais

A consolidação dos direitos fundamentais sociais como normas obrigatórias é fruto de um longo processo histórico. Essa maturação histórica “permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica.”²⁸ Norberto

²⁷ ALEXY, R. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 422-443.

²⁸ MENDES, G.F.; COELHO, I.M.; BRANCO, P.G.G. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 307-308.

Bobbio, em célebre obra, ressalta que a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical mudança de perspectiva, característica marcante da formação do Estado moderno:

No plano histórico sustenta-se que a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical mudança de perspectiva, característica da formação do estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súdito: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista do direito do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade (...) no início da idade moderna.²⁹

Nesse sentido, destaca-se a lição de Paulo Branco:

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado. E que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.³⁰

A importância que os direitos fundamentais assumiram é algo incontestável. No brotar do constitucionalismo³¹, cujas origens remontam ao século XVII/XVIII, direitos fundamentais (nesse período falava-se em “direitos do homem”)³² e constituição estavam umbilicalmente ligados. Nasceu, então, a ideia de que o Estado³³ deve servir aos cidadãos, garantindo-lhes direitos básicos, para que se tenha uma vida digna. Esse foi o ponto fulcral do desenvolvimento dos direitos fundamentais, que ao longo do tempo se tornaram positivados nas constituições nacionais. Nesse ponto, Paulo Branco assevera que:

²⁹ BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 24.

³⁰ Ibidem, p. 309.

³¹ BARROSO, L.R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5. Barroso destaca que o “Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, rule of the Law, Rechtsstaat)”.

³² SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 31. Muito se discute acerca do conceito de “direitos do homem” ou “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. São parecidos, mas não se confundem. Sarlet, valendo-se dos ensinamentos do jurista Pérez Luño, explica muito bem essa questão. Destaca que “o critério mais adequado para determinar a diferenciação entre ambas as categorias é o da concreção positiva, uma vez que o termo “direitos humanos” se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, 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 BARROSO, L.R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 9. Conforme destaca Barroso, “o Estado moderno surge no início do século XVI, ao final da Idade Média, sobre as ruínas do feudalismo. Nasce absolutista, por circunstância e necessidade, com seus monarcas ungidos por direito divino. O poder secular liberta-se progressivamente do poder religioso, mas sem lhe desprezar o potencial de legitimação. (...). Com Jean Bodin e Hobbes, a soberania tem seu centro de gravidade no monarca. Com Locke e a Revolução Inglesa, ela se transfere para o Parlamento. Com Rousseau e as Revoluções Francesa e Americana, o poder soberano passa nominalmente para o povo, uma abstração aristocrático-burguesa que, ao tempo, iria democratizar-se”.

Essas ideias tiveram decisiva influência sobre a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, e sobre a Declaração Francesa, de 1789. Talvez, por isso, com maior frequência, situa-se o ponto fulcral de desenvolvimento dos direitos fundamentais na segunda metade do século XVIII, sobretudo com o Bill of Rights de Virgínia (1776), quando se dá a positivação dos direitos tidos como inerentes ao homem, até ali mais afeiçoados a reivindicações políticas e filosóficas do que normas política filosóficas, exigíveis judicialmente³⁴.

Conforme salienta Hartmut Maurer, *a Virginia Bill of Rights*, votado em 12 de junho de 1776, foi a primeira declaração de direitos fundamentais a tomar a forma moderna. Essa declaração estava diretamente ligada à separação das colônias norte-americanas da metrópole inglesa e à fundação dos Estados Unidos da América (A declaração de independência americana veio em 4 de julho de 1776). Destaca o autor que “o Bill of Rights iniciava com a proposição que todas as pessoas, por natureza, são igualmente livres e independentes e possuem direitos inatos determinados, ou seja, o direito à vida e liberdade, o direito de adquirir e conservar propriedade e a possibilidade de aspirar e obter fortuna e segurança (...)”.³⁵

Mais adiante, com a Revolução Francesa³⁶, foram duras as investidas contra o absolutismo, os privilégios da nobreza e do clero. Assim, sob o lema igualdade, liberdade e fraternidade, foi promovido o conjunto amplo de reformas anti-aristocráticas, que, segundo Luis Roberto Barroso, incluíram: a) abolição do sistema feudal; b) promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão; c) elaboração de uma nova Constituição, concluída em 1791; d) denominada constituição civil do clero. Essa primeira fase da revolução, que consumou com o antigo regime, foi de 1789 a 1792³⁷. Nesse ponto, precisas são as palavras de Hartmut Maurer:

A Revolução Francesa dirigiu-se, pois também, primariamente, contra a ordem feudal estamental com seus privilégios para a nobreza e o clero. Seu objetivo era a produção de uma sociedade burguesa orientada na liberdade e igualdade de todas as pessoas. Sobre essa base pôde e teve de ser eliminada, então também, a ordem de domínio estatal até agora, a monarquia absoluta.³⁸

³⁴ BARROSO, L.R. op. cit., 2009, p. 308.

³⁵ MAURER, H. *Contributos para o Direito do Estado*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 15-16.

³⁶ ADORNO, T. W.; HORKHEIMER, M. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2006; CASSIRER, E. *A filosofia do iluminismo*. Campinas: Unicamp, 1992; ROUANET, S. P. *As razões do iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987. Essas obras tratam sobre: A Revolução Francesa, de 1789, foi a principal expressão política do movimento Iluminista. Esse movimento se desenvolveu no século XVIII, com uma nova visão de mundo, ou seja, uma nova mentalidade, que se contrapunha com a ordem posta até então. Surgia, então, um novo movimento de ideias, que através da razão iria combater a autoridade. Era a luz contra as trevas. Por isso, o século XVIII é também conhecido como o “Século das Luzes”.

³⁷ BARROSO, L.R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 26.

³⁸ BARROSO, L.R. op. cit., 2009, p. 17.

A partir dessa Revolução, que, como se vê, promoveu-se uma eficaz e profunda ruptura com o antigo regime – absolutista -, as declarações de direitos têm sido um traço marcante do constitucionalismo. Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

A opressão absolutista foi a causa próxima do surgimento das Declarações. Destas a primeira foi a do Estado da Virgínia, votada em junho de 1776, que serviu de modelo para as demais na América do Norte embora a mais conhecida e influente seja a dos "Direitos do Homem e do Cidadão", editada em 1789 pela Revolução Francesa.³⁹

Com isso, desencadeou-se um processo de reconhecimento das novas exigências econômicas e sociais, que, em pouco tempo, se espalhou por toda a Europa.

Como é possível entender, pelo que se escreveu até então, os direitos fundamentais passaram por inúmeras transformações ao longo da história. Como explica Ingo Wolfgang Sarlet:

Costuma-se, nesse contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de três gerações de direitos, havendo, inclusive, quem defenda a existência de uma quarta e até uma quinta e sexta gerações.⁴⁰

O termo “gerações”, já mencionado alhures, é severamente criticado pela doutrina, sob o argumento de que a expressão pode ensejar a falsa impressão de uma substituição gradativa de uma geração por outra. Atualmente, ganha cada vez mais força o termo “dimensões”.

Nesse sentido, Ingo Sarlet salienta que “não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância (...)”.⁴¹

Quanto ao conteúdo, os direitos fundamentais foram classificados em dimensões, tendo como base a ordem cronológica em que foram reconhecidos constitucionalmente. Tradicionalmente, esses direitos são divididos em três dimensões (já se fala em quarta e quinta dimensão)⁴², que significam a conquista da liberdade, igualdade e fraternidade.

1.2 Perspectiva Subjetiva e Objetiva dos Direitos Fundamentais

³⁹ FERREIRA FILHO, M.G. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 281.

⁴⁰ SARLET, I.W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 45.

⁴¹ *Ibidem*, p. 45.

⁴² SARLET, *op.cit.*, 2010, p. 50-51. A quarta dimensão dos direitos fundamentais, que ainda aguarda sua consagração no direito internacional e nas ordens constitucionais internas, é composta, segundo Paulo Bonavides, pelos direitos à democracia (no caso, a democracia direta) e à informação, bem como pelo direito ao pluralismo. O de quinta dimensão, por sua vez, também defendida por Bonavides, faz referência ao direito à paz. Esse direito integra os de terceira dimensão, mas conforme o referido autor, o direito à paz merece um tratamento de destaque. É um posicionamento isolado, sem grande desenvolvimento por parte da doutrina.

Os direitos fundamentais podem ser reconhecidos tanto como direitos subjetivos dos indivíduos quanto como elementos objetivos que devem direcionar as ações dos poderes públicos.

Sob a perspectiva subjetiva, os direitos fundamentais outorgam aos indivíduos posições jurídicas exigíveis do Estado, ao passo que, na perspectiva objetiva, os direitos fundamentais representam uma matriz diretiva de todo o ordenamento jurídico, bem como vinculam atuação do Poder Público em todas as esferas.

Nesta direção observa Gilmar Ferreira Mendes:

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos públicos. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático.⁴³

Peres-Lunõ destaca, com precisão, que os direitos fundamentais passaram a representar um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos Poderes Públicos, e não somente garantias negativas dos interesses individuais⁴⁴.

Na mesma acepção, Ingo Sarlet evoca o importante julgamento do caso Luth, em que o Tribunal Federal Constitucional Alemão, em 1958, reconheceu que os direitos fundamentais não se restringem à condição de direitos subjetivos dos indivíduos frente ao Estado, mas também como decisões valorativas que influenciam todo o ordenamento jurídico e estabelecem diretrizes para a atuação dos Poderes Públicos⁴⁵.

Ao se estabelecer que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais se refere às decisões valorativas do Constituinte que vão direcionar o modo de agir de toda a comunidade, incluindo os Poderes Públicos, é crível constatar que tal perspectiva objetiva constituir elemento de legitimação das restrições aos direitos fundamentais na sua dimensão objetiva, haja vista que o implemento de um direito fundamental de um indivíduo poderá afetar direitos e bens jurídicos de toda a sociedade. Com isso, observa-se que o conteúdo e o alcance das normas de direitos

⁴³ MENDES, G. F. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 02

⁴⁴ PÉRES-LUNÕ, A.E. *Los Derechos Fundamentales*. 6. ed. Madrid: Techos S.A, 1995, PP.20-21, *apud* SARLET, I.W. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 1, 2001, p. 12.

⁴⁵ SALERT, I.W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 167.

fundamentais deverão ser considerados não apenas a partir de uma perspectiva subjetiva do titular do direito, mas também em face dos direitos assegurados a todos os cidadãos⁴⁶.

1.3 Consolidação dos Direitos Sociais: do Estado Liberal ao Estado Social

Superada essa parte inicial, da contextualização da evolução histórica dos direitos fundamentais, passa-se então à análise específica dos direitos fundamentais sociais (direitos de segunda dimensão).

Conforme Paulo Branco, antes lembrado, os direitos de segunda dimensão surgiram com as pressões decorrentes da industrialização, crescimento populacional, bem como das disparidades sociais existentes. Os descasos com os problemas sociais geraram reivindicações, forçando o Estado a um papel mais ativo na realização de uma justiça social.⁴⁷

Segundo o autor, esse contexto de reivindicação foi essencial para que os direitos sociais pudessem ganhar espaço no rol dos direitos fundamentais. Nesse entendimento, acrescenta:

O ideal absentista do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, as exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar suas angústias estruturais. Daí o progressivo estabelecimento pelos Estados de seguros sociais variados, importando intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social.⁴⁸

O surgimento do Estado Social⁴⁹, em contraposição ao então vigente Estado liberal, que tinha como principal preocupação a garantia das liberdades individuais, deu novo sentido/feição às Constituições, implicando na inserção de uma nova espécie de direitos dentre as normas constitucionais. A partir desse momento, as normas deixaram de ter um caráter meramente protetivo do indivíduo contra as ingerências estatais em sua esfera jurídica, para adquirir uma

⁴⁶ OLSEN, A.C.L. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 89.

⁴⁷ MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., 2010, p. 309.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 309.

⁴⁹ GARCÍA-PELAYO, M. *As Transformações do Estado Contemporâneo*. Trad. de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 7. Nas lições de Manuel García-Pelayo, “o Estado Social significa, historicamente, a tentativa de adaptação do Estado tradicional (pelo que entendemos, neste caso, o Estado Liberal Burguês) às condições sociais da civilização industrial e pós-industrial, com seus novos e complexos problemas, mas também com suas grandes possibilidades técnicas, econômicas e organizativas para enfrentá-los. Não devemos ver as medidas criadas para permitir tal adaptação como algo totalmente novo, mas como uma mudança qualitativa de tendências surgidas no século XIX e princípios do XX para regular, naquele momento, aspectos parciais da sociedade, regulação que passa, na atualidade, por um processo de generalização, integração e sistematização”.

natureza exigente de condutas do Estado. Este deixa, assim, de ter um papel meramente passivo, do *laissez faire* (deixar passar), para assumir uma postura ativa, sendo-lhe atribuídas novas funções.

Nesse contexto, as Constituições passaram a abordar não apenas os direitos individuais, que buscavam minimizar a atuação estatal na esfera particular dos indivíduos, mas também os direitos sociais, que se constituíam predominantemente em garantias que exigiam condutas estatais positivas. No âmbito do Estado Social, as normas constitucionais passaram a traduzir programas de ação para os Estados, buscando assim o bem-estar social e dando uma feição dirigente às Constituições, no sentido de orientar a atividade estatal.

Ingo Wolfgang Sarlet explica que:

Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa. É, contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objetos de diversos pactos internacionais.⁵⁰

Em outras palavras, nesta segunda dimensão dos direitos fundamentais, diferentemente da concepção liberal, de cunho individualista, o Estado passa a intervir na sociedade, no intuito de criar as condições materiais que foram suprimidas pelo formalismo estrito da liberdade.

José Afonso da Silva conceitua esses direitos da seguinte forma: “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”. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.⁵¹

Com essa nova perspectiva, as primeiras declarações solenes foram: Constituição Mexicana (1917), a de Weimar (1919), e a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (1918). Surge, então, o que se chama de Constitucionalismo Social, ou seja, o Estado passa a interferir diretamente na ordem econômica e social, a fim de solucionar, através de prestações positivas, os problemas do homem moderno.

⁵⁰ SARLET, I.W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 47-48.

⁵¹ SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 286.

A Constituição de Weimar, de 11 de agosto de 1919, bem como a Constituição Mexicana, de 05 de fevereiro de 1917, representam um importante marco na consolidação dos direitos sociais, rompendo, dessa forma, com a tradição liberal burguesa até então vigente.

Robert Alexy, fazendo referência à Carta alemã destaca:

Com isso, é abandonada a tradição liberal burguesa, segundo a qual direitos fundamentais, só ou, pelo menos, em primeiro lugar, são direitos de defesa do cidadão contra o estado. Para o asseguramento da liberdade individual associam-se a participação política e social e o asseguramento social. O sistema dos direitos fundamentais é ampliado em um sistema amplo de uma ordem social justa.⁵²

Assim, inicia-se a concretização do Welfare State (Estado do Bem-Estar Social. Também chamado de Estado Providência). Isso significou o compromisso com o social.

No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a inscrever um título sobre a ordem econômica e social, sob forte influência da Constituição de Weimar. No seu preâmbulo fazia a seguinte referência:

Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte...

Desde então, todas as constituições brasileiras trataram dos direitos sociais. Nesse ponto, Denise Souza Costa destaca a importância da carta de 1934 para os direitos sociais:

A Carta Constitucional de 1934, por sua vez, influenciada pela Carta Constitucional de Weimar, inaugura, com a nova Declaração de Direitos, o Estado social brasileiro com a inserção de títulos relativos à ordem econômica e social, à família, à educação e à cultura, enfim, à positivação de direitos sociais.⁵³

Com a Constituição de 1988, a chamada “Constituição Cidadã”, os direitos sociais⁵⁴ ganham uma atenção especial. O constituinte resolveu, por bem, dedicar um capítulo próprio para esses direitos de segunda dimensão, é o capítulo II do título II, estabelecendo, no artigo 6º, que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a

⁵² ALEXY, R. *Constitucionalismo Discursivo*. Org./Trad. Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 98.

⁵³ COSTA, D. S.. *O Direito Fundamental à Educação no Estado Constitucional Contemporâneo e o Desafio da Universalização da Educação Básica*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-RS, 2010, p. 24. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=191273. Acesso em: 05 de março de 2015.

⁵⁴ Também é importante destacar que o Brasil, no plano do direito internacional, foi signatário de alguns tratados que reconhecem os direitos sociais como direitos humanos fundamentais, a exemplo da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), Protocolo de São Salvador (1988) adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e o Pacto de São José da Costa Rica.

segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

José Afonso da Silva, por seu turno, agrupa os direitos sociais elencados na Constituição de 1988 da seguinte forma: i) direitos sociais relativos ao trabalhador; ii) direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e assistência social; iii) direitos sociais relativos à educação e à cultura; iv) direito social relativo à família, criança, adolescente e idoso; v) direitos sociais relativos ao meio ambiente.⁵⁵

Essa é uma classificação que mostra o caráter dirigente de nossa Constituição, orientando a atuação estatal. A implementação desses direitos sociais, acima elencados, torna-se imprescindível para a promoção do bem-estar social e da melhoria da qualidade de vida, sem perder de vista o custo desses direitos, o princípio da proporcionalidade e a reserva do possível como forma de ponderação, inclusive considerando o princípio constitucional do equilíbrio das finanças públicas.

1.4 O Estado de Bem-Estar Social

A proteção social, em uma sociedade contemporânea tem sua origem no conceito de justiça social, considerada “como um atributo das instituições sociais que, no conjunto, determinam o acesso – ou as possibilidades de acesso– dos membros de uma sociedade a recursos que são meios para satisfação de uma grande variedade de desejos”⁵⁶

No centro da questão de justiça estão colocados as demandas e os conflitos de interesse entre as pessoas no que se refere à distribuição de bens e recursos disponíveis em uma sociedade.

Os princípios ordenadores da justiça distributiva: direito, necessidade e mérito, vêm sendo ordenados de forma diferenciada e expressam as distintas maneiras que se articulam os mecanismos distributivos, os agentes responsáveis pela distribuição e os critérios que a determinam. Em outras palavras, definem os modelos de política social, seguridade social ou, ainda, tipos de Welfare State.

O Welfare State, como padrão de política social, surge como um fenômeno do século XX e as teorias explicativas sobre sua gênese e desenvolvimento são inúmeras. Há um consenso, entretanto, que se constitui como um elemento estrutural ao capitalismo

⁵⁵ SILVA, J. A. da. op. cit., 2009. p. 287.

⁵⁶ FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. Princípios de justiça e avaliação de políticas. *Lua Nova* [online]. 1997, n.39, p. 73.

contemporâneo, sendo que significou mais do que um incremento nas políticas sociais. Representou um esforço de reconstrução econômica, moral e política do mundo industrial desenvolvido e um anteparo à possível ampliação de propostas comunistas. Economicamente significou o abandono da “ortodoxia do mercado”. Moralmente significou a defesa das idéias de justiça social solidariedade e universalismo.

A escola keynesiana se baseia no princípio de que o ciclo econômico não é autoregulador como pensavam os neoclássicos, os liberais de então, mas é determinado pelo que Keynes chamou de “espírito animal” dos empresários. Este fator, aliado à patente incapacidade do capitalismo de ocupar toda a mão-de-obra que se lhe apresenta são os mais importantes elementos de impulso que justificam a intervenção do Estado na economia.

Ao conjunto destas intervenções é que denominamos Estado de bem-estar social, doutrina econômica que perpassou a maior parte do século XX. Nesta orientação, o Estado é o agente regulamentador de toda vida e saúde social, política e econômica do país, em relação íntima com sindicatos e empresas privadas.

Segundo Maílson da Nóbrega, podemos sintetizar os fins desta vertente da seguinte forma:

O Estado de bem-estar social cumpre essencialmente o objetivo de minimizar os efeitos negativos da pobreza, de amparar os que são temporariamente atingidos por infortúnios provocados por acidentes no trabalho e pelo desemprego, mas a ideia de que ele pode também redistribuir renda permeia o discurso político, particularmente o da esquerda. Os críticos admitem a existência de redes de proteção social, nos casos em que o crescimento da economia não seja suficiente para reduzir os níveis de pobreza, mas relutam em aceitar a ação direta do Estado para distribuir renda⁵⁷.

Esse é o primeiro grande problema do Estado de bem-estar social. A distribuição de renda por meio da tributação, geralmente onerosa, provoca descontentamento em massa no seio das classes tributadas. É bem verdade que, em alguns países europeus da década de 80 do século antecedente havia alíquotas marginais de até 90% sobre um determinado valor oriundo de um fato gerador, o que, sem dúvida, constituía um inequívoco desestímulo à produção. Contudo, nos parece que a taxaçaõ apenas serve de óbice ao lucro desmedido que certos setores produtivos almejam; deve certamente existir a observação à capacidade econômica de cada segmento tributado, outrossim⁵⁸.

⁵⁷ NÓBREGA, Maílson da. *O futuro chegou: instituições e desenvolvimento no Brasil*. São Paulo: Globo, 2005, p. 99-100

⁵⁸ NÓBREGA, M. da. op. cit., 2005, p. 100.

Há alguns outros problemas que se encontram muito presentes na logística do bem-estar social. O custo da administração estatal é gigantesco (o que justifica, de certa forma, a elevada tributação), eis que, numa nação envelhecida, por exemplo, a repartição simples de renda entre os idosos que saem da faixa etária de dedicação ao trabalho produtivo gera efeitos devastadores na previdência estatal.

1.5 Os Direitos Fundamentais e o Estado de Direito Democrático no Brasil

O Estado Social de Direito, embora tenha se desenvolvido como forma de solucionar o individualismo assim como a postura abstencionista de Estado Liberal e estando caracterizado como um tipo de Estado tendente à construção de uma situação de “bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana”⁵⁹, a partir da década de 1970 vem passando por uma crise alicerçada em várias situações, como a “escassez de recursos gerada pela explosão de demandas reprimidas, o enfraquecimento dos Poderes Públicos em razão da globalização econômica [...]”⁶⁰

Outros problemas foram diagnosticados no funcionamento do Estado de Bem-estar, como as “transformações demográficas, aumento da longevidade e diminuição da taxa de natalidade [...] além do crescimento exponencial de gastos com saúde pública, aumento do desemprego”.⁶¹

Além disso, José Afonso da Silva⁶² ainda menciona outros problemas, pelo menos dois outros, a respeito do Estado Social de Direito. O primeiro deles está associado à variação interpretativa que se pode atribuir à palavra “Social”. O segundo consiste no fato de que “o importante não é o social, qualificando o Estado, em lugar de qualificar o Direito.” Ou seja, não se pode afastar a dúvida quanto a saber, em termos de Estado Social de Direito, se e até que ponto o neocapitalismo do Estado Social de Direito não estaria em realidade encobrindo uma forma muito mais matizada e sutil de ditadura do grande capital, isto é, algo que no fundo poderia denominar-se, e se tem denominado, neofacismo.⁶³

⁵⁹ SILVA, J.A. da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 115

⁶⁰ SARMENTO, D. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.251-314.

⁶¹ SORJ, B. *A democracia inesperada: cidadania, direitos humanos e desigualdade social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 45

⁶² SILVA, J. A. da. op. cit., 2004, p. 111

⁶³ SILVA, J. A. da, op. cit., 2004, p. 116.

No Brasil, com a promulgação da Constituição da República em outubro de 1988, o Estado Democrático de Direito foi constitucionalmente previsto e a partir de então, novas abordagens de antigas questões jurídicas exsurtem, dentre elas, a efetivação dos direitos sociais.

Constituições de outros países, como Portugal e Espanha influenciaram, a Assembleia Constituinte no que diz respeito à adoção da expressão Estado Democrático de Direito. A Constituição Portuguesa prevê, em seu artigo 2º, o Estado de Direito Democrático, enquanto a Constituição Espanhola enuncia, em seu artigo 10º, o Estado Social e Democrático de Direito.⁶⁴

O adjetivo “democrático” qualifica o Estado. Isso significa que o ideal democrático deve incidir sobre todos os elementos que estruturam o Estado, aí incluída, obviamente, a Ordem Jurídica. A Constituição, em sede de um Estado Democrático de Direito tem que se pautar em uma interpretação de cunho construtivo, isto é, uma interpretação que aperfeiçoe um “*sistema de direitos fundamentais garantidores das autonomias pública e privada*”⁶⁵ onde o poder deve ser desempenhado em benefício do povo de forma participativa e pluralista, de modo que tal sistema garanta a autonomia pública e privada.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao dispor a respeito do Estado Democrático de Direito, deixou transparecer a exigência de que todo o ordenamento observe os fundamentos de tal Estado e que “o Estado Democrático de Direito não é um lugar a que se chegará, uma vez que é conceito que se desloca no processo de construção”, sendo que a Constituição, segundo Lenio Streck⁶⁶, se nos apresenta como uma “ferramenta que está à disposição do intérprete.”

Nesse cenário, de promulgação da Carta de 1988, de reconquista e desenvolvimento de muitos direitos até então restringidos pelos governos anteriores, como quando do período da Revolução, merece destaque outro processo concomitantemente em curso no Brasil e que seguiu o sentido oposto das determinações em termos de direitos sociais. Trata-se da adoção de orientações constantes das discussões do Consenso de Washington, como a subscrição, pelo país, de acordos com organismos financeiros internacionais, em especial, o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial⁶⁷.

⁶⁴ SILVA, J. A. da. op. cit., 2004, p. 115.

⁶⁵ OLIVEIRA, M.A. C. de. *Direito Política e Filosofia: Contribuições para uma teoria discursiva da construção democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 44

⁶⁶ STRECK, L.L. Hermenêutica, Pré-compreensão e decisão jurídica: respondendo a algumas críticas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 01, n. 07, p. 99-126, 2009.

⁶⁷ COUTO, B.R. *O Direito Social e a assistência social na sociedade brasileira: uma equação possível?* 2. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

Embora seja perceptível a forte influência da política neoliberal nos governos posteriores à promulgação da Constituição de 1988, é inegável a constatação de que o Constituinte Originário apresentou uma especial preocupação com os direitos sociais ao definir como objetivos da República Federativa do Brasil⁶⁸ a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, assim como a busca de um desenvolvimento em âmbito nacional, aliada ao combate à pobreza e também à redução das desigualdades, tanto sociais quanto regionais. Além disso, o Texto ainda visa à promoção do bem da comunidade, sem preconceitos de quaisquer espécies.

Nessa ótica, o Estado Democrático de Direito está alicerçado na soberania popular. Esta, segundo Emilio Crosa citado por Afonso da Silva,⁶⁹ implica na atuação “efetiva e operante” da comunidade na coisa pública, atuação esta que não se reduz “à simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático de Direito, mas não o seu completo desenvolvimento.”

Mesmo porque, observa-se a partir da reflexão desenvolvida por Cattoni de Oliveira,⁷⁰ que o Texto Constitucional não pertence a órgãos como o STF, o Congresso Nacional e também a representantes, como o Presidente da República.

