

Ingo Wolfgang Sarlet

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

UMA TEORIA GERAL DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS
NA PERSPECTIVA
CONSTITUCIONAL

11ª edição
revista e atualizada



livraria
DO ADVOGADO
editora

contudo, manifestar-se de diversas maneiras. Assim, socorrendo-nos da lição de R. Alexy, podemos sustentar que, na qualidade de direitos de defesa (na sua perspectiva jurídico-subjetiva) os direitos fundamentais agrupam-se em três categorias: a) direitos ao não impedimento de ações por parte do titular do direito; b) direitos à não afetação de propriedades e situações do titular do direito; c) direitos à não eliminação de posições jurídicas.¹³² Observe-se que nestas diferenciadas manifestações jurídico-subjetivas encontra-se incluída também a possibilidade outorgada ao titular do direito de não gozar da liberdade ou fruir da posição jurídica fundamental assegurada, à evidência, não lhe pode ser imposta.

Por derradeiro, em que pese certa contenção por parte do Supremo Tribunal Federal no que tange ao reconhecimento das amplas possibilidades que decorrem do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais – mesmo onde não se vislumbram obstáculos de maior relevância –, podemos concluir que em se tratando de direitos fundamentais de defesa, a presunção em favor da aplicabilidade imediata e a máxima da maior eficácia possível devem prevalecer, não apenas autorizando, mas impondo aos juízes e tribunais que apliquem as respectivas normas aos casos concretos, viabilizando, de tal sorte, o pleno exercício destes direitos (inclusive como direitos subjetivos), outorgando-lhes, portanto, sua plenitude eficaz e, consequentemente, sua efetividade. Além do mais, cumpre ressaltar que a eficácia dos direitos de defesa de longe não se esgota na perspectiva jurídico-subjetiva ora referida. A plena justiciabilidade (como direitos subjetivos) desta categoria dos direitos fundamentais pode até assumir a condição de principal manifestação de sua eficácia jurídica, não afastando, contudo, como já ressaltado alhures, outros efeitos jurídicos, inclusive na esfera jurídico-objetiva, que, por serem comuns a todas as normas definidoras de direitos fundamentais, serão referidas quando tratarmos dos direitos fundamentais a prestações, até mesmo para que possamos evitar inúteis e improdutivas repetições.¹³³

3.4. A eficácia dos direitos sociais na sua dimensão prestacional como problema específico

3.4.1. Considerações preliminares

Se relativamente aos direitos fundamentais de defesa inexistem maiores problemas no que diz com a possibilidade de serem considerados diretamente aplicáveis e aptos, desde logo, a desencadear todos os seus efeitos jurídicos, o mesmo não ocorre na esfera dos direitos fundamentais a prestações, que têm por objeto uma conduta positiva por parte do destinatário, consistente, em regra, numa prestação de natureza fática ou normativa, razão pela qual a razão está com Canotilho ao enfatizar a neces-

¹³² Cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 96 e ss. Entre nós, esta posição foi objeto de recente recepção na obra de E. Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, p. 85.

¹³³ De qualquer sorte, é no mínimo controversa a afirmação de que no caso dos direitos sociais, designadamente no âmbito de sua perspectiva prestacional, a dimensão objetiva e os efeitos que lhe são inerentes é mais forte do que a dimensão subjetiva, tal qual, entre outros, aparentemente sugere I. Moreira, *A Solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 66 e ss., aspecto que, contudo, não teremos condições de desenvolver em particular.

sidade de “cimentar juridicamente” o estatuto jurídico-constitucional dos direitos sociais, económicos e culturais.¹³⁴ É precisamente em função do objeto precípuo destes direitos e da forma mediante a qual costumam ser positivados (normalmente como normas definidoras de fins e tarefas do Estado ou imposições legiferantes de maior ou menor concretude) que se travam as mais acirradas controvérsias envolvendo o problema de sua aplicabilidade, eficácia e efetividade. Dentre as diversas questões que suscitam estes direitos fundamentais, há que destacar três, que, desde já, constituirão o objeto precípuo das considerações que irão seguir. Assim, pergunta-se: a) em que medida os direitos a prestações se encontram em condições de, por força do disposto no art. 5º, § 1º, da CF serem diretamente aplicáveis e gerarem sua plena eficácia jurídica? b) quais os diversos efeitos jurídicos inerentes à eficácia jurídico-normativa dos direitos fundamentais a prestações? c) é possível deduzir destes direitos um direito subjetivo individual a prestações estatais? d) caso afirmativa a resposta à pergunta anterior, em que situações e sob que condições um direito subjetivo a prestações poderá ser reconhecido?

Ponto de partida da nossa análise será, aqui, também a constatação de que mesmo os direitos fundamentais a prestações são inequivocamente autênticos direitos fundamentais, constituindo (justamente em razão disto) direito imediatamente aplicável, nos termos do disposto no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição. A exemplo das demais normas constitucionais e independentemente de sua forma de posituação, os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis, aplicando-se-lhes (com muito mais razão) a regra geral, já referida, no sentido de que inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade. O quanto de eficácia cada direito fundamental a prestações poderá desencadear dependerá, por outro lado, sempre de sua forma de posituação no texto constitucional e das peculiaridades de seu objeto.¹³⁵ Convém salientar, ademais, que estamos tratando da eficácia como diretamente decorrente da Constituição, e não da eficácia de direitos derivados, no sentido de direitos legais, oriundos da concretização – em nível infraconstitucional – das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais.

Considerando o exposto e para que possamos debruçar-nos sobre a tentativa de responder – no sentido de esboçar uma proposta de solução – às questões referidas, haveremos de nos guiar por algum roteiro. Neste sentido, a despeito da distinção que costuma ser traçada entre os direitos a prestações em sentido amplo (direitos à proteção e participação na organização e procedimento), de regras consistentes em direitos a prestações normativas estatais, e os direitos a prestações em sentido estrito, isto é, os direitos a prestações materiais (os direitos sociais prestacionais), salientamos que é aos últimos que dedicaremos a nossa atenção, na medida em que são eles que suscitam os problemas mais cruciantes, constituindo, de certa forma, o *punctum dolens* da problemática. Como pressuposto para o enfrentamento adequado da questão da eficácia dos direitos a prestações sociais, impõe-se, numa fase preliminar, uma

¹³⁴ Cf. J. J. Gomes Canotilho, “Metodologia” fuzzy” y “camaleones normativos” e n la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales”, in: *Derechos y Libertades n° 06* (1998), p. 36.

¹³⁵ Tal aspecto, especialmente no que diz com a força jurídica variável dos direitos sociais, foi recentemente destacado por N. Jacobs, “La portée juridique des droits économiques, sociaux et culturels”, in: *Revue Belge de droit international*, vol. XXXII, (1999/1), p. 27.

referência às distinções entre os direitos de defesa e esta última categoria de direitos fundamentais. Em seguimento, ocupar-nos-emos dos direitos sociais prestacionais (assim como de sua possível dimensão programática quando positivados como normas definidoras de programas, fins e tarefas a serem implementados pelo Estado ou como normas impositivas), para que, enfim, possamos empreender a tentativa de deslindar a problemática relativa à possibilidade de se reconhecerem direitos subjetivos a prestações fáticas.

3.4.2. Aspectos relevantes concernentes à distinção entre os direitos de defesa e os direitos sociais prestacionais

3.4.2.1. Considerações introdutórias

Em que pese já termos tecido algumas considerações a respeito das características dos direitos a prestações materiais sociais (direitos a prestações em sentido estrito), a compreensão da problemática da eficácia desta última categoria de direitos fundamentais pressupõe maior clarificação das características distintivas essenciais entre ambos os grupos de direitos, já que a natureza peculiar dos direitos sociais prestacionais poderá ser mais facilmente definida se comparados com os direitos de defesa, os quais, por já terem sido devidamente caracterizados, assumirão, neste texto, papel secundário. É necessário ressaltar, outrossim, que as assim denominadas liberdades sociais, consistentes nos direitos sociais equiparados aos direitos de defesa, ficam, evidentemente, excluídos do âmbito desta comparação, assim como fica excluída aqui a assim designada dimensão negativa dos direitos sociais prestacionais, que sempre geram poderes (direitos) subjetivos negativos no sentido, por exemplo, de viabilizarem a impugnação de atos que sejam contrários à sua realização, como ocorre com o direito à moradia quando da proteção da propriedade que serve de moradia contra a penhora, aspectos que aqui não iremos desenvolver. Além disso, não se pretende aqui esgotar o tema em todos os seus possíveis aspectos, já que a problemática pode ser analisada com base em diferenciados critérios. Da mesma forma, renunciamos à pretensão de apresentar uma sistematização rigorosa dos diversos critérios e distinções, na medida em que a nossa intenção é tão somente a de destacar os aspectos mais relevantes e diretamente vinculados ao problema da eficácia dos direitos fundamentais sociais. Por derradeiro, em que pese constituir também a eficácia um dos ângulos a partir do qual pode ser analisada a distinção entre os direitos de defesa e os direitos sociais prestacionais, não será este aspecto da problemática abordado neste momento. Por tratar-se do objeto precípua de nosso estudo (a eficácia dos direitos fundamentais), bem como por pressupor a clarificação dos demais critérios distintivos, cuidaremos dela com mais vagar – ao menos, no que tange aos direitos sociais prestacionais – a partir do próximo capítulo, lembrando que relativamente aos direitos de defesa a questão já foi suficientemente deslindada.

3.4.2.2. Os direitos sociais prestacionais e seu objeto

Na medida em que os aspectos mais relevantes no âmbito da distinção ora efetuada decorrem diretamente da natureza do objeto dos direitos sociais prestacionais, há que iniciar por este critério, retomando-se parcialmente noções já lançadas no de-

correr do nosso estudo, ainda que resumidamente. Já se assentou, neste contexto, que, enquanto os direitos de defesa se identificam por sua natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado, no sentido de proteger o indivíduo contra ingerências na sua autonomia pessoal, os direitos sociais prestacionais (por uma faceta de cunho negativo)¹³⁶ têm por objeto precípua conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente numa prestação de natureza fática. Enquanto a função precípua dos direitos de defesa é a de limitar o poder estatal, os direitos sociais (como direitos a prestações) reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social.¹³⁷ Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição (conservação de uma situação existente), os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto,¹³⁸ já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais.¹³⁹ Assim sendo, é de acolher-se a preciosa lição de José E. Faria, para quem “os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios”.¹⁴⁰

Em que pesem as distinções apontadas, não se deve olvidar que também os direitos sociais prestacionais apresentam uma dimensão negativa, porquanto a prestação que constitui o seu objeto não pode ser imposta ao titular em potencial do direito, assim como os próprios direitos de defesa podem, consoante já ressaltado, reclamar uma conduta positiva por parte do Estado, como ocorre com determinados direitos fundamentais de cunho procedimental, alguns direitos políticos e direitos que dependem de concretização legislativa, de tal sorte que se aponta corretamente para uma interpenetração entre ambos os grupos de direitos fundamentais também no que concerne ao seu objeto.¹⁴¹

Além disso, verificou-se que – para além dos direitos sociais – existem outros direitos fundamentais prestacionais, cujo conceito, portanto, é mais abrangente, de tal sorte que os direitos sociais prestacionais (direitos a prestações em sentido estrito), constituem espécie do gênero direitos a prestações. Tal constatação partiu da premissa de que não se deve reconduzir os direitos à participação na organização e no procedimento, os direitos políticos na sua dimensão prestacional e os direitos à proteção à atuação do Estado como Estado Social, na medida em que mais diretamen-

¹³⁶ A respeito deste ponto, vale conferir também a recente e notável contribuição de C. Courtis e V. Abramovich, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, especialmente p. 24 e ss., destacando aspecto por nós também assumido e sustentado, que as diferenças entre os direitos sociais (prestacionais) e os direitos de defesa são predominantemente de grau e não de caráter substancial.

¹³⁷ Cf. Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 129.

¹³⁸ Assim se posiciona, dentre outros, J. R. Lima Lopes, in: *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, p. 126-7.

¹³⁹ Cf. A. Fioranelli Jr., in: *RPGESP* nº 41 (1994), p. 23, baseado em lição de Fábio Konder Comparato.

¹⁴⁰ Cf. J. E. Faria, in: *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, p. 105.

¹⁴¹ Assim leciona, entre outros, J. Miranda, in: *CDCCP* nº 1 (1992), p. 202 e ss. Sobre esta dimensão negativa dos direitos sociais prestacionais (que não se confunde com as assim denominadas liberdades sociais), v. também Canotilho/Moreira, *Fundamentos*, p. 127, que exemplificam sua posição à luz do direito à saúde (art. 64 da CRP), salientando que ao Estado não incumbe apenas a tarefa de prestar o serviço de saúde, mas também a de abster-se de prejudicar a saúde dos indivíduos.

te vinculadas às funções clássicas do Estado democrático de Direito. O desiderato dos direitos sociais, como direitos a prestações, consiste precisamente em realizar e garantir os pressupostos materiais para uma efetiva fruição das liberdades, razão pela qual, consoante já assinalado, podem ser enquadrados naquilo que se denominou de *status positivus socialis*.

Ressalte-se, neste contexto, que o objeto dos direitos sociais a prestações (em última análise, o conteúdo da prestação) dificilmente poderá ser estabelecido e definido de forma geral e abstrata, necessitando de análise calcada nas circunstâncias específicas de cada direito fundamental que se enquadre no grupo ora em exame.¹⁴² A multiplicidade de opções que se registra no âmbito da atividade prestacional social do Estado tende a ser, em tese, ilimitada e constitui, por si só, instigante tema para uma reflexão mais aprofundada. Mesmo assim foram efetuadas diversas tentativas de sistematizar as prestações sociais estatais relevantes para a problemática dos direitos sociais, dentre as quais destacamos – pela sua plasticidade e abrangência – a proposta formulada pelo publicista germânico Dieter Murswiek, que dividiu as prestações estatais (que podem, em princípio, constituir em objeto dos direitos sociais) em quatro grupos: a) prestações sociais em sentido estrito, tais como a assistência social, aposentadoria, saúde, fomento da educação e do ensino etc.; b) subvenções materiais em geral, não previstas no item anterior; c) prestações de cunho existencial no âmbito da providência social (*Daseinsvorsorge*), como a utilização de bens públicos e instituições, além do fornecimento de gás, luz, água etc.; d) participação em bens comunitários que não se enquadram no item anterior, como, por exemplo, a participação (no sentido de quota-parte), em recursos naturais de domínio público.¹⁴³

O que se percebe, com base na sistematização proposta, é que os diversos direitos sociais prestacionais podem apresentar um vínculo diferenciado em relação às categorias de prestações estatais referidas (direito ao trabalho, assistência social, aposentadoria, educação, saúde, moradia etc.). Quais das diferentes espécies de prestações efetivamente irão constituir o objeto dos direitos sociais dependerá de seu reconhecimento e previsão em cada ordem constitucional, bem como de sua concretização pelo legislador, mesmo onde o Constituinte renunciar à positividade dos direitos sociais prestacionais. Importante é a constatação de que as diversas modalidades de prestações referidas não constituem um catálogo hermético e insuscetível de expansão, servindo, além disso, para ressaltar uma das diferenças essenciais entre os direitos de defesa e os direitos sociais (a prestações), já que estes, em regra, reclamam uma atuação positiva do legislador e do Executivo, no sentido de implementar a prestação que constitui o objeto do direito fundamental.¹⁴⁴ Os direitos sociais a prestações, ao contrário dos direitos de defesa, não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade abstrata, mas, sim, como já assinalado alhures, encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem.

¹⁴² Neste sentido a oportuna referência de C. Thamm, *Probleme der verfassungsrechtlichen Positivierung sozialer Grundrechte*, p. 33.