Ela, a Constituição da República Federativa do Brasil, garante a participação dos cidadãos em uma democracia. Ou seja, a Constituição é de todos nós, isto é, ela é “nossa como um projeto aberto e permanente de construção de uma sociedade de cidadãos livres e iguais; se não, não é Constituição.”⁷¹

Nesse sentido, com o Estado Democrático de Direito,

fundado na Constituição de 1988, diz-se que a Constituição se torna o centro do normativo do Direito, não apenas pela sua supremacia sobre os demais diplomas legais, mas instrumentada pela força normativa de seus princípios, além da exigência que traz consigo da releitura da legislação infraconstitucional que lhe precede, à luz de seu arcabouço principiológico.⁷²

Esse Estado encontra consistência em uma “comunidade de valores ou unidade ideal política.” Nesse raciocínio, conforme Soares⁷³, alguns princípios são considerados como

⁶⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: Brasília: promulgada em 05 de outubro de 1988. Obra Coletiva de autoria da Editora Saraiva, com a colaboração de Antônio Toledo, Maria Cristina Windt e Lívia Céspedes. 48. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁶⁹ SILVA, J. A. da. op. cit., 2004, p. 117.

⁷⁰ OLIVEIRA, op. cit., 2007, p. 44.

⁷¹ Ibidem, p. 75.

⁷² CERQUEIRA, A.; COELHO, N.M. M. S.; MAGALHÃES, J. L. Q.. A refundação da ordem jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito: reconstrução não essencialista do princípio da dignidade da pessoa humana. In: Congresso Nacional Do Conpedi - Conselho Nacional De Pesquisa e Pós-graduação em Direito, 16, 2007, Belo Horizonte. *Anais...* Florianópolis: Jose Arthur Boiteux, 2007. p.3397-3398.

⁷³ SOARES, M.L.Q. Processo Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 405-422.

responsáveis pela concretização desse Estado, como, a título de exemplificação, o princípio da constitucionalidade, através do qual todos os atos praticados pelo Estado, em especial aqueles do Legislativo, devem estar em consonância com o Texto Constitucional; o princípio do acesso à justiça, fundamental para garantir o pleno direito de defesa dos jurisdicionados e a previsão do sistema dos direitos fundamentais, que impõe a adoção de disposições destinadas à sua implementação. Ainda podemos indicar outros princípios, não menos importantes: princípio da divisão dos poderes, princípio da segurança jurídica, e princípio da legalidade da administração, segundo Soares.⁷⁴

Em um cenário posterior à promulgação da Constituição de 1988, o Judiciário recebeu uma grande responsabilidade em termos de fundamentação das decisões. O art. 93 do Texto Constitucional, em seu inciso X, exige a fundamentação dos pronunciamentos de caráter decisório por parte dos juízes e tribunais. Na presente pesquisa, acredita-se nessa responsabilidade essencial do Judiciário, pois além de ser constitucionalmente legitimado para promover e também assegurar a segurança jurídica, o Judiciário se nos apresenta como o principal responsável pela convicção na autoridade do Direito.

Entretanto, se se procura a existência de um Estado Democrático de Direito,

Mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado. Fundamentar a fundamentação, eis o elemento hermenêutico pelo qual se manifesta a compreensão do fenômeno jurídico. Não há princípio constitucional que resista à falta de fundamentação; [...].⁷⁵

Todavia, a previsão no Texto Legal, pura e simplesmente, não resulta na efetivação. Em razão de limitações orçamentárias e outros objetivos de fundo econômico assumidos pelo Estado, observa-se que, em se tratando de direitos sociais,

Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção podem ser adiados *sine die*, além de confinado à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o programa é apenas uma obrigação moral, ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de direito?⁷⁶

Segundo Berenice Rojas Couto,⁷⁷ a medida que mais se aproximou de tais objetivos diz respeito ao “sistema de seguridade social, criado pelo art. 194, que é congregador das políticas de saúde, de previdência social e de assistência social.” O art. 194 dispõe que “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da

⁷⁴ SOARES, op. cit., 2003, p.405-422.

⁷⁵STRECK, L.L. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: OLIVEIRA, M.A.C. de.; MACHADO, F. D. A. (coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009b. p. 03- 27.

⁷⁶ BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 78

⁷⁷ COUTO, B. R. op. cit., 2006. p. 158

sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, previdência e à assistência social.”⁷⁸

No Estado Democrático de Direito, os direitos (em especial os fundamentais) não podem ser “impostos ao legislador político como uma restrição externa, como no caso da tradição liberal, nem se deixarem instrumentalizar como requisitos funcionais para seus fins político-legislativos [e econômicos] [...]”.⁷⁹ Os interesses de uma maioria não podem prevalecer, numa visão de fundo utilitarista, pautada em um critério de eficiência econômica, sobre os interesses de uma minoria, uma vez que isso rompe o “princípio do reconhecimento recíproco de igual direito de liberdade a todos”.⁸⁰ Uma vez mais, “todos” aqui diz respeito, a partir de Dworkin⁸¹, à comunidade de cidadãos que se reconhecem a partir de uma solidariedade, liberdade e igualdade.

Esta, aliás, foi uma das aberturas do Texto Constitucional: a realização dos direitos sociais a partir do pleno exercício da cidadania, objetivando efetivar as prescrições de um Estado de justiça social.

Todavia, conforme veremos nos capítulos seguintes, não podemos deixar de observar que, embora existam todas essas previsões constitucionais de garantia dos direitos sociais, fala-se [...] com insistência, na morte do Estado, mas o que estamos vendo é o seu fortalecimento para atender aos reclamos da finança e de outros grandes interesses internacionais, em detrimento dos cuidados com a população cuja vida se torna mais difícil.⁸²

A sustentação de uma economia globalizada, pautada em medidas como a flexibilização, liberalização, desopressão da carga tributária, entre outras, é incompatível com o Estado Democrático de Direito. O Estado tem que ser acionado para compreender que os direitos fundamentais não representam meras “diretrizes”, meros programas que podem ser atendidos quando o orçamento permitir, se o permitir.

Porquanto, deve-se compreender que o Direito, neste momento histórico, não é mais ordenador, como na fase liberal; tampouco é (apenas) promovedor, como era na fase do *welfare state* (que nem sequer ocorreu na América Latina); na verdade, o direito, em tempos de Estado Democrático de Direito, é mais do que um *plus* normativo em relação às fases anteriores,

⁷⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado,, 2015

⁷⁹ OLIVEIRA, op. cit., 2007, p. 109

⁸⁰ Ibidem, p. 119

⁸¹ DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁸² SANTOS, M. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 19

constituindo-se em um elemento qualificativo para a sua própria legitimidade, uma vez que impulsiona o processo de transformação da realidade.⁸³

Então, em termos do Texto Constitucional de 1988, os Direitos Fundamentais, a partir da análise do Art. 5º, § 2º, devem resultar “*de um processo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais*”.⁸⁴

⁸³ STRECK, L.L. A Constituição (ainda) dirigente e o Direito fundamental à obtenção de respostas corretas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 01, n. 6, p. 279, 2008.

⁸⁴ CARVALHO NETTO, M. de. A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, J.A.L. *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 154

2 A DIGNIDADE HUMANA E O ESTADO

A preocupação estatal com os direitos contidos na segunda dimensão de direitos fundamentais, sob o caráter de direitos sociais prestacionais, vincula-se diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana. Explica-se: o Estado, enquanto instrumento do indivíduo, serve para concretizar as suas necessidades mais essenciais, que correspondem aos direitos sociais prestacionais.

Diante desse fato, faz-se necessário um breve aporte teórico acerca da concepção de dignidade da pessoa humana, ainda que de forma genérica, para demonstrar uma justificativa de positivação no texto constitucional e sua íntima relação com os direitos sociais prestacionais.

É cediço que o valor essencial do ser humano tornou-se um consenso teórico do mundo.⁸⁵ Muito embora a dignidade possua diversas acepções, é certo, como descreveu Ana Paula de Barcellos, que se trata de um “axioma da civilização ocidental”.⁸⁶

A dignidade da pessoa humana foi reconhecida de forma gradativa.⁸⁷ A primeira preocupação com a dignidade da pessoa humana veio do pensamento cristão ocidental de matriz axiológica fundada no valor da fraternidade.⁸⁸

É através da racionalidade que o ser humano vai buscar sua liberdade, bem como construir o seu próprio destino.⁸⁹ Apesar de a ideia acerca da dignidade humana, nesse momento, possuir o sentido de inalienável obrigação para com o homem, os iluministas mantiveram a tradição da religiosidade quando se expressaram sobre o conceito da dignidade e humana.⁹⁰ O Iluminismo, de forma contraditória aos ideais de racionalidade, se referia à pessoa digna como “todo aquele que traz um rosto humano”.⁹¹

⁸⁵ MIRANDOLA, G.F.P.D. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Trad. Luiz Feracine. São Paulo: GRD, 1988, p. 49-51.

⁸⁶ BARCELLOS, A.P. de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 221, p. 159, jul. 2000.

⁸⁷ AZEVEDO, A.J. de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 9, p. 3, jan./mar. 2002.

⁸⁸ Para Comparato, há no Novo Testamento diversas referências nesse sentido. COMPARATO, F. K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1-8.

⁸⁹ BARCELLOS, A.P. de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 106.

⁹⁰ “Para os iluministas do século XVIII, continuava a vibrar no conceito da dignidade do homem o resquício de uma lembrança religiosa, de uma ideia de que o homem é um ser eterno, indestrutível em sua condição espiritual, cuja vida aqui na terra possui um sentido que transcende tudo o que é terreno.” KRIELE, M. *Libertação e iluminismo político: uma defesa da dignidade do homem*. São Paulo: Edições Loyola, 1983, p. 53

⁹¹ *Ibidem*, p. 52.

Ana Paula Barcellos explica que o desenvolvimento teórico do Iluminismo acarretou a formação de um conjunto de consequências importantes para o desenvolvimento da ideia de dignidade humana, como a preocupação com os direitos individuais do homem e o exercício democrático do poder. Como consequência do reconhecimento do valor do ser humano, surgiu a afirmação dos direitos específicos do homem, com a distinção entre a vida do homem e do Estado.⁹²

Nos séculos XVII e XVIII, destaca-se o idealismo de Immanuel Kant.⁹³ Ele relacionou a dignidade a uma questão de moralidade, pois procurou demonstrar como princípios morais, informados pela razão, devem ser valorizados para que possam assumir o papel de leis universais. A essa ideia somou o valor intrínseco da pessoa humana, evidenciando que o ser humano deve ser considerado como fim em si mesmo e jamais como instrumento de submissão a outrem, sob pena de seus princípios morais não serem considerados leis universais.

A ideia de dignidade na filosofia de Kant concebia o homem como um ser racional, que existia como um fim e não como um meio, diferentemente dos outros seres desprovidos de razão, de forma que todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas. Essa pessoa humana seria dotada de um valor intrínseco, um valor próprio da sua essência.⁹⁴

Esse valor intrínseco seria superior a qualquer preço e, por isso, não poderia ser apreçado ou substituído por coisa equivalente, já que, como mencionado anteriormente, o ser humano seria um fim e não um meio passível de utilização e manipulação. A conceituação de dignidade no pensamento de Kant surge como a qualidade daquilo que não tem preço e a sua atribuição ao ser humano, justamente porque o ser humano não é instrumento, senão um fim em si mesmo, como é possível verificar na seguinte passagem:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. [...] o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade. Ora, a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmos, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador do reino dos fins. Por isso, a moralidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade são as únicas coisas providas de dignidade.⁹⁵

⁹² BARCELLOS, A. P. op. cit., 2002, p. 106.

⁹³ KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Os Pensadores – Kant, II), p. 134-135 e 141.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 103-162.

⁹⁵ KANT, op. cit., 1980, p. 134-135.

Acrescentando mais detalhes ao conceito de dignidade humana, Kant faz uma equiparação da dignidade à autonomia de sua atitude racional para eleger os princípios morais que possam servir como leis universais, ao expressar: “A autonomia é, pois, o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional.” Do pensamento kantiano, pode-se extrair que a dignidade da pessoa humana se origina da soma da autonomia do ente racional para a formulação de princípios morais universais, com o embasamento de que o ser humano não tem preço, pois deve existir enquanto fim em si mesmo.⁹⁶

O pensamento de Kant é relevante em virtude do período histórico em que viveu o filósofo; durante o qual se procuravam instrumentos para proteger o ser humano contra os excessos das monarquias absolutistas, justamente no período marcado pelo nascimento dos direitos fundamentais de primeira geração ou de defesa em que se procurava um papel de abstenção estatal diante das liberdades individuais.

Posteriormente, a proteção da dignidade da pessoa humana saiu do campo filosófico para alçar a consciência coletiva, sendo posteriormente positivada.⁹⁷ No plano internacional, a dignidade da pessoa humana é fundamento da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

No direito comparado, a expressão começou a ser consignada nos textos constitucionais após a Primeira Guerra Mundial.⁹⁸ José Afonso da Silva relata que o fenômeno da positivação da dignidade, no âmbito mundial, não foi o que a criou, pois a dignidade da pessoa humana não pode ser um valor criado constitucionalmente, mas já é preexistente a toda experiência especulativa.

No plano interno, a Constituição Federal de 1988 a coloca como fundamento da República Federativa do Brasil em seu art. 1º, inciso III.⁹⁹ Para Ana Paula Barcellos, a

⁹⁶ KANT, I. op. cit., 1980, p. 141.

⁹⁷ PECES-BARBA, G. M. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. Madrid: Editorial Dykinson, 2002, p. 11). Nesse sentido, ele destaca que “*la importancia de la dignidad humana es decisiva para el Derecho y em más de una de sus ramas se encuentran razones parciales que justifican esa importancia. En los argumentos que utilizan los juristas de esos diversos campos aparece en ocasiones referencia a la dignidad humana. El derecho internacional implosiona la reflexión a partir de los horrores totalitarios que desembocaron en la segunda guerra mundial, con el holocausto provocado por los nazis y los fascistas, y en las matanzas colectivas propiciadas por el stalinismo. Es quizás la respuesta más matizada y más discreta frente a los excesos de algunos iusnaturalismos, que descalificaron la construcción positivista y el atribuyeron la responsabilidad de lo acaecido por debilitar las referencias morales en el Derecho.*” Semelhantes são as considerações de BARCELLOS, op. cit., 2002, p. 162.

⁹⁸ A primeira Carta Constitucional a positivar a dignidade como princípio foi a alemã. SILVA, J. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, 1988, p. 91.

⁹⁹ Piovesan lembra que no pós-guerra a abertura das Constituições a princípios e a incorporação do valor da dignidade da pessoa humana demarcaram a feição das Constituições promulgadas ao longo do processo de democratização política. PIOVESAN, F. Direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana. In:

Constituição Federal de 1988 recorreu ao consenso social ao positivizar a dignidade da pessoa humana e procurar concretizá-la. “O constituinte reflete, ainda que de modo pontual, o consenso vigente em seu tempo”, determinando um compromisso para o futuro.¹⁰⁰

José Afonso da Silva explica que se a dignidade foi colocada como um dos fundamentos da República é porque se trata de um dos valores constitucionais superiores que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida; como se dotado de força gravitacional.¹⁰¹ De maneira semelhante, Gustavo Tepedino defende que se a dignidade da pessoa humana foi colocada como fundamento da República, juntamente à previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, é porque configura verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.¹⁰²

Assim, na esteira do constitucionalismo moderno, a Constituição brasileira positivou a dignidade da pessoa humana, o que lhe conferiu plena normatividade, de forma que, tal como o sol irradia luz que a todos ilumina, a Constituição irradia seus efeitos por todo o sistema político, jurídico e social. A Constituição reconheceu que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário, uma vez que o ser humano constitui a finalidade precípua da atividade estatal, e não seu meio como observa Ingo Wolfgang Sarlet.¹⁰³

A fim de atingir o objetivo proposto neste trabalho, qual seja, determinar a exata medida em que se aplica a cláusula da reserva do possível em direitos cuja dimensão econômica é evidente, notadamente os direitos sociais prestacionais, faz-se necessária uma breve consideração acerca da correlação entre dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.

2.1 A Dignidade e os Contornos do Mínimo Existencial

LEITE, S. L. (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 189.

¹⁰⁰ BARCELLOS, op. cit., 2002, p. 198.

¹⁰¹ SILVA, J. A. da. op. cit., 1988, p. 91.

¹⁰² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 48.

¹⁰³ SARLET, op. cit., 2002, p. 68. De semelhante teor: ROCHA, C.L.A. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista Interesse Público*, Rio de Janeiro, v. 4, 1999, p. 32- “Antes, traduz-se ali um novo momento do conteúdo do Direito, o qual tem a sua vertente no valor supremo da pessoa humana considerada em sua dignidade incontornável, inquestionável e impositiva e uma nova concepção de Constituição, pois, a partir do acolhimento daquele valor tornado princípio em seu sistema de normas fundamentais, mudou-se o modelo jurídico-constitucional que passa, então de um paradigma de preceitos, antes vigente, para um figurino normativo de princípios.”.

A dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil evoca uma perquirição preliminar: quem são os titulares dos direitos fundamentais?

A resposta deve ser refletida à luz de diferentes documentos jurídicos.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Organização das Nações Unidas de 1948, traz em seu artigo 1º o seguinte: “*Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos*”, *concluimos que, segundo esse documento, os titulares dos direitos fundamentais são “todos os homens”*.

Se comparado o texto ao da nossa Constituição Brasileira de 1988 que optou por “*todos são iguais perante a lei [...]*”, verifica-se que a diferença encontra-se na expressão “*todos*”. No texto da ONU o significado está entendido como: “... *significa cada um e todos os humanos do planeta, os quais haverão que ser considerados em sua condição de seres que já nascem dotados de liberdade e igualdade em dignidade e direitos.*”¹⁰⁴

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁰⁵ assevera que a dependência do elemento distintivo da razão fundamenta-se justamente na proteção daqueles que, por motivo de doença física ou deficiência mental, surgem como especialmente carecedores de proteção. E finalmente, se atribui como objeto da dignidade aquilo que precede qualquer reconhecimento, subtrai-se dela, na procura da “*vida humana pura*”, a dimensão social, para adquirir-se, por meio disso, a indisponibilidade da dignidade.

Há também conceitos que traduzem a dignidade da pessoa humana como sendo o “*direito à naturalidade*” ou ainda “*direito à contingência*”, o que traz um enorme desconforto, se formos guiados apenas pela razão e auto finalidade.

Nesse contexto, Chaves Camargo¹⁰⁶ afirmando que a

[...] pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim, toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser.

¹⁰⁴ ROCHA, C.L.A. Vida Digna: Direito, Ética e Ciência. In: ROCHA, C.L.A. (coord.). *O Direito à Vida Digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 17.

¹⁰⁵ SARLET, I.W. *Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito Constitucional*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005, p. 45-46.

¹⁰⁶ CAMARGO, A. L. C. *Culpabilidade e Reprovação Penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994, p. 27-28.

Porém, até a dignidade pode ser limitada, ou seja, a dignidade de uma pessoa só será ilimitada enquanto não afetar a dignidade de outrem.

E, diferentemente do que se pensa, não é possível a uma pessoa violar a própria dignidade, pois se trata de uma razão jurídica adquirida com o decorrer da história, cabendo então ao Estado a função de zelar pela saúde física e psíquica dos indivíduos.

Rizzatto Nunes considera, ainda, a dignidade da pessoa humana como sendo um *supraprincípio* constitucional, entendendo que se encontra acima dos demais princípios constitucionais¹⁰⁷.

Como fundamento do Estado Brasileiro (CF art. 1º, III), a dignidade da pessoa humana interessa não só pelo seu caráter principiológico, mas também, pelo seu relacionamento com os direitos sociais.

Para estabelecer uma relação entre a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial recorre-se à figura de Ana Paula Barcellos, que representa a imagem de dois círculos concêntricos.¹⁰⁸ O círculo interno trata do mínimo de dignidade que deverá ser respeitado e representa o efeito concreto pretendido pela norma exigível. O espaço que se situa entre o círculo interno e o externo será preenchido pela deliberação política, a quem caberá, para além do mínimo existencial, desenvolver a concepção de dignidade em cada momento histórico.

Embora não seja necessário determinar todo o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, por conter um campo livre para a deliberação política, é preciso verificar o núcleo de efeitos pretendidos, ou seja, o conteúdo mínimo da dignidade.¹⁰⁹

Nesse sentido, é a concepção de mínimo existencial de Luís Roberto Barroso,¹¹⁰ que explica que os princípios possuem um núcleo que opera como regras; sendo que, em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, o núcleo é representado pelo mínimo existencial.

Além de constar no art. 1º, como fundamento da República, a dignidade da pessoa humana está presente também em outros dispositivos da Constituição Federal. Ana Paula Barcellos¹¹¹ propõe a divisão de tais dispositivos em quatro níveis, do mais elementar ao mais supérfluo, o quarto nível compõe o conjunto de normas que garante o mínimo de dignidade, portanto o mínimo existencial. Esse nível é composto por quatro elementos: educação

¹⁰⁷ NUNES, Rizzatto. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo.: Saraiva, 2009, p. 48.

¹⁰⁸ BARCELLOS, op. cit. 2000, p. 179.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 178.

¹¹⁰ BARROSO, L.R.; BARCELLOS, A.P. de. A nova interpretação constitucional dos princípios. In: LEITE, S. L. (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 128.

¹¹¹ BARCELLOS, op. cit. 2000, p. 182.

fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça. Esses direitos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana, ao mínimo existencial, e podem ser exigidos do Judiciário independentemente de existir previsão normativa. Se não atingido o quarto nível, considera-se que o indivíduo se encontrará em um estado de indignidade.

Contrapõe-se à divisão de Ana Paula Barcellos, a teoria de valor de David Bilchitz; a qual atribui valor maior aos bens mais essenciais, de forma não arbitrária, e não coloca os direitos em categorias estanques. Assim, o que é essencial para uma pessoa, pode não ser para outra. A proposta consiste em valorizar o bem ou direito conforme as experiências pessoais de cada indivíduo. Este doutrinador admite a inexistência de consenso sobre quais direitos ou bens comporiam o mínimo.¹¹²

Também Ingo Wolfgang Sarlet, contrapõe a ideia de Ana Paula Barcellos de compartimentar o mínimo de forma estanque, definindo quais direitos comporiam o mínimo existencial. Ingo Wolfgang Sarlet coloca que o mínimo existencial não pode ser reduzido a um objeto fixo, tampouco a um valor pecuniário mensurável, pois depende de um conjunto de fatores relacionados às condições pessoais do indivíduo. É uma cláusula aberta que se enquadra no elenco dos direitos fundamentais implícitos, contudo, não se trata de um direito fundamental absoluto e sofre o impacto da reserva do possível.¹¹³

Em relação ao núcleo material mínimo, mesmo que as reservas a uma concepção material possam ser justificadas com base na noção de dignidade da pessoa humana, ainda assim, é possível delimitar um núcleo material mínimo da dignidade da pessoa humana. Com isso, a dignidade será violada quando a pessoa for degradada ao nível de uma coisa ou um objeto do atuar estatal,¹¹⁴ na medida em que deixe de ser considerada um fim autônomo, para ser tratada como instrumento ou meio de realização de fins alheios. Essa noção aproxima-se à noção kantiana de dignidade da pessoa humana.

O mínimo social, ou seja, mesmo que não exista disposição constitucional expressa, cada direito social teria um conteúdo normativo suficientemente delimitado, que estaria furtado à disponibilidade do legislador, portanto justificável e imune aos limites da reserva do financeiramente possível.¹¹⁵ Conclui-se que, na verdade, o modelo do mínimo nada mais é do

¹¹² BILCHITZ, D. *Poverty and fundamental rights: the justification and enforcement of sócio-economic rights*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 179-235. No mesmo sentido: PIOVESAN, F. Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, p. 206-226, jul./dez. 2011.

¹¹³ SARLET, op. cit., 2010, p. 322.

¹¹⁴ Lembrando que o Estado serve de instrumento ao indivíduo e não o contrário. NOVAIS, J.R. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 199.

¹¹⁵ NOVAIS, op. cit., 2010. p. 199.

que uma “pausa para o desacordo”,¹¹⁶ pois o modelo do mínimo afasta o confronto político ao estabelecer que direitos fundamentais sociais podem ser determinados pela decisão judicial. O problema persiste, todavia, quando situações econômicas adversas não permitem a realização das prestações sociais, ainda que em uma dimensão mínima, o Estado seja obrigado a fazer escolhas políticas.

O direito à existência digna ou ao mínimo existencial não é assegurado apenas pela não abstenção do Estado em afetar a esfera patrimonial das pessoas sob a sua autoridade, o que é evidenciado nos direitos de defesa. Existe também o cumprimento de prestações positivas, consubstanciadas em direitos sociais prestacionais, cuja prestação adequada onera o Poder Público, mesmo que considerados apenas em sua dimensão mínima, pois são direitos custosos economicamente, como adiante se demonstrará.

O problema dos direitos sociais não está restrito apenas ao conteúdo do mínimo existencial – se esse conteúdo é equivalente ao princípio da dignidade humana –, o problema ultrapassa essa questão e esbarra também na questão dos limites financeiros do Estado, no que concerne à adequada concretização de políticas públicas relativas a esses direitos. O papel do Estado, nesse aspecto, não se limita a apenas uma ação, mas a várias, como, por exemplo, a ação legislativa para a positivação de direitos economicamente relevantes.

2.2 O Mínimo Existencial – Regra Ou Princípio Jurídico?

Não se encontra na legislação brasileira um conceito de mínimo existencial, tampouco existe unanimidade na doutrina acerca do tema.

É interessante citar a observação feita por Antônio Augusto Cançado Trindade, com o objetivo de demonstrar que também, no âmbito do Direito Internacional, ainda não existe um consenso acerca do conteúdo concreto do mínimo existencial:

É significativo que já se comece hoje a considerar o que constituiria um “núcleo fundamental” de direitos econômicos, sociais e culturais. Há os que, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, argumentam que tal núcleo seria constituído pelos direitos ao trabalho, à saúde e à educação. Em recentes reuniões internacionais de peritos também se tem referido, como possíveis componentes daquele núcleo, aos chamados “direitos de subsistência” (e.g., direito à alimentação, direito à moradia, direito aos cuidados médicos e direito à educação). Os debates apenas têm início, e

¹¹⁶NOVAIS, op. cit., 2010. p. 199.

certamente se prolongarão no decorrer dos próximos anos neste início do novo século.¹¹⁷

Inobstante a inexistência de consenso, pode-se identificar pontos em comum nas diversas definições de mínimo existencial, apresentadas pelos doutrinadores, como a relação com prestações materiais que assegurem condições mínimas de sobrevivência, com respeito à dignidade humana¹¹⁸.

Essas prestações materiais que asseguram condições mínimas de sobrevivência estão positivadas, no direito brasileiro, sob o título de “Direitos Sociais”, no Capítulo II (artigos 6º a 11) do Título II (“Dos direitos e garantias fundamentais”) da Constituição da República Brasileira de 1988, abrangendo o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, dentre outros.

Na classificação doutrinária que divide os direitos fundamentais em gerações ou dimensões, os direitos sociais correspondem aos direitos de 2ª dimensão, cujo objetivo é assegurar a igualdade social material, através de prestações positivas por parte do Estado.

Podemos dizer que a definição de direitos sociais acima apresentada, qual seja, os direitos previstos nos artigos 6º a 11 da Constituição da República de 1988, corresponde a um conceito formal.