¹⁴³ Cf. D. Murswiek, in: *HBSr V*, p. 253. Esta sugestão foi, mais recentemente, acolhida por H. von Heinegg e U. Haltern, in: *JA 1995*, p. 337.

¹⁴⁴ Cf. a lição de E. W. Böckenförde, in: *Böckenförde/Jekewitz/Ramm*, p. 10.

3.4.2.3. A especial relevância econômica dos direitos sociais prestacionais e o limite (relativo) da “reserva do possível”

Justamente pelo fato de os direitos sociais prestacionais terem por objeto – em regra – prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais, aponta-se, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante, ainda que se saiba, como já frisado alhures, que todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão positiva e, portanto, alguma relevância econômica.¹⁴⁵ Tal constatação pode ser tida como essencialmente correta e não costuma ser questionada. Já os direitos de defesa – precisamente dirigidos a uma conduta omissiva – podem, em princípio, ser considerados destituídos desta dimensão econômica, na medida em que o objeto de sua proteção como direitos subjetivos (vida, intimidade, liberdades etc.) pode ser assegurado juridicamente, independentemente das circunstâncias econômicas.¹⁴⁶ É preciso que se deixe consignado, entretanto, que a referida “irrelevância econômica” dos direitos de defesa (negativos) não dispensa alguns comentários, pelo menos com o intuito de evitar algumas incompreensões para com a nossa posição, pelas quais somos talvez em parte responsáveis, possivelmente por não termos até o momento nos posicionado com suficiente clareza a respeito.

Com efeito, já se fez menção, no capítulo sobre a classificação dos direitos fundamentais, que todos os direitos fundamentais (inclusive os assim chamados direitos de defesa), na esteira da já citada obra de Holmes e Sunstein e de acordo com a posição entre nós sustentada por autores como Gustavo Amaral¹⁴⁷ e Flávio Galdino,¹⁴⁸ 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 a sua realização – um conjunto de medidas positivas por parte do poder público, que abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para a sua proteção e implementação. Assim, não há como negar que todos os direitos fundamentais podem implicar “um custo”, de tal sorte que esta circunstância não poderia ser limitada aos direitos sociais de cunho prestacional.¹⁴⁹ Aliás, é preciso enfatizar, como o faz José Casalta Nabais, que não apenas todos os direitos fundamentais importam em custos, como tais custos podem ser compreendidos em sentido amplo, abrangendo custos ligados à própria existência e sobrevivência do Estado (vinculados, por exemplo, ao dever de defesa da pátria), quanto custos ligados ao funcionamento democrático (dever de votar), como em sentido estrito, quando se referem – conforme, aliás, a perspectiva aqui privilegiada, os assim chamados custos financeiros públicos de todos os direitos.¹⁵⁰

¹⁴⁵ A este respeito, v., entre outros, H-J Wipfelder, in: *ZRP 1986*, p. 141, bem como D. Murswiek, in: *HBSr V*, p. 252 e ss.

¹⁴⁶ Cf. C. Starck, in: *BVerfG und GGII*, p. 518. Assim também D. Murswiek, in: *HBSr V*, p. 267, que, contudo, aponta para o fato de que as circunstâncias econômicas podem eventualmente vir a ser objeto necessário de consideração, especialmente nas hipóteses de restrições aos direitos de defesa, quando da aferição da proporcionalidade da restrição.

¹⁴⁷ Cf. G. Amaral, *Direito, Escassez e Escolha*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

¹⁴⁸ Cf. F. Galdino, “O Custo dos Direitos”, in: R. L. Torres (Org.), *Legitimação dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 139-222.

¹⁴⁹ Sobre a teoria dos custos dos direitos, v., ainda, L. F. Sgarbossa, *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos*, vol. I. Reserva do Possível, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

¹⁵⁰ Cf. J. C. Nabais, *Por uma liberdade com responsabilidade*. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 175 e ss.

Apesar do exposto, seguimos convictos – como, de resto, esperamos demonstrar nas páginas que seguem – que para o efeito de se admitir a imediata aplicação pelos órgãos do Poder Judiciário, o corretamente apontado “fator custo” de todos os direitos fundamentais, nunca constituiu um elemento impeditivo da efetivação pela via jurisdicional (no sentido pelo menos da negativa da prestação da efetivação) quando em causa direitos subjetivos de conteúdo “negativo”. É justamente 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 implementação 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 efetivação, significando, pelo menos para significativa parcela da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda 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.¹⁵¹

Trilhando linha argumentativa similar, convergindo, portanto, com a posição aqui de há muito enfatizada, no sentido de que existem diferenças entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, diferenças estas ligadas ao custo dos direitos, situa-se também o entendimento de Virgílio Afonso da Silva, para quem a realização dos direitos sociais “custa mais dinheiro”, distinguindo entre “gastos institucionais”, que seriam gastos comuns a todos os direitos (os gastos com a manutenção das instituições políticas e judiciais, por exemplo, que estão a serviço de todos os direitos) e os gastos diretamente referidos à realização dos direitos sociais, razão pela qual o autor entende que tais gastos gerais devem ser excluídos para efeito de comparação entre os direitos civis e políticos e direitos sociais, econômicos e culturais,¹⁵² designadamente na sua esfera prestacional, convém acrescentar.

Se a regra da relevância econômica dos direitos sociais prestacionais pode ser aceita sem maiores reservas, há que questionar, todavia, se efetivamente todos os direitos desta natureza apresentam dimensão econômica, havendo, neste contexto, quem sustente a existência de exceções, apontando 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 públicas, além de outras que se restringem ao acesso aos recursos já disponíveis.¹⁵³ 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 outras formas de arrecadação do Estado.

¹⁵¹ Assim também D. Murawick, in: *HBStR* V, p. 267. No mesmo sentido, v. W. Brohm, in: *JZ* 1994, p. 216, que fala de uma dependência conjuntural (*Konjunkturabhängigkeit*) dos direitos sociais na sua dimensão prestacional.

¹⁵² Cf. V. A. da Silva, “O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais”, in: *Direitos Sociais*, p. 593.

¹⁵³ Cf., novamente, D. Murawick, in: *HBStR* V, p. 254.

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 obrigação.¹⁵⁴ 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 sociais,¹⁵⁵ de tal sorte que a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação desses direitos.¹⁵⁶ Distinta 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 existentes.¹⁵⁷ Encontramos, portanto, diante de duas facetas diversas, porém intimamente entrelaçadas, que caracterizam os direitos fundamentais sociais prestacionais. É justamente em virtude destes aspectos que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma “reserva do possível”,¹⁵⁸ que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma.

Para além disso, colhe-se o ensejo de referir decisão da Corte Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispor do 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.¹⁵⁹ 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 legislador.¹⁶⁰

¹⁵⁴ Assim, entre nós, J. R. Lima Lopes, in: *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, p. 131. No mesmo sentido, v. G. F. Mendes, in: *CDTFP* n° 3 (1993), p. 28, ressaltando que a efetividade dos direitos sociais se encontra na dependência da atual disponibilidade de recursos por parte do destinatário da pretensão. Também A. Krell, *Controle judicial dos serviços públicos básicos*, p. 40 e ss., em importante ensaio sobre o tema, aceita esta dependência dos direitos sociais prestacionais da existência de recursos para sua efetivação, sem, contudo, negar-lhes eficácia e efetividade.

¹⁵⁵ Cf. G. Brunner, *Die Problematik der sozialen Grundrechte*, p. 14 e ss.

¹⁵⁶ Esta, dentre outros, a lição de C. Starck, in: *BVerfG und GG II*, p. 518.

¹⁵⁷ A este respeito, v. também G. Brunner, *Die Problematik der sozialen Grundrechte*, p. 16. Entre nós, tal dimensão cresce em relevo se levarmos em conta o problema da repartição de competência no âmbito do Estado Federal e, acima de tudo, na repartição das receitas tributárias e sua afetação e aplicação, temática que aqui não há como desenvolver. Sobre o tema, enfatizando o direito à saúde, v. a contribuição de M. M. Gouvêa, “O direito ao fornecimento estatal de medicamentos”, in: *A Efetividade dos Direitos Sociais*, 2004, p. 255-84.

¹⁵⁸ Entre nós, v. G. F. Mendes, in: *CDTFP* n° 3 (1993), p. 28. Mais recentemente, v. as contribuições de R. L. Torres, *A cidadania multidimensional...*, p. 292 e ss., assim como P. G. Gonet Branco, in: *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 145 e ss. Na doutrina lusitana, posiciona-se favoravelmente ao reconhecimento do limite da reserva do possível J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 201.

¹⁵⁹ Cf. *BVerfGE* 33, 303 (333).

¹⁶⁰ Esta a ponderação de D. Wiegand, in: *DVBL* 1974, p. 657.

A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível 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; e 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.¹⁶¹ Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros¹⁶² princípios constitucionais, 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 ferramenta para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.¹⁶³

Por outro lado, justamente com base nas ponderações tecidas, não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais,¹⁶⁴ como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo imanentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constitui, em verdade, de (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 conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios de proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.

¹⁶¹ No mesmo sentido, v., também, L. F. Sgarbossa, *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos*, op. cit., p. 192 e ss.

¹⁶² Vale anotar, que, embora a substancial convergência, há quem prefira atribuir um caráter dúplici (ou bidimensional) à assim designada “reserva do possível”, como é o caso de D. Sarmento, “A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos”, in: C. P. Souza Neto e D. Sarmento (Coord.), *Direitos Sociais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 569 e ss., embora sem deixar, mas não no contexto específico das “dimensões” da reserva do possível, de referir a necessária observância dos critérios da proporcionalidade, designadamente, como sempre fazemos questão de enfatizar, abrangendo a razoabilidade da pretensão do particular em face do Estado e da comunidade. No mesmo sentido, v., ainda, P. Caliendo, *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito*, São Paulo: Elsevier, 2008, p. 204, reconhecendo uma dimensão fática e jurídica da reserva do possível. De qualquer sorte, o mais importante é que se tenha presente que a problemática posta pela reserva do possível abrange um conjunto diferenciado de aspectos, que não pode ser reduzido à questão da efetiva disponibilidade de recursos materiais. Enfatizando também o caráter multidimensional da reserva do possível, v., por último, F. O. Kelbert, *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 65.

¹⁶³ Reunindo um conjunto de ensaios sobre as diversas perspectivas da “reserva do possível”, inclusive veiculando posições mais ou menos divergentes entre si, no sentido de um autêntico debate sobre o tema, v., por último, I. W. Sarlet e L. B. Timm (Orgs.), *Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

¹⁶⁴ Neste sentido, pelo menos, a recente afirmação de J. Schäfer, *Classificação dos Direitos Fundamentais*, p. 67. Nas palavras do autor, a reserva do possível “é um elemento que se integra a todos os direitos fundamentais”. Em verdade, o próprio autor – na esteira da doutrina precedente – reconhece na reserva do possível uma condicionante jurídica ou concreta à efetivação dos direitos, de tal sorte que, a despeito da contradição, resulta claro que o autor vislumbra na reserva do possível um limite fático e jurídico que incide, em princípio, em relação a todos os direitos fundamentais.

Cumpra anotar, aspecto que será igualmente retomado, que a noção de escassez (ou seja, a maior ou menor limitação dos recursos), em que pese essencialmente vinculada à dimensão fática da reserva do possível, como bem averba Ana Carolina Lopes Olsen, é uma noção artificial, resultado de construção humana, visto que não há como satisfazer simultaneamente em níveis ótimos todas as necessidades e desejos (visto que há necessidades criadas, inclusive mediante estímulo externo, como bem demonstram os estudos sobre a publicidade), razão pela qual, de acordo com a lição da autora, a reserva do possível há de ser compreendida como sendo uma espécie de condição da realidade, a exigir um mínimo de coerência entre a realidade e a ordenação normativa objeto da regulação jurídica.¹⁶⁵

Neste contexto, há quem sustente que, por estar em causa uma verdadeira opção quanto à afetação material dos recursos, também deve 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 ao encargo dos órgãos políticos (de modo especial ao legislador) competentes para a definição das linhas gerais das políticas na esfera socioeconômica.¹⁶⁶ É justamente por esta razão que a realização dos direitos sociais prestacionais – de acordo com a oportuna lição de Gomes Canotilho – costuma ser encarada como autêntico problema de competência constitucional: “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”.¹⁶⁷

Por derradeiro, conquanto se possa partir da premissa de que em parte corretas as ponderações tecidas, reconhecendo-se as limitações representadas especialmente pela assim designada reserva do possível na esfera dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, há que questionar até que ponto estes aspectos têm o condão de efetivamente impedir a plena eficácia e realização destes direitos, tema ao qual retornaremos oportunamente. (v. item 3.4.4.3.4, infra)

3.4.2.4. Características normativo-estruturais dos direitos sociais a prestações e o problema de sua habitualmente sustentada dependência de concretização legislativa

A doutrina majoritária sustenta o ponto de vista de acordo com o qual os direitos sociais de natureza prestacional se distinguem dos direitos de defesa, inclusive quanto a aspectos relacionados à forma de sua positivação, isto é, à sua estrutura jurídico-normativa. Neste sentido, enquanto a maior parte dos direitos de defesa costuma não ter sua plena eficácia e imediata aplicabilidade questionadas, dependendo sua efetivação virtualmente de sua aplicação aos casos concretos (operação de cunho eminentemente jurídico), os direitos sociais prestacionais, por sua vez, necessitam de concretização legislativa, dependendo, além disso, das circunstâncias de natureza socioeconômica, razão pela qual tendem a ser positivados de forma vaga e aberta,

¹⁶⁵ Cf. A. C. L. Olsen, *Direitos Fundamentais Sociais*. Efetividade frente a reserva do possível, Curitiba: Jurua, 2008, p. 213.

¹⁶⁶ Neste sentido, posiciona-se J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 200 e ss.

¹⁶⁷ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente*, p. 369.

deixando ao legislador a indispensável liberdade de conformação na sua tarefa concretizadora.¹⁶⁸ Como já se observou, formulações de caráter concreto correm o risco de ser rapidamente superadas pelas mudanças na conjuntura.¹⁶⁹ A dinâmica na esfera socioeconômica – alegam outros – encontrar-se-ia em permanente conflito com a necessária estabilidade da Constituição, ainda que fosse possível uma definição do conteúdo ao nível constitucional.¹⁷⁰

Por este motivo – consoante leciona Jorge Miranda –, os direitos de defesa têm o seu conteúdo definido ao nível da Constituição ou definível com base em parâmetros por esta fornecidos, efetuando-se a definição do conteúdo dos direitos em parâmetros essencialmente na esfera infraconstitucional, por intermédio do Legislador.¹⁷¹ Tais características dos direitos sociais prestacionais encontram-se, por outro lado, diretamente ligadas à sua relevância econômica e dependência da disponibilidade de recursos, razão pela qual já se fez referência, no item precedente, a que, no âmbito da aplicação de recursos públicos, se advoga a necessidade de uma tomada de decisão por parte dos órgãos políticos legitimados para tanto, não se olvidando a íntima relação destes aspectos com a problemática das tarefas impostas ao Estado e a dotação orçamentária para tanto. Por outro lado, não se deixa de ter razão quando se refere que, em muitos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional e que tenham por destinatário o Estado, se cuida de planejar o futuro, ressaltando-se sua natureza prospectiva, razão pela qual se faz necessária a tomada de decisões políticas igualmente voltadas para o futuro.¹⁷²

A dificuldade de se definir, já em nível constitucional, com certa precisão o próprio objeto da prestação é, sem dúvida, outro aspecto correlato que aqui não pode ser desconsiderado, ao menos no que diz com boa parte dos direitos sociais a prestações. Basta que se faça menção aos exemplos do direito à saúde, ao trabalho e à educação para se notar a pertinência da consideração. Quais exatamente as prestações que compõem o objeto do direito à educação? A nossa Constituição é, talvez, uma das que melhor traduz a problemática apontada, já que consagrou o direito social à educação em diversos dispositivos (arts. 6º e 205 e ss.), com distinta técnica de positivação, revelando que o objeto deste direito abrange variada gama de posições jurídico-subjetivas e objetivas, tema que será objeto de maior desenvolvimento ao abordarmos o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações sociais.

Embora a indeterminabilidade (sempre relativa) ao nível constitucional não possa ser apontada como um critério por si só eficiente para uma distinção entre direitos de defesa e direitos sociais, pelo menos não de forma generalizada, é correta a afirmação de que, especialmente no campo da exigência constitucional de uma ação por parte do poder público, a indeterminabilidade acaba por implicar, de modo substancialmente diverso dos direitos de liberdade, uma maior dificuldade de verificação de uma violação direta da norma constitucional, refletindo, portanto, no controle da

¹⁶⁸ Cf. ensina J. Miranda, *Manual IV*, p. 105.

¹⁶⁹ Cf. D. Murswiek, in: *HRSr V*, p. 264.

¹⁷⁰ Cf. C. Thamm, *Probleme der verfassungsrechtlichen Positivierung sozialer Grundrechte*, p. 150.

¹⁷¹ Assim também J. Miranda, *Manual IV*, p. 105-6. Entre nós, v. a recente contribuição de S. F. Torres, "Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações e críticas", in: D. Sarmento e F. Galindo (Orgs.), *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Prof. Ricardo Lobo Torres*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 786 e ss., enfatizando a primazia do legislador nesta seara.

¹⁷² Esta a lembrança de W. Krebs, in: *JURA* 1988, p. 625.

legitimidade constitucional da atuação dos órgãos estatais com base nas normas de direitos sociais.¹⁷³ Tal circunstância, por sua vez, como será objeto de análise mais detida logo a seguir, não poderá servir de barreira a impedir a intervenção judicial e o reconhecimento mesmo de direitos subjetivos a prestações.

Em razão de reclamarem, de regra, uma concretização legislativa, a doutrina – especialmente alienígena – costuma qualificar os direitos sociais prestacionais de direitos relativos, já que geralmente colocados sob uma reserva do possível, que os coloca na dependência da conjuntura socioeconômica,¹⁷⁴ havendo até quem tenha falado de uma relatividade fática dos direitos sociais.¹⁷⁵ Constituem – para além disso – direitos relativos por desencadearem sua plena eficácia e se tornarem exigíveis tão somente após concretizados pelo legislador, razão pela qual também foram denominados – e não de forma completamente destituída de razão – de direitos na medida da lei (*Massgabegrundrechte*),¹⁷⁶ ou mesmo – com o que não podemos concordar –, de *leges imperfectae*.¹⁷⁷ Já os direitos de defesa, em face de sua imediata aplicabilidade e por desencadearem, desde logo, sem necessidade de uma *interpositio legislatoris* (servindo a lei tão somente para eventual restrição ou regulamentação), todos os seus efeitos, costumam ser qualificados como direitos fundamentais absolutos.¹⁷⁸ Como oportunamente ressaltou o publicista suíço Hans Huber, a liberdade de crença (assim como as demais liberdades) não pode apenas ser fruída à medida que assegurada pela lei.¹⁷⁹ Todavia, admitindo que esta distinção entre os direitos sociais prestacionais e os direitos de defesa merece ser tomada, também neste contexto, com alguma reserva, já que até mesmo direitos de defesa reclamam de algum modo, a ação do legislador, houve quem – apesar de posicionar-se favoravelmente aos argumentos referidos – preferiu qualificar os direitos de defesa de relativamente absolutos, e os direitos sociais de absolutamente relativos.¹⁸⁰ Em outras palavras, em se acolhendo esta tese, os direitos de defesa poderiam ser considerados como em princípio absolutos, e os direitos sociais (a prestações), como em princípio relativos, tese esta que não resulta adequada, designadamente por sugerir um caráter absoluto que os direitos fundamentais não têm.

Por derradeiro, há que ressaltar a circunstância de que, justamente em virtude de todas as diferenças apontadas, aos direitos sociais de natureza prestacional costuma ser negada a condição de autênticos direitos subjetivos (no sentido de gerarem, para o titular, uma pretensão dedutível em Juízo), o que – ao menos no direito constitucional pátrio – não corresponde à posição dominante, ainda que haja importantes peculiaridades a considerar. Por outro lado, não se constata maior divergência quanto ao fato de que as distinções entre os direitos de defesa e os direitos sociais prestacionais efetivamente suscitam, quanto aos últimos, problemas específicos no que concerne à sua realização, de modo particular no que diz com sua justiciabilidade e que não podem

¹⁷³ Cf. J. R. Novais, Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa, p. 300 e ss.

¹⁷⁴ Cf., dentre outros, J. Isensee, in: *Der Staat* n° 19 (1980), p. 381.

¹⁷⁵ Cf. F. van der Ven, *Soziale Grundrechte*, p. 62 e ss., autor (holandês) de uma das primeiras importantes obras sobre a problemática específica dos direitos sociais publicadas na Europa, na sua versão em alemão.

¹⁷⁶ Neste sentido, v., dentre tantos, E.-W. Böckenförde, in: *Böckenförde/Jekewitz/Ramm*, p. 13. Assim também K. Korinek, in: *EuGRZ* 1978, p. 495.

¹⁷⁷ Cf. W. Martens, in: *VVDStRL* n° 30 (1972), p. 30.

¹⁷⁸ Cf., dentre tantos, K. Korinek, in: *EuGRZ* 1978, p. 495, e F. van der Ven, *Soziale Grundrechte*, p. 76.

¹⁷⁹ Cf. H. Huber, in: *Die Freiheit des Bürgers im Schweizerischen Recht*, p. 156-7.

¹⁸⁰ Esta a posição de H.-J. Wipfelder, in: *ZRP* 1986, p. 147, baseando-se na lição do austríaco Novak.

deixar de ser considerados.¹⁸¹ Se – e em que medida – as características ora apontadas dos direitos sociais de cunho prestacional têm o condão de impedir, de fato, sua imediata aplicabilidade e plena eficácia, bem como quais os diferentes efeitos que podem desencadear, constitui o tema precípua das considerações que seguem.

3.4.3. A eficácia dos direitos sociais no âmbito de sua possível dimensão "programática"

Inicialmente, não podemos furtar-nos de examinar, ao menos de forma sumária, qual o significado que podemos atribuir à expressão "normas programáticas" à luz do direito constitucional positivo. Consta-se, desde logo, que na tradição do nosso direito constitucional a expressão é bastante ampla e genérica, razão pela qual a tarefa de formular uma posição uniforme no que tange ao conteúdo e significado destas normas não está de poder ser considerada isenta de dificuldades, até mesmo pelo fato de que sob a rubrica normas programáticas pode enquadrar-se uma variada gama de normas da Constituição, que – a despeito de algumas semelhanças – nem por isto deixam de ser distintas entre si. Todavia, há como sustentar que as diferenças entre as diversas normas que podem, em tese, ser referidas ao grupo das normas de natureza programática não justificam – em se levando em conta os objetivos de nossa análise – que nos ocupemos de forma mais detida com a tarefa de sua sistematização e classificação, bem como das peculiaridades de cada espécie quanto à sua eficácia. Neste contexto, consideramos possível partir da premissa de que todas as normas da Constituição, aptas a serem enquadradas no grupo das normas de cunho programático apresentam um elemento comum que justifica suficientemente esta opção, qual seja, o de que todas estas normas se caracterizam pelo fato de reclamarem, para que possam vir a gerar a plenitude de seus efeitos, uma interposição do legislador. Cuida-se, portanto, de normas que apresentam a característica comum de uma (em maior ou menor grau) baixa densidade normativa, ou, se preferirmos, uma normatividade insuficiente para alcançarem plena eficácia, porquanto se trata de normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementados pelo Estado, ou que contêm determinadas imposições de maior ou menor concretude dirigidas ao Legislador.

Assim sendo, entendemos justificada a nossa opção de adotar a expressão genérica "normas constitucionais" de "cunho programático" (e não normas programáticas), para nela enquadrarmos todas as normas (normas-programa, normas-tarefa, normas-fim [ou objetivo], imposições legiferantes etc.) que, em princípio e independentemente da terminologia utilizada, reclamam uma concretização legislativa, sem desconsiderar eventuais especificidades, já que a diversa carga eficaz (em de regra de natureza jurídico-objetiva) destas normas não pode ser abstratamente fixada, dependendo do conteúdo de cada norma.¹⁸² Não esqueçamos, neste contexto, que,

¹⁸¹ A respeito desta problemática, v., na literatura nacional, a relativamente recente abordagem de J. R. de Lima Lopes, in: *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, p. 124 e ss.

¹⁸² Esta é oportuna advertência de P. Lerche, in: *AÖR* nº 90 (1965), p. 341 e ss., que, todavia, se utiliza da expressão genérica *diretivas constitucionais* (*Verfassungsdirektiven*), abrangendo as normas programáticas, as normas definidoras de fins e tarefas estatais, bem como as imposições constitucionais e legiferantes em geral. Na doutrina alemã, de onde se originou o termo *Staatszielbestimmungen* (normas definidoras de fins do Estado), igualmente as distinções entre as diversas categorias normativas que apresentam a característica comum de não gerarem, em princípio, direito subjetivo para os particulares não são claras, inclusive na esfera terminológica. Costuma-se, no entanto, tratar as

dentre as diversas formas de positivação dos direitos sociais prestacionais nos textos constitucionais, a opção do Constituinte costuma – e não apenas no caso brasileiro – recair sobre as modalidades ora referidas.

Importa ressaltar, ainda, que, ao utilizarmos a expressão genérica escolhida (normas de cunho programático), o fazemos convictos de que também estas normas são dotadas de eficácia e não podem ser consideradas meras proclamações de cunho ideológico ou político, pois, se assim fosse, efetivamente haveríamos de compartilhar o ponto de vista dos que sustentam a inexistência de normas constitucionais. Com efeito, já se assinalou alhures que todas as normas constitucionais, mesmo as que fixam programas ou tarefas para o Estado, possuem o caráter de autênticas normas jurídicas, no sentido de que mesmo sem qualquer ato concretizador se encontram aptas a desencadear algum efeito jurídico. Para além do que já foi dito neste sentido, faz-se oportuna a referência à lição de Gomes Canotilho, reforçando o entendimento de que normas desta natureza correspondem às exigências do moderno Estado Social de Direito, sendo, portanto, inerentes à dinâmica de uma Constituição dirigente, no sentido de que estas normas impõem aos órgãos estatais, de modo especial, ao legislador, a tarefa de concretizar (e realizar) os programas, fins, tarefas e ordens nelas contidos.¹⁸³

No que tange à eficácia e à aplicabilidade das normas que se enquadram neste grupo, não se deve deixar de atentar para o fato de que diretamente dependentes do grau de concretude em nível da Constituição, bem como de seu objeto. A necessidade de uma concretização legislativa não se reconduz, todavia, tão somente ao aspecto da determinação do conteúdo, já que os direitos de defesa, de regra, também contêm formulações de cunho aberto e vago, mas que nem por isto deixam de ser diretamente aplicáveis pelos órgãos judiciários, mediante o recurso à interpretação, sem que se cogite – neste particular – de ofensa ao princípio da separação de poderes. A necessidade de interposição legislativa dos direitos sociais prestacionais de cunho programático justifica-se apenas (se é que tal argumento pode assumir feição absoluta) pela circunstância – já referida – de que se cuida de um problema de natureza competencial, porquanto a realização destes direitos depende da disponibilidade dos meios, bem como – em muitos casos – da progressiva implementação e execução de políticas públicas na esfera socioeconômica.¹⁸⁴

A título meramente ilustrativo, tomemos dois exemplos extraídos de nossa Constituição, que dão conta da pertinência das considerações até agora tecidas. Enquanto no art. 215 ("O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos cul-

normas programáticas e definidoras de fins do Estado como um grupo, sob o argumento de que dirigidas a todos os órgãos estatais, e não apenas ao legislador, em que pese a diminuta eficácia vinculativa que lhes é inerente. Por sua vez, as normas impositivas são integradas, ainda para a doutrina germânica, pelas assim denominadas *Gesetzgebungs-saufträge* (ordens ou imposições legiferantes), ordens de natureza mais ou menos concreta dirigidas especificamente ao legislador e que podem suscitar, em caso de descumprimento, a arguição da inconstitucionalidade por omissão, havendo, ainda, quem inclua as normas desta espécie no grupo dos *Verfassungsaufträge* (imposições constitucionais). Sobre esta problemática, v. além do artigo já referido de P. Lerche, especialmente J. Lücke, in: *AÖR* nº 107 (1982), p. 16 e ss., bem como a dissertação de S. B. Hong, *Soziale Rechte auf der Verfassungsebene und auf der Gesetzlichen Ebene*, p. 43 e ss.

¹⁸³ Cf. a paradigmática lição de J. J. Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente*, p. 165 e ss., apresentando a Constituição como autêntico "programa normativo do Estado e da sociedade".

¹⁸⁴ Oportuna, neste particular, a lembrança de J. Miranda, *Manual IV*, p. 342 e ss., ao ressaltar que a efetivação dos direitos sociais se torna possível principalmente mediante uma transformação e modernização das estruturas sociais e econômicas, encontrando-se também intimamente vinculada à problemática das tarefas que incumbem ao Estado nesta esfera.

turais e o acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”) está contida uma norma definidora de fins e tarefas a serem cumpridas pelo Estado, no âmbito de um direito fundamental à cultura, o art. 7º, inc. XI, o qual prevê a participação do trabalhador nos lucros (ou resultados), bem como participação eventual na gestão da empresa, caracteriza-se como contendo uma norma impositiva (no caso, uma ordem de legislar), na medida em que expressamente incumbe o legislador da tarefa concreta de realizar esta participação nos lucros, na condição de direito fundamental do trabalhador.¹⁸⁵ No que concerne a estes exemplos, não nos parece que possam existir dúvidas fundadas a respeito da necessidade, em ambos os casos, de uma concretização legislativa para que venham a gerar a plenitude de seus efeitos. Por outro lado, constata-se, em virtude da forma de proclamação no texto constitucional, que é sensivelmente diverso o grau de vinculação do legislador (assim como dos demais órgãos estatais) ao comando contido na norma, razão pela qual há que admitir uma maior ou menor liberdade de conformação, que varia justamente em função da intensidade da vinculação, com reflexos imediatos na esfera do controle da constitucionalidade, não havendo como equiparar completamente ambas as hipóteses.

Para além disso, ambos os exemplos deixam transparecer de forma cristalina o problema competencial referido, justificando, pelo menos, que se questione este aspecto, o que demonstram as perguntas que seguem. Com efeito, como poderiam, por exemplo, juízes e tribunais definir e regulamentar a forma da participação dos empregados nos lucros das empresas sem promover, além de uma análise de cunho técnico, um amplo e aberto debate envolvendo os segmentos interessados (entidades sindicais dos trabalhadores e dos empregadores etc.)? Que tipo de atividades na esfera cultural poderiam compulsoriamente ser impostas ao Estado, no sentido de gerar, em contrapartida, um direito subjetivo individual a uma prestação concreta (por exemplo, um direito de livre acesso aos espetáculos culturais para a população carente, às expensas do Estado ou da entidade promotora)? A destinação de verbas públicas para o fomento da indústria cinematográfica nacional é constitucional em inexistindo incentivo similar para outras atividades culturais? A priorização de certas metas na esfera cultural é viável, em detrimento de outras?