De outro lado, a partir da análise das características comuns dos direitos sociais, Vidal Serrano Nunes Júnior apresenta uma definição que podemos designar como conceito material de direitos sociais:

Fincados nestes pressupostos, podemos conceituar direitos sociais como o subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social economicamente vulnerável, busca, quer por meio da atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das relações econômicas, ou ainda pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos, atribuir a todos os benefícios da vida em sociedade.¹¹⁹

Verifica-se que todos os direitos sociais, previstos no Capítulo II, do Título II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, buscam assegurar a dignidade na vida dos jurisdicionados. Essa relação com o princípio da dignidade da pessoa humana justifica a caracterização dos direitos sociais como “fundamentais”.

¹¹⁷ CANÇADO TRINDADE, A.A. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, v I. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 493. In: SGARBOSSA, L.F. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*. Reserva do Possível. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2010, v 1, p. 307.

¹¹⁸ MATSUDA, J.M.; PEREIRA, H.M.; SOUZA, L.C. de. O mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais. *Revista Virtual da AGU*, Ano XI, nº 116, setembro de 2011, disponível em http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/172065, acesso em: 18 de fev. de 2015.

¹¹⁹ NUNES JUNIOR, op. cit., 2009, p. 70.

Como se disse acima, as diversas definições doutrinárias de mínimo existencial apresentam, em comum, a relação com as prestações materiais que assegurem condições mínimas de sobrevivência, as quais estão previstas, no texto constitucional brasileiro, como “direitos sociais”. Daí, a razão por que o mínimo existencial é estudado, na doutrina, e assim também será, no presente trabalho, dentro do contexto dos direitos fundamentais sociais.

Dentre as diversas conceituações de “mínimo existencial” apresentadas pela doutrina, interessante é a explanação feita por Vincenzo Demetrio Florenzano¹²⁰, por representar uma tentativa de relacionar esse conceito com uma norma positivada no direito brasileiro, qual seja, o artigo 7º, IV, da CF, que dispõe:

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;

Ingo Wolfgang Sarlet sugere a utilização do princípio da dignidade humana como parâmetro para a identificação do mínimo existencial:

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 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 artigo 208, § 1º, da CF, de acordo com o 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 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.¹²¹

Luís Fernando Sgarbossa menciona a importante distinção entre “mínimo vital ou fisiológico” - as condições imprescindíveis para a manutenção da vida em termos biológicos – e “mínimo sociocultural” - as condições que propiciam a inserção do indivíduo na vida social. Segundo o autor, um conceito de mínimo existencial não pode se resumir ao mínimo vital, mas

¹²⁰ NUNES JUNIOR, V. S. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 70.

¹²¹ SARLET, I.W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 312-313.

sim, abranger os dois aspectos, já que a simples existência da vida biológica não assegura ao indivíduo uma existência digna.¹²²

No mesmo sentido, Sarlet ressalta que o mínimo existencial não diz respeito apenas às condições de sobrevivência física do indivíduo, mas também às condições que preservem a dignidade 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.¹²³

Já Ricardo Lobo Torres, expressando a indefinição do conceito, observa que:

Carece o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação, etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por envolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil extremá-lo, em sua região periférica, do máximo de utilidade (maximum welfare, Nutzenmaximierung), que é princípio ligado à ideia de justiça e de redistribuição de riqueza social. Certamente esse mínimo existencial, “se o quisermos determinar precisamente, é uma incógnita muito variável”.¹²⁴

Na opinião desse autor, o mínimo existencial não é um valor, nem um princípio jurídico, mas sim, uma regra jurídica, e coincide com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais:

O mínimo existencial não é um valor nem um princípio jurídico, mas o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Nada obstante está impregnado pelos valores e princípios jurídicos os mais relevantes. O mínimo existencial não é um valor, por não possuir a generalidade e a abstração de ideias como as de liberdade, justiça e igualdade. Além disso, o mínimo existencial pode se traduzir, para a sua garantia, em regra jurídica, o que jamais acontece com os valores. Mas o mínimo existencial se deixa tocar e imantar permanentemente pelos valores da liberdade, da justiça, da igualdade e da solidariedade. O mínimo existencial também não é princípio jurídico, por não exibir as principais características dos princípios, que são as de ser objeto de

¹²² SGARBOSSA, L.F. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*. v 1, Reserva do Possível. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2010, p. 308.

¹²³ SARLET, op. cit., 2005, p. 312-313.

¹²⁴ TORRES, R.L. O Mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, C. P. De ; SARMENTO, D. (org). *Direitos Sociais*. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 313-339.

ponderação e de valer *prima facie*. De feito, o mínimo existencial não pode ser ponderado e vale definitivamente porque constitui o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que é irredutível por definição e insuscetível de sopesamento. O mínimo existencial é regra, porque se aplica por subsunção, constitui direitos definitivos e não se sujeita à ponderação.¹²⁵

Diante dessas ideias preliminares acerca do conceito de mínimo existencial, cabe questionar sobre a possibilidade de identificá-lo com o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais. Usualmente, a doutrina identifica o mínimo existencial com o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais. Como exemplo, citamos Ricardo Lobo Torres, acima mencionado.

Olsen, no entanto, entende que essa correspondência não é uma constante, ou seja, nem todo direito fundamental social terá em seu núcleo um conteúdo equivalente ao mínimo existencial. A doutrinadora em comento cita o direito à participação nos lucros do empregador, previsto como direito fundamental social no artigo 7º, XI, da Constituição Federal, cujo conteúdo essencial não poderia ser identificado com o mínimo existencial. Por outro lado, essa identificação é bastante clara no caso do direito à saúde. Portanto, para a autora, núcleo essencial de direito fundamental social e mínimo existencial são categorias distintas, mas que podem ter características e aplicações semelhantes.¹²⁶

Essa divergência, todavia, não possui maior relevância. Mais importante é saber que tanto a noção de mínimo existencial como a garantia do conteúdo essencial assumem importância nas situações em que o Estado utiliza o argumento da reserva do possível para impor restrições à efetivação dos direitos fundamentais sociais. Isso porque o mínimo existencial e o conteúdo essencial demarcam a porção mínima que não poderá sofrer restrições, sob pena de inviabilizar a sobrevivência digna do titular do direito.

Depreende-se, portanto, que o mínimo existencial e o conteúdo essencial devem ser delimitados em cada caso concreto, utilizando-se do princípio da proporcionalidade.

Assim, imagina-se uma situação em que o poder público, suscitando limitações relacionadas à reserva do possível, deixa de implementar integralmente determinado direito social em favor de um indivíduo. Ao tomar essa decisão, o Estado age com certo grau de discricionariedade, a qual, no entanto, é limitada pelo princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade exigirá que a justificativa apresentada pelo Estado, para restringir o direito social, seja legítima e materialmente constitucional. Ou seja, o bem jurídico a que o Estado visou proteger quando recorreu à reserva do possível deverá ser mais

¹²⁵ TORRES, op. cit., 2008, p. 316.

¹²⁶ OLSEN, op. cit., 2008, p. 319.

relevante que a parcela do direito que sofreu a restrição. A proporcionalidade exigirá, também, que tenha sido protegido, ao menos, o mínimo existencial, sendo esse requisito denominado de “proibição da insuficiência”.

Na seguinte passagem, Ana Carolina Lopes afirma a necessidade de submeter o argumento da escassez de recursos ao exame da proporcionalidade, no sentido da proibição da insuficiência:

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 representa um valioso instrumento à disposição do Judiciário para que a atuação do Estado seja devidamente avaliada e ponderada, de modo a se proibir a negligência para com prestações determinadas pela Constituição. Portanto, 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 efetividade do direito jusfundamental poderá ser temporariamente afastada.¹²⁷

Em outro trecho de sua obra, a autora relaciona o exame da proporcionalidade à garantia do 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 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.¹²⁸

Vidal Serrano Nunes Junior ensina que a teoria da reserva do possível, considerada uma limitação à efetividade dos direitos sociais, só é aplicável aos direitos que estão fora do que ele denomina “mínimo vital”, equivalente ao mínimo existencial:

Em conclusão, concatenando-se análise do direito positivo brasileiro aos pressupostos de realidade aos quais é aplicado, temos que a teoria da reserva do possível – em regra, evocada como argumento fazendário para objetar a realização de direitos essenciais à dignidade – é de aplicação excepcional, circunscrita a discussões atinentes à realização de direitos sociais que extrapolem o conceito de mínimo vital e que não estejam incorporadas por normas constitucionais atributivas de direitos públicos a seus destinatários.¹²⁹

Dirley da Cunha Júnior, por sua vez, não admite que a efetividade dos direitos sociais fique condicionada à reserva do possível, haja vista o fato de essa construção teórica ter se

¹²⁷ OLSEN, op. cit., 2008, p. 310.

¹²⁸ Ibidem, p. 326.

¹²⁹ NUNES JUNIOR, op. cit., 2009, p. 29.

originado na Alemanha, onde as condições sociais em nada se assemelham às vigentes na sociedade brasileira, que sofre de inúmeras carências. Afirma o autor que recursos públicos sempre haverá, e o papel do Poder Judiciário é de promover a justa distribuição deles, destinando-os principalmente ao atendimento das necessidades vitais do homem, proporcionando-lhe condições de existência dignas¹³⁰.

Pelo que se depreende do que foi dito, conclui-se que é possível, através da garantia do mínimo existencial, compatibilizar a efetividade dos direitos sociais com a teoria da reserva do possível, numa relação dialógica.

Assim, aquela porção de cada direito fundamental social imprescindível à dignidade da pessoa humana não pode sofrer condicionamentos. Porém, existem as parcelas de cada um desses direitos sociais que, embora contribuam para a melhoria da qualidade de vida do indivíduo, não são imprescindíveis à sua dignidade, não compondo, portanto, o que a doutrina denominou de mínimo existencial. A estes pode ser aplicada a teoria da reserva do possível, condicionando a sua exigibilidade à existência dos recursos financeiros públicos necessários à sua efetivação.

Em outras palavras, o mínimo existencial constitui-se em limite à aplicação da reserva do possível, ao delimitar a porção do direito fundamental que não pode ser restringida, nem mesmo sob o fundamento da inexistência de recursos financeiros suficientes, por ser imprescindível à preservação da dignidade do titular do direito.

É importante ressaltar que a própria delimitação do mínimo existencial deve ser feita em consonância com o princípio da proporcionalidade, de forma que esse conceito abranja somente os bens imprescindíveis à preservação da dignidade da pessoa humana, cuja proteção não possa ser mitigada em nenhuma hipótese. Em outras palavras, o conceito de mínimo existencial deve contemplar apenas os direitos que, quando em confronto com quaisquer outros, sejam considerados mais relevantes.

Pode-se dizer que o mínimo existencial impõe um limite à aplicação da reserva do possível como restrição aos direitos fundamentais sociais. Em outras palavras, exerce a função de parâmetro para avaliar se determinada restrição a direito social, imposta pelo Poder Público, sob o argumento da reserva do possível, observou ou não o princípio da proporcionalidade.

Julga-se oportuno trazer as palavras de Luís Fernando Sgarbossa, que sintetizam a conclusão acima apresentada:

¹³⁰ CUNHA JUNIOR, D. da. A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 3. ed., Salvador: Juspodivm, p. 349-395, 2008.

Reputa-se aqui que o mínimo existencial desempenha um papel análogo ao legitimamente desempenhado pela reserva do possível, no âmbito do Estado Social constitucionalizado, mas em sentido oposto. Explica-se: se, por um lado, a reserva do possível representa, em sua configuração original (i.e., conforme o teor originário do precedente BverfGE 33, 303) um limite máximo ou teto para o Estado Social, excluindo pretensões exageradas e irrazoáveis, conforme já visto, por outro lado, o mínimo existencial desempenha o papel de um patamar mínimo ou piso para o Estado Social, excluindo a omissão estatal que comprometa a existência digna da pessoa¹³¹.

2.3 Regime Jurídico dos Direitos Sociais Prestacionais no Brasil

A dogmática dos direitos sociais prestacionais é uma tarefa pendente no Brasil. A questão passa pela justiciabilidade e pela exigibilidade desses direitos. A exigibilidade é questão intimamente relacionada ao custo que tais direitos carregam em si, sendo essa questão o cerne deste trabalho.

Antes, porém, de adentrar à questão da garantia ou falta de concretização desses direitos, faz-se necessário percorrer por uma dogmática articulada acerca destes, estabelecendo seu conteúdo para determinar o que pode ou não ser exigido e, portanto, atacar o problema principal: o déficit de garantia, problema que desafia a concretização dos direitos sociais prestacionais, como adverte Guillermo Escobar Roca.¹³²

De acordo com Robert Alexy, os “Direitos à prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado poderia também obter de particulares”.¹³³ Como ensina Jorge Reis Novais, esses direitos são realizáveis não contra o Estado, mas através do Estado, precisamente um Estado empenhado na realização de uma sociedade superior.¹³⁴

¹³¹ SGARBOSSA, op. cit., 2010, v 1, p. 311-312.

¹³² ROCA, G.E. Los derechos fundamentales y la protección de la salud. UNED, *Revista de Derecho Político*, n. 71-72, p. 113-148, 2008. Disponível em: <<http://e-spacio.uned.es:8080/fedora/get/bibliuned:DerechoPolitico2008-4/PDF>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

¹³³ ALEXY, R. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 499. Nessa mesma perspectiva: ROCA, G.E. *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*. Madrid: Trama, 2005, esp. p. 58-62; e ARANGO, R. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005, esp. p. 30-113.

¹³⁴ NOVAIS, op. cit., 2010, p. 18-19. No mesmo sentido, FERREIRA FILHO, M.G. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 92 afirma: “O segundo tipo é o dos direitos prestacionais, que se manifesta nos direitos sociais. Tais direitos não são meros poderes de agir, meras liberdades, mas têm por característica maior reclamarem contrapartida da sociedade por meio do Estado. São poderes de exigir serviços, prestações concretas, que satisfaçam a necessidades humanas primordiais e prementes: trabalho, educação, saúde, sustento na doença ou na velhice, lazer etc. Correspondem a ‘créditos’ de que cada um seria possuidor em relação ao todo social.”

Além do cunho prestacional, outra característica dos direitos sociais é a relevância do conteúdo econômico,¹³⁵ pois são direitos que exigem recursos públicos disponíveis para que sejam implementados e concretizados. Para que o Estado assegure o acesso à saúde e à educação, por exemplo, é necessário que existam recursos financeiros que o possibilitem agir. São direitos que estão subjugados à conjuntura econômica. Assim, os direitos sociais prestacionais visam a uma prestação de natureza fática, sempre dependente da análise dos recursos disponíveis por parte do Estado.

A Carta da República de 1988 é rica no que concerne à positivação dos direitos fundamentais, tendo elencado os direitos sociais nos arts. 6º, 7º e 8º. Foi dado especial tratamento aos direitos sociais de ordem prestacional no art. 6º.¹³⁶ O texto constitucional define o que são direitos sociais, mas elenca um rol exemplificativo dos mesmos.

Traçando um paralelo da Carta Constitucional de 1988 com o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, tem-se que os direitos tidos como sociais prestacionais são: direito à saúde, direito à moradia, direito à educação, direito à seguridade social e direito à cultura.

De acordo com Novais, se na ordem constitucional os direitos sociais prestacionais são considerados direitos fundamentais, devem, portanto, obedecer ao mesmo regime dos direitos fundamentais e ser dotados da mesma força normativa, qual seja, “uma garantia jurídica forte constitucional, imposta à observância de todos os poderes constituídos e subtraída da livre disponibilidade do poder público”.¹³⁷

A discussão que se coloca é: os direitos sociais são reconhecidos como direitos fundamentais? Teriam um regime jurídico diferenciado dos direitos fundamentais de liberdade ou defesa? Existem autores que entendem que os direitos sociais têm características próprias e que, por isso, não podem ser considerados direitos fundamentais, pelo menos quando confrontados com os direitos de liberdade, logo, o regime jurídico a eles aplicado seria diferenciado.¹³⁸

¹³⁵ SARLET, op. cit., 2010, p. 57 acrescenta: “não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado. [...] Ainda na esfera dos direitos da segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas ‘liberdades sociais’, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores...”

¹³⁶ BRASIL. *Constituição da República* do. Art. 6º “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

¹³⁷ NOVAIS, op. cit., 2010, p. 10.

¹³⁸ ANDRADE, J.C.V. de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Alameda: Coimbra, 2009, p. 366.

Outra corrente é a dos autores que entendem que nada há nos direitos sociais que os diferencie dos direitos de liberdade; portanto, se submetem ao mesmo regime jurídico.¹³⁹

A visão aqui adotada é a de se conferir aos direitos sociais prestacionais o mesmo regime jurídico que os direitos de liberdade. Primeiro, pelo seu reconhecimento e consagração constitucional e, segundo, pela íntima relação que os mesmos têm, até mais que os direitos de defesa, com o princípio da dignidade da pessoa humana e com a possibilidade de, se plenamente efetivados, conferirem ao indivíduo acesso ao processo democrático; ou seja, se encarados com a mesma autonomia, conferem a defesa efetiva da cidadania.¹⁴⁰

Por meio da Carta de 1988, o Estado brasileiro definiu princípios democráticos que orientariam a convivência social para o futuro priorizando a igualdade. Para a Constituição Federal de 1988, o Estado é a máquina, o instrumento para garantir que esses objetivos sejam alcançados satisfazendo os direitos fundamentais.¹⁴¹ Em geral, nas ordens marcadamente sociais, como a brasileira, os direitos sociais prestacionais são realizados por meio de implementação de políticas públicas realizáveis por meio de serviços públicos.

¹³⁹ HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 2011, p. 17.

¹⁴⁰ HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 109. No mesmo sentido: SILVA, N.M. da. Considerações sobre a exigibilidade dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. De jure: *Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 16, jan./jun. 2011, p. 373, “Se inexistentes as condições materiais de bem-estar social mesmo que num nível mínimo não há que se falar em um exercício consciente do processo democrático.”) e SARLET, op. cit., 2010, p. 283 “[...] O desiderato dos direitos sociais, como direitos a prestações, consiste precisamente em realizar e garantir os pressupostos materiais para fuma efetiva fruição das liberdades, razão pela qual, consoante já assinalado, podem ser enquadrados naquilo que se denominou de *status positivus socialis*”.

¹⁴¹ SEVERO, R.C. O princípio da reserva do possível e a eficácia das decisões judiciais em face da Administração Pública. *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, n. 112, ano 10, 2010, p. 20-37.

3 A PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

O atendimento às necessidades do cidadão, como direito a uma prestação do Estado, encontra-se vinculado ao binômio: proporcionalidade e razoabilidade, protegendo a dignidade individual e ao mesmo tempo proteger a dignidade coletiva, no sentido de que a comunidade não possa ser prejudicada pelo interesse individual acima do mínimo existencial.

O estudo do princípio da proporcionalidade será um importante instrumento jurídico para podermos enfrentar, mais adiante, o problema da reserva do financeiramente possível quando colocado em confronto com a busca pela efetividade dos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional.

Note-se inicialmente que o aludido princípio não foi previsto expressamente na Constituição Federal de 1988. Contudo, apesar da ausência de positivação, ele foi acolhido abertamente pela doutrina e pela jurisprudência nacional.

Vale observar, por outro lado, que alguns países, como Portugal e Alemanha fizeram constar em seus textos constitucionais o postulado da proporcionalidade. Quanto à Constituição Portuguesa, merece destaque o art. 18º., 2, que assim dispõe: “A lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos¹⁴².”

A doutrina tem discutido a respeito da distinção entre os institutos da proporcionalidade e da razoabilidade. Com isso, há autores que compreendem a proporcionalidade como um instrumento da razoabilidade. Por outro lado, há também outros que identificam a razoabilidade como um aspecto da proporcionalidade. Por fim, uma terceira vertente defende a equiparação dos termos¹⁴³.

Apoiando esta última corrente, Luiz Roberto Barroso defende que os termos razoabilidade e proporcionalidade podem ser empregados como sinônimos. Consoante observa o constitucionalista carioca:

De logo é conveniente ressaltar que a doutrina e a jurisprudência, assim, na Europa continental como no Brasil, costumam fazer referência, igualmente

¹⁴² MENDES, G.F. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed., ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 49.

¹⁴³ SAMPAIO, J.A.L. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In: ____ (Coord.) *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 63.

ao princípio da proporcionalidade, conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade como o princípio da razoabilidade¹⁴⁴.

Suzana de Toledo Barros também iguala os aludidos conceitos, pois afirma que o princípio da proporcionalidade, de origem alemã, “corresponde a nada mais do que o princípio da razoabilidade dos norte-americanos”¹⁴⁵.

Diferentemente, Luis Virgílio Afonso da Silva defende a distinção entre os princípios, sustentando, ainda, que a regra da proporcionalidade é muito mais complexa e precisa do que o princípio da razoabilidade. Nas palavras do 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, como 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 regrada proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade¹⁴⁶.

Em acepção oposta, José Adércio Leite Sampaio compreende a razoabilidade num sentido mais amplo do que a proporcionalidade. Segundo o autor, a razoabilidade se refere ao conceito abstrato de “justiça” e “correção” da forma de agir do Poder Público, sendo a proporcionalidade apenas um dos aspectos da razoabilidade¹⁴⁷.

O exame da proporcionalidade deve incidir não apenas em face das restrições impostas pelo preceito normativo em abstrato, mas também diante das decisões do Poder Judiciário ou do Administrador Público quando aplicam a norma ao caso concreto. Daí se falar em duplo controle de proporcionalidade. Por oportuno, cabe citar a análise do professor Gilmar Ferreira Mendes:

A Corte Constitucional alemã entende que as decisões tomadas pela Administração ou pela justiça com base na lei aprovada pelo parlamento submetem-se ao controle da proporcionalidade. Significa dizer que qualquer medida concreta que afete os direitos fundamentais há de mostrar-se compatível com o princípio da proporcionalidade. Essa solução parece irrepreensível na maioria dos casos, sobretudo naqueles que envolvem normas de conformação extremamente abertas (cláusulas gerais; fórmulas marcadamente abstratas). É que a solução ou fórmula

¹⁴⁴ BARROSO, L.R. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no direito Constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 23, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/jun. 1998, p. 69.

¹⁴⁵ BARROS, S. de T. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 57.

¹⁴⁶ SILVA, L.V. A. da. O Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, abril 2002, p. 30.

¹⁴⁷ SAMPAIO, op. cit., 2003, p. 64-65.

legislativa não contém uma valoração definitiva de todos os aspectos e circunstâncias que compõem cada caso ou hipótese de aplicação¹⁴⁸.

Desse modo, o juiz, diante do caso concreto, também deverá se ater ao princípio da proporcionalidade. Com efeito, ao proferir uma decisão, o magistrado deverá atentar para que sua ordem seja adequada, necessária (não excessiva) e estritamente proporcional, constituindo, assim, o princípio da proporcionalidade, em verdadeiro limitador às decisões judiciais¹⁴⁹. Esta conclusão será de suma importância quando formos enfrentar a questão concernente à teoria da reserva do financeiramente possível.

Vale ressaltar que o princípio da proporcionalidade pode se manifestar tanto sob o aspecto da proibição do excesso quanto sob a proibição da insuficiência. No presente trabalho, será dado maior ênfase à vertente relacionada à proibição da insuficiência (*untermaßverbot*).

Quanto à proibição do excesso, o princípio da proporcionalidade revela uma dimensão negativa, pois trata da proteção dos indivíduos em face da intervenção estatal na liberdade, de modo que restariam vedadas ao Estado ações excessivas de restrição à liberdade do indivíduo¹⁵⁰.

No que se reporta à proibição da insuficiência, é necessária uma análise prévia concernente ao dever de proteção do Estado (*Schutzpflicht*).

Claus-Wilhelm Canaris, em sua obra “Direitos Fundamentais e Direito Privado”, abordou a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e também o papel do Estado dentro deste contexto. Segundo o autor alemão, o Estado deve atuar de modo suficiente no intuito de conferir efetiva proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos em face de agressões de terceiros¹⁵¹.

Como exemplo desse dever de proteção do Estado, podemos citar a obrigação estatal de criar e aparelhar as polícias ostensivas, que devem proteger a vida e o patrimônio das pessoas contra violações perpetradas por terceiros.

Desse modo, Canaris reconhece no dever de proteção do Estado uma prestação positiva para resguardar os indivíduos contra agressões praticadas por terceiros. A partir disso, desenvolve o autor a ideia de proibição da proteção estatal insuficiente, de modo que a prestação estatal deve ser satisfatória para amparar o direito fundamental suscetível de violação. Portanto,

¹⁴⁸ MENDES, G.F. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, PP. 326-327.

¹⁴⁹ LIMA, op. cit. 2005, p. 189.

¹⁵⁰ OLSEN, op. cit., 2006, p. 77.

¹⁵¹ CANARIS, C.-W. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p. 58.

a norma constitucional não admitiria uma proteção estatal que fosse aquém de um nível aceitável¹⁵².

Logo, o princípio da proibição da insuficiência foi desenvolvido para balizar o dever de proteção do Estado, que, conforme já assinalado, assume uma dimensão de natureza prestacional. A partir de tais considerações, revela-se admissível, portanto, que tal vertente do princípio da proporcionalidade também seja aplicável aos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional.

Assim, sob o aspecto da proibição da insuficiência, o princípio da proporcionalidade assume uma feição positiva, pois impõe ao Estado um dever de agir de modo satisfatório ou suficiente. Por conseguinte, o Estado deverá atuar de modo a conferir efetiva proteção aos indivíduos em face de atos de terceiros (*Schutzpflicht*). Sob outro prisma, mas também em relação à proibição da insuficiência, é possível estender tal raciocínio aos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional, na medida em que o Poder Público também deve agir de modo suficiente para garantir aos indivíduos o mínimo de prestações materiais necessárias para uma existência digna.

Em suma, quando se trata da proteção dos direitos fundamentais de defesa, o princípio da proporcionalidade assume feição de “proibição do excesso”, ao passo que, no caso de direitos fundamentais prestacionais, o aludido princípio desnuda a condição de “proibição de insuficiência”¹⁵³.

Muito embora haja um vasto espaço para a discussão de questões afetas à existência de recursos estatais suficientes para a implementação dos direitos fundamentais¹⁵⁴, e, em especial, dos direitos sociais¹⁵⁵, sobretudo em épocas de crises financeiras¹⁵⁶, defende-se aqui que a

¹⁵² CANARIS op. cit., 2003, p. 59-60.

¹⁵³ QUEIROZ, C. M. M. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 09.

¹⁵⁴ Partindo-se do entendimento de Holmes e Sunstein de que não só os direitos sociais demandam gastos do Estado, mas também os direitos individuais e políticos: “all rights are positive rights.” HOLMES; SUNSTEIN, op. cit., 1999, p. 48. Não obstante, é com relação aos direitos sociais que se observam as maiores polémicas quanto às despesas estatais. Afirma Ana Paula de Barcellos que “a diferença entre os direitos sociais e os individuais, no que toca ao custo, é uma questão de grau, e não de natureza. Ou seja: é mesmo possível que os direitos sociais demandem mais recursos que os individuais, mas isso não significa que estes apresentem custo zero.” SARLET, op. cit., 2010, p. 280 .

¹⁵⁵ Considerando-se os direitos sociais como espécie de direitos fundamentais, o que garantiria àqueles o regime jurídico destes. Nesse sentido, entende Vidal Serrano Nunes Junior que “os direitos sociais se integram aos chamados direitos fundamentais”. A Cidadania Social na Constituição de 1988, p. 65. Cf. também a obra *Direitos Fundamentais Sociais*, cujo próprio título expressa igual entendimento. Coordenadores: J. J. Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁵⁶ O direito não é imune à conjuntura financeira, podendo concordar-se com J. Isensee quando afirma que “normas constitucionais não afastam as crises econômicas”. *Apud* TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial, p. 105. Assim, pode se indagar como tornar efetivo um direito garantido por lei ou pela própria Constituição em face de uma crise econômica que acarrete escassez de recursos estatais.

reserva do possível deve abranger, nos termos da sua formulação originária, a constatação daquilo que o indivíduo pode exigir de forma razoável do Estado e da sociedade.