Independentemente – ainda – da discussão em torno da possibilidade de se reconhecerem direitos subjetivos a prestações com base em normas de cunho eminentemente programático (para nos mantermos fiéis à terminologia adotada), importa ressaltar mais uma vez que *todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição e independentemente de intermediação legislativa*. Em verdade, como já esperamos ter demonstrado e aqui repisamos para espantar toda e qualquer incompreensão para com a nossa posição, todas as normas de direitos fundamentais são direta (imediatamente) aplicáveis na medida de sua eficácia, o que não impede que se possa falar de uma dimensão “programática” dos direitos fundamentais.¹⁸⁶

¹⁸⁵ A respeito da eficácia da norma que prevê a participação dos trabalhadores nos lucros da empresa, v. também as considerações de L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p.107-8, questionando a pronta desfrutabilidade deste direito fundamental social.

¹⁸⁶ Bastaria, para demonstrar tal assertiva, lembrar que todas as normas constitucionais (mesmo as de cunho programático ou impositivo) geram o efeito de revogar a legislação anterior manifestamente incompatível, de tal sorte que pelo menos este efeito (existem outros, tal qual restará demonstrado) ensejará a aplicação imediata da norma ao caso

Importa frisar, como se verá a seguir, que admitir que no âmbito dos direitos sociais se possa sustentar a existência de uma “dimensão programática”, na esfera dos efeitos especialmente vinculados à dimensão jurídico-objetiva (mas passíveis de subjetivação, como igualmente se pretende deixar evidenciado), dimensão esta que não exclui necessariamente a condição de dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, não equivale (a depender da linha argumentativa trilhada) a aceitar que os direitos fundamentais sociais sejam correspondam, na sua condição de direitos, a normas programáticas.¹⁸⁷

Com efeito, partindo-se de uma concepção ampla de direitos fundamentais (como a adotada nesta obra, a partir das premissas enunciadas por Robert Alexy, que fala em um direito fundamental como um todo) não há qualquer incompatibilidade em se reconhecer, a partir de uma disposição (ou um conjunto de disposições) jusfundamentais, princípios programáticos (impositivos), que, em função de suas características, não terão a mesma eficácia que os direitos fundamentais considerados como direitos subjetivos. Tomando-se como exemplo o direito à saúde, verifica-se que assim como é correto (pelo menos é o que se irá sustentar mais adiante) deduzir da Constituição um direito fundamental à saúde (como complexo de deveres e direitos subjetivos negativos e positivos), também parece certo que ao enunciar que a saúde – além de ser um “direito de todos”, “é dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos...” (art. 196 da CF de 1988), a nossa Lei Fundamental consagrou a promoção e proteção da saúde para todos como um objetivo (tarefa) do Estado, que, na condição de norma impositiva de políticas públicas, assume a condição de norma de tipo programático. Importa notar, portanto, que a assim designada dimensão programática convive com o direito (inclusive subjetivo) fundamental, não sendo nunca demais lembrar que a eficácia é das normas, que, distintas entre si, impõe deveres e/ou atribuem direitos, igualmente diferenciados quando ao seu objeto, destinatários etc.

Neste sentido, constata-se que a doutrina majoritária costuma destacar as seguintes cargas eficáciais como sendo, em princípio (ressalvadas eventuais especificidades inerentes a cada preceito), comuns a todas as normas definidoras de direitos fundamentais, mesmo as que reclamam uma *interpositio legislatoris*, ressaltando-se, outrossim, que deixaremos, nesta oportunidade, de aprofundar os aspectos mais diretamente vinculados à problemática da eficácia vinculante dos direitos fundamentais, já que também esta será objeto de especial atenção:

a) Acarretam a revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo da norma definidora de direito fundamental e, por via de consequência, sua desaplicação, independentemente de uma declaração de inconstitucionalidade,¹⁸⁸ sendo

concreto, no sentido de viabilizar aos órgãos jurisdicionais que, desde logo (isto é sem qualquer lei regulamentadora que permita o reconhecimento do efeito revogatório) tenham como revogada (ou mesmo inconstitucional, para quem assim o entende) a norma legislativa anterior. O mesmo, à evidência, aplica-as com relação aos demais efeitos atribuídos às normas constitucionais, ainda que de eficácia limitada.

¹⁸⁷ Entre nós, v. em especial A. C. Costa Meirelles, *A eficácia dos direitos sociais*, especialmente p. 303 e ss., que refere expressamente a existência de normas programáticas de direitos sociais, embora, em geral, na esteira da posição aqui adotada, também não refute eficácia e aplicabilidade a tais normas.

¹⁸⁸ Cf. L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 117. Assim também J. Miranda, *Manual II*, p. 219. Ressalte-se que, entre nós, não tem encontrado receptividade (ao menos não por parte da maioria dos integrantes do STF) a tese da inconstitucionalidade superveniente, descabido, portanto, o controle abstrato da constitucionalidade do direito infraconstitucional anterior à vigência da atual Constituição.

oportuna a referência de que não se admite, entre nós, a hipótese de inconstitucionalidade superveniente, como, por exemplo, no direito lusitano. Cuida-se, portanto, neste contexto, de aplicar diretamente os direitos fundamentais proclamados na Constituição, atribuindo-se-lhes, neste sentido, plena eficácia¹⁸⁹ (eficácia derogatória). Por outro lado, inexistindo a referida incompatibilidade, as normas jurídicas anteriores (sendo, no todo, compatíveis ou na parte em que o forem) são recepcionadas pela ordem jurídica instaurada com a vigência da nova Constituição, fenômeno de acordo com a pertinente lição de J. Miranda, assume feições de autêntica nova, uma vez que indispensável uma reinterpretação do direito infraconstitucional anterior à luz do novo ordenamento constitucional, já que por este impregnado e revitalizado.¹⁹⁰

b) Contém imposições que vinculam o legislador, no sentido que este não apenas está obrigado a concretizar os programas, tarefas, fins e ordens, mas também que o legislador, ao cumprir seu desiderato, não pode afastar-se dos parâmetros preestabelecidos nas normas definidoras de direitos fundamentais a prestações.¹⁹¹ Neste contexto, já se verificou que, quanto maior o grau de abstração do preceito, maior a liberdade de conformação do legislador e o grau de arbítrio dos demais órgãos estatais, sendo, portanto, variável a eficácia vinculativa também destas normas, de acordo, portanto, com o que poderia chamar-se de seu nível de programaticidade. Assim, em se tomando o exemplo do art. 215 da CF, verifica-se que a Constituição, neste dispositivo, em momento algum definiu os meios e critérios pelos quais os poderes públicos deverão realizar as finalidades ali estabelecidas (por exemplo, apoiar e incentivar as manifestações culturais), podendo apenas ter-se como certo que não poderá, em hipótese alguma, atuar no sentido contrário. Na hipótese do art. 7º, inc. XI (participação nos lucros), o objetivo a ser atingido já está melhor delimitado, inclusive estabelecendo-se, a título de referencial, que tal participação haverá de ser desvinculada da remuneração do empregado, resultando, neste caso, numa redução da liberdade de conformação do legislador. Para a hipótese da ausência de cumprimento da imposição dirigida ao legislador (ainda que não exclusivamente a este), a ordem constitucional pátria previu, ao nível do controle abstrato e concentrado, a possibilidade da declaração judicial da inconstitucionalidade por omissão, ainda que inexistent mecanismos que possam compelir os órgãos legislativos a cumprir o dever constitucional de legislar que lhes foi imposto. Também o já referido Mandado de Injunção (ele próprio autêntico direito-garantia fundamental) constitui instrumento criado especificamente para viabilizar a efetivação, no caso concreto, dos direitos consagrados em normas constitucionais de eficácia limitada, independentemente da

¹⁸⁹ Neste sentido, v. o entendimento de E. G. de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, p. 74-5.

¹⁹⁰ Cf. J. Miranda, *Manual II*, p. 242 e ss., apontando para a mudança operada quanto ao fundamento de validade das normas infraconstitucionais anteriores, já que estas, mesmo permanecendo formalmente intocadas, deixam de ser as mesmas, já que novadas no seu título ou na sua força jurídica, passando a ser impregnadas pela nova Constituição, razão pela qual se impõe uma interpretação prospectiva, e não retrospectiva do direito infraconstitucional anterior.

¹⁹¹ Neste sentido já lecionava, entre nós, J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, p. 334 e ss., sustentando que as normas de eficácia limitada contêm um mandato expresso ou implícito dirigido ao legislador ordinário para que exerça sua função precípua de editar leis que venham a realizar a ordem ou finalidade prevista na norma. Posteriormente este entendimento foi também compartilhado por J. A. da Silva, *Aplicabilidade*, p. 146-7. Que, além da inconstitucionalidade resultante de eventual omissão, também pode vir a ser declarada a inconstitucionalidade dos atos normativos contrários aos fins previstos pelo Constituinte também é objeto de sustentação no direito lusitano, como dá conta a lição de J. J. Gomes Canotilho e V. Moreira, *Fundamentos*, p. 131.

configuração da inconstitucionalidade por omissão, não sendo o caso de adentrarmos aqui o exame da efetiva utilidade do instituto.

De outra parte, admite-se (embora não se possa aqui adentrar o fascinante complexo temático que ora se abre), a partir de prestigiada doutrina e até mesmo de alguma jurisprudência (nacional e estrangeira) a possibilidade de responsabilização do Estado por conta da sua inoperância na implementação de medidas (administrativas e legais, concretas e normativas) que sejam indispensáveis à plena realização dos direitos fundamentais, notadamente nas hipóteses em que existe um dever (explícito ou implícito) de proteção e, portanto, de atuação.¹⁹²

c) Com base no exposto no item anterior, constata-se também que se impõe a declaração da inconstitucionalidade de todos os atos normativos editados após a vigência da Constituição, caso colidentes com o conteúdo dos direitos fundamentais, isto é, caso contrários ao sentido dos princípios e regras contidos nas normas que os consagram.¹⁹³

d) Os direitos fundamentais prestacionais de cunho programático constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas (demais normas constitucionais e normas infraconstitucionais), já que contêm princípios, diretrizes e fins que condicionam a atividade dos órgãos estatais e influenciam, neste sentido, toda a ordem jurídica,¹⁹⁴ resultando, ainda neste contexto, no condicionamento da atividade discricionária da Administração e do Poder Judiciário na aplicação, interpretação e concretização de suas normas e das demais normas jurídicas.¹⁹⁵ Ressaltando sua função como elementos de integração dos demais preceitos constitucionais, Jorge Miranda sustenta que, mediante o recurso à analogia, as normas programáticas (e, por via de consequência, também os direitos fundamentais proclamados sob esta forma) adquirem, no âmbito do que se poderia denominar de sua força expansiva, até mesmo uma eficácia criadora de novas normas.¹⁹⁶

e) Os direitos fundamentais a prestações – mesmo os que reclamam uma *interposito legislatoris* – geram sempre algum tipo de posição jurídico-subjetiva, to-

¹⁹² Sobre a responsabilidade do Estado em virtude de omissões inconstitucionais, v., entre nós, o recente e criativo contributo de J. Freitas, "O Estado. A responsabilidade extracontratual e o princípio da proporcionalidade", in: I. W. Sarlet (Coord), *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, vol. I, tomo I, p. 179 e ss. Aprofundando o tema das omissões do poder público e o seu controle judicial em termos gerais, privilegiando uma abordagem a partir da teoria dos direitos fundamentais, v. especialmente a notável obra de D. da Cunha Júnior, *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, São Paulo: Saraiva, 2004, bem como, por último, priorizando o instituto do Mandado de Injunção, E. Bitencourt Neto, *Mandado de Injunção na Tutela dos Direitos Sociais*, Salvador: Jus Podium, 2009.

¹⁹³ Cf., dentre outros, J. A. da Silva, *Aplicabilidade*, p. 146, e, mais recentemente, L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 117.

¹⁹⁴ Neste sentido, v. J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, p. 340-1, que, embaçado na doutrina de R. Smend, chega a sustentar que as normas programáticas constituem a essência da ordem estatal, de tal sorte que o restante das normas constitucionais poderia ser considerado como espécie de normas de execução daquelas. Assim também J. A. da Silva, *Aplicabilidade*, p. 147. No direito lusitano, podemos referir principalmente a lição de J. J. Gomes Canotilho e V. Moreira, *Fundamentos*, p. 131, salientando que, na esfera de uma interpretação do ordenamento jurídico em conformidade com as normas de direitos fundamentais sociais (a prestações), há que optar – em caso de dúvida sobre o âmbito legal de certa prestação social – pela interpretação mais extensiva possível.

¹⁹⁵ Cf. J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, p. 341 e ss., e J. A. da Silva, *Aplicabilidade*, p. 147. Também C. A. Bandeira de Mello, in: *RDP* n° 57-58 (1981), p. 243, admite existirem normas constitucionais que – por expressarem apenas uma finalidade a ser perseguida, sem indicarem os meios para tanto – se limitam, no que tange à posição jurídica que conferem aos particulares, a gerar o direito de obter decisões judiciais orientadas no sentido e na direção preconizadas por estas normas, entendimento este compartilhado, mais recentemente, por L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 118.

¹⁹⁶ Cf. J. Miranda, *Manual II*, p. 220.

mando-se esta, consoante assinalado alhures, em um sentido amplo, e não restrita à concepção de um direito subjetivo individual a determinada prestação estatal,¹⁹⁷ possibilidade esta que continua suscitando acirrada controvérsia e que será oportunamente retomada no curso deste estudo. Neste particular, a doutrina nacional tem sustentado que em qualquer caso um direito fundamental que possa ser enquadrado nesta categoria gera, no mínimo, direito subjetivo no sentido negativo, já que sempre possibilita ao indivíduo que exija do Estado que este se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma que consagra o direito fundamental.¹⁹⁸ Cuida-se, neste particular, da assim denominada dimensão negativa dos direitos a prestações, à qual já se fez referência.¹⁹⁹

O que se percebe, desde já, é que, em se tratando de direitos fundamentais sociais de cunho prestacional e proclamados como normas dependentes de concretização, a sua perspectiva jurídico-objetiva assume especial relevo em relação à esfera subjetiva, o que não afeta sua fundamentalidade como tal, mas lhes outorga um caráter normativo diferenciado.²⁰⁰ Além disso, sem adentrarmos – ao menos não por enquanto – um pouco mais a questão relativa à eficácia vinculante dos direitos fundamentais, importa fique consignada a paradigmática lição do Prof. Gomes Canotilho, para quem a posição jurídico-subjetiva mais frágil é a que se baseia em princípios objetivos, que impõem ao Estado determinadas tarefas, gerando para este tão somente um dever *prima facie* no sentido de sua concretização, sem que a isto corresponda um direito subjetivo individual à prestação que constitui o objeto precípua do direito fundamental.²⁰¹ Saliente-se, ainda, que o Prof. Canotilho examina a questão à luz do direito ao trabalho nas Constituições portuguesa e espanhola, argumentando que, se ao Estado incumbe a obrigação de realizar uma política de pleno emprego, não há como sustentar que a cada indivíduo corresponda um direito subjetivo a determinada política de pleno emprego.²⁰² Também no direito pátrio – para nos atermos ao exemplo referido – poderia argumentar-se que existe, no âmbito mais elástico do direito ao trabalho (art. 6º da CF) um direito fundamental a uma política de pleno emprego, já que esta constitui um dos princípios fundamentais da ordem econômica da nossa Constituição (art. 170, inc. VIII). Na verdade, constata-se que o direito ao trabalho, ao menos em nosso direito constitucional, foi objeto de concretização em diversas outras normas constitucionais, inclusive na seara dos direitos fundamentais, como bem demonstra o extenso rol do art. 7º, sem que, no entanto, se possa chegar ao extre-

¹⁹⁷ Sobre os efeitos na esfera jurídico-subjetiva, v. dentre nós, J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, p. 343 e ss., e J. A. da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 147 e 156 e ss.