Assim, sob a denominação de reserva do possível não estariam contidos apenas os debates envolvendo eventuais restrições financeiras do Estado. A cláusula da reserva do possível, na forma em que foi criada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, é muito mais ampla, não cuidando somente do aspecto financeiro das demandas feitas perante o Estado.

No mesmo sentido, é a lição de Ingo Sarlet quando afirma que a reserva do possível, “compreendida em sentido amplo, abrange mais do que a ausência de recursos materiais propriamente ditos indispensáveis à realização dos direitos na sua dimensão positiva”¹⁵⁷.

Portanto, a reserva do possível não compreende tão somente a existência de destinação orçamentária e de recursos em caixa. A mera disponibilidade financeira não conduz necessariamente ao fornecimento da prestação visada, devendo ser examinada a razoabilidade da pretensão¹⁵⁸.

3.1 A Efetividade e a Teoria dos Princípios

O reconhecimento de força normativa às normas constitucionais foi uma importante conquista do constitucionalismo contemporâneo. No Brasil, ela se desenvolveu no âmbito de um movimento jurídico-acadêmico conhecido como doutrina brasileira da efetividade¹⁵⁹. Tal movimento procurou não apenas elaborar as categorias dogmáticas da normatividade constitucional, como também superar algumas crônicas disfunções da formação nacional, que se materializavam na insinceridade normativa, no uso da Constituição como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política em dar-lhe cumprimento. A essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa.

Nessa linha, as normas constitucionais, como as normas jurídicas, em geral, são dotadas do atributo da imperatividade. Não é próprio de uma norma jurídica sugerir, recomendar, alvitrar. Normas constitucionais, portanto, contêm comandos. Descumpre-se a imperatividade

¹⁵⁷ SARLET, I.W.; FIGUEIREDO, M.F. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 29.

¹⁵⁸ Ingo Sarlet possui entendimento semelhante: “mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*, p. 29.

¹⁵⁹ BARROSO, L. R. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2006.

de uma norma tanto por ação quanto por omissão. Ocorrida a violação, o sistema constitucional e infraconstitucional devem prover meios para a tutela do direito ou bem jurídico afetados e restauração da ordem jurídica. Esses meios são a ação e a jurisdição: ocorrendo uma lesão, o titular do direito ou alguém com legitimação ativa para protegê-lo pode ir a juízo postular reparação. Existem mecanismos de tutela individual e de tutela coletiva de direitos.

Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais¹⁶⁰ ou difusos – são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico.

O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição. A doutrina da efetividade serviu-se, como se deduz explicitamente da exposição até aqui desenvolvida, de uma metodologia positivista: direito constitucional é norma; e de um critério formal para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido¹⁶¹.

Verificou-se a partir do final do Século XX a necessária convivência com novas formulações doutrinárias, de base pós-positivista, que levam em conta fenômenos apreendidos mais recentemente, como a colisão entre normas – especialmente as que abrigam princípios e direitos fundamentais –, a necessidade da ponderação para resolver tais situações, bem como conceitos como mínimo existencial e fundamentalidade material dos direitos.

Nesse compasso, a teoria dos princípios, à qual se acha associada uma teoria dos direitos fundamentais, desenvolveu-se a partir dos estudos seminais de Ronald Dworkin, difundidos no Brasil ao final da década de 80 e ao longo dos anos 90 do século passado¹⁶². Na sequência histórica, Robert Alexy ordenou a teoria dos princípios em categorias mais próximas da perspectiva romano-germânica do Direito¹⁶³. As duas obras precursoras desses autores – levando os direitos a sério e Teoria dos direitos fundamentais – deflagraram uma verdadeira explosão de estudos sobre o tema, no Brasil¹⁶⁴ e alhures. São elementos essenciais do pensamento jurídico contemporâneo a atribuição de normatividade aos princípios e o

¹⁶⁰ HOLMES ; SUNSTEIN, op. cit. 1999; GALDINO, op. cit. 2005; e BARCELLOS, op. cit., 2002.

¹⁶¹ BARROSO, L. R. *A doutrina brasileira da efetividade*. Temas de direito constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, v. 3.

¹⁶² DWORKIN, R. *Taking rights seriously*, 1997 (1ª edição: 1977), p. 22 e ss.

¹⁶³ ALEXY, Robert *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997, p. 81 e ss..

¹⁶⁴ CANOTILHO, J.J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Direito constitucional e teoria da Constituição. 6. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1253 e ss.; BONAVIDES, Paulo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.p. 243 e ss.

reconhecimento da distinção qualitativa entre regras e princípios. A doutrina costuma compilar uma enorme variedade de critérios para estabelecer a diferença entre ambos¹⁶⁵.

É quanto ao modo de aplicação que reside a principal distinção entre regra e princípio. Regras se aplicam na modalidade tudo ou nada: ocorrendo o fato descrito em seu relato ela deverá incidir, produzindo o efeito previsto¹⁶⁶.

Se não for aplicada à sua hipótese de incidência, a norma estará sendo violada. Não há maior margem para elaboração teórica ou valoração por parte do intérprete, ao qual caberá aplicar a regra mediante subsunção: enquadra-se o fato na norma e deduz-se uma conclusão objetiva. Por isso, se diz que as regras são mandados ou comandos definitivos¹⁶⁷: uma regra somente deixará de ser aplicada se outra regra a excepcionar ou se for inválida. Como consequência, os direitos nela fundados também serão definitivos¹⁶⁸.

Já os princípios abrigam um direito fundamental, um valor, um fim. Ocorre que, em uma ordem jurídica pluralista, a Constituição abriga princípios que apontam em direções diversas, gerando tensões e eventuais colisões entre eles.

Estes entrecosques podem ser de três tipos: a) colisão entre princípios constitucionais, como, e.g., a livre iniciativa versus a proteção do consumidor, na hipótese de se pretender tabelar o preço de determinado medicamento; b) colisão entre direitos fundamentais, como, e.g., o direito à vida e à saúde de uma pessoa versus o direito à vida e à saúde de outra pessoa, na hipótese de ambos necessitarem com urgência de transplante de determinado órgão, quando só exista um disponível; c) colisão entre direitos fundamentais e outros princípios constitucionais, como, e.g., o direito à saúde versus a separação de Poderes, no caso de determinadas opções legais ou administrativas acerca de tratamentos a serem oferecidos.

Como todas essas normas em rota de colisão têm a mesma hierarquia, não podem elas ser aplicadas na modalidade tudo ou nada, mas sim de acordo com a dimensão de peso que assumem na situação específica. Cabe à autoridade competente – que poderá ser o legislador ou o intérprete judicial – proceder à ponderação dos princípios e fatos relevantes, e não a subsunção do fato a uma regra determinada. Por isso, se diz que princípios são mandados de otimização: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos

¹⁶⁵ ALEXY, op. cit., 1997, p. 82.

¹⁶⁶ DWORIN, op. cit., 1997, p. 24: “Regras são aplicadas de modo tudo-ou-nada. Se os fatos que a regra estipular ocorrerem, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é, caso em que não contribuirá em nada para a decisão” (tradução livre).

¹⁶⁷ ALEXY, op. cit., 1997, p. 87 e 88

¹⁶⁸ SILVA, L. V. A. da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. Revista de Direito do Estado 4, p. 23-52, 2006.

jurídicos e fáticos presentes na hipótese¹⁶⁹. Daí, decorre que os direitos neles fundados são direitos *prima facie* – isto é, poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível¹⁷⁰.

Uma última observação: em muitas situações, o legislador realiza ponderações em abstrato, definindo parâmetros que devem ser seguidos nos casos de colisão. Quando isso ocorrer, não deve o intérprete judicial sobrepor a sua própria valoração à que foi feita pelo órgão de representação popular, a menos que esteja convencido – e seja capaz de racionalmente demonstrar – que a norma em que se consubstanciou a ponderação não é compatível com a Constituição¹⁷¹.

3.2 Os Obstáculos à Efetividade dos Direitos Sociais

Embora as normas definidoras de direitos sociais sejam dotadas de aplicabilidade imediata, isto não responde uma série de outras indagações, especialmente a respeito de quais os limites da vinculação dos órgãos estatais e mesmo dos particulares aos direitos fundamentais, assim como, em relação ao problema de quais as posições jurídicas subjetivas exigíveis que podem ser diretamente extraídas da previsão constitucional de determinado direito social.

É precisamente nesta esfera que se situam uma série de outras importantes e sempre atuais objeções aos direitos sociais, especialmente no que diz com a sua efetivação¹⁷².

Certamente é a assim designada “reserva do possível”, que, por sua vez, diz respeito a uma série de outras “resistências” aos direitos sociais como direitos subjetivos, que tem sido o pivô da maioria das discussões, que vão desde a delimitação do conteúdo em si da reserva do possível, até os limites da atuação jurisdicional nesta matéria, designadamente quando esta esbarra em escassez de recursos, limitações orçamentárias e obstáculos de outra natureza.

Justamente pelo fato de os direitos sociais na sua condição de direitos a prestações terem por objeto prestações estatais vinculadas diretamente à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais, aponta-se, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante.

Já os direitos de defesa, por serem, na sua condição de direitos subjetivos, em primeira linha, dirigidos a uma conduta omissiva (atuando como proibições de intervenção), são geralmente considerados destituídos desta dimensão econômica, na medida em que o bem

¹⁶⁹ ALEXY, op. cit., 1997, p. 86.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 482

¹⁷¹ SARMENTO, D. *A ponderação de interesses na Constituição*, 2000, p. 114.

¹⁷² SAMPAIO, op. cit., 2003, p 264

jurídico que protegem (vida, intimidade, liberdade, etc.) pode ser assegurado, na dimensão negativa ora em destaque – como direito subjetivo exigível em Juízo – independentemente das circunstâncias econômicas, ou, pelo menos, sem a alocação direta, por força de decisão judicial de recursos econômicos para este efeito.

De qualquer modo, é preciso que se deixe consignado, que a referida “irrelevância econômica” dos direitos de defesa (negativos) não dispensa alguns comentários e esclarecimentos mais detidos.

Com efeito, já se fez menção que todos os direitos fundamentais (inclusive os assim chamados direitos de defesa), na esteira da obra de Holmes e Sunstein e de acordo com a posição entre nós sustentada por autores como Gustavo Amaral e Flávio Galdino são, de certo modo, sempre direitos positivos, no sentido de que também os direitos de liberdade e os direitos de defesa em geral exigem, para sua tutela e promoção, um conjunto de medidas positivas por parte do poder público e que sempre abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para sua proteção e efetivação de uma maneira geral.¹⁷³

Assim, não há como negar que todos os direitos fundamentais podem implicar “um custo”, de tal sorte que esta circunstância não se limita nem aos direitos sociais na sua dimensão prestacional. Apesar disso, seguimos convictos de que, para o efeito de se admitir a imediata aplicação pelos órgãos do Poder Judiciário, o “fator custo” de todos os direitos fundamentais, nunca constituiu um elemento, por si só e de modo eficiente, impeditivo da efetivação pela via jurisdicional. É exatamente neste sentido que deve ser tomada a referida “neutralidade” econômico-financeira dos direitos de defesa, visto que a sua eficácia jurídica (ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais na condição de direitos negativos) e a efetividade, naquilo que depende da possibilidade de efetivação pela via jurisdicional, não tem sido colocada na dependência da sua possível relevância econômica.

Já no que diz com os direitos sociais a prestações, seu “custo” assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação¹⁷⁴, significando, pelo menos para grande parte da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se aloque algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas.

¹⁷³ GALDINO, op. cit., 2005, p. 147.

¹⁷⁴ SARLET, I.W.; FIGUEIREDO, M.F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Por outro lado, se a regra da relevância econômica dos direitos sociais, na condição de direitos a prestações, pode ser aceita sem maiores reservas, há que questionar, todavia, se efetivamente todos os direitos desta natureza apresentam dimensão econômica relevante, havendo, neste contexto, quem sustente a existência de exceções, apontado para direitos sociais a prestações economicamente neutros (não implicam a alocação de recursos para sua implementação), no sentido de que há prestações materiais condicionadas ao pagamento de taxas e tarifas públicas¹⁷⁵, além de outras que se restringem ao acesso aos recursos já disponíveis.

É preciso observar, contudo, que, mesmo nas situações apontadas, ressalta uma repercussão econômica ao menos indireta, uma vez que até o já disponível resultou da alocação e aplicação de recursos, sejam materiais, humanos ou financeiros em geral, oriundos, em regra, da receita tributária e de outras formas de arrecadação do Estado.

Diretamente vinculada a esta característica dos direitos fundamentais sociais a prestações, está a problemática da efetiva disponibilidade do seu objeto, isto é, se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada (isto é, de prestar o que a norma lhe impõe seja prestado), encontrando-se, portanto, na dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação¹⁷⁶.

Já há tempo se averbou que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais¹⁷⁷, de tal sorte que a limitação dos recursos, segundo alguns, opera como autêntico limite fático à efetivação desses direitos¹⁷⁸. Distinta (embora conexa) da disponibilidade efetiva dos recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado (assim como o destinatário em geral) também deve ter a capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes¹⁷⁹. Encontramo-nos, portanto, diante de duas facetas diversas, porém intimamente entrelaçadas, que caracterizam os direitos fundamentais sociais prestacionais. É justamente em virtude desses aspectos que se passou a sustentar a colocação

¹⁷⁵ MURSWIEK, D. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte. In: J. Isensee-P. Kirchhof (Org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. V, p. 254.

¹⁷⁶ LOPES, J.R. de L. 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. 131

¹⁷⁷ BRUNNER, Georg, Die Problematik der sozialen Grundrechte. in: *Recht und Staat* Nr. 404-405, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1971, p. 14 e ss.

¹⁷⁸ STARCK, C. "Staatliche Organisation und Staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen?" in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, vol. II, Tübingen: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1976, p. 518.

¹⁷⁹ BRUNNER, op. cit., 1971, p. 16

dos direitos sociais a prestações sob o que se convencionou designar de uma “reserva do possível”, que, compreendida em sentido amplo, abrange mais do que a ausência de recursos materiais propriamente ditos indispensáveis à realização dos direitos na sua dimensão positiva¹⁸⁰.

A utilização da expressão “reserva do possível” tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970¹⁸¹. De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos.

A partir disso, a “reserva do possível” (*Der Vorbehalt des Möglichen*) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público¹⁸².

Tais noções foram acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade.

Com efeito, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável¹⁸³. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça *jus* ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende – de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador¹⁸⁴.

¹⁸⁰ FIGUEIREDO, M. F. *Direito Fundamental à Saúde*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 131 e ss. Igualmente seguindo esta linha, v. Daniel Sarmiento, “A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Éticos e Jurídicos”, in: *Direitos Sociais*, p. 569 e ss.

¹⁸¹ CANOTILHO, J.J.G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 108.

¹⁸² KRELL, A. J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 51.

¹⁸³ Cf. *BVerfGE* 33, 303 (333).

¹⁸⁴ WIEGAND, D. *Sozialstaatsklausel und soziale Teilhaberechte*. In: *DVBL* 1974, p. 657.

A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível, especialmente se compreendida em sentido mais amplo, apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais (por exemplo, os da igualdade e subsidiariedade), exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramental para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.

Por outro lado, não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais¹⁸⁵, como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais¹⁸⁶.

A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental¹⁸⁷.

¹⁸⁵ SCHÄFER, J. *Classificação dos Direitos Fundamentais: do Sistema Geracional ao Sistema Unitário – uma Proposta de Compreensão*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 67.

¹⁸⁶ PEREIRA, J.R.G. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 131 e ss., assim como, por último, Luis Virgílio Afonso da Silva, “O Conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais”, *Revista de Direito do Estado*, Ano 1, n. 4, out/dez 2006, p. 23-52.

¹⁸⁷ BARROSO, op. cit., 2005, p. 364

Neste contexto, há quem sustente que, por estar em causa uma verdadeira opção quanto à afetação material dos recursos, também há de ser tomada uma decisão sobre a aplicação destes, que, por sua vez, depende da conjuntura socioeconômica global, partindo-se, neste sentido, da premissa de que a Constituição não oferece, ela mesma, os critérios para esta decisão, deixando-a a cargo dos órgãos políticos (de modo especial ao legislador) competentes para a definição das linhas gerais das políticas na esfera socioeconômica.¹⁸⁸

É justamente por esta razão que a realização dos direitos sociais, na sua condição de direitos subjetivos a prestações, de acordo com oportuna lição de Gomes Canotilho – costuma ser encarada como sendo sempre também um autêntico problema em termos de competências constitucionais, pois, segundo averba o autor referido, “ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais”¹⁸⁹.

Como dá conta a problemática posta pelos que apontam para um “custo dos direitos” (por sua vez, indissociável da assim designada “reserva do possível”), a crise de efetividade vivenciada, com cada vez maior agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões, está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais.

Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público¹⁹⁰, assim como do próprio processo de administração das políticas públicas em geral, seja no plano da atuação do legislador, seja na esfera administrativa, como bem destaca Rogério Gesta Leal¹⁹¹, o que também diz respeito à ampliação do acesso à justiça como direito a ter direitos capazes de serem efetivados e, além disso, envolve a discussão em torno da necessidade de evitar interpretações excessivamente restritivas no que diz com a legitimação do Ministério Público e das organizações sociais para atuar na esfera da efetivação também dos direitos sociais¹⁹².

¹⁸⁸ ANDRADE, op. cit., 2009, p. 200.

¹⁸⁹ CANOTILHO, J.J.G. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 369.

¹⁹⁰ SCAFF, F.F. Controle Público e Social da Atividade Econômica. *XVII Conferência Nacional da OAB, Anais...* v. I, Rio de Janeiro, 1999, p. 925-941.

¹⁹¹ LEAL, R.G. *Estado, Administração Pública e Sociedade: Novos Paradigmas*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 57

¹⁹² PORTO, P.R. da F. *Direitos Fundamentais Sociais. Considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Neste contexto, é de saudar a doutrina que, desde que ressalvada a possibilidade de uma tutela individual, tem advogado um maior investimento e até mesmo uma preferência da tutela coletiva, com o intuito de reduzir os diversos efeitos colaterais (os excessos e inconsistências dos quais nos fala Luís Roberto Barroso¹⁹³), resultantes especialmente da litigância individual descontrolada em matéria de prestações sociais, assegurando, por esta via, (da ação coletiva) um tratamento mais isonômico e racional, além de evitar ao máximo o casuísmo e a insegurança, que implicam impacto sobre o sistema de políticas públicas, nem sempre compatível com o objetivo de assegurar a máxima efetividade dos direitos fundamentais para a maior parte das pessoas¹⁹⁴.

Além disso, assume caráter emergencial uma crescente conscientização por parte dos órgãos o Poder Judiciário, de que não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas que, ao fazê-lo, *haverão de obrar com máxima cautela e responsabilidade*, seja ao concederem (seja quando negarem) um direito subjetivo a determinada prestação social, ou mesmo quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida estatal com base na alegação de uma violação de direitos sociais, sem que tal postura, como já esperamos ter logrado fundamentar, venha a implicar necessariamente uma violação do princípio democrático e do princípio da separação dos Poderes.

Neste sentido, (e desde que assegurada atuação dos órgãos jurisdicionais, quando e na medida do necessário) efetivamente há que dar razão a Holmes e Sunstein quando afirmam que levar direitos a sério (especialmente pelo prisma da eficácia e efetividade) é sempre também levar a sério o problema da escassez.¹⁹⁵

Parece-nos oportuno apontar aqui (mesmo sem condições de desenvolver o ponto) que os princípios da moralidade e da eficiência¹⁹⁶, e também os correlatos princípios (e deveres) de publicidade e transparência, que direcionam a atuação da administração pública em geral, assumem um papel de destaque nessa discussão, notadamente quando se cuida de administrar a escassez de recursos e potencializar a efetividade dos direitos sociais.

¹⁹³ BARROSO, L.R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS* / Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, v. 1, n.1, p. 876, 1998. p. 876.

¹⁹⁴ BARROSO, L.R. já citada, os aportes de Ana Paula Barcellos, “O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata”, in: SOUZA NETO, C.P. de; SARMENTO, D. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. ; SARMENTO, D. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos, in: *Direitos Sociais*, p. 883 e ss.; SOUZA NETO C.P. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros, in: *Direitos Sociais*, p. 543-44; SILVA, L.V.A. da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais, in: *Direitos Sociais*, p. 597 e ss.

¹⁹⁵ HOLMES ; SUNSTEIN, op. cit., 1999, p. 94.

¹⁹⁶ GALDINO, Flávio *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*, p. 255 e ss.

Neste contexto, dada a íntima conexão desta problemática com a discussão em torno da assim designada “reserva do possível” na condição de limite fático e jurídico à efetivação judicial (e até mesmo política) de direitos fundamentais – e não apenas dos direitos sociais, consoante já frisado – vale destacar que também resta abrangida na obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível.

Isso significa, em primeira linha, que se a reserva do possível há de ser encarada com reservas¹⁹⁷, também é certo que as limitações vinculadas à reserva do possível não são, em si mesmas, necessariamente uma falácia.

O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social.

Assim, levar a sério a “reserva do possível” (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente – mas não exclusivamente! - em face do sentido do disposto no artigo 5º, § 1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos.¹⁹⁸

Por outro lado, para além do fato de que o critério do mínimo existencial – como parâmetro do reconhecimento de direitos subjetivos a prestações – por si só já contribui para a “produtividade” da reserva do possível¹⁹⁹, há que explorar outras possibilidades disponíveis na nossa ordem jurídica e que, somadas e bem utilizadas, certamente haverão de reduzir de modo expressivo, se não até mesmo neutralizar, o seu impacto, inclusive no que diz com prestações que transcendam a garantia do mínimo existencial.

Neste contexto, também assume relevo o já referido princípio da proporcionalidade, que deverá presidir a atuação dos órgãos estatais e dos particulares, seja quando exercem função

¹⁹⁷ FREITAS, J. de. *A Interpretação Sistemática do Direito*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 211.

¹⁹⁸ SOUZA NETO, C.P. de. A justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros”, in: *Direitos Sociais*, p. 545, assim como Daniel Sarmento, in: *Direitos Sociais*, op. cit., p.

¹⁹⁹ BARCELLOS, op. cit., 2002, p. 236.

tipicamente estatal, mesmo que de forma delegada (com destaque para a prestação de serviços públicos)²⁰⁰ seja aos particulares de um modo geral²⁰¹.

Além disso, nunca é demais recordar que a proporcionalidade haverá de incidir na sua dupla dimensão como proibição do excesso e de insuficiência²⁰², além de, nesta dupla acepção, atuar sempre como parâmetro necessário de controle dos atos do poder público, inclusive dos órgãos jurisdicionais, igualmente vinculados pelo dever de proteção e efetivação dos direitos fundamentais.

Isto significa, em apertadíssima síntese, que os responsáveis pela efetivação de direitos fundamentais, inclusive e especialmente no caso dos direitos sociais, onde a insuficiência de proteção e promoção²⁰³ (em virtude da omissão plena ou parcial do legislador e administrador) causa impacto mais direto e expressivo, deverão observar os critérios parciais da adequação (aptidão do meio no que diz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da equação custo-benefício – para alguns, da razoabilidade no que diz com a relação entre os meios e os fins), respeitando sempre o núcleo essencial do(s) direito(s) restringido(s), mas também não poderão, a pretexto de promover algum direito, desguarnecer a proteção de outro(s) no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito.

Neste contexto, vale o registro de que a proibição de insuficiência assume particular ênfase no plano da dimensão positiva (prestacional) dos direitos fundamentais, o que remete, por sua vez, à questão do mínimo existencial, que volta a assumir um lugar de destaque também nesta seara, embora não se possa aqui desenvolver mais tais aspectos.

Além do mais, convém destacar que aqui se revela possível a aplicação – cautelosa – de algumas das propostas oriundas da assim chamada análise econômica do Direito (ou Direito e Economia), precisamente no controle da observância dos critérios da proporcionalidade na sua dupla dimensão, onde não se pode mais justificar, até para que se possa responder às críticas endereçadas ao mau uso do princípio, a ausência de preocupação, registrada em muitas decisões

²⁰⁰ ARAGÃO, A.S. de. Serviços Públicos e Direitos Fundamentais. In: SARMENTO, D.; GALDINO, F. (org.). *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3.

²⁰¹ SARMENTO, D. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.332 e ss., e, por último, SARLET, I.W. Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado. In: *Revista de Direito do Consumidor* n° 61, janeiro-março de 2007, p. 90.

²⁰² CANARIS, op. cit., 2003, p. 119, e, entre nós, SARLET, I.W. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n° 47, mar.-abr. de 2004, p. 60-122.

²⁰³ CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 267.

judiciais, com as consequências do provimento jurisdicional, como se tais efeitos não pudessem, por sua vez, atingir direitos de terceiros e do próprio titular da demanda.

Com efeito, aferir a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não dispensa considerações vinculadas à realidade – análise do impacto sobre o sistema de políticas públicas, por exemplo - e não se faz apenas no âmbito de uma análise “estritamente jurídica”, como se fosse possível, ainda mais neste plano, desvincular questões de fato e de Direito.

Outra possibilidade, já referida, diz com o controle (que abrange o dever de aperfeiçoamento, resultante dos deveres de proteção) judicial das opções orçamentárias e da legislação relativa aos gastos públicos em geral (inclusive da que dispõe sobre a responsabilidade fiscal), já que, com isso, se poderá, também, minimizar os efeitos da reserva do possível, notadamente no que diz com sua componente jurídica, tendo em conta a possibilidade (ainda que manuseada com saudável e necessária cautela) de redirecionar recursos (ou mesmo suplementá-los) no âmbito dos recursos disponíveis e, importa frisar, disponibilizáveis.

Com efeito, o que se verifica, em muitos casos, é uma inversão hierárquica tanto em termos jurídico-normativos quanto em termos axiológicos, quando se pretende bloquear qualquer possibilidade de intervenção neste plano, a ponto de se privilegiar a legislação orçamentária em detrimento de imposições e prioridades constitucionais²⁰⁴ e, o que é mais grave, prioridades em matéria de efetividade de direitos fundamentais. Tudo está a demonstrar, portanto e como bem recorda Eros Grau, que a assim designada reserva do possível “não pode ser reduzida *a limite posto pelo orçamento*, até porque, se fosse assim, um direito social sob ‘reserva de cofres cheios’ equivaleria, na prática – como diz José Joaquim Gomes Canotilho – a nenhuma vinculação jurídica”²⁰⁵. Importa, portanto, que se tenha sempre em mente, que quem “governa” – pelo menos num Estado Democrático (e sempre constitucional) de Direito – é a Constituição, de tal sorte que aos poderes constituídos impõe-se o dever de fidelidade às opções do Constituinte, pelo menos no que diz com seus elementos essenciais, que sempre serão limites (entre excesso e insuficiência!) da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade (sempre vinculada) do administrador e dos

²⁰⁴ LEAL, R.G. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, I.W. (Org.), *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, v.1, I, Tomo I, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 157.

²⁰⁵ GRAU, E.R. Realismo e Utopia Constitucional. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes ; MORAES, Filomeno (Coord.), *Direito Constitucional Contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Bonavides*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 125

órgãos jurisdicionais²⁰⁶. Nesta seara, embora já se tenham verificado expressivos avanços, seja em termos doutrinários, seja no plano jurisprudencial, há que seguir investindo significativamente.

Além disso, o eventual impacto da reserva do possível certamente poderá ser, se não completamente neutralizado, pelo menos minimizado, mediante o controle (também jurisdicional!) das decisões políticas acerca da alocação de recursos, inclusive no que diz com a transparência das decisões e a viabilização do controle social sobre a aplicação dos recursos alocados no âmbito do processo político²⁰⁷.

Uma vez que a possibilidade de satisfação dos direitos reconhecidos pela Constituição (e também na esfera da legislação infraconstitucional) guarda vinculação com escolhas estratégicas sobre qual a melhor forma de aplicar os recursos públicos, tal como recordam Holmes e Sunstein, há, de fato, boas razões de ordem democrática a indicarem que as decisões sobre quais direitos efetivar (assim como sobre em que medida se deve fazê-lo!) devam ser feitas do modo mais aberto possível e com a garantia dos níveis mais efetivos de informação da população, destinatária por excelência das razões e justificativas que devem sustentar as decisões tanto dos agentes políticos em geral quanto dos juízes²⁰⁸. De outra parte, não se deve olvidar que uma série de garantias constitucionais, como é o caso da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF), viabilizam o acesso ao Judiciário, sempre que haja lesão ou ameaça de lesão a direito, sem que se possa excluir qualquer direito e, em princípio, qualquer tipo de ameaça de lesão ou lesão, ainda que veiculada por meio de “políticas públicas”, seja decorrente da falta destas.²⁰⁹

De outra banda, conectado com a reserva do possível e com a distribuição das competências no campo do sistema estatal, de um modo geral no que diz com os deveres prestacionais vinculados aos direitos fundamentais, importa mencionar o papel do princípio da subsidiariedade, cuja operatividade transcende a sua já tradicional importância no âmbito do sistema federativo, ainda mais quando conectado com o princípio (e dever!) de solidariedade e a própria dignidade da pessoa humana.

²⁰⁶ BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Discrecionabilidade e Controle Jurisdicional*, 2. ed., 8. tir., São Paulo: Malheiros, 2007, v. em especial os recentes desenvolvimentos de KRELL, A. *Discrecionabilidade Administrativa e Proteção Ambiental*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004; BINENMBOJM, G. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, especialmente p. 193 e ss.

²⁰⁷ COMPARATO, op. cit., 2003, p. 256/257.

²⁰⁸ HOLMES ; SUNSTEIN, op. cit., 1999, p. 227.

²⁰⁹ BUCCI, M.P.D. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, São Paulo: Saraiva, 2006.

Sem que se possa também quanto a este ponto aprofundar o debate, há que recordar – de acordo com a precisa e oportuna lição de Jörg Neuner – que o princípio da subsidiariedade assume, numa feição positiva, o significado de uma imposição de auxílio e, numa acepção negativa, a necessária observância, por parte do Estado, das peculiaridades das unidades sociais inferiores, não podendo atrair para si as competências originárias daquelas.

Neste sentido, ainda na esteira de Neuner, o princípio da subsidiariedade assegura simultaneamente um espaço de liberdade pessoal e fundamenta uma “primazia da auto responsabilidade”, que implica, para o indivíduo, um dever de zelar pelo seu próprio sustento e o de sua família²¹⁰.

Já à luz dessas sumárias considerações e a despeito de toda a controvérsia em torno do significado do princípio da subsidiariedade, vislumbra-se aqui a premente necessidade de valorizar a sua operatividade, designadamente no campo da distribuição de encargos no âmbito da efetivação de padrões mínimos de justiça social entre os órgãos estatais e a sociedade, o que não significa necessariamente aderir a uma fundamentação prevalentemente liberal dos direitos fundamentais e muito menos implica uma cogente redução dos direitos sociais (especialmente na sua dimensão positiva) à subsidiariedade, questões que aqui não poderão ser enfrentadas.

De outra parte, o princípio (e dever) da subsidiariedade, compreendido (também) no sentido de uma exigência do exercício efetivo da autonomia e da cobrança de pelo menos uma corresponsabilidade pessoal (que, por óbvio, deverá observar os critérios da proporcionalidade e atender às circunstâncias pessoais) acaba por atuar inclusive na compreensão do próprio conteúdo e significado do princípio da dignidade da pessoa humana, temática que por si só já demandaria uma investigação específica e que, de resto, guarda conexão com o princípio da solidariedade.

Apenas para ilustrar as possíveis aplicações na esfera dos direitos sociais, há que referir o exemplo da possibilidade de impor, em determinadas circunstâncias, até mesmo a cobrança de taxas (proporcionais e que considerem as reais condições do usuário), na esfera do sistema público de saúde, no âmbito de uma leitura harmonizada do princípio da universalidade e da subsidiariedade, tal como já havíamos sugerido²¹¹. Igualmente, a exigência de demonstração da efetiva necessidade (hiposuficiência) por parte do autor das demandas judiciais, também já

²¹⁰ NEUNER, Jörg. “Los Derechos Humanos Sociales”, in: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 9, p. 254-255, 2005.

²¹¹ SARLET, I.W. ; FIGUEIREDO, M.F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 1, n. 1, out/dez. 2007, p. 201

referida em outra oportunidade, há que ser levada a sério no controle judicial dos pleitos, especialmente quando individuais²¹².

No que diz com a atuação do Poder Judiciário, não há como desconsiderar o problema da sua prudente e responsável auto-limitação funcional (do assim designado *judicial self restraint*), que evidentemente deve estar sempre em sintonia com a sua necessária e já afirmada legitimação para atuar, de modo pró-ativo, no controle dos atos do poder público em prol da efetivação ótima dos direitos (de todos os direitos) fundamentais²¹³.

Que a atuação dos órgãos jurisdicionais – sempre provocada – não apenas não dispensa, como inclusive exige uma contribuição efetiva dos demais atores políticos e sociais, como é o caso do Ministério Público, das agências reguladoras, dos Tribunais de Contas, das organizações sociais de um modo geral, bem como dos cidadãos individualmente considerados, resulta evidente, mas nem sempre corresponde a uma prática institucional efetiva nesta seara. Da mesma forma, imprescindível, como bem aponta relevante doutrina, maior investimento na análise do perfil (e da capacidade) institucional do Poder Judiciário na esfera da promoção da justiça social e, portanto, a importância de se instaurar um autêntico diálogo interinstitucional²¹⁴, que, por sua vez, passa pelo respeito ao princípio e correspondente dever de cooperação.

Também, neste contexto, assumem relevo os princípios da moralidade e da probidade da administração pública, de tal sorte que – mesmo sem desenvolver o ponto – é possível afirmar que a maximização da eficácia e efetividade de todos os direitos fundamentais, na sua dupla dimensão defensiva e prestacional, depende, em parte significativa (e a realidade brasileira bem o demonstra!) da otimização do direito fundamental a uma boa (e portanto sempre proba e moralmente vinculada) administração.

Por derradeiro, já encaminhando para o fechamento desta etapa e cientes de que diversos aspectos desafiam maior desenvolvimento (além de outros que sequer foram tangenciados) reafirmamos aqui o nosso entendimento de que, embora o conteúdo judicialmente exigível dos direitos sociais como direitos a prestações não possa ser limitado a garantia do mínimo existencial, quando este estiver em causa (e pelo menos nesta esfera), há que reconhecer aquilo que já se designou de direito subjetivo definitivo a prestações (como tem

²¹² SARLET, I.W. ; FIGUEIREDO, M.F. op cit. 2007, p. 201

²¹³ MELLO, C. A. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

²¹⁴ LOPES, J.R.L. *Direitos Sociais*. Teoria e Prática. São Paulo: Método, 2006, p. 185

sido o caso de Robert Alexy e José Joaquim Gomes Canotilho, entre outros) e, portanto, plenamente exigível também pela via jurisdicional.

As objeções atreladas à reserva do possível não poderão prevalecer nesta hipótese, exigíveis, portanto, providências que assegurem, no caso concreto, a prevalência da vida e da dignidade da pessoa, inclusive o cogente direcionamento ou redirecionamento de prioridades em matéria de alocação de recursos, pois é disso que no fundo se está a tratar²¹⁵.

Até mesmo a tese de que a reserva do possível poderia servir de argumento eficiente a afastar a responsabilidade do Estado (por ação ou omissão, vale dizer!) não nos parece que possa ser aceita, ainda mais de modo generalizado, na esfera das prestações que inequivocamente dizem com o mínimo existencial.

Que a defesa de um direito subjetivo definitivo na esfera das prestações vinculadas ao mínimo existencial e a superação da reserva do possível especialmente neste âmbito – aqui retomada sem maior desenvolvimento – não afasta a necessidade de se discutir uma série de problemas (parte dos quais já anunciados) e não responde todas as indagações, resulta evidente.

²¹⁵ SARLET, I.W. *Die Problematik der sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz: eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1997, e posteriormente na obra *A Eficácia dos Direitos Fundamentais* (já referida e com primeira edição de 1998), por último, a enfática e bem fundamentada manifestação de MOLINARO, C. A. ; MILHORANZA, M. G. Alcance político da jurisdição no âmbito do direito à saúde. In: ASSIS, A. de (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde*. Porto Alegre: Notadez, 2007, p. 220.

4 O DIREITO SOCIAL E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

A expressão “reserva do possível” (Vorbehalt des Möglichen) foi utilizada pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão²¹⁶, em julgamento proferido em 18 de julho de 1972. Trata-se da decisão BVerfGE²¹⁷ 33, 303 (*numerus clausus*)²¹⁸, na qual se analisou a constitucionalidade, em controle concreto, de normas de direito estadual que regulamentavam a admissão aos cursos superiores de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera nos anos de 1969 e 1970. Em razão do exaurimento da capacidade de ensino dos cursos de medicina, foram estabelecidas limitações absolutas de admissão (*numerus clausus*).

Essas restrições de acesso ao ensino superior foram questionadas perante o Tribunal Constitucional Federal Alemão. Alegava-se estar diante de ofensa ao artigo 12, I, da Lei Fundamental alemã, que cuida da liberdade profissional e dispõe que “todos os alemães têm o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e de formação profissional. O exercício profissional pode ser regulamentado por lei ou com base em lei”²¹⁹. Nos termos desse dispositivo constitucional, o direito fundamental à liberdade profissional é amplo, abrangendo não só o direito de escolher profissão e local de trabalho, como também o direito de escolher o local de formação profissional²²⁰.

A formação é um estágio que antecede o início da profissão. O direito de admissão ao curso universitário seria, então, uma decorrência do direito à livre escolha da profissão e do local de ensino, associado aos princípios da igualdade e do Estado Social²²¹. Logo, uma limitação ao acesso às universidades (local de formação profissional) configuraria ofensa ao

²¹⁶ Nesse sentido: TORRES, R. L. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 103; NUNES JUNIOR, op. cit., 2009, p. 173; SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., 2007, p. 29. In SARLET, I.W.; TIMM, L.B. (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

²¹⁷ BVerfGE é a abreviação de Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (decisões do Tribunal Constitucional Federal).

²¹⁸ Decisão consultada em SCHWABE, Jürgen. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Organização e introdução por Leonardo Martins. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 656-667. Para conferir no idioma original, v. www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html. Acesso em 20 de fev/2015.

²¹⁹ No original: Artikel 12 [Berufsfreiheit](1)Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungs- stätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.

²²⁰ Afirma HESSE, Konrad que “o direito fundamental à livre escolha dos centros de formação até agora somente ganhou significado em restrições de admissão absolutas para o acesso ao estudo escolar superior”. HESSE, op. cit., 1998, p. 321.

²²¹ SCHWABE, op. cit., 2005, p. 657.

direito à liberdade profissional, ressalvada a possibilidade de regulamentação desse direito por lei, ou com base em lei. Essa limitação de acesso poderia não só afetar a escolha do local de formação, como influenciaria a escolha da própria profissão, pois seria capaz de modificar a intenção original do candidato ao curso²²².

Apesar disso, o Tribunal entendeu ser possível restringir o acesso aos cursos de medicina, uma vez que os direitos sociais de participação em benefícios estatais “*se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade*”²²³ Por conseguinte, foi empregada a expressão reserva do possível para se sustentar que não é possível conceder aos indivíduos tudo o que pretendem, pois há pleitos cuja exigência não é razoável²²⁴.

Mais adiante, na mesma decisão, o Bundesverfassungsgericht se referiu à capacidade financeira estatal no seguinte trecho:

Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade²²⁵

Diante dessas considerações, o Tribunal alemão concluiu que as limitações absolutas de admissão seriam constitucionais desde que atendidos alguns pressupostos. Exige-se que as restrições, veiculadas por meio de lei ou com base em lei, sejam fixadas apenas nos limites do estritamente necessário, após a utilização de toda a capacidade de ensino existente, e que a escolha e a distribuição das vagas ocorram segundo critérios racionais, com igual chance para todos os candidatos qualificados ao ensino superior²²⁶.

Desse modo, verifica-se que a ideia de reserva do possível para o Tribunal Federal Alemão não se relaciona necessariamente com as possibilidades fáticas em termos de

²²² SCHWABE, op. cit., 2005, p. 659. Segundo o Tribunal, “candidatos socialmente mais carentes não têm as mesmas possibilidades, como os mais abastados, de passar por períodos mais longos de espera ou de tentar a realização de um curso no exterior”.

²²³ Ibidem, p. 663. No original: “(...) stehen sie doch unter dem Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann”.

²²⁴ O termo empregado no original é “vernünftigerweise”, que no livro Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão foi traduzido por “racionalmente”. Todavia, a palavra “vernünftig”, da qual deriva o advérbio “vernünftigerweise”, também pode ser traduzida por razoável ou sensato (dicionário alemãoportuguês, Taschenwörterbuch Portugiesisch. Berlim e Munique: Langenscheidt, 2001). Aqui serão empregados indistintamente os termos razoavelmente e racionalmente. Portanto, neste contexto não nos ateremos ao conceito técnico de razoabilidade como “compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como à aferição da legitimidade dos fins”. SILVA, L. V. A. da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, n. 798, 2002, p. 32.

²²⁵ SCHWABE, op. cit., p. 664.

²²⁶ Ibidem, p. 667.

disponibilidade financeira²²⁷, mas com o que é racional ao indivíduo exigir do Estado e, consequentemente, da sociedade. Caberia, então, à sociedade determinar a razoabilidade ou não da pretensão²²⁸. De acordo com o Tribunal, “*o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é incompatível com a ideia do Estado social*”²²⁹”.

A noção de reserva do possível serviria, portanto, como um limite às pretensões dos indivíduos em tema de direitos sociais de participação em benefícios estatais, com base em um critério de proporcionalidade.²³⁰

Após a utilização inicial da cláusula da reserva do possível pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, a expressão se difundiu, podendo-se falar em uma “teoria da reserva do possível”, que justificaria a existência de limitações à efetivação dos direitos sociais.

Assim, a expressão passou a ser empregada não só na Alemanha, mas também em diversos outros países. Em Portugal, por exemplo, a doutrina vem se ocupando da reserva do possível²³¹. José Joaquim Gomes Canotilho é um crítico da concepção, asseverando que:

rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a ideia 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.²³²

No Brasil, do mesmo modo, a noção de reserva do possível se propagou. Aqui, contudo, a expressão perdeu parte de seu sentido inicial²³³, pois a doutrina não costuma se referir à razoabilidade da pretensão, mas tão-somente à disponibilidade ou não de recursos. Seria apenas a reserva do financeiramente possível.

²²⁷ No caso em análise, aludiu-se às dificuldades estatais em realizar investimentos no ensino superior de acordo com as demandas individuais flutuantes, que impediriam o exato dimensionamento prévio das vagas a serem destinadas para cada curso. A decisão não cuidou expressamente de eventual incapacidade econômica do Estado alemão para realizar os investimentos necessários à criação de novas vagas. SCHWABE, op. cit. 2005, p. 663.

²²⁸ TORRES, op. cit. 2009, p. 104.

²²⁹ SCHWABE, op. cit. 2005, p. 664.

²³⁰ Ibidem, p. 666. Sobre proporcionalidade, v. ALEXY, op. cit., 2011. Acerca da distinção entre razoabilidade e proporcionalidade, consultar SILVA, L.V.A. da op. cit. 2002, p. 23 a 50.

²³¹ Para TORRES, op. cit., 2009, p.104, a expressão “vem sendo utilizada em Portugal, sem distorções, embora com a discordância dos juristas adeptos da Constituição Dirigente”. O direito ao mínimo existencial. Não é de estranhar tal discordância, tendo em vista que a reserva do possível tem sido invocada para justificar restrições aos direitos sociais.

²³² CANOTILHO, op. cit., 2004, p. 481.

²³³ TORRES, op. cit., 2009, p. 106.

Fernando Facury Scaff aborda o tema nesta perspectiva, ao afirmar que “*todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com exigências de harmonização econômica geral*”²³⁴.

Outros autores também estabelecem essa relação entre reserva do possível e disponibilidade financeira²³⁵. Nesse sentido é o posicionamento de Ana Paula de Barcellos, para quem “*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*”²³⁶.

A autora divide a reserva do possível em fática e jurídica²³⁷, a reserva do possível fática estaria ligada à existência de recursos, ao passo que a reserva do possível jurídica diria respeito à previsão orçamentária para a despesa.

No ponto, convém trazer a interessante observação de Eros Grau acerca da reserva do possível fática. Para o autor, estar-se-á diante da reserva do possível fática se, preservados os recursos indispensáveis à continuidade do serviço público, houver inexistência de disponibilidade de caixa²³⁸. Dessa forma, Eros Grau faz uma ressalva à ideia de indisponibilidade de recursos em caixa, ao afirmar que os valores destinados à manutenção do serviço público não podem ser comprometidos, não entrando na verificação de existência de dinheiro para fins de atendimento de demandas relativas a direitos sociais.

Ingo Sarlet, por sua vez, entende que a reserva do possível teria dimensão tríplice, pois além dos aspectos de reserva do possível fática e jurídica, apresenta um terceiro aspecto, que “*envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade*”²³⁹. Com isso, insere o aspecto da razoabilidade, ao lado do aspecto econômico da reserva do possível, como aqui defendido.

Depois de apresentar a classificação da reserva do possível em fática e jurídica, Ana Paula de Barcellos questiona a possibilidade de se alegar a reserva do possível fática²⁴⁰, no

²³⁴ SCAFF, F.F. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível, In: SARLET; TIMM, op. cit., 2010. p. 151.

²³⁵ TORRES, op. cit., 2009, p. 110, critica a imprecisão terminológica consistente em utilizar a expressão “disponibilidade financeira” “para suprir assim a falta de verba orçamentária como a de dinheiro”. Neste trabalho, todavia, a expressão disponibilidade financeira será empregada em sentido amplo. A distinção será abordada apenas ao se mencionar a diferença entre reserva do possível jurídica e reserva do possível fática, o que será feito na sequência.

²³⁶ BARCELLOS, op. cit., 2011, p. 276.

²³⁷ Ibidem, p. 277-278.

²³⁸ A Emenda Constitucional nº 30/00: pagamento de precatórios judiciais. Revista de Direito Administrativo 229:98, 2002, apud BARCELLOS, op. cit., p. 278.

²³⁹ SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., 2010, p. 29.

²⁴⁰ “É possível questionar a realidade dessa espécie de circunstância quando se trata do Poder Público, tendo em conta a forma de arrecadação de recursos e a natureza dos ingressos públicos. Seja como for, a inexistência absoluta

sentido de ausência total de recursos em caixa, tendo em vista que o Estado tem como arrecadar mais recursos²⁴¹. Todavia, é a própria sociedade a responsável por fornecer os recursos ao Estado. E esse raciocínio leva, de fato, à conclusão de que nunca haverá reserva do possível, se entendida como reserva do possível fática, uma vez que o Estado sempre pode obter novos recursos.

Ricardo Lobo Torres, por esse motivo, apresenta concepção extremamente crítica da identificação da reserva do possível com a reserva do possível fática. Assevera ele que a reserva do possível, no Brasil, passou a ser entendida como reserva do possível fática²⁴²:

ou seja, possibilidade de adjudicação de direitos prestacionais se houver disponibilidade financeira, que pode compreender a existência de dinheiro no caixa do Tesouro, ainda que destinado a outras dotações orçamentárias! Como o dinheiro público é inesgotável, pois o Estado sempre pode extrair mais recursos da sociedade, segue-se que há permanente possibilidade fática de garantia de direitos, inclusive na via do sequestro da renda pública! Em outras palavras, faticamente é impossível a tal reserva do possível fática!²⁴³.

Muitos autores censuram o recurso indiscriminado à cláusula da reserva do possível como forma de restringir a eficácia dos direitos sociais. Vidal Serrano Nunes Júnior, ao criticar a aplicação da reserva do possível, que para ele seria excepcional²⁴⁴, afirma tratar-se de ideia que surge como um limite contingente à realização de direitos sociais, na medida em que *“advoga que a concretização dos direitos fundamentais sociais ficaria condicionada ao montante de recursos previstos nos orçamentos das respectivas entidades públicas para tal finalidade”*²⁴⁵.

O autor questiona a incorporação desse conceito de origem alemã pela doutrina nacional, pois *“as condições jurídico-positivas nas quais a teoria nasceu não se reproduzem*

de recursos descreveria situações em relação às quais se poderia falar de reserva do possível fática”. BARCELLOS, op. cit. 2011, p. 278.

²⁴¹ Na mesma linha manifesta-se NUNES JUNIOR, op. cit., 2009, p.193: “(...) entendemos que a realização do mínimo existencial não convocaria o esvaziamento dos cofres públicos. Todavia, mesmo que assim o fosse, nessa seara, como o Estado, por evidente, também exerce uma atividade arrecadatória, quer nos parecer que a obrigação da governança seria a de incrementar a arrecadação, que seja pela criação de novos tributos, para fazer frente a tais despesas, ressaltando-se, porém, que só em países com o Produto Interno Bruto (PIB) muito baixo o problema se colocaria”.

²⁴² É nesse contexto que o autor cuida da “desinterpretação da ‘reserva do possível’ no Brasil”. O direito ao mínimo existencial, NUNES JUNIOR, op. cit., 2009, p. 106 e 110.

²⁴³ Ibidem, p. 110.

²⁴⁴ Ibidem, p.171. “A aplicação da cláusula da reserva do possível estaria “circunscrita a discussões atinentes à realização de direitos sociais que extrapolem o conceito de mínimo vital e que não estejam incorporados por normas constitucionais atributivas de direitos públicos subjetivos a seus destinatários.”

²⁴⁵ Ibidem, 171.

no Brasil²⁴⁶”. Segundo ele, tal incorporação deveria considerar, além das diferenças jurídicas entre os países, as diferenças socioeconômicas, tendo em vista que:

a definição do que, em determinado momento, pode-se exigir da sociedade, uma vez atendidos os direitos públicos subjetivos e respeitado o mínimo vital, só pode ser sopesado à luz das condições socioeconômicas de cada país e das disponibilidades orçamentárias existentes²⁴⁷.

Há certo consenso doutrinário quanto à inoponibilidade da cláusula da reserva do possível em matéria de direitos integrantes do mínimo existencial²⁴⁸. A falta de recursos não poderia afetar a realização do mínimo existencial²⁴⁹.

Poderia, sim, justificar restrições aos direitos sociais, mas não impedir a efetivação das exigências mínimas para a vida com dignidade. Nesse caso, afirma-se que seria necessária a remoção do obstáculo financeiro, mediante a realocação de recursos, a fixação de prioridades, ou de outro mecanismo²⁵⁰.

Nessa linha, Ana Paula de Barcellos entende que “o mínimo existencial associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível²⁵¹”.

Observa-se das considerações feitas, que a tônica dada pela doutrina nacional em tema de reserva do possível tem sido no seu aspecto financeiro.

A respeito do tema, vale trazer, ainda, a manifestação do jurista alemão Robert Alexy, que se distancia do entendimento corrente no Brasil acerca da reserva do possível. De acordo com Alexy:

em uma constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não vinculativas, portanto, como meras proposições programáticas. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a

²⁴⁶ NUNES JÚNIOR, op. cit., 2009, p. 172.

²⁴⁷ Ibidem, p. 195.

²⁴⁸ Nesse sentido, Ibidem, p. 173-176), CANOTILHO, op. cit., 2004, p. 481; BARCELLOS, op. cit., 2011, p. 287-288 ; SARLET; FIGUEREDO op. cit., 2010, p. 36.

²⁴⁹ Constata-se uma dificuldade em se delimitar com exatidão o que compõe o mínimo existencial. Segundo Luis Virgílio Afonso da Silva a própria ideia de mínimo existencial tem diversos sentidos, uma vez que “pode significar: (1) aquilo que é garantido pelos direitos sociais – ou seja, direitos sociais garantem apenas um mínimo existencial; (2) aquilo que, no âmbito dos direitos sociais, é justiciável – ou seja, ainda que os direitos sociais possam garantir mais, a tutela jurisdicional só pode controlar a realização do mínimo existencial, sendo o resto mera questão de política legislativa; e (3) o mesmo que conteúdo essencial – isto é, um conceito que não tem relação necessária com a justiciabilidade e, ao mesmo tempo, não se confunde com a totalidade do direito social.” Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 204-205.

²⁵⁰ SARLET, I.W. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais, p. 102. In: CANOTILHO, J. J. G.; CORREIA, M.O. G.; CORREIA, É.P.B.(org.) *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁵¹ SARLET, op. cit., 2006, p. 287-288.

constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão sob uma “reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade”²⁵².

Partindo do conceito de reserva do possível formulado pela jurisprudência alemã (“*reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade*”), o autor analisa sua aplicação ao caso brasileiro. Robert Alexy utiliza, portanto, uma noção de reserva do possível diversa daquela empregada pela maior parte da doutrina brasileira, pois não a relaciona com a existência de recursos para a concretização dos direitos fundamentais em geral.

O autor defende a aplicação da reserva do possível, em um contexto da teoria dos princípios, para a solução do problema da vinculação²⁵³. Por um lado, seria evitada a tendência de considerar os direitos fundamentais como normas meramente programáticas e, portanto, despidas de eficácia. Por outro, não seria exigido o “impossível”²⁵⁴. Pela teoria dos princípios, em casos de conflitos entre direitos fundamentais consagrados por normas principiológicas, a determinação de qual direito prevalece no caso concreto é feita com o uso da proporcionalidade²⁵⁵. Conclui o autor que os princípios “devem ser ponderados e, assim, estão sob uma ‘*reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade*’”²⁵⁶.

Não se pode perder de vista que o Tribunal Constitucional Federal Alemão, na decisão em que cunhou a expressão “reserva do possível”, afirmou a necessidade da “observância do princípio da proporcionalidade”²⁵⁷.

Nesta mesma linha, de Alexy é o entendimento de Luis Virgílio Afonso da Silva, para quem:

tanto quanto qualquer outro direito, um direito social também deve ser realizado na maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas presentes. O conteúdo essencial, portanto, é aquilo realizável nessas condições. Recursos a conceitos como o “mínimo existencial” ou a “reserva do possível” só fazem sentido diante desse arcabouço teórico. Ou seja, o mínimo existencial é aquilo que é possível realizar diante das condições

²⁵² ALEXY, op. cit., 2011, p. 69.