¹⁹⁸ Cf. J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, p. 343 e ss., e R. Russomano, in: *As Tendências Atuais do Direito Público*, p. 281 e ss. Neste sentido, v. também a posição mais recente de L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 118, sustentando, na esteira de Celso A. Bandeira de Mello, in: *RDP* nº 57-58 (1981), p. 243, o direito de o indivíduo opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à sujeição de atos contrários ao sentido do preceito constitucional que o atingirem pessoalmente.

¹⁹⁹ Para J. Miranda, *Manual II*, p. 219-20, as normas programáticas, ainda que essencialmente se caracterizem como normas preceptivas (e não proibitivas), também possuem um sentido complementar negativo (ou proibitivo), visto que, além de vedarem a emissão de atos normativos contrários, proibem a prática de comportamentos que tenham por objetivo impedir a produção dos atos destinados à execução das tarefas, fins ou imposições contidas na norma programática.

²⁰⁰ Cf. W. S. Guerra Filho, in: *RT* nº 713 (1995), p. 52, que, neste particular, comunga da posição adotada por J. J. Gomes Canotilho.

²⁰¹ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Tomemos a Sério os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, p. 34-6, que, por sua vez, se inspirou no modelo formulado por R. Alexy.

²⁰² Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Tomemos a Sério os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, p. 35.

mo de reconhecer a existência de um direito subjetivo a um local de trabalho (direito a um emprego).²⁰³

f) Ainda no que concerne à eficácia dos direitos a prestações na sua dimensão programática (impositiva de programas e tarefas), não se pode deixar de considerar a problemática dos direitos que já foram objeto de concretização pelo legislador. Neste sentido, impõe-se a indagação sobre se um dos efeitos inerentes às normas constitucionais que consagram direitos fundamentais desta natureza não seria também o de gerarem o que habitualmente se denominou de uma proibição de retrocesso, isto é, de impedir o legislador de abolir determinadas posições jurídicas por ele próprio criadas. Tendo em vista, contudo, que tal matéria será objeto de um capítulo específico no final do nosso estudo, deixaremos, por ora, de tecer qualquer consideração a este respeito, restringindo-nos à constatação de que boa parte da doutrina se posiciona, ao menos parcialmente, de maneira favorável no que tange a este aspecto, ressaltando que, à medida que concretizado determinado direito social prestacional, este acaba por transformar-se, neste sentido, num típico direito de defesa.²⁰⁴

3.4.4. A problemática dos direitos sociais na qualidade de direitos subjetivos a prestações

3.4.4.1. Considerações gerais

Pela sua importância no âmbito do tema genérico da eficácia dos direitos fundamentais, bem como pela intensa controvérsia que a matéria suscita, haveremos de ocupar-nos, neste item, da problemática específica da eficácia dos direitos sociais enquanto direitos subjetivos a prestações. Em outras palavras, cuida-se de deslindar se e – em sendo afirmativa a resposta – até que ponto e sob que condições é possível, com base numa norma proclamatória de direito fundamental social, reconhecer-se ao particular um direito subjetivo individual, isto é, a possibilidade de exigir judicialmente do Estado uma determinada prestação material (direito à educação, assistência médica, assistência social etc.). Se relativamente às demais cargas eficazes referidas as dificuldades não se concentram no que tange à sua existência propriamente dita (não se discute, por exemplo, que uma norma de direito fundamental, ainda que de cunho programático, sirva de parâmetro para a aplicação e interpretação das demais normas), mas dizem com certas especificidades vinculadas a cada tipo de efeito possível, tal não ocorre em se tratando da eficácia dos direitos sociais enquanto direitos subjetivos a prestações, onde a controvérsia já se põe inclusive com relação à própria possibilidade de seu reconhecimento. Para que possamos adentrar na análise desta problemática, impõem-se, contudo, alguns esclarecimentos preliminares.

Em primeiro lugar, há que se fazer a advertência que o enfoque prioritário de nosso estudo serão os assim denominados direitos originários a prestações sociais, ou seja, a possibilidade de – a partir da norma constitucional e independentemente de qualquer mediação legislativa – reconhecer-se um direito subjetivo à prestação que se constitui no objeto precípua do direito fundamental consagrado pela Constituição.

²⁰³ A respeito desta problemática e sobre o direito fundamental ao trabalho em geral no âmbito do direito nacional, v. J. Rubens Costa, in: *RF* nº 330 (1995), p. 133 e ss.

²⁰⁴ Assim, por exemplo, J. J. Gomes Canotilho e V. Moreira, *Fundamentos*, p. 131.

Ficam relegados a um segundo plano, portanto, os assim chamados direitos derivados a prestações, considerados como tais aquelas posições jurídico-prestacionais já concretizadas pelo Legislador, já que – ao menos no que diz com a possibilidade de serem direito subjetivo (com base e nos termos da Lei) – não se registra controvérsia digna de nota. Isto, contudo, não significa que a problemática dos direitos derivados a prestações não possa assumir um lugar de destaque no âmbito da problemática dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, razão pela qual não deixaremos de dispensar-lhe ao menos alguma atenção, inclusive neste capítulo.²⁰⁵ Ressalte-se, neste particular, que os direitos derivados a prestações voltarão a ser objeto de consideração – inclusive com algum destaque – na terceira parte deste estudo, ocasião na qual nos ocuparemos do problema da proibição de retrocesso.

Além disso, cumpre ressaltar que a problemática do reconhecimento de direitos subjetivos a prestações não se limita às normas definidoras de direitos fundamentais que, pela sua forma de positivação, assumam a nítida feição de um direito subjetivo, em outras palavras, que como direito subjetivo tenha sido proclamado no texto constitucional. Na verdade, verificar-se-á que mesmo a partir de normas de texto programático, que, em princípio, reclamam uma *interpositio legislatoris*, é possível deduzir-se, por vezes, um direito subjetivo individual. Atente-se, neste contexto, para o fato – já assinalado – de que também normas definidoras de fins e tarefas do Estado ou normas impositivas apresentam uma dimensão jurídico-subjetiva, ainda que esta, em regra, seja restrita ao reconhecimento de direitos subjetivos no sentido negativo ou à possibilidade de questionar-se a inconstitucionalidade de normas que lhes sejam contrárias. Para além disso, importa que se tenha presente a circunstância de que – em virtude de seu objeto – a maior parte das normas definidoras de direitos fundamentais a prestações estão contidas em dispositivos que, pela sua formulação, melhor se enquadram na categoria das normas de cunho programático, já que, de regra, limitam-se a enunciar programas, fins, tarefas para o Estado ou ordens de legislar. Basta, neste contexto, que se lance um breve olhar sobre o rol dos direitos a prestações, inclusive os constantes fora do Catálogo, como, por exemplo, dão conta os arts. 6º e 7º, incs. II, III, IV, XI, XII e XIV, bem como os arts. 194, 196, 205, e 215, todos da nossa Constituição. Ainda que se pudesse partir da premissa de que no momento em que a Constituição se utiliza da expressão “direito” (art. 6º: “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho...”) ou art. 7º *caput*: “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais...”), está, na verdade, positivando o direito fundamental como direito subjetivo, tal circunstância não teria o condão de elidir as dificuldades e a problemática delas decorrente, no que tange à possibilidade de reconhecer-se, diretamente com base na norma constitucional, um direito subjetivo a prestações para o titular. Com

²⁰⁵ Neste contexto, cumpre endossar a lembrança de M. M. Gouvêa, *O Controle Judicial das Omissões Administrativas. Novas Perspectivas de Implementação dos Direitos Prestacionais*, p. 14, ao referir que a problemática da “reserva do possível” como um dos principais óbices à exigibilidade em juízo dos direitos prestacionais, também assume relevância na esfera dos assim chamados direitos derivados a prestações. Se isto é verdade (como nos mesmos já vinhamos reconhecendo, v., nesse sentido, as ponderações da p. 294, *infra*), por outro lado seguimos convictos de que há diferenças essenciais em relação aos direitos originários a prestações. Com efeito, a ausência (ou não) de uma interposição legislativa certamente faz uma diferença que não pode ser minimizada, como de resto, ainda teremos oportunidade de demonstrar mais adiante. A respeito da distinção entre direitos originários e derivados a prestações, enfatizando a relevância e oportunidade da diferenciação, v., mais recentemente, no âmbito da doutrina luso-brasileira, I. Moreira, *A Solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais na Constituição Portuguesa*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 64 e ss., bem como J. F. Ledur, *Direitos Fundamentais Sociais*, p. 92 e ss.

efeito, não é pelo fato de o art. 6º da CF referir expressamente um direito ao trabalho, que se pode simplesmente extrair a consequência de que ao particular cabe o poder de reclamar judicialmente que lhe seja concedido um emprego. De forma semelhante poder-se-á argumentar relativamente à participação do trabalhador nos lucros da empresa (direito fundamental social do trabalhador nos termos do art. 7º, inc. XI, da CF).

Por derradeiro, não se pode negligenciar o fato de que boa parte dos direitos fundamentais sociais consagrados na nossa Constituição já foram objeto de concretização pelo Legislador (não importando, por ora, se de forma satisfatória ou não), não havendo dúvidas de que o particular é – nos termos da legislação concretizadora – titular de um direito subjetivo à prestação contemplado na Constituição. Basta que nos lembremos, a título exemplificativo, do direito à previdência (inclusive aposentadoria) e assistência social, do direito ao seguro-desemprego, do direito ao salário-mínimo etc., todos já previstos e regulamentados em nível infraconstitucional. Tal constatação não tem, contudo, o condão de tornar supérflua a análise que ora nos propomos a efetuar, já que – independentemente das hipóteses em que não haja lei – mesmo assim remanece a questão de saber se para além da previsão legal ou mesmo contrariamente a esta é possível reconhecer-se um direito subjetivo com base tão somente no preceito constitucional.

3.4.4.2. Os direitos derivados a prestações

Se entre nós os assim chamados direitos derivados a prestações não têm sido objeto de atenção, constata-se que isto não ocorre em outras ordens constitucionais, destacando-se, neste contexto, o direito constitucional de matriz germânica (preponderantemente, mas não só alemão) e, inobstante em escala bem mais reduzida, o português. Retomando aqui sumariamente o que já foi objeto de menção ao versarmos sobre o problema da classificação dos direitos fundamentais, os direitos derivados a prestações (aqui considerados como direitos subjetivos), são considerados como sendo uma espécie de reação à atuação estatal pretérita – ou seja, já existente e, portanto, concretizada – no âmbito prestacional, cuidando-se de categoria consagrada na publicística alemã desde o início da década de 1970, principalmente a partir da formulação que lhes deu W. Martens, por ocasião da célebre discussão travada por ocasião da reunião anual da associação dos professores de direito público da Alemanha, versando sobre o tema dos direitos fundamentais no Estado prestacional (*Grundrechte im Leistungsstaat*).²⁰⁶ Cuida-se, essencialmente, de assegurar a possibilidade da participação em sistemas prestacionais já existentes (se e na medida em que o Estado os tiver criado), cuja fundamentação reside numa interpretação do princípio da isonomia (direito geral de igualdade) à luz do princípio do Estado Social, expressamente positivado na Lei Fundamental da Alemanha (arts. 20, inc. I, e 28, inc. I).²⁰⁷ Neste contexto, costuma-se referir o exemplo de acordo com o qual para o particular, caso excluído arbitrariamente da fruição de uma determinada prestação já existente, nasce um direito subjetivo de natureza defensiva, com o objetivo de impedir o tratamento discriminatório, viabilizando-se-lhe, ademais, o acesso à prestação

²⁰⁶ Cf. W. Martens, in: *VVDStRL* n° 30 (1972), p. 7 e ss.

²⁰⁷ Sobre o significado genérico dos direitos derivados a prestações, v., entre outros, Kittner, in: *AK I*, p. 1431, e A. von Mutius, in: *VerwArch* 1973, p. 188.

pretendida.²⁰⁸ Tendo em vista que se cuida de solução de natureza clássica, isto é, de problema vinculado ao direito fundamental de igualdade (típico direito de defesa), a matéria ocupa uma posição secundária no contexto da problemática dos direitos fundamentais sociais a prestações, sem que se possa, contudo – até mesmo em virtude de aspectos similares no que concerne à viabilidade desta solução, bem como por tratar-se, a rigor, de problemas ligados já à concretização das prestações consagradas na Constituição – desconsiderar completamente o tema.

De acordo com o princípio da isonomia, o Estado, caso tenha contemplado determinados cidadãos ou grupos com prestações (com base ou não em norma constitucional definidora de direito fundamental), não poderá excluir outros do benefício, de tal sorte que se encontram vedadas desigualdades tanto a benefícios quanto a encargos.²⁰⁹ Todavia, apenas um tratamento desigual de cunho arbitrário (discriminatório) no âmbito de um sistema prestacional estabelecido poderá dar margem a um direito subjetivo não autônomo e, portanto, derivado.²¹⁰ A partir de uma compreensão do postulado da proibição de arbítrio à luz do princípio do Estado Social de Direito, o direito geral de igualdade adquiriu um conteúdo material, no sentido de que um tratamento discriminatório em favor de determinado grupo apenas se justifica se para tanto houver um motivo justo, que, por sua vez, deve ser aferido com base nos parâmetros fornecidos pelo princípio do Estado Social.²¹¹ A esta concepção subjaz o entendimento de que no Estado Social de Direito o princípio da isonomia serve à otimização da liberdade e igualdade, no sentido de uma igualdade de oportunidades, compreendida aqui como possibilidade de exercício efetivo da liberdade, e não como um dever.²¹² Este assim denominado conteúdo social do princípio isonômico objetiva uma restrição da margem de arbítrio numa exclusão de determinado benefício, para evitar cortes que podem vir a impedir o particular (ou mesmo um grupo), de exercer a sua oportunidade de acesso ao sistema prestacional existente.²¹³

Importante é que se tenha em mente que o princípio geral da igualdade (art. 5º, caput, da CF) contém apenas uma proibição relativa de discriminação, reclamando, por conseguinte, uma análise da existência ou não de um tratamento arbitrário, à luz do caso concreto.²¹⁴ Neste contexto, sustenta-se que apenas uma discriminação evidentemente arbitrária e desproporcional pode, constituindo uma efetiva ofensa ao princípio da igualdade, ser tida como fundamento para um direito subjetivo derivado à prestação.²¹⁵ Em princípio, pode ser tido como vedado, qualquer tratamento desigual-

²⁰⁸ Neste sentido, v. K. Hesse, in: *EuGRZ* 1978, p. 433. Assim também W. Krebs, in: *JURA* 1988, p. 626.

²⁰⁹ Esta a lição de W. Martens, in: *VVDStRL* n.º 30 (1972), p. 21 e ss.

²¹⁰ Cf. W. Ruffner, in: *FS für Wannagat*, p. 380. No mesmo sentido, D. Murswiek, in: *HBSiR* V, p. 272.

²¹¹ Neste sentido, v. Kittner, in: *AK I*, p. 1427. Seguindo esta orientação, também se encontra a lição de K. J. Bieback, in: *EuGRZ* 1985, p. 667, que chama a atenção para o fato de que o recurso ao princípio da igualdade apenas pode conduzir a correções de natureza marginal, já que os fins sociais do Estado, assim como a existência e alcance dos sistemas prestacionais, dependem, em princípio, da formatação que lhes deram o legislador e o Executivo. Esta também a posição do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha (in: *BVerfGE* 45, p. 376 e ss.).