²⁵³ Ibidem, p. 69 - A teoria dos princípios possibilitaria “um caminho intermediário entre vinculação e flexibilidade”. Constitucionalismo discursivo.

²⁵⁴ De acordo com BARCELLOS, op. cit., 2002, p.276 “*serve apenas para desmoralizar o Direito afirmar que determinada prestação pode ser exigida judicialmente quando isso é verdadeiramente impossível*”.

²⁵⁵ Para maiores considerações sobre a teoria dos princípios de Robert Alexy e sobre a aplicação da proporcionalidade consultar a obra do autor Teoria dos Direitos Fundamentais.

²⁵⁶ ALEXY, op. cit., 2011, p. 69.

²⁵⁷ SCHWABE, op. cit. 2005, p. 666.

fáticas e jurídicas, que, por sua, vez, expressam a noção, utilizada às vezes de forma extremamente vaga, de reserva do possível.”²⁵⁸

Contudo, embora existam posicionamentos como estes, a doutrina, como afirmado, tem dado enfoque às indagações econômicas quando aborda a reserva do possível.

Muito embora haja um vasto espaço para a discussão de questões afetas à existência de recursos estatais suficientes para a implementação dos direitos fundamentais,²⁵⁹ e, em especial, dos direitos sociais²⁶⁰, sobretudo em épocas de crises financeiras,²⁶¹ defende-se aqui que a reserva do possível deve abranger, nos termos da sua formulação originária, a constatação daquilo que o indivíduo pode exigir de forma razoável do Estado e da sociedade.

Assim, sob a denominação de reserva do possível não estariam contidos apenas os debates envolvendo eventuais restrições financeiras do Estado. A cláusula da reserva do possível, na forma em que criada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, é muito mais ampla, não cuidando somente do aspecto financeiro das demandas feitas perante o Estado.

No mesmo sentido, é a lição de Ingo Sarlet quando afirma que a reserva do possível, “*compreendida em sentido amplo, abrange mais do que a ausência de recursos materiais propriamente ditos indispensáveis à realização dos direitos na sua dimensão positiva.*”²⁶²

Portanto, a reserva do possível não compreende tão-somente a existência de destinação orçamentária e de recursos em caixa. A mera disponibilidade financeira não conduz necessariamente ao fornecimento da prestação visada, devendo ser examinada a razoabilidade da pretensão.²⁶³

Não se pode também perder de vista que existe outro princípio na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que é o “*Equilíbrio das Finanças Públicas*” – Art. 163,

²⁵⁸ SILVA, L. V. A. da. *Direitos Fundamentais - Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*, 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 250-251.

²⁵⁹ Partindo-se do entendimento de Holmes e Sunstein de que não só os direitos sociais demandam gastos do Estado, mas também os direitos individuais e políticos: “*all rights are positive rights.*” HOLMES; SUNSTEIN, op. cit., 1999, p. 48. Não obstante, é com relação aos direitos sociais que se observam as maiores polêmicas quanto às despesas estatais. Afirma Barcellos que “*a diferença entre os direitos sociais e os individuais, no que toca ao custo, é uma questão de grau, e não de natureza. Ou seja: é mesmo possível que os direitos sociais demandem mais recursos que os individuais, mas isso não significa que estes apresentem custo zero.*” *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 280.

²⁶⁰ Considerando-se os direitos sociais como espécie de direitos fundamentais, o que garantiria àqueles o regime jurídico destes. Nesse sentido, entende NUNES JUNIOR, op. cit., 2009, p.65 “*os direitos sociais se integram aos chamados direitos fundamentais*”. também a obra *Direitos Fundamentais Sociais*, cujo próprio título expressa igual entendimento. Coordenadores: CANOTILHO; CORREIA; CORREIA, op. cit., 2010.

²⁶¹ O direito não é imune à conjuntura financeira, podendo concordar-se com J. Isensee quando afirma que “*normas constitucionais não afastam as crises econômicas*”. Apud TORRES, op. cit., 2009, p.105. Assim, pode se indagar como tornar efetivo um direito garantido por lei ou pela própria Constituição em face de uma crise econômica que acarrete escassez de recursos estatais.

²⁶² SARLET, I.W.; FIGUEIREDO, M.F. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 29.

²⁶³ *Ibidem* p. 29.

I c/c Art. 167, que remete a matéria à Lei Complementar, no caso, a Lei Complementar nº. 101 de 5.5.2000, mais conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, que impede a Administração Pública de criar uma despesa, sem a indicação da fonte de receita, sob pena de prática de atos de improbidade administrativa do Agente Público. Assim, se a demanda pelos serviços de saúde, educação, dentre outros, não tiverem em sua totalidade planejados e inclusos nos orçamentos, com a indicação de receita para cobri-las, em tese, não se poderia autorizar determinados tratamentos de saúde ou construção de escolas, sob pena de infração a tal princípio, com responsabilização do ordenador de despesas.

Assim, a Administração deve elaborar um orçamento público de acordo com a realidade da efetiva arrecadação de receitas e a sua execução ser impositiva e não facultativa por parte dos governos, ressaltando eventual impacto negativo na arrecadação demonstrado tecnicamente de forma clara para a população.

4.1 Hipóteses de Mitigação da Teoria da Reserva do Financeiramente Possível

Preambularmente, deixa-se claro que não se pretende defender a não aplicação da teoria da reserva do possível no Brasil, pois, como é evidente, os recursos públicos não são inesgotáveis, isto é, trata-se de um limite Fatic incontestável. Contudo, tendo em vista a conjuntura socioeconômica de nosso País, bem como o *status* constitucional dos direitos fundamentais sociais, propomos um estudo de hipóteses em que a alegação da reserva do possível não deve ser acolhida.

Conforme já deduzido, os direitos fundamentais sociais estão dispersos pelo texto constitucional (art. 6º., 7º., 203, 205, dentro outros), sendo que alguns deles já foram concretizados pelo legislador infraconstitucional. No entanto, a maioria dos direitos fundamentais a prestações não recebeu a devida conformação pelo legislador, o que não exime o Poder Executivo da sua realização, inclusive com a execução de programas sociais que busquem a efetivação do conceito de dignidade da pessoa humana.

Todavia, apesar das imposições previstas nas normas constitucionais, o Estado tem sido omissivo na concretização de tais direitos, alegando, para tanto, a escassez dos recursos financeiros. Na verdade, a alegação da reserva do possível tem sido, em muitos casos, falaciosa, de modo que o Estado sequer traz qualquer comprovação da ausência de recursos.

No que toca ao argumento da reserva do possível, é crucial considerar que cabe ao Estado a efetiva comprovação da ausência de recursos financeiros. Além disso, também

compete ao Poder Público a comprovação da eficiente aplicação dos mesmos, bem como do não desperdício²⁶⁴.

Por outro lado, quando o juiz estiver enfrentando a alegação da reserva do possível, não pode o mesmo presumir a existência de recursos financeiros. Neste aspecto específico, merece crédito a crítica formulada por Gustavo Amaral no sentido que a doutrina e a jurisprudência costumam se esquivar de apurar a alegação de escassez de recursos e acabam por presumir sua existência²⁶⁵.

Cumprе ressaltar, desde já, que a teoria da reserva do possível pode ser apontada como um dos principais obstáculos à efetividade dos direitos prestacionais, visto que a busca pela sua superação envolve intrincadas questões de natureza econômica e política.

Com efeito, o exame da teoria da reserva do possível deve abordar necessariamente os dados da realidade econômica de cada Estado, levando-se em consideração principalmente as possibilidades financeiras de cada governo e também o que já foi implementado a título de políticas sociais.

Nesta senda, podemos dizer, então, que a aplicação das normas constitucionais sociais está sujeita a uma reserva de consistência, a qual obriga o intérprete a verificar os dados da realidade antes de atribuir eficácia à norma constitucional. Desse modo, a partir dessa perquirição fática, poderá o magistrado conferir maior racionalidade às decisões judiciais.

Noutro giro, note-se que, apesar de parte da doutrina mencionar que a teoria da reserva do possível afetaria apenas os direitos de cunho prestacional, os direitos de defesa também são atingidos, pois, conforme já assentado alhures, ambos geram despesa para o Estado. Assim, para assegurar o manejo eficaz dos writs constitucionais (mandado de segurança, mandado de injunção, habeas corpus e habeas data), por exemplo, é necessária a alocação específica de recursos para a manutenção do Poder Judiciário.

Dessa forma, na esteira de Stephen Holmes e Cass Sustein, rompe-se com o tradicional pensamento de que os direitos de liberdade não geram custos ao Estado²⁶⁶. É o que se observa também nas palavras de Vicente de Paulo Barreto:

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.

²⁶⁴ SARLET, op. cit., 2006, p. 375.

²⁶⁵ AMARAL, G. *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 173.

²⁶⁶ HOLMES; SUSTEIN, op. cit., 1999, p. 35-48.

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 sociais²⁶⁷.

Embora os direitos de defesa (negativos) também gerem custos ao Estado, este argumento financeiro nunca foi esgrimido como motivo para não efetivação destes direitos. Com isso, a abordagem da teoria da reserva do financeiramente possível ficará restrita aos direitos prestacionais de índole social.

Examinaremos, a seguir, hipóteses em que a teoria da reserva do possível deverá ter sua aplicação mitigada.

Em que pese o dever do Poder Executivo de implementar os programas sociais necessários à efetivação dos direitos fundamentais a prestações, incluindo aqueles ainda não concretizados pelo legislador, por vezes o Poder Público se omite, negligenciando, assim, a realização de tais direitos.

Neste particular, vale estabelecer uma distinção entre os direitos fundamentais sociais relacionados ao mínimo existencial da pessoa humana e aqueles que, apesar de também importantes, não resguardam parcela essencial da dignidade da pessoa humana. Quanto aos primeiros, não cabe ao Poder Executivo, em princípio, invocar a teoria da reserva do possível, pois devem ser garantidas ao indivíduo as prestações materiais mínimas que lhe assegurem uma existência digna. Em apoio a tal entendimento, podemos citar Ingo Sarlet, Adreas J. Krell, dentro outros. Recorde-se, por outro lado, que, quando se tratar da escassez absoluta de recursos, será inevitável o acolhimento da alegação da reserva do possível, ainda quando em discussão a proteção ao mínimo existencial.

Entretanto, tal posicionamento apresenta algumas resistências, sendo que alguns autores asseveram ser cabível o acolhimento da reserva do possível até mesmo quando se tratar da proteção do mínimo existencial da pessoal humana. Argumentam que a questão referente à aplicação de recursos orçamentários está adstrita aos Poderes Executivo e Legislativo, uma vez que seus membros foram eleitos pelo povo, estando, assim, aptos democraticamente a fazerem as escolhas necessárias.

Contudo, essa corrente não é defendida pelo Supremo Tribunal Federal. *A priori*, não se vislumbra a possibilidade da reserva do possível ser acolhida em contraposição à exigibilidade das prestações materiais necessárias à sobrevivência com dignidade.

²⁶⁷ BARRETO, V. de P. Reflexões sobre os Direitos Sociais. In: SARLET, I.W. (Org) *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 121.

Robert Alexy, por sua vez, sustentou que, quando está em discussão a eficácia de direitos sociais mínimos, o argumento da prevalência de outros bens ou princípios (v. g: competência orçamentária do legislador) não pode ser acolhida em prejuízo do direito social. Segundo o autor alemão, a efetivação deste mínimo existencial não seria capaz de abalar de modo substancial os princípios ou bens jurídicos em conflito²⁶⁸.

4.2 A Teoria da Reserva do Possível Perante o Supremo Tribunal Federal

As decisões alemãs se tornaram emblemáticas, o que fez a teoria influenciar posteriormente outras ordens jurídicas²⁶⁹, inclusive a brasileira, como se verifica com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, de relatoria do ministro Celso de Mello, que foi promovida contra o veto do presidente da República, incidente sobre o § 2º, do art. 55, da proposta de Lei de Diretrizes Orçamentárias, convertida, posteriormente, na Lei nº 10.707/2003, destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da Lei Orçamentária de 2004. O dispositivo vetado possuía o seguinte conteúdo material:

“§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.”

Em síntese, a inicial da ADPF sustentou que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC nº 29/2000, promulgada justamente para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. No entanto, o presidente da República, logo após o veto parcial questionado, remeteu ao Congresso Nacional novo projeto de lei que foi transformado na Lei nº 10.777/2003. O projeto restaurou a integralidade do texto vetado, ainda a tempo de ser aplicado na criação da Lei Orçamentária Anual de 2004. Assim, suprimiu-se o motivo do ajuizamento da ação constitucional. A partir daí, o ministro Celso de Mello chama a atenção aos seguintes pontos:

(i) a questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental; (ii) a dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal; (iii) considerações em torno da cláusula da reserva do possível; e (iv) a necessidade

²⁶⁸ ALEXY, op. cit., 1997, p. 495.

²⁶⁹ SGARBOSSA, op. cit., 2010, p. 408.

de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial.

Foi reconhecida a ADPF como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando previstas na Constituição Federal de 1988, tal como ocorre no caso da EC nº 29/2000, quando estas venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Carta Política. Ao qualificar a ADPF como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, o ministro automaticamente reconheceu a dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal.

A partir dessa ADPF, tornou-se possível pleitear-se, no Supremo Tribunal Federal, a implementação de políticas públicas não respeitadas pelo Poder Executivo.

Todavia, é preciso esclarecer que, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e nas do Supremo Tribunal Federal, não se incluem as atribuições de formular e de implementar políticas públicas. Somente, de forma excepcional, tal atribuição recairá à nossa Suprema Corte, como consignou o ministro na decisão:

os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.²⁷⁰

O grande mérito da ADPF nº 45 foi afastar a questão de uma possível violação ao princípio da separação dos poderes, permitindo a intervenção do Judiciário. O ministro Celso de Mello, considerando a dimensão política da jurisdição constitucional, entendeu que a corte não poderia se omitir de efetivar direitos sociais, sob pena de restar comprometida a integridade e a eficácia da própria Constituição Federal de 1988, motivada pela inércia governamental.

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-5²⁷¹, em 2005, o ministro Celso de Mello, especificamente sobre o direito à educação, estabeleceu que tal direito não se expõe em seu processo de concretização à avaliação meramente discricionária da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

²⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF nº 345*, Brasília, DF, 26 a 30 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 17 fev. 2015.

²⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no RE nº 410.715-5 SP*, Rel. Min. Celso de Mello, São Paulo, SP, 22 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>. Acesso em: 17 fev. 2015.

Fundamenta o seu voto com a doutrina de Celso Lafer, ligando os direitos sociais diretamente à concretização da dignidade da pessoa humana.²⁷²

O ministro não ignora que direitos econômicos e sociais, além de se caracterizarem pela sua concretização gradual, envolvem sempre uma reserva financeira estatal, mas a impossibilidade econômica deve ser objetivamente comprovada e não somente alegada pelos entes federativos, sob pena de comprometer a eficácia de direitos constitucionalmente previstos. Assim, entende que o Estado não pode dolosamente se omitir de efetivar a Constituição Federal de 1988 com base na teoria da reserva do possível.

Muito embora a realização da maioria dos direitos sociais enseje uma margem discricionária de atuação estatal, a simples alegação de conveniência e oportunidade do administrador público, ou de argumentos de natureza política e econômica, para o Supremo Tribunal Federal, também está vinculada à Constituição Federal de 1988.

Em 2007, o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 566.471²⁷³, cujo relator foi o ministro Marco Aurélio, reconheceu repercussão geral em questão relativa a fornecimento de medicamento de alto custo pelo Estado²⁷⁴

Caso semelhante é o da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175,²⁷⁵ julgado em março de 2010, no qual se discutiu sinteticamente a responsabilidade estatal em fornecer

²⁷² “[...] É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo ‘*welfare-state*’, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – tem como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governante e governado, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a sua complementaridade, na perspectiva ‘*ex parte populi*’, entre os direitos de primeira e se segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos direitos eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômicos-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo.” LAFER, C. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 130-131.

²⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral em RE nº 566.471-6 RN, Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 24 out. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=499864>>. Acesso em: 17 fev. 2015.

²⁷⁴ Também em 2007, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3768 de 2007, Carmen Lúcia discutia a constitucionalidade do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), que estabelecia a gratuidade do transporte público aos maiores de 65 anos. Em seus argumentos, a ministra entendeu que direitos fundamentais, independentemente da geração a que pertençam, têm aplicabilidade imediata. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIn nº 3.768-4 DF*. Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, Brasília, DF, 19 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491812>>. Acesso em: 17 fev. 2015.

²⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada 175 CE. Tribunal Pleno, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, Brasília, DF, 17 de março de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 17 fev. 2015.

medicamentos, no qual o ministro invocou a tese de Canaris de proibição de proteção insuficiente.²⁷⁶

Entendeu o ministro que o direito público subjetivo à saúde é assegurado mediante políticas públicas, trazendo consigo o binômio: **razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Estado**, pois ausente qualquer um desses elementos não se caracteriza a possibilidade estatal de realização prática dos direitos sociais, nos mesmos moldes do entendimento do ministro Celso de Mello na ADPF nº 45 de 2004 (grifo nosso).

Em seguida, o ministro ponderou acerca da eficácia dos direitos sociais no Brasil, e concluiu que os problemas de eficácia se devem mais a questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas já existentes – problema que passa pelo orçamento dos entes Federativos – do que à falta de legislação específica. Ou seja, o problema não é de inexistência de políticas públicas, mas de execução das políticas já existentes por parte dos entes federados.

Em que pese a existência de severas críticas doutrinárias acerca da recepção do instituto como mera importação sem a devida adequação ao contexto social brasileiro, sem a cautela com a manutenção de sua originalidade, como adverte Andreas Joachim Krell,²⁷⁷ o instituto foi aceito pelos tribunais brasileiros, todavia a jurisprudência nacional, talvez pelas condições no país, deu ênfase ao aspecto econômico da teoria. Ou seja, a eficácia dos direitos sociais esbarram necessariamente no problema da escassez ou dos custos dos direitos, incorrendo, portanto, em uma limitação fática para a satisfação do direito prestacional.²⁷⁸

Nesse sentido, Olsen observou que, ao que parece, a preocupação original com a proporcionalidade e a razoabilidade cedeu lugar à disponibilidade de recursos financeiros, à teoria dos custos dos direitos.²⁷⁹

No Brasil, portanto, a base da teoria é constituída por argumentos referentes à reserva de orçamento e, sobre tal aspecto, pela incumbência constitucionalmente destinada ao legislador de dispor as verbas orçamentárias. Afastou-se, pois, do teor originário do conteúdo da reserva do possível, que é considerado como aquilo que é razoavelmente concebível como prestação social devida em decorrência da interpretação dos direitos fundamentais.

Também deixaram de ser observadas no contexto brasileiro as bases de direito positivo em que se baseou a teoria. Sabe-se que a Constituição alemã não contém um catálogo de direitos

²⁷⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts. *JuS*, 1989, p. 161.

²⁷⁷ KRELL, op. cit., 2002, p. 51.

²⁷⁸ SGARBOSSA, op. cit., 2010, p. 219.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 147.

fundamentais, a exemplo da brasileira, ao contrário, lá todos os direitos decorrem do primeiro artigo que consagra o princípio de um Estado Social.²⁸⁰

4.3. Direito Fundamental à Saúde Após a STA – Suspensão de Tutela Antecipada 91 no Supremo Tribunal Federal

Conforme visto, as decisões do STF, em regra, deferiam o pedido de medicamento sem maiores considerações sobre escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível. Sempre que um medicamento não era fornecido havia, no entendimento do STF, uma restrição injusta ao direito à saúde, consagrado na Constituição Federal de 1988. Essa restrição autorizaria o Poder Judiciário a corrigir uma omissão estatal que violava esse direito fundamental.

Diferentemente desse entendimento predominante, a STA 91²⁸¹, julgada pela Ministra Ellen Gracie, foi a primeira decisão determinando a não obrigatoriedade do Estado em fornecer o medicamento pedido. O fundamento foi o da limitação de recursos e da necessidade de racionalização dos gastos para o atendimento de um maior número de pessoas. Além do mais, a Ministra reconhece que a “execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde”, e que a política de saúde deve ser feita de forma a buscar maior racionalização entre custos e benefícios dos tratamentos gratuitamente fornecidos, com o intuito de atingir o maior número possível de cidadãos.

É também muito relevante a consideração do direito à saúde, não como um direito que se aplica a situações individualizadas, mas como um direito a ser concretizado por políticas públicas para um acesso coletivo igual e universal. A Ministra ainda considerou que o Estado somente se obriga a fornecer os remédios que estão contemplados na Portaria 1318 do Ministério da Saúde. Isso representa o respeito a uma decisão alocativa tomada no âmbito da Administração Pública.

A perspectiva conferida por essa decisão, de uma mudança de entendimento do STF, trouxe consequências importantes. Segundo o jornal O Estado de São Paulo, 13 das secretarias de saúde passaram a ir à justiça, com base na STA 91, para interromper fornecimento de drogas

²⁸⁰ NUNES JÚNIOR, op. cit., 2009, p. 179.

²⁸¹ BRASIL, STF, STA 91/AL, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 26.02.2007, DJ em 05.03.2007. BRASIL.SUPREMO Tribunal Federal- STA: 91 AL, Relator: Min. PRESIDENTE, Data de Julgamento: 26/02/2007, Data de Publicação: DJ 05/03/2007 PP-00023 RDDP n. 50, 2007, p. 165-167)

que não constam da lista do Ministério da Saúde, mas que vinham sendo fornecidas em razão de decisões judiciais.

Na mesma linha da STA 91, e com base nos mesmos argumentos, a Suspensão de Segurança-SS nº 3073/RN²⁸², também julgada pela Ministra Ellen Gracie, desobriga o Estado a fornecer um medicamento judicialmente pedido, o que reforçaria a hipótese de uma mudança de paradigma na jurisprudência do STF em matéria de direito à saúde.

Contudo, decisões mais recentes da própria Ministra Gracie, em que ela obriga Estados a fornecerem medicamentos pedidos judicialmente, mostram que o raciocínio jurídico usado para decidir a STA 91 e a SS 3073 não se aplica a todos os casos envolvendo esse tipo de pedido. Nas suspensões de segurança 3205, 3158, 3183 e 3231 a Ministra mostrou preocupação com “a interpretação ampliativa que vem sendo dada às decisões desta Presidência em relação às demandas por fornecimento de medicamentos pelos Estados”. Isso porque, segundo ela, os pedidos devem ser analisados “caso a caso, de forma concreta, e não de forma abstrata e genérica [...] não se estendendo os seus efeitos e as suas razões a outros casos, por se tratar de medida tópica, pontual”.

Nas últimas suspensões de segurança, os pedidos foram concedidos com fundamento na hipossuficiência dos pacientes, na gravidade das enfermidades e, no caso das SS 3205, 3158 e 3231, na continuidade do tratamento e nos efeitos gravíssimos de sua interrupção. Outro ponto interessante – e inovador nas quatro suspensões de segurança que sucederam a STA 91 – é que houve maior preocupação em se analisar o caso concreto (isto é, a dimensão mais factual) e usá-lo como fundamento da decisão, não só no que tange à condição econômica do paciente e à gravidade da doença, mas também em relação aos pareceres médicos, às políticas de saúde existentes e, no caso específico da SS 3158, ao preço do medicamento.

No entanto, existem alguns pontos que dificultam a visualização da coerência entre a STA 91 e as suspensões de segurança que lhe são posteriores. A começar porque a STA 91 afirma que “a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde”. Note-se que se fala em “decisões”, no plural, ou seja, a observação da Ministra Gracie parece ter um escopo que extrapola um único caso concreto. Em outras palavras, fica a pergunta: quais são essas decisões que abalam o sistema público de saúde? Por que razões as suspensões de segurança 3205, 3158, 3183 e 3231 não estão entre elas?

²⁸² BRASIL, STF, SS 3073/RN, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ em 14/02/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3073&classe=SS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 18.11.2015

Além disso, se um dos critérios para conceder os pedidos nas SS 3205, 3158 e 3231 foi a gravidade e a necessidade de continuidade no tratamento, então, o caso da STA 91 não seria diferente, uma vez que envolve “medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados”. Se outro critério para a obrigação do fornecimento é o medicamento constar na Portaria n. 1.318 do Ministério da Saúde, os medicamentos pedidos pelas SS 3205, 3158 não estão nesse grupo e foram concedidos.

Ademais, se um dos argumentos para a não concessão do medicamento na STA 91 era o entendimento de que a norma do art. 196 da Constituição Federal de 1988 não se aplica a situações individualizadas, cabe perguntar, então, por que nas suspensões de seguranças em que o pedido era individual foi concedido o medicamento e na STA 91, que tinha na origem uma ação civil pública, não houve concessão.

Por fim, se o cerne da questão era a hipossuficiência dos pacientes ou o preço do medicamento, essas questões não foram debatidas na STA 91 e nem na SS 30373.

Para este trabalho, muito mais importante do que saber se o STF concede ou não os medicamentos ou tratamentos médicos pedidos, é analisar como as decisões são tomadas e se elas levam em consideração a questão da escassez de recursos e do custo dos direitos. Como foi mostrado nesta seção, até a STA 91 essas questões raramente eram abordadas nas decisões e, nas poucas vezes em que apareciam, eram tratadas de forma muito superficial, como se elas não pudessem trazer qualquer consequência mais relevante.

As consequências econômicas das decisões não foram elementos importantes na análise jurídica dos ministros, dando a entender que o direito à saúde não tem nos seus custos e na limitação de recursos do Estado um limite fático à sua plena concretização.

Entretanto, vale ressaltar que a ADPF 45, de 2004²⁸³ – considerando-se que foi julgada pelo Ministro Celso de Mello, o mesmo que julgou a Pet 1246 em 1997 – já apontava para uma tendência de mudança de postura do STF frente ao problema da escassez de recursos e dos custos gerados pela efetivação do direito à saúde. Afinal, há uma enorme diferença entre dizer que a questão financeira é “secundária” e contraposta ao direito à vida (Pet 1246) e afirmar que “a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar” (ADPF 45).

As decisões após a STA 91, por sua vez, apesar de não citarem a ADPF 45²⁸⁴ como precedente, parecem superar esse paradigma de decisão predominante anteriormente, em que

²⁸³ STF *ADPF n° 45* – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator Ministro Celso de Mello. Decisão proferida em 29.04.2004 e publicada do Diário de Justiça em 04.05/2004. Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF. Acesso em 18.11.2015

²⁸⁴ BRASIL, STF *ADPF n° 45* – op. cit. 2004.

se decidia sempre por meio de uma ponderação abstrata entre direito à saúde versus questões financeiras, de forma que aquele sempre prevalecia sobre esta. Nesse sentido, pode-se dizer que houve ganhos qualitativos em razão da melhor qualidade da argumentação. Questões envolvendo políticas públicas e reflexões sobre as consequências econômicas das decisões parecem ter um espaço maior nas decisões.

Contudo, como foi mostrado, ainda não se tem muito claro, com base em quais critérios objetivos, esses elementos serão analisados e qual o peso que eles terão para definir, em cada caso, se haverá ou não obrigação do Estado de fornecer determinado medicamento pedido.

As críticas feitas, até aqui, às decisões não objetivam criticar o resultado das decisões, mas apontar a insuficiência ou pouca clareza de argumentação para fundamentá-las. As diversas afirmações e opções feitas precisam percorrer um caminho argumentativo maior, uma vez que o problema é complexo e não comporta soluções muito simplificadoras da realidade.

O estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal mostrou que a escassez de recursos, os custos dos direitos e a reserva do possível recebem um tratamento muito semelhante quando se trata de direito à educação e à saúde, porém de forma muito diferente se comparados às decisões relacionadas a pedidos de intervenção federal por não pagamento de precatórios.

Em relação aos pedidos de acesso à creche, escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível, eles raramente são levados em consideração. E nos poucos votos em que essas questões são trazidas para o debate, são logo descartadas com argumentos que poderiam ser relevantes para as decisões, o que mostra que escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível não são problemas para o Supremo Tribunal Federal nessas decisões as quais são julgadas conforme o ensinamento do brocardo latino *fiat justitia e pereat mundus*²⁸⁵.

Esse tipo de decisão ignora as consequências distributivas, de decisão de alocação de recursos, pois decide que alguns ganharão sem pensar em quem perderá. Afinal, se os recursos são escassos, nada que custe dinheiro pode ser absoluto. Portanto, tratar de direitos, como se fossem absolutos, é decidir usando uma dogmática jurídica que faz uso apenas das regras jurídicas e se esquece da realidade.

Essa forma de decidir era utilizada, antes da STA 91, também para decidir casos envolvendo pedidos de medicamento e tratamento médico, em que os julgadores apresentavam um falso dilema entre recursos financeiros e direito à saúde, quando, na verdade o direito à saúde precisa dos recursos financeiros para ser concretizado.

²⁸⁵ Em tradução livre: faça-se justiça, ainda que pereça o mundo.

Pode se dizer que com a STA 91 está havendo uma reformulação no entendimento do STF sobre o direito à saúde, bem como uma mudança na forma de se analisar o tema. Entretanto, importa ressaltar que ainda não se pode ter certeza quão significativa é essa mudança. As decisões posteriores à STA 91, que concediam os medicamentos pedidos, apesar de se atentar mais às questões fáticas, não analisavam as questões relacionados aos custos dos direitos, à escassez de recursos e à reserva do possível nem dialogam com o conteúdo da STA 91 e da SS 3073, que lidam, em alguma medida, com essas questões.

Também fica em aberto se essas mudanças no julgamento de casos concretos envolvendo direito à saúde serão estendidas para o direito à educação. Somente com futuras decisões é que se poderá averiguar a coerência do STF nesse aspecto.

Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível, contudo, ganham muita importância em matéria de direito à saúde e à educação em julgamentos de controle abstrato de constitucionalidade, sendo, muitas vezes, elementos preponderantes na decisão. Uma hipótese para explicar essa diferença de tratamento pode ser o fato de que, em controle abstrato de constitucionalidade, há o efeito *erga omnes*, o que faz com os custos dos direitos, a reserva do possível e a escassez de recursos apareçam de forma mais patente do que em casos envolvendo apenas indivíduos ou pequenos grupos.

Essa hipótese pode servir também para explicar a razão pela qual a escassez de recursos, a reserva do possível e o custo dos direitos recebem tanta importância e são analisados de forma tão detida nos julgamentos de pedido de intervenção federal pelo não pagamento de precatórios. Além do tamanho da dívida gerada – e por esses precatórios serem impagáveis no curto prazo –, existem as gravíssimas implicações políticas que adviriam de uma intervenção do governo federal em um ente da federação. Se a hipótese aventada estiver correta, ela pode explicar a diferença de tratamento para a questão da reserva do possível, dos custos dos direitos e da escassez de recursos entre os casos envolvendo direitos sociais (educação e saúde) e aqueles em que se pede intervenção federal por não pagamento de precatórios.

Explica, porém, não justifica. Não justifica a razão pela qual não há uma análise semelhante, para os outros casos, àquela feita para os pedidos de intervenção federal, uma vez que todos envolvem custos. O problema não está no resultado das decisões, mas na forma como elas estão fundamentadas. Afirmar com segurança que o impacto de umas é menor que o de outras só seria possível por meio de uma análise mais pormenorizada das políticas públicas de saúde e de educação e de conhecer melhor a capacidade de gasto do Poder Público, o que foi feito nos julgamentos de pedido de intervenção federal. Além do mais, alguns pedidos isolados podem não trazer maiores problemas para as finanças públicas. Ao se abrir precedentes,

entretanto, todos aqueles que se encontram em situação idêntica podem fazer o mesmo pedido ao Judiciário, criando um efeito multiplicador que acarretará um grande impacto às contas públicas.

Em diversos votos das decisões sobre intervenção federal, afirmou-se que o Estado tem diversas obrigações, como na área de educação e de saúde, e que, por essa razão, justifica-se o não pagamento dos precatórios. Será que esse raciocínio não poderia ter sido utilizado em casos envolvendo medicamentos de alto custo não fornecidos pelo Sistema Único de Saúde? Não se poderia afirmar que a não concessão de medicamento justificar-se-ia porque o Estado tem, mesmo dentro da área de saúde, diversas obrigações e outras prioridades? Por que os custos dos direitos sociais são mais lembrados quando se julga um pedido de intervenção federal do que quando são objeto principal de um recurso?

Muito interessante notar como reserva do possível, escassez de recursos e custos dos direitos – questões normalmente ligadas ao debate a respeito da justiciabilidade dos direitos sociais –, são tratados de forma tão simplificada pelo STF, ou mesmo ignorados, quando este julga casos envolvendo direito à educação e saúde em controle difuso de constitucionalidade, mas recebem uma enorme importância em casos de intervenção federal por não pagamento de precatórios.

Pode-se, talvez, sustentar que o STF criou uma espécie de hierarquia em que alguns direitos, em alguns casos, não se submetem à “reserva do possível”. Porém, algumas inconsistências suscitadas pela análise das decisões não permitem compreender claramente como essa hierarquia está estruturada e quais são os fundamentos para seu embasamento jurídico.

Reforça-se, novamente, que este trabalho não é uma crítica aos resultados das decisões e se o Ministro concede ou não o pedido, é um questionamento à insuficiência de argumentação em alguns julgados e um certo grau de incoerência observado quando são comparadas as decisões entre as matérias estudada (direito à saúde, educação e intervenção federal pelo não pagamento de precatórios) e, até mesmo, dentro de cada matéria.

Mesmo não sendo fiel à algumas decisões, a recepção da alegação de insuficiência de recursos faz parte da realidade brasileira, resta, no entanto, verificar se existe respaldo para sua adoção. A presente pesquisa leva a concluir que a reserva do possível na forma como defendida pelos órgãos estatais brasileiros não tem amparo na Constituição da República.

5 A PONDERAÇÃO COMO SOLUÇÃO FRENTE AS COLISÕES DE PRINCÍPIOS

Considerando que o tema é espinhoso – o princípio “Mínimo Vital”, o princípio do “equilíbrio das finanças públicas – art. 167, I e II, da CR/88” e o fundamento da República “Dignidade da Pessoa Humana” em linhas introdutórias, importa salientar, o enquadramento da ponderação diante da abrangência atual acerca de novos parâmetros da interpretação jurídica.

Analisando-se a estrutura do pós-positivismo, proveniente da quebra do Direito puramente positivista, verifica-se o surgimento do paradigma principiológico que formalizou o novo Direito como ciência fundamentada em princípios jurídicos.

Para elucidar tal conceituação, observa-se a consolidação das “teorias” da argumentação, propiciada pela confluência de estudos e análises de teóricos tais como, Chaim Perelman, Ronald Dworkin (em análise principiológica) e Robert Alexy.

Analisando o quanto disposto por Perelman, este já delimitava em sua teoria da argumentação, o enquadramento dos princípios como topoi, lugares-comuns do Direito, e, enquanto tais, orientações genéricas que influenciariam de alguma forma as decisões proferidas pelos julgadores.

Neste diapasão, o referido autor defendia que não bastava a existência de princípios de caráter genérico para a fundamentação de decisões judiciais tão-somente, mas as escolhas corretas, bem como as devidas interpretações, para a justa aplicação aos casos concretos.²⁸⁶

Ronald Dworkin, ao tratar dos princípios, trabalhou essencialmente na diferenciação entre regras e princípios, determinando em sua formulação teórica uma crítica ao positivismo jurídico, afirmando que, as regras possuem uma dimensão de validade, sendo que os princípios possuem uma dimensão de peso. Assim, as regras estariam numa disposição excludente, ou seja, versada pela expressão “tudo ou nada”, em que uma regra prevalecerá sobre a outra, diante da ocorrência de uma colisão.²⁸⁷

Com referência aos princípios, Dworkin limitou-se a dispor que para solucionar as colisões existentes entre os mesmos, deve-se analisar o argumento que direciona a uma

²⁸⁶ PERELMAN, C. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Tradução de Verginia Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 170.

²⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.39.

decisão particular, visualizando-os como padrões de orientação da justiça e de equidade, aplicados diferentemente aos casos concretos.²⁸⁸

A imprecisa definição de princípios foi solucionada, pelo menos para a doutrina brasileira, a partir dos ensinamentos de Robert Alexy, quando o mesmo afirmou serem os princípios, verdadeiros mandados de otimização. Alexy aprofundou a teoria emanada anteriormente por Dworkin, principalmente ao dispor acerca da existência de graus de aplicação dos princípios, verificando-se, pois, as possibilidades normativas e fáticas.

Com referência às regras, Alexy promove o enquadramento das mesmas como normas que, sempre, só ou podem ser cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra vale, é ordenado fazer rigorosamente aquilo que ela pede, não mais e não menos. Regras possuem, desta forma, fixações no espaço do fática e juridicamente possível, sendo, portanto, caracterizados como mandados definitivos.²⁸⁹

Nessa perspectiva, entende-se que os princípios possuem dimensões de peso, uma vez que, existe uma nítida superioridade relativa em relação às regras, pelas suas funções eficaciais desempenhadas. Essa relativa superioridade pode ser manifestada em duas hipóteses, a saber: no caso de regras infraconstitucionais, os princípios seriam aplicados de acordo com as suas funções interpretativas, bloqueadoras e integrativas destas regras; no caso das regras constitucionais, os princípios teriam o peso de afastar as regras constitucionais imediatamente aplicáveis, principalmente modificando as hipóteses de aplicação.²⁹⁰

Com efeito, essa distinção provoca grandes confrontos doutrinários, principalmente no ordenamento jurídico brasileiro, importando salientar a distinção feita por Humberto Ávila, que dispõe:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.²⁹¹

Com referência aos princípios, o mesmo autor delimita que:

²⁸⁸ DWORKIN, R, op cit. 2002, p.36-37.

²⁸⁹ ALEXY, R. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 64.

²⁹⁰ ÁVILA, H. “Neoconstitucionalismo”: “Entre a ciência do direito” e o “direito da ciência”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), n. 17. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 1-19, jan./mar., 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2015.

²⁹¹ ÁVILA, H. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.183.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.²⁹²

A partir da distinção supra entre princípios e regras, ressalte-se agora a análise das colisões existentes entre as duas normas em questão.

Os conflitos entre regras podem ser solucionados a partir da visualização da validade, excluindo-se para tanto, a norma reputada como inválida. *A priori*, na hipótese de conflito entre duas regras, importa salientar que, a devida resolução ocorrerá a partir da introdução de uma “cláusula de exceção”. Não sendo possível tal disposição, pelo menos uma das regras em conflito no caso concreto, será reputada como inválida, devendo, portanto, ser excluída do ordenamento jurídico.²⁹³

No caso das colisões entre princípios, as mesmas devem ser solucionadas a partir de uma cessão de um princípio em relação a outro, em que o princípio cedente possui peso menor do que o princípio precedente. Por esse viés, não se analisa a dimensão de validade dos princípios. Esses são válidos, sendo afastados pelo sopesamento de interesses exigido no caso concreto.²⁹⁴

Nesse sentido, observa-se que, ao se determinar uma prioridade concreta acerca da utilização de um princípio, o princípio ora recusado, continua a fazer parte do ordenamento jurídico. Esse fenômeno de afastamento momentâneo da aplicação de um princípio ao caso concreto é a chamada ponderação.

Diferentemente da subsunção, visualizada a partir do conflito entre regras, ocasionando a exclusão de uma regra no caso concreto, reputada como inválida, a ponderação possui a singularidade de equilibrar os entendimentos acerca dos sentidos e cargas axiológicas, determinando-se graus de dimensões valorativas, para a resolução de colisões entre princípios.

O juízo de ponderação é construído a partir da própria concretização do entendimento extraído de um determinado princípio, ocasionando, portanto, a densificação da referida norma in concreto. Desta forma, a prática da ponderação não gera a desqualificação e não nega a validade de um princípio preterido, mas, tão-somente, em virtude do peso menor apresentado

²⁹² ÁVILA, H. *op cit.*, 2010, p.183.

²⁹³ ALEXY, R. *op. cit.*, 2011, p.93.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 94.

em determinado caso, terá a sua aplicação afastada, não impedindo, portanto, a sua preferência pelo jurista em outra lide.²⁹⁵

A técnica da ponderação consiste em técnica de decisão judicial diante de casos essencialmente difíceis, principalmente em discussões acerca do princípio da proporcionalidade e do conteúdo múltiplo dos direitos fundamentais. Acerca do conceito de ponderação, salienta-se a contribuição de Ana Paula de Barcellos, ao discorrer que:

“[...] a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do inglês ‘hard cases’), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado. A estrutura geral da subsunção pode ser descrita da seguinte forma: premissa maior – enunciado normativo – incidindo sobre premissa menor – fatos – e produzindo como consequência a aplicação da norma ao caso concreto. O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias. A subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes; sua lógica tentará isolar uma única norma para o caso”.²⁹⁶

A atividade de ponderar envolve três momentos distintos, em que o intérprete formulará os fundamentos para o devido sopesamento em questão. No primeiro momento, o intérprete tem o ônus de identificar no sistema em que opera, as normas relevantes para a possível solução do caso concreto²⁹⁷. Nesta senda, observa-se que essa fase é considerada como a fase de preparação da ponderação, devendo-se analisar, de maneira exaustiva, todos os argumentos e elementos de fundamentação para a concretização do sopesamento.²⁹⁸

Em sequência, deve-se analisar os fatos em consonância com os elementos normativos, momento em que ocorre o preenchimento do real sentido dos princípios em colisões. É, em síntese, a realização da ponderação *stricto sensu*, fundamentando-se a relação estabelecida entre os elementos objeto do sopesamento.²⁹⁹

Para Daniel Sarmiento,³⁰⁰ o intérprete deve verificar o peso genérico de cada princípio em conflito, observando assim, os efeitos e consequências práticas no respectivo ordenamento jurídico. Ademais, no momento logo posterior de definição do peso genérico dos princípios em

²⁹⁵ SOARES, R.M.F. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 69.

²⁹⁶ BARCELLOS, A.P. de. *Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*. In: A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luís Roberto Barroso (Org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 55.

²⁹⁷ BARROSO, L.R. *Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.335.

²⁹⁸ ÁVILA, op. cit., 2009, p.146.

²⁹⁹ *Ibidem*, p.146.

³⁰⁰ SARMENTO, D. *A ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p 103-104.

conflito, o intérprete deve buscar o peso específico dos mesmos princípios em análise, situação em que varia de acordo com o caso concreto.

O momento derradeiro caracteriza-se pela apuração dos pesos atribuídos aos elementos em disputa na relação de sopesamento. Verifica-se, nessa fase, o grupo de normas que deve ter prevalência no caso concreto, devendo-se, se possível, haver disposição quanto à graduação da intensidade da solução prática escolhida, determinando-se, por consequência, o grau em que a solução será aplicada.³⁰¹

Nesta senda, partindo-se da supramencionada construção sequencial de fases para o alcance dos efeitos da ponderação, vale salientar os dizeres de Robert Alexy:

Segundo a lei da ponderação, a ponderação deve realizar-se em três graus. No primeiro grau deve ser determinada a intensidade da intervenção. No segundo grau trata-se, então, da importância dos fundamentos que justificam a intervenção. Somente no terceiro grau realiza-se, então, a ponderação em sentido restrito e verdadeiro.³⁰²

Para Alexy, a lei da ponderação surge como um reflexo do efeito do princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito, princípio que compõe o princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade seria formado por três princípios parciais, a saber: o da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Dessa forma, enquanto princípios parciais e de composição do princípio da proporcionalidade, verifica-se que, eles compõem a definição traçada em linhas pretéritas, acerca dos mandados de otimização.

Daí, extrai-se da lei da ponderação, que o exame da proporcionalidade se caracteriza como um núcleo essencial para a ocorrência da otimização diante dos conflitos entre princípios no caso concreto, sendo, portanto, um próprio mandamento de ponderação.³⁰³

Nesse diapasão, o princípio da proporcionalidade funcionaria enquanto limite que conduz a atividade de sopesamento dos valores dos intérpretes do Direito, clareando a atividade de ponderação de princípios jurídicos, bem como a estrutura das dimensões da dignidade humana.³⁰⁴

Assim, em apertada síntese, conclui-se que o princípio da proporcionalidade surge na lei da ponderação, como um verdadeiro limite – instrumento de vedação de excessos -, parâmetro para o poder decisório, diante das colisões de princípios, regras e direitos

³⁰¹ BARROSO, op. cit., 2010, p. 336.

³⁰² ALEXY, op. cit., 2008, p. 68.

³⁰³ Ibidem, p.156.

³⁰⁴ SOARES, op. cit., 2010, p. 149.

fundamentais no caso concreto, controlando, assim, uma possível discricionariedade em extremo, no provimento jurisdicional.

A partir da Constituição Federal de 1998, tratando-se da realidade institucional brasileira, as normas constitucionais alcançaram o *status* de normas jurídicas, possuindo enquanto tais, maior imperatividade diante das situações jurídicas previamente estipuladas. Desta forma, a busca pela efetividade da Carta Magna caracteriza-se como o pilar sobre a qual foi produzida a nova interpretação constitucional.³⁰⁵

Ademais, a Constituição Federal de 1988 deixou de ser concebida apenas como uma manifestação de cunho político, passando a ter composição essencial de normas jurídicas fundamentais. Valorizou-se, desta forma, a supremacia do diploma constitucional em face das demais normas, exigindo-se dessas, a devida conformação com o texto constitucional hierarquicamente superior, sendo uma manifestação expressa do Estado Democrático de Direito.³⁰⁶

Observando-se a característica do Estado Democrático de Direito, verifica-se o discurso relacionado com a própria sistemática de fundamentação desse Estado, qual seja, a posição da Constituição como instrumento emissor e mantenedor de regras e princípios existentes em um determinado sistema jurídico. Desta forma, o legislador originário determina as orientações inerentes à realidade social da época em que a emissão da norma fundamental se procede, é dizer, caracteriza-se, pois, num emanar imediato e dotado de insuficiência de normas que serão complementadas ao ordenamento jurídico com o passar do tempo, de acordo com as exigências sociais.

Nessa perspectiva, qual seja, de lacuna ocorrente a partir da insuficiência de normas ou de seus significados concretos, surge então, a figura do hermeneuta, enquadrado em muitas ocasiões como verdadeiro “agente-transformador” da mensagem emitida pelo legislador pátrio.

Com efeito, tendo em vista que a mensagem legislativa não é completa e acabada, verifica-se a necessidade de enquadramento das normas jurídicas à realidade vivida pela sociedade, principalmente quando se está diante de normas ultrapassadas e que pela caducidade, provocam sérios prejuízos irreversíveis, confrontando com o próprio ideal de construção de uma resposta jurisdicional mais justa e adequada.

³⁰⁵ BARROSO, L.R.; BARCELLOS, A.P.de. *O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In: *Interpretação Constitucional*. São Paulo, 2010, p.271.

³⁰⁶ CUNHA JÚNIOR, D. da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: Jus Podivm, 2006, p.32.

Nesta senda, a norma, em decorrência da própria dinâmica social, situar-se parada no tempo e no espaço em que deve ser aplicada. Daí, a valorização do intérprete, enquanto agente transformador e propulsor dos entendimentos extraídos de uma determinada norma jurídica.

A partir dessa análise, observa-se a importância da hermenêutica jurídica para a compreensão da atividade dos intérpretes do direito. Verifica-se também, que o estudo da hermenêutica deve ter correlação ao estudo do discurso jurídico, principalmente com a estrita análise da teoria da argumentação jurídica, teoria que por sua vez, analisa constrói orientações para a utilização do discurso pelo hermeneuta, e, por consequência, ocasiona na busca por uma racionalidade prática no momento de adequação das normas jurídicas com a realidade momentânea vivenciada pela sociedade.

Daí, a importância da análise da argumentação jurídica, elemento de concretização dos discursos jurídicos. Acerca da argumentação, comenta em breves linhas, Luís Roberto Barroso:

A argumentação é a atividade de fornecer razões para a defesa de um ponto de vista, o exercício de justificação de determinada tese ou conclusão. Trata-se de um processo racional e discursivo de demonstração da correção e da justiça da solução proposta, que tem como elementos fundamentais: (i) a linguagem, (ii) as premissas que funcionam como ponto de partida e (iii) regras norteadoras da passagem das premissas à conclusão. A necessidade da argumentação se potencializa com a substituição da lógica formal ou dedutiva pela razão prática, e tem por finalidade propiciar o controle da racionalidade das decisões judiciais.³⁰⁷

Assim, as teorias da argumentação jurídica foram construídas em linhas orientadas pela análise da escolha e da valoração no caso concreto, para o direcionamento das soluções dos conflitos levados ao Poder Judiciário, tendo em vista a falta de disciplina completa e acaba dos diplomas emanados pelo Poder Legislativo.

Nesse sentido, prelecionou Robert Alexy:

Nenhum legislador pode criar um sistema de normas que é tão perfeito e acabado que cada caso somente em virtude de uma simples subsunção da descrição do fato sob o tipo de uma regra pode ser solucionado. Para isso existem vários fundamentos. De importância fundamental são a avagueza da linguagem do direito, a possibilidade de contradições normativas, a falta de normas, sobre as quais a decisão deixa apoiar-se, e a possibilidade de, em casos especiais, também decidir contra o texto de uma norma [...]³⁰⁸

A teoria da argumentação seguida por muitos doutrinadores no Brasil é a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, que possui como proposta, o fornecimento de fundamentos à decisão pela precedência de determinado valor que se evidencie em choque com outros, legitimando assim, a atuação judicial. Segundo Alexy, a decisão proferida por um

³⁰⁷ BARROSO, op. cit., 2010, p. 340.

³⁰⁸ ALEXY, op. cit., 2008, p.36.

julgador não se constitui em uma manifestação lógica das formulações a respeito de normas jurídicas, em decorrência da vagueza da linguagem normativa, da possibilidade de conflito entre normas, bem como dos casos de lacuna e da existência de decisões *contra legem*.³⁰⁹

Sendo assim, o autor supracitado ainda discorre que:

O ponto de partida da teoria da argumentação jurídica é a constatação de que, no limite, a fundamentação jurídica sempre diz respeito a questões práticas, ou seja, àquilo que é obrigatório, proibido e permitido. O discurso jurídico é, por isso, um caso especial do discurso prático geral. Enquanto caso especial do discurso prático geral, ele é caracterizado pela existência de uma série de condições restritivas, às quais a argumentação jurídica se encontra submetida e que, em resumo, se referem à vinculação à lei, ao precedente e à dogmática. Mas essas condições, que podem ser expressas por meio de um sistema de regras e formas específicas do argumentar jurídico, não conduzem a um único resultado em cada caso concreto. Em todos os casos minimamente problemáticos são necessárias valorações que não são dedutíveis diretamente do material normativo preexistente. Assim, a racionalidade do discurso jurídico depende em grande medida de se saber se e em que medida essas valorações adicionais são passíveis de um controle racional.³¹⁰

Nesse diapasão, as operações lógico-discursivas não poderão jamais dissociar-se do entendimento e da construção da racionalidade, como elemento justificador do alcance da resposta judicial livre de valorações intersubjetivas em excessos. Ressalte-se, portanto, que a atividade jurisdicional deve se aproximar do ideal de justiça, sendo que tal aproximação ocorre, quanto maior for a atuação vinculada à racionalidade, verificando-se justamente o sopesamento das medidas a serem adotadas na construção do provimento jurisdicional.

A criação das normas jurídicas pelo Estado-Legislador não define e não delimita um sistema perfeito e completamente fechado, onde são verificadas todas as situações hipotéticas e as suas respectivas soluções legais, previstas em normas jurídicas. Desse modo, é plenamente justificável a existência da argumentação jurídica como elemento formador do discurso jurídico a ser construído, caracterizando-se como elemento de solução prático-racional das lides que surgem no cotidiano.

Nesta senda, observa-se que a inevitável imprecisão ocasionada pelo próprio ordenamento jurídico, provoca o alargamento de certa discricionariedade judicial, caracterizada pelo julgamento segundo as circunstâncias de cada caso concreto, utilizando-se como fundamentações, critérios dotados de imprecisões, aptas a produzir a manifestação jurisdicional arbitrária.

³⁰⁹ ALEXY, R. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p.212.

³¹⁰ ALEXY, op. cit., 2011, p.548.

Ressalte-se que, da análise ocorrente acerca da argumentação jurídica, visualizam-se certas limitações aos debates genéricos e desprovidos de enquadramento legal, controlando-se a prática desmedida no atuar jurisdicional. Nesta construção, impende salientar os ensinamentos de Ana Paula de Barcellos, que dispõe:

Naturalmente, o equilíbrio do sistema jurídico não depende apenas da existência adequada de princípios e regras; é preciso também que eles funcionem e sejam manipulados pelos operadores jurídicos dentro de suas características próprias. Isto significa, portanto, que, como padrão geral, as regras não foram feitas para serem ponderadas. Com efeito, a ponderação corriqueira de regras fragilizaria a própria estruturado Estado Democrático de Direito; pouco valeriam as decisões do Poder Legislativo se cada aplicação da norma se transformasse em um novo processo legislativo, no qual o aplicador passasse a avaliar, novamente, todas as conveniência se e interesses envolvidos na questão para, ao fim, definir o comportamento desejável [...].³¹¹

Com isso, uma vez que, os conflitos existentes entre princípios e entre direitos ocorrem com frequência, deixando para os hermeneutas a atividade de criação, por intermédio da argumentação, tais orientações que devem ser seguidas para as resoluções esperadas diante dos casos concretos, carecem de certa cautela, diante da possível discricionariedade excessiva em um determinado juízo. Essa preocupação, deve estar presente, principalmente quando os conflitos envolverem direitos fundamentais, pois a ponderação, nesses casos, torna-se mais instável, pelo afastamento parcial de um dos direitos avaliados no efetivo provimento jurisdicional.

As fundamentações das decisões judiciais se refletem em questões de ordem metodológica, devendo-se, portanto, alcançar, na maior medida possível, a racionalidade à fundamentação jurídica, e, por consequência, a devida correção na atividade de julgar. Partindo-se dessa conceituação, a resposta judicial pode ser seria compreendida como um efeito do discurso de justificação, uma vez que, as sentenças normativas caracterizam-se pelas justificações proferidas por determinado juízo.

Assim, pode-se denotar que a argumentação jurídica propriamente dita, busca a efetiva promoção de um juízo de correção. Desta forma, busca-se a correção em consonância com o próprio ordenamento jurídico, na medida em que, havendo ausência de determinação prévia do sistema normativo, a resposta judicial a ser emanada seja integralmente fundamentada, principalmente diante de possíveis interferências de cunho valorativo.