²¹² Cf. a lição de P. Häberle, in: *VVDStRL* n.º 30 (1972), p. 97; De forma semelhante também D. Wiegand, in: *DVBL* 1974, p. 660 e segs.

²¹³ Esta a oportuna consideração de D. Wiegand, in: *DVBL* 1974, p. 660.

²¹⁴ Cf. H. von Heinegg e U. Haltern, in: *JA* 1995, p. 338. Entre nós, sobre o tema, v. a magistral contribuição de C. A. Bandeira de Mello, *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, São Paulo, 1998.

²¹⁵ Assim a lição de K. J. Bieback, in: *EuGRZ* 1985, p. 667, referindo-se à influência do princípio do Estado Social na aferição da proporcionalidade da desigualdade. No mesmo sentido, mais recentemente, H. von Heinegg e U. Haltern, in: *JA* 1995, p. 338.

itário de quem se encontra sob a proteção de um direito fundamental, razão pela qual, v.g., não se pode excluir alguém de um benefício por ser membro de uma associação ou ter participado de uma reunião.²¹⁶ Para além da constatação da existência de uma discriminação arbitrária, um direito subjetivo derivado a prestações apenas poderá ser reconhecido se não houver como eliminar a ofensa ao princípio isonômico de outra forma.²¹⁷ De regra, incumbe ao legislador, no âmbito de sua liberdade de conformação, tomar a decisão pela eliminação do benefício ou, se for o caso, de estender o benefício em favor dos que originalmente haviam sido excluídos,²¹⁸ limitando-se o Tribunal Constitucional a declarar – em regra – a inconstitucionalidade do tratamento desigual.²¹⁹ Anote-se, ainda, que geralmente a doutrina e a jurisprudência alemãs têm negado um direito subjetivo individual a uma legislação não discriminatória.²²⁰

No que tange ao Executivo, mais intensamente vinculada ao princípio da igualdade do que o Legislador, sua esfera de arbítrio é, por conseguinte, mais limitada, de tal sorte que uma prática administrativa habitual, similar e conforme ao Direito, pode dar suporte a um direito subjetivo individual (derivado) a prestações, razão pela qual se sustenta que o princípio da isonomia acaba gerando uma autovinculação da administração,²²¹ que, no entanto, não possui caráter absoluto, já que sempre fica em aberto a possibilidade de uma alteração justificada de determinada práxis prestacional.²²² Diversamente do que ocorre relativamente ao legislador, que, em princípio, não pode ser compelido a assegurar a prestação, com relação à Administração admitem-se direitos subjetivos derivados e incondicionados a prestações.²²³ Como exemplos de direitos derivados a prestações reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência alemãs e embasados no princípio geral da igualdade, costumam ser citados os direitos de acesso a instituições públicas (escolas e universidades), direitos de utilização de bens e instituições públicos (por exemplo, teatros e ginásios esportivos), bem como direitos a determinadas subvenções, neste caso, vinculadas a uma prática administrativa anterior.²²⁴

Em face da existência de cláusulas isonômicas especiais (que também se registra entre nós),²²⁵ a doutrina alemã sustenta que relativamente a estas se verifica uma

²¹⁶ Cf. W. Ruffner, in: *FS für Wannagat*, p. 380.

²¹⁷ Assim já lecionava W. Martens, in: *VVDStRL* n.º 30 (1972), p. 23, com arrimo em decisões do Tribunal Federal Constitucional (*BVerfGE* 22, 163 e ss. e 29, 283 e ss.). No mesmo sentido, encontramos a recente lição de K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 750, e D. Murswiek, in: *HBSiR* V, p. 272.

²¹⁸ A este respeito, v. especialmente K. J. Bieback, in: *EuGRZ* 1985, p. 667, que faz referência a importantes julgados do Tribunal Constitucional. Anote-se aqui a oportuna advertência de D. Murswiek, in: *HBSiR* V, p. 272, esclarecendo que, quando se cuida de eliminar o benefício (prestação) para o seu original titular, o direito derivado se limita a uma oportunidade de participação nos benefícios, motivo pelo qual sustenta a existência, nestes casos, de um direito derivado a prestações de natureza condicionada.

²¹⁹ Cf., entre outros, K. J. Bieback, in: *EuGRZ* 1985, p. 667.

²²⁰ Assim a referência de K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 749, mediante remissão a diversos exemplos extraídos da jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional, em especial, *BVerfGE* 49, 192 e ss., e 60, 68 e ss.

²²¹ Esta a lição de W. Ruffner, in: *FS für Wannagat*, p. 380, que, neste sentido, fala de uma vinculatividade fática das prescrições administrativas. Assim também R. Breuer, in: *FS für das BVerfG*, p. 100 e ss.

²²² Cf., especialmente, D. Murswiek, in: *HBSiR* V, p. 273.

²²³ Idem, *ibidem*.

²²⁴ Estes exemplos encontram-se referidos nos ensaios de D. Murswiek, in: *HBSiR* V, p. 274, e de H. von Heinegg e U. Haltern, in: *JA* 1995, p. 338.

²²⁵ Basta aqui a referência aos arts. 5º, inc. I (igualdade de homens e mulheres), e 7º, incs. XXX, XXXI e XXXII (proibição de distinções e discriminações na esfera das relações trabalhistas), de nossa Constituição.

vinculação mais intensa do legislador, já que nestas hipóteses se cuida de proibições virtualmente absolutas de discriminação, onde a aferição da arbitrariedade em princípio não se faz necessária,²²⁶ bastando, portanto, a constatação de uma ofensa contra a especial cláusula proibitória, além – aqui também – da demonstração de que o fornecimento da prestação se constitui na única alternativa para afastar o tratamento discriminatório.²²⁷ Neste contexto, vale citar os seguintes exemplos extraídos da jurisprudência constitucional alemã, quais sejam, o reconhecimento – pelo Tribunal Federal Constitucional – do direito dos partidos políticos a igual subsídio para cobrir gastos com a campanha eleitoral, bem como a possibilidade de utilização para cobrir transmissão nos meios públicos de comunicação.²²⁸ Para além das hipóteses ligadas ao princípio da igualdade e suas concretizações, a doutrina e a jurisprudência alemãs também reconhecem – inobstante em menor escala e de forma mais controversa – direitos derivados a prestações a partir do princípio da proteção da confiança e do direito de propriedade, situações que no momento não pretendemos abordar, limitando-nos à sua referência a título ilustrativo.²²⁹

Por derradeiro, há que se apontar para a oportuna referência de W. Martens de que mesmo no âmbito dos direitos derivados a prestações e desde que não se cuide de posições jurídicas já devidamente asseguradas legalmente, assume relevância o postulado da reserva do possível, já que também aqui não haveria como se contornar o limite fático representado pelo esgotamento dos recursos ou da capacidade das instituições existentes, de tal sorte que aplicável o tradicional princípio do *ultra posse nemo obligatur*.²³⁰ Sustenta-se, na esteira deste entendimento, que não se verifica nenhuma ofensa ao princípio da isonomia quando o Estado se restringe (no fornecimento das prestações), aos recursos dos quais efetivamente dispõe.²³¹ Até que ponto uma reserva do possível efetivamente pode obstaculizar o reconhecimento de um direito subjetivo (derivado) a prestações estatais constitui aspecto no mínimo controverso, inclusive no que diz com a utilização, nesta seara, dos mesmos argumentos relativos aos direitos originários a prestações, tema sobre o qual voltaremos a nos manifestar.²³²

²²⁶ Esta constatação de H. von Heinegg e U. Haltern, in: *JA* 1995, p. 339.

²²⁷ Cf. D. Murswiek, in: *HBSrV*, p. 272.

²²⁸ Cf., respectivamente, *BVerfGE* 24, 300 (334 e ss.), e 69, 257 (268).

²²⁹ Assim, em que pese a regra de acordo com a qual uma determinação administrativa concessiva de alguma prestação ainda não aplicada não pode servir de fundamento para o reconhecimento, com apoio no princípio da igualdade, de direitos derivados a prestações, podem ser encontrados alguns casos nos quais o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht*) reconheceu tal possibilidade, com base na ficção de uma antecipação da prática administrativa ou mesmo com base no princípio da proteção da confiança, argumentando, por exemplo, que de acordo com as circunstâncias do caso concreto o particular poderia exigir a manutenção da prescrição administrativa, independentemente de uma efetiva prática (cf., especialmente, R. Breuer, in: *FS für das BVerwG*, p. 101 e ss). No mesmo contexto, a doutrina e jurisprudência alemãs (inclusive do Tribunal Federal Constitucional) admitem que determinadas posições jurídico-prestacionais se encontram sob a proteção da garantia da propriedade, gerando, de tal sorte, um direito subjetivo derivado à manutenção do estágio alcançado de segurança social, assim como ocorre com o seguro-desemprego. Esta problemática assume, na Alemanha, especial relevância no que tange à proibição de retrocesso social. A respeito deste tema v. a excelente contribuição de H.-J. Papier, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Schott*, art. 14, p. 77 e ss.

²³⁰ Cf. W. Martens, in: *VVDStRL* n.º 30 (1972), p. 25.

²³¹ Esta a lição de D. Murswiek, in: *HBSrV*, p. 273, que, por esta razão, denomina os direitos derivados a prestações de direitos a igual (não arbitrariamente discriminatória) distribuição (*Zuteilung*) das prestações disponíveis.

²³² Como se percebe, a despeito da já referida ponderação crítica de M. M. Gouvêa, *O Controle Judicial das Omissões Administrativas* —, p. 14-15, sempre reconhecemos que a dimensão econômica e as dificuldades postas pelo limite da “reserva do possível” também se faz presente no âmbito dos direitos derivados a prestações.

Neste contexto, verifica-se, notadamente, ao se lançar um olhar sobre a realidade nacional, que, em sua maior parte, os direitos sociais (e objetivos de cunho social) estabelecidos na Constituição já foram objeto de considerável regulamentação e implementação por inúmeras políticas públicas. Basta aqui referir o exemplo do direito à saúde, para que se perceba que poucos são os serviços e procedimentos excluídos, em tese, da previsão legal ordinária. Com efeito, se em relação aos assim designados direitos originários a prestações alguns argumentos esgrimidos contra a exigibilidade judicial destes direitos não se aplicam – ou, pelo menos, não da mesma forma – aos direitos derivados (como dá conta o argumento da reserva parlamentar no que diz com a determinação das prestações devidas pelo Estado), parece correto, de outra parte, que – consoante já anunciado – a matéria exige maior digressão, até mesmo no que concerne à liberdade de conformação legislativa e de atuação do administrador no âmbito dos limites postos pelos princípios da vedação do excesso e da insuficiência, em suma, no que diz respeito aos critérios inerentes ao princípio da proporcionalidade.

Por outro lado, e para além disso, não se pode desconsiderar os problemas que a matéria suscita na esfera da efetiva aplicação destes princípios, de modo especial, quando se cuida da hipótese de – via judicial – obter o acesso a prestações em virtude de uma exclusão arbitrária de benefício, aspecto que também se revela como de particular relevância, notadamente pelas grandes dificuldades que acarreta no âmbito do controle da constitucionalidade.²³³ Matéria que, todavia, refoge ao objeto de nosso estudo. Por fim, parece-nos que também entre nós a problemática dos direitos derivados a prestações poderia vir a merecer uma certa atenção, ressaltando-se, mais uma vez, que se cuida de uma alternativa mais diretamente vinculada às possibilidades de aplicação do princípio da igualdade que, nesta sua dimensão prestacional, de certa forma, passa a exercer a função de um direito subjetivo de igual acesso a prestações, do que propriamente no campo dos direitos fundamentais sociais, considerados como direitos originários a prestações.

3.4.4.3. A discussão em torno do reconhecimento de direitos subjetivos originários a prestações sociais, analisada à luz de alguns exemplos

3.4.4.3.1. *Os principais argumentos.* Se há alguma questão que merece ocupar um lugar de destaque no âmbito da problemática da eficácia dos direitos fundamentais, esta é, sem dúvida, a indagação em torno da possibilidade de se reconhecer, diretamente com base na norma constitucional definidora de um direito fundamental social, e independentemente de qualquer interposição legislativa, um direito subjetivo individual (ou coletivo) a uma prestação concreta por parte do Estado, isto é, se há como compelir judicialmente os órgãos estatais, na qualidade de destinatários de determinado direito fundamental, à prestação que constitui o seu objeto. Em suma, cuida-se de averiguar até que ponto os direitos sociais prestacionais efetivamente carecem de uma plena justiciabilidade, razão pela qual, segundo alguns, são me-

²³³ A respeito da problemática relativa à forma de tratamento da exclusão arbitrária de benefício incompatível com o princípio da isonomia (rubrica sob a qual a matéria habitualmente é tratada no direito pátrio), v., entre nós, especialmente G. F. Mendes, *Jurisdição Constitucional*, p. 297 e ss., e C. M. Clève, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 238 e ss.

recedores do qualificativo *leges imperfectae*, devendo, de acordo com outros, ser considerados como direitos relativos, porquanto geram direito subjetivo apenas com base e nos termos da legislação concretizadora. Enfim, seja qual for o posicionamento que se vá adotar, o fato é que não há como escapar às críticas que habitualmente são endereçadas aos defensores das diversas concepções já formuladas nesta seara. Resta-nos, portanto, a tentativa de efetuar um balanço dos principais argumentos esgrimidos a respeito desta angustiante problemática, analisando-os à luz de exemplos concretos e pertinentes ao direito constitucional positivo, para que, ao final, possamos – sem qualquer pretensão de resolver a controvérsia – tecer algumas considerações úteis para o debate a respeito do tema, que, ao menos entre nós, ainda reclama uma maior atenção.

Assim, constata-se que alguns dos mais ilustres representantes da doutrina pátria advogam o ponto de vista de acordo com o qual os argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo individual a uma prestação estatal são de cunho preponderantemente ideológico, não resistindo a uma análise jurídica mais detida.²³⁴ Sem que se pretenda, ainda, adentrar no exame mais detido dos diversos aspectos suscitados, convém, ao menos, lançar um olhar sobre os principais argumentos encontrados.

Sustenta-se, por exemplo, que a natureza aberta e a formulação vaga das normas que versam sobre direitos sociais não possuem o condão de, por si só, impedir a sua imediata aplicabilidade e plena eficácia, já que constitui tarefa precípua dos tribunais a determinação do conteúdo dos preceitos normativos, por ocasião de sua aplicação.²³⁵ Para além disso, alega-se que mesmo em se tratando de preceitos imprecisos ou fluidos, em sendo possível reconhecer um significado central e incontestável, sempre se poderá aplicar a norma constitucional, mesmo sem intermediação legislativa, já que, do contrário, se estaria outorgando maior força à lei do que à própria Constituição.²³⁶ Por outro lado, há quem aceite um direito subjetivo individual à prestação, nas hipóteses em que a norma definidora de um direito fundamental determina suficientemente o conteúdo da prestação, e que o procedimento para sua realização esteja expressa ou, no mínimo, implicitamente regulado na Constituição.²³⁷ Mais recentemente, houve quem sustentasse que os direitos sociais (mesmo os de cunho prestacional), por força do disposto no art. 5º, § 1º, da CF, possuem o caráter de autênticos direitos subjetivos, já que o citado preceito, combinado com o art. 5º,

²³⁴ Neste sentido, a lição de C. A. Bandeira de Mello, in: *RDP* nº 57-58 (1981), p. 245. Este parece ser também o entendimento de E. R. Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 311 e ss., onde aborda com criatividade e perspicácia o tema da eficácia das normas constitucionais.