³¹¹ BARCELLOS, op. cit., 2008, p.80.

Conforme ressalta Humberto Ávila, a norma corresponde ao resultado da interpretação do texto legal, não se igualando ao seu enunciado. Com isso, um dispositivo legal pode gerar variadas normas em consequência da atividade do exegeta³¹². Complementa o autor, ainda, que o resultado da interpretação do dispositivo legal poderá apresentar tanto uma regra, quanto um princípio, que são espécies de normas³¹³.

A respeito da natureza das regras e dos princípios, não podemos olvidar dos valiosos ensinamentos de Ronald Dworkin. O autor norte-americano, apesar de sustentar que ambos são modalidades normativas, ressalta, no entanto, a presença de algumas distinções.

Conforme Dworkin, as regras são aplicáveis à maneira do “tudo-ou-nada”, sendo cabível apenas uma perquirição a respeito da validade ou não da regra. No que concerne aos princípios, Dworkin enfatiza que estes não funcionam à base do “tudo-ou-nada”, uma vez que devem ser aplicados conforme uma dimensão de peso ou importância³¹⁴. Em que pese a diferença acima apontada, o autor deixa claro que tanto as regras quanto os princípios são de aplicação obrigatória e vinculam o juiz³¹⁵.

Note-se que o caráter normativo e vinculativo das regras e dos princípios também foi adotado por Robert Alexy³¹⁶. Segundo o autor germânico, há uma diferença de grau e qualidade entre as regras e os princípios. Aquelas só podem ser aplicadas ou afastadas integralmente (tudo ou nada), ao passo que estes são mandados de otimização, ou seja, são normas que devem ser empregadas na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas do caso concreto³¹⁷.

Ainda segundo Alexy, algumas regras poderiam deixar de ser aplicadas em determinados casos concretos em decorrência de cláusulas de exceção, sem, contudo, deixar de existir no mundo jurídico. A partir desta compreensão, seria possível, portanto, estabelecer um conflito entre regras e princípios³¹⁸.

Para identificar com clareza a hipótese acima aventada, vejamos o seguinte exemplo: Imaginemos um incêndio de grande proporção em uma cidade pequena, onde existe um efetivo reduzido de bombeiros; neste contexto, consideremos, ainda, a regra constitucional prevista no

³¹² ÁVILA, H. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22.

³¹³ ÁVILA, op. cit., 2003, p. 26.

³¹⁴ DWORKIN, op. cit., 2002, p. 39-43

³¹⁵ *Ibidem*, p. 61.

³¹⁶ ALEXY, op. cit., 1997, p. 83.

³¹⁷ *Apud* AMORIM, L.B. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. Esboços e crítica. *Revista de Informação Legislativa*, ano 42, n. 165, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, p. 125-126, jan./mar, 2005.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 126-127.

art. 70. inciso XIII, da Constituição Federal que limita a jornada diária de trabalho ao oito horas; nesta situação hipotética, seria plenamente aceitável estender a jornada de trabalho dos bombeiros além do limite previsto na regra constitucional, no intuito de preservar a vida das pessoas daquela diminuta urbe, bem como os respectivos patrimônios³¹⁹.

Portanto, tendo em vista o conflito entre a ameaça ao direito à vida daquelas pessoas e o direito à limitação da jornada de trabalho, é evidente que o primeiro deve prevalecer nesta situação específica. Assim, a regra deixará de ser aplicada em face de situação peculiar que imponha a preferência por outro bem ou posição jurídica mais relevante. É importante frisar, todavia, que a regra não perderá sua validade, pois apenas deixará de ter aplicação em determinado caso concreto.

Desse modo, vários autores passaram a ver os direitos fundamentais como regras e princípios e, a partir daí, começa a surgir uma nova escola de direito, denominada como neoconstitucionalismo ou pós-positivista³²⁰.

Na doutrina portuguesa, Canotilho adota as principais ideias concebidas por Alexy no tocante à distinção entre regras e princípios. Canotilho afirma que “os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fácticos e jurídicos”. Quanto às regras, ressalta o autor lusitano que não são admitidos graus de efetividade das mesmas, isto é, ou são cumpridas ou violadas³²¹.

Ainda sobre o tema, Ana Paula de Barcellos acrescenta outro critério distintivo, o qual tem como parâmetro os efeitos engendrados pelas normas. Assim, segundo a autora, as regras produziriam efeitos determinados, ao passo que os resultados produzidos pelos princípios teriam um maior grau de indeterminação e também uma variedade de meios para atingir sua concretização. Contudo, o grau de indeterminação teria um limite, que seria o núcleo duro do princípio, insuscetível de ponderação³²².

Alexy reconhece, ainda, a possibilidade de colisão entre princípios, de modo que um deles deverá ceder em favor do outro em face das peculiaridades do caso concreto.

Note-se que a colisão de princípios deriva justamente da estrutura aberta que possuem tais normas, sendo que, por conta de tal natureza, podem transmitir uma considerável variedade

³¹⁹ OLSEN, op. cit., 2006, p. 60.

³²⁰ OLSEN, op. cit., 2006, p. 53-54.

³²¹ CANOTILHO, J.J.G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1035.

³²² BARCELLOS, op. cit., 2002, p. 51-57.

de significados³²³, que eventualmente, podem vir a colidir com os significados trazidos por outros princípios. Nesta perspectiva, Daniel Sarmento afirma que:

(...) 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 congêneres³²⁴.

Portanto, diante de um extenso rol de normas jusfundamentais previstas na Constituição Federal de 1988, torna-se ineludível a colisão de princípios que veiculam direitos fundamentais.

Destarte, considerando a possibilidade de colisão, acolhemos a concepção de que a restrição à efetividade de um princípio só se tornará legítima após a devida ponderação com os princípios ou bens jurídicos colidentes, sendo que a proporcionalidade é que poderá trazer contornos seguros da respectiva ponderação.

Ressalta-se que a ponderação guarda relação com o princípio de hermenêutica constitucional da concordância prática, que, diante de bens jurídicos em conflito, procura conciliar os mesmos, com o escopo de evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros.

A técnica da ponderação ganhou força no começo do século XX, constituindo, assim, uma resistência à jurisprudência dos conceitos. O método foi desenvolvido a partir de alguns julgamentos proferidos pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, que passou a acolher a ideia de ponderação consagrada pela jurisprudência dos valores³²⁵.

De acordo com Karl Larenz, “a ponderação de bens em cada caso é um método de complementação do direito, que visa a solucionar as colisões de normas”³²⁶.

A ponderação então surge como medida de solução da colisão dos princípios do Mínimo Vital e o equilíbrio das finanças públicas, na efetivação dos direitos fundamentais sociais, observando ainda a proibição ao retrocesso, sempre sopesando o caso concreto, sem perder de vista da dignidade humana.

³²³ Cristina Queiroz se refere a uma “complexa polivalência semântica” das normas que consagram direitos fundamentais. (Direitos Fundamentais Sociais, Coimbra: Coimbra, 2006, p. 06).

³²⁴ SARMIENTO, D. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: TORRES, R.L. (Org) *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 39.

³²⁵ TORRES, R.L. 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. 421-423.

³²⁶ LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin: Springer Verlag, 1983, p. 397, *apud* TORRES, R.L. op. cit., p. 423.

6 CONCLUSÃO

Considerar os direitos sociais prestacionais como direitos que foram consagrados constitucionalmente como direitos fundamentais e que, por isso, dependem do papel do Estado para que possam ser concretizados e usufruídos pelos indivíduos, é a base do entendimento de que tais direitos, muito embora diante de todas as adversidades, como o custo econômico para a sua realização, constituem um compromisso a ser perseguido pelo Estado em favor de uma sociedade com menos desigualdades.

Os direitos sociais prestacionais possuem íntima relação com o princípio da dignidade humana, com a noção kantiana de se conceber o homem como fim em si mesmo e não instrumento para os objetivos de outrem.

A dignidade estabelecida como um dos fundamentos da República, em nosso texto constitucional, denota a importância de se colocar o Estado a serviço do indivíduo e não o contrário, notadamente no que concerne a conferir um mínimo de dignidade a todos e, assim, equipará-los, aparando arestas deixadas pela realidade que demonstra que uns vivem com mais do que outros, e esses últimos dependem da ação estatal para viver com um mínimo padrão para que a sociedade seja de fato justa.

Nesse contexto, muito embora a noção de mínimo existencial seja criticada por ser um rótulo liberal, ou por ser uma noção mitigada da ideia de reserva do possível, constata-se que, se houver uma correspondência entre as noções de dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o objetivo do Estado, como se sustentou no corpo desta pesquisa, ou seja, priorizar políticas públicas para a consecução de direitos prestacionais, resta facilitado. Esse mínimo existencial impõe que cada direito social prestacional seja previamente delimitado e que, portanto, seja conhecido o conteúdo a ser adimplido pelo Estado.

Nessa perspectiva, furtar-se-ia a concepção de reserva do possível, ou seja, diante dos direitos mais básicos dos indivíduos não pode ser admitida a alegação de que não há dinheiro ou a de que não há previsão orçamentária para a realização dos direitos prestacionais em sua dimensão mínima.

A cláusula da reserva do possível, formulada inicialmente pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, surge como um limite à efetivação dos direitos fundamentais.

No Brasil, a cláusula tem sido associada à existência ou não de recursos financeiros para tornar efetivos os direitos sociais. A doutrina e também a jurisprudência têm ressaltado o aspecto econômico da reserva do possível.

No entanto, deve ser considerada a razoabilidade ou não da pretensão, conforme se depreende do conceito apresentado pelo tribunal alemão para a reserva do possível (“reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade”). Cabe à sociedade como um todo definir os limites da atuação estatal em prol de seus membros, considerados individualmente. Apenas aquilo que se entende como razoável fará parte da reserva do possível e poderá ser concedido aos indivíduos.

Não se pode dizer que a posição abordada pelo Supremo Tribunal Federal nas decisões que envolvem os custos dos direitos seja equivocada, pois se justifica tendo em vista o modo como tais direitos foram concebidos constitucionalmente e as condições sociais e econômicas do Brasil. Contudo, esse posicionamento abriu margem para que a teoria da reserva do possível recebesse, entre nós, duas perspectivas: a reserva do possível fática e a reserva do possível jurídica.

A reserva do possível fática, diretamente ligada ao conceito de escassez econômica, consiste na limitação evidente da falta de recursos financeiros, humanos ou mesmo de infraestrutura para o cumprimento da prestação social. Por sua vez, a reserva do possível jurídica fundamenta-se na noção de escassez decorrente da indisponibilidade jurídica, ou seja, não significa que não há recursos para determinada política pública de conteúdo social, mas que os recursos foram previamente, diante da constatação daquela necessidade específica, direcionados a outra política pública por meio da lei orçamentária. Embora, receba outras alcunhas, como falácia neoliberal ou como viabilização do princípio da igualdade, ou ainda, como decisão política, bastam as concepções jurídica e fática para constatar que se verifica da análise do texto constitucional interesses contrapostos: a manutenção da austeridade econômica das finanças públicas e a concretização de direitos fundamentais.

Para a resolução do conflito, propõe-se a utilização da teoria da reserva do possível, como critério de ponderação. Para tanto, faz-se necessária a análise de sua justificação no sistema constitucional. Para tal intento, parte-se das premissas de Robert Alexy, que postulam que os direitos fundamentais assumem um caráter de princípios que possuem um conteúdo *prima facie*, quando dispostos no texto constitucional, que, após a necessária ponderação de interesses pelos poderes constituídos, tornam-se direitos definitivos.

A reserva do possível, dentro da distinção proposta por Alexy, funcionaria como um possível critério de ponderação de interesses legítimos, porém contrapostos. Todavia, para que seja adotada como critério de ponderação de interesses para determinar o conteúdo e alcance do direito social prestacional, deve ser justificada constitucionalmente. Diante disso, fez-se

necessário seu enquadramento nas teorias do suporte fático amplo e na teoria externa de restrição aos direitos fundamentais.

Diante do exposto, conclui-se que a teoria da reserva do possível em sua acepção fática não pode ser aceita como uma restrição constitucionalmente justificada, diante da realidade imposta pela escassez moderada. Em outras palavras, sempre há dinheiro para as opções politicamente priorizadas. Enquanto a teoria, em sua versão jurídica, pode ser aceita como uma restrição legítima aos direitos fundamentais de ordem prestacional, ou seja, é constitucionalmente justificada diante da existência de limitações constitucionalmente impostas constituídas nas leis orçamentárias, que previamente direcionam os recursos para a opção considerada politicamente mais relevante.

Assim, embora o texto constitucional mostre-se permeado de ideologias distintas quando protege os direitos prestacionais e impõe um sistema dinâmico entre os poderes constituídos na manutenção da austeridade econômica do Estado, no momento em que consagra o sistema constitucional orçamentário, isso não impede a conversação entre os Poderes no momento de priorização de políticas públicas.

Todavia, no momento de autorizar a inclusão das políticas públicas de ordem social nas contas públicas, o Poder Legislativo mostra-se mais apto para exercer a ponderação entre os interesses divergentes (concretização de direitos fundamentais e legalidade orçamentária), pois observa melhor o princípio da igualdade no momento da prestação e tem uma visão global sobre a escassez moderada.

Não se defende aqui a alegação da reserva do possível pelo Estado para que ele possa simplesmente se furtar ao cumprimento de suas obrigações, em especial, àquelas previstas em nível constitucional, como é o mínimo existencial. O que se defende é que, ainda que exista disponibilidade financeira, não é tudo que é razoável ao indivíduo que se possa exigir do Estado. Somente será possível atender àquilo que se insira nos limites do razoável. Somente o que se aceite, racionalmente, como exigível do Estado e, em última instância, da própria coletividade.

REFERÊNCIAS

ADORNO, T. W.; HORKHEIMER, M. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. *Teoria de Los Drechos Fundamentales*. Traducción de Ernesto Farzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, R. *Constitucionalismo Discursivo*. Org./Trad.: Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

AMARAL, G. *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, L.B. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. Esboços e crítica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 42, n. 165, p. 125-126, jan./mar. 2005.

ANDRADE, J.C.V. de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Alamedina: Coimbra, 2009.

ARAGÃO, A.S. de. Serviços Públicos e Direitos Fundamentais. In: SARMENTO, D.; GALDINO, F. (org.). *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARANGO, R. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005.

ÁVILA, H. Neoconstitucionalismo: “Entre a ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, p. 1-19, jan./mar., 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-O%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2015.

_____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

ÁVILA, H. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

AZEVEDO, A.J. de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 9, p. 3, jan./mar. 2002.

BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2. ed. 8 tir. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARCELLOS, A.P. de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 221, p. 159, jul. 2000.

_____. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SOUZA NETO, C.P. de; SARMENTO, D. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, A.P. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, L.R.; BARCELLOS, A.P. de. *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARRETO, V. de P. Reflexões sobre os Direitos Sociais. In SARLET, I. W. (Org) *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROS, S. de T. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, L.R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS / Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. v. 1, n.1, p.13,1998.

_____. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no direito Constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 23, abril/jun. 1998.

_____. *A doutrina brasileira da efetividade: Temas de direito constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 3, 2005.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8. ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2006.

BARROSO, L.R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Direito Constitucional Contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. de. A nova interpretação constitucional dos princípios. In: LEITE, S. L. (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In: *Interpretação Constitucional*. São Paulo, 2010.

BILCHITZ, D. *Poverty and fundamental rights: the justification and enforcement of socio-economic rights*. New York: Oxford University Press, p. 179-235, 2007.

BINENMBOJM, G. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITTAR, E. C. B. *O Direito na Pós-Modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 7. reimp. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: Brasília: promulgada em 05 de outubro de 1988. Obra Coletiva de autoria da Editora Saraiva, com a colaboração de Antônio Toledo, Maria Cristina Windt e Livia Céspedes. 48. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____, STF ADPF nº 45 – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator Ministro Celso de Mello. Decisão proferida em 29.04.2004 e publicada do Diário de Justiça em 04.05/2004. Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF. Acesso em 18.11.2015

_____. STF, SS 3073/RN, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ em 14/02/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3073&classe=SS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 18.11.2015

_____. STF, STA 91/AL, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 26.02.2007, DJ em 05.03.2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=91&classe=STA&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 18.11.2015.

_____. STF: *Pet 1246*, citadas nas decisões: RE 267612, AI 570455, AgRg no RE 271286, RE 198265, RE 248304, AgRg no RE 273834 e RE 393175. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1246&classe=Pet-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 18.11.2015.

BRASIL. STF. *Informativo STF n° 345*, Brasília, DF, 26 a 30 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 17 fev. 2015. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 17 fev. 2015.

_____. STF. *Ag. Reg. no RE n° 410.715-5 SP*, Rel. Min. Celso de Melo, São Paulo, SP, 22 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>. Acesso em: 17 fev. 2015.

_____. STF. *Repercussão Geral em RE n° 566.471-6 RN*, Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 24 out. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=499864>>. Acesso em: 17 fev. 2015.

_____. STF: *ADIn n° 3.768-4 DF*. Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, Brasília, DF, 19 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491812>>. Acesso em: 17 fev. 2015.

_____. STF. *Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada 175 CE*. Tribunal Pleno, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, Brasília, DF, 17 de março de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 17 fev. 2015.

BRUNNER, GEORG. Die Problematik der sozialen Grundrechte. *In: Recht und Staat* Nr. 404-405, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, p. 14, 1971.

BUCCI, M.P.D. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMARGO, A. L. C. *Culpabilidade e Reprovação Penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CANARIS, C.W. Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts. *JuS*, p. 161, 1989.

CANARIS, C.W. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p. 58.

CANÇADO TRINDADE, A.A. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, v I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 493. In: SGARBOSSA, L.F. *Crítica à teoria dos custos dos direitos Reserva do Possível*. Porto Alegre: Fabris, v. 1, 2010.

CANOTILHO, J.J.G. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004. 1253p.

_____. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais. Portugal Coimbra Editora, 2008.

CANOTILHO, J. J. G. ; CORREIA, M. O. G. ; CORREIA, É. P.B. *A Cidadania Social na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO NETTO, M. de. A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, J.A. L. *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CASSIRER, E. *A filosofia do iluminismo*. Campinas: Unicamp, 1992.

CERQUEIRA, A.; COELHO, N. M. M. S.; MAGALHÃES, J. L. Q. A refundação da ordem jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito: reconstrução não essencialista do princípio da dignidade da pessoa humana. CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓSGRADUAÇÃO EM DIREITO, 16, 2007, Belo Horizonte. *Anais...* Florianópolis: Jose Arthur Boiteux, p.3397-3398, 2007.

COMPARATO, F.K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, culturais e sociais. In: CUNHA, S.S. da ; GRAU, E.R. (Org.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

COSTA, D.S. *O Direito Fundamental à Educação no Estado Constitucional Contemporâneo e o Desafio da Universalização da Educação Básica*. 2010. 18F. Dissertação de Mestrado (Pós-Graduação em Direito da PUC-RS), 2010. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=191273. Acesso em: 05 de março de 2015.

COUTO, B.R. *O Direito Social e a assistência social na sociedade brasileira: uma equação possível?* 2. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

CRISAFULLI, V. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milão: Giuffrè, 1952.

CUNHA JÚNIOR, D. da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: Jus Podivm, 2006.

_____. *A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível*. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRARI, R.M.M.N. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 253).
- FERREIRA FILHO, M.G. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FERREIRA FILHO, M.G. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FIGUEIREDO, A.C. *Princípios de justiça e avaliação de políticas*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n.39, p. 73-103, 1997.
- FIGUEIREDO, M. F. *Direito Fundamental à Saúde*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- FREITAS, J. de. *A Interpretação Sistemática do Direito*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- GALDINO, F. *Introdução à Teoria do Custo dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.
- GARCÍA-PELAYO M. *As Transformações do Estado Contemporâneo*. Trad.: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- GRAU, E.R. Realismo e Utopia Constitucional. In: ROCHA, F.L.X.; MORAES, F. (Coord.), *Direito Constitucional Contemporâneo*. Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- GUERRA FILHO, W.S. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. rev. ampl., São Paulo: Celso Bastos editor, 2001.
- HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.
- HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 15.
- _____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- HOLMES, STEPHEN ; SUNSTEIN, C . *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.
- _____. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. 2.ed. New York: W.W. Norton & Company, 2011.
- KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- KRELL, A.J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002.

KRELL, A.J. *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

KRIELE, M. *Libertação e iluminismo político: uma defesa da dignidade do homem*. São Paulo: Loyola, 1983, p. 53.

LAFER, C. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin: Springer Verlag, 1983, p. 397.

LEAL, R.G. *Estado, Administração Pública e Sociedade: Novos Paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEAL, R.G. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, I.W. (Org.), *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, vol. I, Tomo I, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LIMA, G.M. *Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Dissertação (Mestrado em Direito). 2005. 339p. Universidade Federal do Ceará, Fortaleza. 2005. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/dissertacao.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2015

LOPES, J.R. de L. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.) *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Direitos Sociais*. Teoria e Prática, São Paulo: Método, 2006.

MATSUDA, J.T.M.; PEREIRA, H.M.; SOUZA, L.C. de. O mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais. *Revista Virtual da AGU*, ano XI, n. 116, set. 2011. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/172065. Acesso em: 18 de fev. de 2015.

MAURER, H. *Contributos para o Direito do Estado*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, pp. 15-16.

MELLO, C.A. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, G.F. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 49.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, G.F.; COELHO, I.M.; BRANCO, P.G.G. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDOLA, G.F.P.D. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Trad. Luiz Feracine. São Paulo: GRD, 1988, p. 49-51.

MOLINARO, C. A. ; MILHORANZA, M. G. Alcance político da jurisdição no âmbito do direito à saúde”. In: ASSIS, Araken de (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde*. Porto Alegre: Notadez, 2007.

MURSWIEK, D. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte. In: J. Isensee-P. Kirchhof (Org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, v. 5, p. 254, s/d.

NEUNER, J. Los Derechos Humanos Sociales. In: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 9, p. 254-255, 2005.

NÓBREGA, M. da. *O futuro chegou: instituições e desenvolvimento no Brasil*. São Paulo: Globo, 2005, p. 99-100

NOVAIS, J.R. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NUNES JUNIOR, V.S. *A Cidadania Social na Constituição de 1988. Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

_____. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 70.

NUNES, R. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo.: Saraiva, 2009, p. 48

OLIVEIRA, M.A.C. de. *Direito Política e Filosofia: Contribuições para uma teoria discursiva da construção democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

OLSEN, A.C. L. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 89.

_____. *Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 316.

PECES-BARBA, G. M. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. Madrid: Editorial Dykinson, 2002.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Tradução de Verginia Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PEREIRA, J. R. G. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIMENTA, P.L. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PIOVESAN, F. Direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana. In: LEITE, S. L. (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 189.

_____. Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, p. 206-226, jul./dez. 2011.

PORTO, P.R. da F. *Direitos Fundamentais Sociais*. Considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

QUEIROZ, C. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra, 2006.

ROCA, G.E. *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*. Madrid: Trama, 2005, esp. p. 58-62. Disponível em: <<http://e-spacio.uned.es:8080/fedora/get/bibliuned:DerechoPolitico2008-4/PDF>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. Los derechos fundamentales y la protección de la salud. UNED, *Revista de Derecho Político*, n. 71-72, p. 113-148, 2008. Disponível em: <<http://e-spacio.uned.es:8080/fedora/bibliuned:DerechoPolitico2008-4/PDF>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

ROCHA, C.L.A. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista Interesse Público*, Rio de Janeiro, v. 4, 1999.

_____. Vida Digna: Direito, Ética e Ciência. In: ROCHA, C.L.A. (coord.). *O Direito à Vida Digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROUANET, S.P. *As razões do iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

SAMPAIO, J.A.L. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In: ____ (Coord.) *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, M. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SARLET, I.W. *Die Problematik der sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz: eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1997.

_____. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 1, p. 12, 2001.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito Constitucional*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 312-313.

SARLET, I.W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 61, jan./mar. 2007.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais, p. 102. In: CANOTILHO, J. J. G.; CORREIA, M.O.G.; CORREIA, É.P.B. (org.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Direito fundamental ao transporte traz novos desafios a velhos problemas. *Revista Consultor Jurídico*, 25 de setembro de 2015.

SARLET, I.W.; FIGUEIREDO, M.F. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 29.

_____. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, I.W.; TIMM, L.B. (organizadores). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET, I. W. ; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”. In: *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 1, n. 1, out./dez. 2007.

SARMENTO, D. *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*. *Direitos Sociais*, 2008. Disponível em: <http://www.danielsarmento.com.br/wpcontent/uploads/2012/09/A-Protecao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2015.

_____. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: TORRES, R.L. (Org) *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *A ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

_____. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, J.A. Leite. *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.251-314. 2003, p. 252-253.

SCAFF, FERNANDO FACURY. Controle Público e Social da Atividade Econômica. *Anais da XVII Conferência Nacional da OAB*, vol. I, Rio de Janeiro, 1999.

_____. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível, p. 151. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SCHÄFER, JAIRO *Classificação dos Direitos Fundamentais: do Sistema Geracional ao Sistema Unitário – uma Proposta de Compreensão*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHWABE, J. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Berlim e Munique: Langenscheidt, 2001.

_____. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Organização e introdução por Leonardo Martins. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 656-667. Disponível em: www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html. Acesso em: 20 de fev/2015.

SEVERO, R.C. O princípio da reserva do possível e a eficácia das decisões judiciais em face da Administração Pública. *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, n. 112, ano 10, 2010.

SGARBOSSA, L.F. Crítica à teoria dos custos dos direitos. v 1, Reserva do Possível. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2010, p. 308.

SILVA, J. A. da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, p. 91, 1988.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, L. V. A. da. *O proporcional e o razoável*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

_____. *Direitos Fundamentais - Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*, 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 250-251.

_____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, v.4, p. 23-52, 2006.

_____. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, C. P. de ; SARMENTO, D. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 587-599, 2008.

SILVA, N.M. da. Considerações sobre a exigibilidade dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. De jure: *Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 16, jan./jun. 2011.

SILVA NETO, M.J. e. *Curso de Direito Constitucional*. 5.ed. Lumen Juris, 2009.

_____. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 1999.

SOARES, M.L.Q. Processo Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SOARES, R.M.F. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SORJ, B. *A democracia inesperada: cidadania, direitos humanos e desigualdade social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

SOUZA NETO, C.P. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, C.P. de; SARMENTO, D. (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STARCK, C. Staatliche Organisation und Staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen? In: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, vol. II, Tübingen: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1976, 518 p.

STRECK, L. L. A Constituição (ainda) dirigente e o Direito fundamental à obtenção de respostas corretas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 279, 2008.

_____. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: OLIVEIRA, M. A. C. de; MACHADO, F. D. A. (coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

STRECK, L. L. Hermenêutica, Pré-compreensão e decisão jurídica: respondendo a algumas críticas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 7, p. 99-126, 2009.

TEPEDINO, G. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TORRES, R.L. A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. In: ____ (Org). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, PP. 421-423.

_____. O Mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, C. P. de ; SARMENTO, D. (org). *Direitos Sociais*. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 313-339.

_____. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WIEGAND, D. *Sozialstaatsklausel und soziale Teilhaberechte*. In: *DVBL 1974*, p. 657.