²³⁵ Cf. C. A. Bandeira de Mello, in: *RDP* nº 57-58 (1981), p. 244-5, secundado, mais recentemente, por A. de Assis, in: *AJURIS* nº 50 (1990), p. 46-7, que ilustra sua posição fazendo referência ao exemplo das medidas provisórias (art. 62 da CF), onde os termos “relevância” e “urgência”, caracterizados também por serem ambíguos e vagos, reclamam uma exegese por parte do aplicador, sem que por este motivo, venham constituir obstáculo para a imediata aplicabilidade da respectiva norma constitucional. Que a indeterminação do conteúdo dos direitos sociais não chega a ser, por si só, obstáculo para a concretização pelo Poder Judiciário também foi objeto de reconhecimento no direito alemão. Neste sentido, v. F. Schnapp, in: von Maydell (Org), *Soziale Grundrechte in der EG*, p. 14.

²³⁶ Cf. C. A. Bandeira de Mello, in: *RDP* nº 57-58 (1981), p. 244-5, posteriormente acompanhado por L. A. M. Freire de Carvalho, in: *RDP* nº 82 (1987), p. 163-4.

²³⁷ Aqui igualmente cf. C. A. Bandeira de Mello, in: *RDP* nº 57-58 (1981), p. 242-3, admitindo um direito subjetivo a uma prestação concreta nas hipóteses em que a norma indica quem é o obrigado, caracterizando, de modo suficiente, a conduta devida cujo implemento satisfaz o direito concedido, isto é, nas situações em que a norma atribui, de imediato, o desfrute positivo de uma utilidade concreta e o poder jurídico de exigir este desfrute. Nesta mesma linha, situa-se o entendimento mais recente de L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 106 e ss.

inc. XXXV, de nossa Carta (inafastabilidade do controle judiciário), autoriza os tribunais a assegurar, no caso concreto, a efetiva fruição do objeto da prestação.²³⁸ Para os que propugnam este ponto de vista, a lacuna gerada pela ausência de uma atuação do legislador pode ser suprida, no caso concreto, pelo Judiciário, à luz da analogia, do costume ou dos princípios gerais de direito, sem que com isto se esteja transpondo a fronteira entre a atividade judiciária e a legislativa.²³⁹

Percebe-se, contudo, que mesmo entre os autores mais liberais, admite-se a existência de hipóteses nas quais não é possível investir o particular de um direito subjetivo a determinada prestação estatal. Neste contexto, assumem relevo alguns aspectos já referidos no que concerne às distinções entre os direitos sociais prestacionais e os direitos de defesa, bem como outros argumentos que igualmente serão sumariamente referidos para viabilizar uma posterior análise e tomada de posição sobre o tema. De acordo com Celso A. Bandeira de Mello, a posição jurídica dos particulares será menos consistente, não lhes conferindo a fruição e nem a possibilidade de exigir a fruição de algo, quando a norma constitucional “expressar em sua dicção apenas uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público, apontar os meios a serem adotados para atingi-la, isto é, sem indicar as condutas específicas que satisfariam o bem jurídico consagrado na regra”.²⁴⁰ Ressalte-se que este argumento se encontra diretamente vinculado ao problema da forma de posituação do direito fundamental, isto é, à sua estrutura jurídico-normativa. Na verdade, esta opinião harmoniza – ao menos parcialmente – com uma das objeções mais tradicionais, inclusive no direito comparado, feitas ao reconhecimento de direitos subjetivos (fundamentais) a prestações, qual seja, o da indeterminação e/ou ambiguidade do dispositivo que os prevê, linha de raciocínio adotada por diversos dos nossos autores mais tradicionais, quando, como já visto, se posicionam favoravelmente à existência de normas de eficácia limitada.

É também neste sentido que assume relevância o argumento – já referido alhures – segundo o qual os direitos sociais prestacionais carecem de uma *interpositio legislatoris* pelo fato de ser extremamente difícil e, em certas situações, inviável, precisar, em nível constitucional, o conteúdo e alcance da prestação que constitui seu objeto. Ainda neste contexto, nada obstante não necessariamente atrelado à ambiguidade do enunciado, situa-se o argumento de que há situações nas quais a norma constitucional expressamente transfere ao legislador ordinário a tarefa (o dever constitucional) de concretizar o direito fundamental, sendo que apenas após este ato de

²³⁸ Cf. A. Fioranelli Júnior, in: *RPESP* nº 41 (1994), p. 26-7.

²³⁹ Esta a lição de R. R. Ruschel, in: *AJURIS* nº 58 (1993), p. 295-6, ressaltando tratar-se de solução já praticada há muito tempo ao nível da legislação infraconstitucional pátria, de acordo com o disposto no art. 126 do Código de Processo Civil e artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Assim também E. R. Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 315, aludindo, neste contexto, a um poder-dever do Poder Judiciário no sentido de assegurar a fruição do direito no caso concreto. Cumpre salientar, que este mesmo autor já havia sustentado e desenvolvido este ponto de vista mesmo antes da vigência da Constituição de 1988, quando ainda não existia, entre nós, o preceito que baseava a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, razão pela qual a argumentação baseava-se fundamentalmente na autorização contida no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (v. E. R. Grau, *Direito, Conceito e Normas Jurídicas*, p. 129).

²⁴⁰ Cf. C. A. Bandeira de Mello, in: *RDP* nº 57-58 (1981), p. 243. Também L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 107 e ss., admite que há casos nos quais as normas constitucionais atributivas de direitos sociais “contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora”.

intermediação a prestação devida pelo destinatário tornar-se-á exigível.²⁴¹ Cuida-se, aqui, das assim denominadas normas de caráter impositivo, que já foram objeto de referência no capítulo sobre a eficácia das normas constitucionais em geral, enquadrando-se, de regra, no grupo das normas de eficácia limitada (o que não lhes retira a imediata aplicabilidade, na medida dos efeitos que lhe são atribuídos).

Outra linha de argumentação habitualmente oposta ao reconhecimento de direitos subjetivos a prestações diz com o limite fático da reserva do possível de direito, soante já assinalado, chegou a ser considerada verdadeira característica dos direitos sociais prestacionais. Sustenta-se, por exemplo, inclusive entre nós, que a efetivação destes direitos fundamentais encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. Ressalta-se, outrossim, que constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema de natureza eminentemente competencial. Para os que defendem este ponto de vista, a outorga ao Poder Judiciário da função de concretizar os direitos sociais mesmo à revelia do legislador, implicaria afronta ao princípio da separação dos Poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito. De acordo com a ponderação do publicista suíço J.-P. Müller, falta aos Juízes a capacidade funcional necessária para, situando-se fora do processo político propriamente dito, garantir a efetivação das prestações que constituem o objeto dos direitos sociais, na medida em que estas se encontram na dependência, muitas vezes, de condições de natureza macroeconômica, não dispondo, portanto, de critérios suficientemente seguros e claros para aferir a questão no âmbito estrito da argumentação jurídica.²⁴²

Desde logo, impõe-se a ponderação de que ambos os argumentos – aspectos normativo-estruturais e reserva do possível – se encontram intimamente ligados ao problema do objeto do direito fundamental e, por conseguinte, à sua função como direito a prestações. Portanto, é a natureza do objeto que determina, de acordo com esta linha argumentativa, as especificidades que impedem uma eficácia plena destes direitos fundamentais. Relembre-se, por oportuno, que eventual ambiguidade ou indeterminação do conteúdo não acarreta, por si só, a indispensabilidade de uma intermediação legislativa em se tratando de direitos de defesa, já que estes pressupõem, para sua efetiva realização, uma atitude abstencionista do Estado. O que importa, relativamente aos direitos sociais prestacionais, é a possibilidade (ou não) de se alcançar a definição de seu objeto, isto é, do conteúdo e alcance da prestação, através de mecanismos especificamente jurídicos, não se cogitando – se for este o caso – de uma ofensa ao princípio da separação dos Poderes.²⁴³

²⁴¹ Aqui também importa consignar, entre outros, a relativamente recente contribuição de L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 107 e ss.

²⁴² Cf. J.-P. Müller, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, p. 5, texto traduzido livremente do alemão ("Es fehlt dem Richter an funktionaler Eignung. Er kann die zur Zielerreichung notwendigen, vielfach an makroökonomischen Voraussetzungen gebundenen Leistungen selbst nicht bereitstellen. Dem Richter fehlen – selbst ausserhalb des unmittelbaren politischen Prozesses stehend – hinreichend gefestigte und anerkannte Kriterien, nach denen er die Leistungen im Feld juristischer Argumentation ausmessen könnte").

²⁴³ Cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 462.

Outrossim, argumenta-se que alto grau de adaptabilidade dos direitos sociais, já que umbilicalmente ligados à conjuntura socioeconômica, tem por consequência o fato de que uma formulação mais determinada e completa fatalmente acarretaria uma rápida superação da norma pela realidade, colocando em risco a desejável estabilidade constitucional.²⁴⁴ Para além disso, alega-se que os direitos sociais a prestações, por encontrarem-se em inevitável tensão dialética com os direitos de defesa, acabam por entrar em rota de colisão com outras normas constitucionais, inclusive com os próprios direitos de defesa, constituindo-se, neste sentido, em causa para eventuais restrições na esfera dos últimos.²⁴⁵ Por derradeiro, há quem sustente que os direitos sociais geram um efeito desintegratório sobre a ordem constitucional, porquanto despertam expectativas que facilmente resultam frustradas, além de habitualmente acabarem não cumprindo com sua função precípua de assegurar as condições materiais para a efetiva fruição dos direitos de liberdade.²⁴⁶

Relacionados – ainda que de forma sumária e incompleta –, os argumentos favoráveis e contrários ao reconhecimento de direitos fundamentais sociais, na qualidade de direitos subjetivos a prestações, impõe-se, antes de mais nada, a análise de alguns exemplos extraídos do direito constitucional pátrio e comparado, à luz dos quais, haveremos, no próximo item, de abordar algumas das principais concepções doutrinárias formuladas a respeito desta problemática, para que, ao final, possamos posicionar-nos sobre o tema.

3.4.4.3.2. *O direito à garantia de uma existência digna: a problemática do salário mínimo, da assistência social, do direito à previdência social, do direito à saúde e à moradia.* Nada obstante possamos, desde já, constatar que a formulação do enunciado abrange, especialmente após a incorporação expressa de um direito à moradia ao artigo 6º da nossa Constituição, pelo menos cinco direitos fundamentais sociais expressa e distintamente consagrados em nossa Constituição (salário mínimo, assistência social, previdência social, saúde e moradia), verificar-se-á também que uma abordagem conjunta não nos parece descabida, já que, além de servir a propósitos didáticos, encontra sua justificativa na finalidade comum (ao menos no que tange ao aspecto ora referido) destes direitos, qual seja, a de assegurar ao indivíduo, mediante a prestação de recursos materiais essenciais, uma existência digna, sem que, como pretendemos aprofundar mais adiante, se esteja a sustentar que a garantia do mínimo existencial possa ser restringida aos direitos aqui mencionados.²⁴⁷ Aliás, também não é sem razão que se impõe, neste contexto, uma alusão a um exemplo extraído da práxis doutrinária e jurisprudencial alemã, que, inobstante a inexistência, na Constituição, de qualquer dos três direitos fundamentais referidos, reconheceu – com base numa construção hermenêutica – a existência de um direito fundamental

²⁴⁴ Esta a lição de T. Tomandl, *Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht*, p. 32 e ss., bem como G. Brunner, *Die Problematik der sozialen Grundrechte*, p. 15-6.

²⁴⁵ Neste sentido, entre outros, A. Bleckmann, *Die Grundrechte*, p. 268.

²⁴⁶ Cf. a oportuna lembrança de J. Lücke, in: *AÖR* n° 107 (1982), p. 38.

²⁴⁷ Não esqueçamos que – ressalvado o direito ao salário mínimo (cuja vinculação com os direitos à saúde, previdência e assistência social se manifesta de outra forma) – os direitos à saúde, previdência e assistência social integram, em seu conjunto, o sistema de seguridade social (art. 194 da CF). Aliás, a exemplo do que ocorre em outros ordenamentos constitucionais, também entre nós entendemos sustentável o ponto de vista de acordo com o qual o próprio sistema de seguridade social, considerado em sua globalidade, pode ser tido ele próprio uma garantia institucional fundamental.

subjetivo não escrito à garantia dos recursos materiais mínimos necessários para uma existência digna, destacando-se que a Alemanha, a despeito de um certo pioneirismo nesta esfera, não constitui o único caso a ser referido.²⁴⁸ Por outro lado, há como sustentar que, na base dos quatro direitos sociais expressamente consagrados pelo nosso Constituinte, se encontra a necessidade de preservar a própria vida humana, não apenas na condição de mera sobrevivência física do indivíduo (aspecto que assume especial relevância no caso do direito à saúde), mas também de uma sobrevivência que atenda aos mais elementares padrões de dignidade. Não devemos esquecer que a dignidade da pessoa humana, além de constituir um dos princípios fundamentais da nossa ordem constitucional (art. 1º, inc. III, da CF), foi guindada à condição de finalidade precípua da ordem econômica (art. 170, *caput*, da CF). Aliás, é no capítulo da ordem econômica, mediante inspiração remota, mas nem por isto menos marcante, em previsão similar contida na Constituição de Weimar, de 1919, que, no dispositivo citado, o Constituinte, além de elevar a dignidade da pessoa humana a princípio informador e condicionante da ordem econômica nacional,²⁴⁹ explicitou o vínculo da dignidade com o assim designado mínimo existencial, que será objeto de maior atenção logo adiante.

Se, todavia, levarmos em consideração que todos os direitos fundamentais referidos já foram, entre nós (em maior ou menor escala), ainda que de forma parcial e não satisfatória, objeto de concretização pelo legislador (o direito ao salário mínimo e à previdência, inclusive antes da vigência da atual Constituição), poderemos argumentar que se cuida de matéria não afeta à problemática dos direitos originários a prestações, excluindo-a do âmbito da presente investigação. Mesmo assim, acreditamos que os exemplos referidos assumem relevância, tanto no que concerne à análise dos argumentos esgrimidos a favor de direitos subjetivos a prestações e contra eles, quanto no que diz com a problematização da possibilidade de extrapolarmos os estreitos limites impostos pela legislação infraconstitucional. Neste contexto, parece oportuna a referência à posição sustentada por alguns dos nossos mais ilustres doutrinadores, que, dentre outros aspectos, chegaram a admitir a possibilidade de reconhecer-se, no caso concreto, a insuficiência e, em decorrência, a inconstitucionalidade do valor estabelecido pela lei para o salário mínimo, condenando-se o empregador ao pagamento da diferença apurada em Juízo,²⁵⁰ ou mesmo a eventual viabilidade de uma indenização por parte do Estado, no sentido de cobrir a diferença entre o valor previsto na lei e o montante efetivamente necessário para atender aos critérios cons-

²⁴⁸ Apenas para citar uma ordem jurídica mais próxima, registre-se que também o Tribunal Constitucional da Colômbia reconheceu um direito inominado ao mínimo vital, ainda que o conteúdo de tal direito não seja exatamente idêntico ao estabelecido pelo Tribunal da Alemanha. Sobre o direito a um mínimo vital na Colômbia, com farta documentação e desenvolvimento doutrinário, v. a contribuição de R. Arango e J. Lemaire, *Jurisprudência constitucional sobre el derecho al mínimo vital*, especialmente p. 11-88. No mesmo sentido, cumpre registrar a exemplo do Chile, onde a Corte Constitucional (Sentença SU-111, de 1997) reconheceu a exigibilidade de direitos a prestações ligadas ao mínimo vital, por sua vez, conexiamente ao princípio da dignidade da pessoa humana. Para maiores desenvolvimentos v. o recente ensaio de H. Nogueira Alcalá, "El constitucionalismo contemporáneo y los derechos económicos, sociales y culturales", in: *Estudios Constitucionales*, p. 152 e ss.

²⁴⁹ Sobre o tema, designadamente a respeito da existência digna como finalidade precípua da ordem econômica, v. entre outros, L. J. Peter, *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica*, São Paulo: RT, 2005, p. 170 e ss.

²⁵⁰ Cf. L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 156, resultando, contudo, eventual ofensa ao princípio da isonomia.

tantes na Constituição.²⁵¹ Em se considerando a vinculação – inclusive por expressa determinação da própria Constituição – do valor das aposentadorias, pensões, benefícios previdenciários e até mesmo da assistência social ao valor do salário mínimo, há que reconhecer, também neste particular, a evidente conexão entre os direitos citados.²⁵² É, contudo, no âmbito do direito à saúde que talvez encontremos a maior gama de questionamentos, bem como a produção mais relevante na seara doutrinária e jurisprudencial, especialmente no que concerne à possibilidade de se reconhecerem direitos subjetivos diretamente embasados na Constituição. Além disso, é nesta seara que os problemas de efetivação assumem dimensão muitas vezes trágica, não sendo raros os casos em que a falta das prestações materiais ceifou a vida dos titulares do direito. Com efeito, não foi sem razão que, recentemente, houve até mesmo quem apontasse para a necessidade de escolhas "trágicas", especialmente (mas não exclusivamente) na esfera da saúde, tendo em conta o permanente conflito entre a inevitável escassez de recursos e o desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais.²⁵³

Preliminarmente, em que pese o fato de que os direitos à saúde, assistência social e previdência social²⁵⁴ – para além de sua previsão no art. 6º da CF – se encontram positivados nos arts. 196 e ss. da nossa Lei Fundamental, integrando, de tal sorte, também o título da ordem social, e não apenas o catálogo dos direitos fundamentais, entendemos não ser sustentável a tese de que os dispositivos não integrantes do catálogo carecem necessariamente de fundamentalidade. Com efeito, já se viu, oportunamente, que, por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF, diversas posições jurídicas previstas em outras partes da Constituição, por equiparadas em conteúdo e importância aos direitos fundamentais (inclusive sociais), adquirem também a condição de direitos fundamentais no sentido formal e material, ressaltando, todavia, que nem todas as normas da ordem social compartilham a fundamentalidade material (e, neste caso, também a formal), inerente aos direitos fundamentais. Além disso, percebe-se, desde já, que as normas relativas aos direitos sociais do art. 6º da CF exercem a função precípua de explicitar o conteúdo daqueles. No caso dos direitos à saúde, previdência e assistência social, tal condição deflui inequivocamente do disposto no art. 6º da CF: "São direitos sociais a educação, a saúde, 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" (grifo nosso). Além disso, poderia referir-se mais uma vez a íntima vinculação entre os direitos a saúde, previdência e assistência social e os direitos à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, renunciando, neste particular, a outras considerações a respeito deste aspecto.²⁵⁵

²⁵¹ Esta a lição de C. A. Bandeira de Mello, in: *RDP* nº 57-58 (1981), p. 253, ainda na vigência da Constituição de 1967-69, referida, posteriormente, por L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 156.

²⁵² Atente-se, neste contexto, ao disposto nos arts. 201, § 5º, e 203, inc. V, ambos da nossa Constituição.

²⁵³ Cf., entre nós e paradigmaticamente, G. Amaral, *Direito, Escassez e Escolha*, especialmente p. 133 e ss.

²⁵⁴ A partir dos direitos à saúde, assistência e previdência social, que formam o tripé do sistema de seguridade social na Constituição Federal de 1988, há como falar num direito fundamental à segurança social. Explorando o tema e desenvolvendo suas diversas perspectivas, v., dentre outros, a recente e profunda contribuição de S. B. Feres e L. Paulsen, *Direito da Seguridade Social*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

²⁵⁵ Lembremos o leitor de que na 1ª parte da obra desenvolvemos com maior profundidade as questões relativas às possibilidades e limites do conceito material de direitos fundamentais consagrado pelo art. 5º, § 2º, da nossa Constituição. No que diz com a fundamentalidade dos direitos à previdência e assistência social, v. o desenvolvimento do tema, com profundidade, em M. L. Tavares, *Previdência e Assistência Social*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, especialmente p. 185 e ss. Cuidando do direito à previdência social como direito fundamental e explorando os princí-

A constatação de que ao indivíduo é reconhecida, no mínimo, a possibilidade de exigir compulsoriamente as prestações asseguradas nas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de acordo com os pressupostos e parâmetros estabelecidos em lei, é, a toda evidência, restringir-se ao terreno da obviedade. Todavia, não menos elementar (mas nem por isso menos relevante) é a constatação de que o legislador, além de obrigado a editar atos normativos concretizadores, deve ater-se aos critérios previstos na norma constitucional. Consoante já assinalado, na primeira hipótese configura-se a inconstitucionalidade por omissão, ao passo que na segunda poderia cogitar-se de inconstitucionalidade por omissão parcial, por ter o legislador desempenhado de forma insuficiente o seu encargo, situação na qual nos deparamos em verdade, também com uma inconstitucionalidade por ação. Em face desta constatação, houve quem tivesse aventado a possibilidade de questionar-se, por via de ação direta, a inconstitucionalidade do ato normativo que estabeleceu o valor da prestação social em patamar inferior ao reclamado pela Constituição, ressaltando-se, contudo, que, em sendo declarada a nulidade da lei, se imporia uma solução para a ausência da norma dispondo sobre o valor do benefício ou salário.²⁵⁶

Relativamente ao salário mínimo (art. 7º, inc. IV, da CF), a questão já foi submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade (ADIn nº 737-8), na qual se impugnou, por insuficiente (relativamente aos critérios estabelecidos no art. 7º, inc. IV, da CF), o valor atribuído ao salário mínimo pela Lei nº 8.149, de 07-05-92. Na medida, contudo, em que sobreveio a edição de nova lei, o Supremo Tribunal Federal, consoante orientação pacificada, julgou extinta a ação, razão pela qual não chegou a posicionar-se a respeito da inconstitucionalidade suscitada.²⁵⁷ Na verdade, ainda que declarada fosse a inconstitucionalidade suscitada, a nulidade da lei, não se teria – como já assinalado – dado solução ao problema. Pelo contrário, cuidar-se-ia de hipótese relativamente à qual se advoga a possibilidade de uma declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, já que a ausência de lei ensejaria uma inconstitucionalidade ainda maior: em vez de um valor insuficiente, não teríamos valor algum.²⁵⁸

É precisamente neste contexto que assume relevo a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn nº 1.232-DF, que teve por objeto a declaração da inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742, de 07-12-93, que concretizou e regulamentou o direito à assistência social (art. 203 da CF). Entendiam os autores da demanda que houve flagrante ofensa ao disposto no art. 203, inc. V, da CF, já que a lei condicionou a concessão do benefício às pessoas cuja família possuisse renda *per capita* inferior à do salário mínimo, considerando beneficiário (necessitado) apenas quem se enquadrasse nesta hipótese. O Supremo Tribunal Federal, entendendo ser o art. 203 norma constitucional não autoaplicável (de eficácia limitada), denegou a medida cautelar pleiteada, argumentando que a declaração de nulidade do dispositivo

pios constitucionais que presidem o sistema previdenciário, v. a relevante contribuição de D. M. da Rocha, *O Direito Fundamental à Previdência Social*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

²⁵⁶ Cf. L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 156.

²⁵⁷ V. ADIn nº 737-8, julgada em 16-09-93 e publicada no DJU em 22-10-93 (fl. 22.252).

²⁵⁸ A respeito da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade no direito brasileiro e alienígena, v., principalmente G. F. Mendes, *Jurisdição Constitucional*, p. 285 e ss. e C. M. Clève, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 161 e ss. Mais recentemente, vale conferir a obra de L. L. Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, especialmente p. 464 e ss.

legal redundaria numa situação ainda mais gravosa, orientação que prevaleceu durante muito tempo.²⁵⁹ Importa consignar, todavia, que o critério legal impugnado na ADIn 1.232 seguiu sendo objeto de acirrada controvérsia, inclusive em sede jurisdicional, resultando em importantes decisões que, efetuando uma leitura embasada no princípio da dignidade da pessoa humana, afastaram a limitação imposta pela Lei nº 8.742/93, entendendo que mesmo em sendo a renda *per capita* familiar superior à do salário mínimo, existe a possibilidade de comprovação da efetiva falta de meios de prover o próprio sustento e/ou de tê-lo provido pela família, em face de circunstâncias especiais do caso concreto.²⁶⁰

Percebe-se, com base nestas decisões, que o Supremo Tribunal Federal acabou por considerar ambos os direitos fundamentais sociais (salário mínimo e assistência social) como direitos dependentes de lei e, portanto, positivados como normas de eficácia limitada, o que hoje está sendo objeto de reavaliação, pelo menos no caso do direito à assistência social (art. 203, CF)²⁶¹. Se tal conclusão não impede eventual sindicabilidade dos atos normativos infraconstitucionais por meio do controle da constitucionalidade, já que também as normas de eficácia limitada são dotadas de eficácia derogatória, servindo, além disso, de parâmetro (e limite) para a concretização, aplicação, interpretação e integração das demais normas jurídicas, há que reconhecer que, em se compartilhando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, se estará admitindo a impossibilidade de – para além ou mesmo independentemente de qualquer ato legislativo – reconhecer ao particular direitos subjetivos a prestações no âmbito destes direitos sociais. Com efeito, em sendo este o caso, a inconstitucionalidade e consequente nulidade dos atos legislativos inquinados nas hipóteses referidas não teriam o condão de impedir a plena eficácia das normas constitucionais respectivas, uma vez que autênticos direitos fundamentais originários (inclusive quanto à dimensão jurídico-subjetiva) a prestações, o que nos reconduz ao questionamento inicial, ou seja, se os direitos fundamentais ao salário mínimo, previdência social e assistência social podem, ainda que os tivéssemos como consagrados em normas de eficácia limitada (isto é, de cunho programático), gerar direito subjetivo para os particulares. Independentemente de qualquer posição conclusiva a respeito (que iremos formular mais adiante), também é verdade que no âmbito do Poder Judiciário pátrio já existem uma série de decisões (e o exemplo extraído da jurisprudência do TRF da 4ª Região dá conta disso) extraindo importantes consequências da Carta Magna nesta esfera, inclusive no sentido do reconhecimento de direitos originários a prestações, ou, no mínimo, acatando a possibilidade de sindicarem as opções legislativas nesta seara.

No que tange ao salário mínimo, poderão acolher-se os argumentos de Celso A. Bandeira de Mello e L. R. Barroso, de que não se cuida de norma de cunho programático, ao menos não no sentido de que o respectivo dispositivo (art. 7º, inc. IV, da CF) contenha princípios gerais ou estabeleça fins e/ou tarefas para o Estado, já que,

²⁵⁹ Cf. Decisão prolatada em 22-03-95 e extraída da RTJ nº 154 (1995), p. 818 e ss.

²⁶⁰ Nesta quadra, entre outras decisões já proferidas, colacionamos o Acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 2000.04.01.072386-9/RS, julgado em 06.02.2001, pelo TRF da 4ª Região, relatado pelo ilustre Magistrado Nylson Paim de Abreu, referindo, em seu voto condutor do julgamento, que a assistência social obedece ao princípio da necessidade, consubstanciado no artigo 203, inciso V, da Constituição.

²⁶¹ Com efeito, v. a decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, em 01.02.07, na Medida Cautelar em Reclamação nº 4.374-6/PE (DJU de 06.02.07), onde o relator refere a possibilidade de comprovação da necessidade por outros meios do que o limite de renda previsto na lei, admitindo até mesmo um possível “processo de inconstitucionalidade” (parcial!) da lei.

pelo contrário, consagra expressamente um direito fundamental dos trabalhadores, descrevendo, inclusive, os diversos critérios a serem adotados pelo legislador, razão pela qual é de considerar-se norma diretamente aplicável e plenamente eficaz.²⁶² Por outro lado, poderia reconhecer-se – a exemplo do que parece ter sido a posição do Supremo Tribunal Federal – que, em face da expressa remissão ao legislador contida no preceito citado (“salário mínimo, fixado em lei”), o Constituinte efetivamente teve a intenção de conceder aos trabalhadores o direito fundamental ao salário mínimo, mas não a qualquer salário, e sim, ao salário fixado pela lei, o que não impediria que se considerasse a possibilidade de estarmos diante de norma de cunho impositivo (que se distingue das normas-programa, normas-tarefa e normas-fim ou objetivo, pelo grau de vinculação do legislador), isto é, que contenha uma ordem específica de legislar, sem que deixássemos de ter uma norma de eficácia limitada. Se o problema se restringisse à completude do enunciado normativo, isto é, à descrição suficiente do objeto da prestação e dos critérios para sua aferição, certamente não haveria óbice algum para acolhermos a primeira alternativa. A questão, no entanto, não se resume a este aspecto, sendo, de longe, menos singela.

Como já assinalado, em virtude da relevância econômica do objeto dos direitos sociais prestacionais, estes se encontram (ao menos de acordo com a doutrina majoritária) sob uma reserva do possível, circunstância que, por sua vez, implica uma necessária tomada de decisão a respeito da destinação de recursos públicos, cometida aos órgãos políticos e para tanto legitimados. Independentemente, portanto, da mera questão da completude do enunciado normativo, cuida-se de questionar se efetivamente os juízes e os tribunais não poderiam, em face da inércia ou da deficiente atuação do legislador, determinar um valor para o salário mínimo e, além disso, assegurar aos titulares do direito o seu recebimento. Cientes de que é a Constituição (e não a lei) que concede o direito fundamental²⁶³ e aplicando-se o adágio do “quem pode mais pode menos”, poderíamos argumentar que, em tendo definido suficientemente o conteúdo da prestação, o Constituinte acabou autorizando que da Constituição se extraíam diretamente as posições jurídico-subjetivas, independentemente da edição de ato concretizador. Em contrapartida, é preciso ter em mente a possibilidade de que, ao fazer expressa referência à lei, o Constituinte transferiu para o legislador a competência concretizadora. Para além disso, há que concordar – sob o aspecto de possibilidade teórico-jurídica – com os que entendem que, ao estabelecerem uma valor constitucionalmente adequado para o salário mínimo, os tribunais nada mais estariam fazendo do que aplicando conceitos de natureza vaga, assim como quando se fixa, por exemplo, o valor da justa indenização na desapropriação, não sendo difícil apurar-se o montante das despesas médias familiares, com base em dados seguros, tais como valor da cesta básica, alugueres, despesas com água e luz, material escolar, uso dos meios de transporte coletivo etc.²⁶⁴

Não se tratasse, no entanto, de um problema vinculado – ao menos é o que se sustenta – à legitimidade para proceder a esta determinação do valor, a questão certamente não suscitaria maiores dúvidas. Com efeito, não se podem negligenciar os inú-

²⁶² Cf. C. A. Bandeira de Mello, in: *RDP* nº 57-58 (1981), p. 252 e ss., e L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 154 e ss.

²⁶³ Assim a oportuna lembrança de L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 108.

²⁶⁴ Cf. C. A. Bandeira de Mello, in: *RDP* nº 57-58 (1981), p. 252, secundado, recentemente, por L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 155.

meros reflexos da fixação do valor do salário mínimo na conjuntura socioeconômica. Neste sentido, verifica-se, desde logo, que, majorado o salário mínimo, se impõe a majoração, na mesma proporção, das pensões, aposentadorias e benefícios a ele vinculados. Da mesma forma, alterar-se-ão as contribuições sociais incidentes sobre os salários. Os custos de produção – por mais que fosse possível controlá-los – fatalmente subiriam, o que, por sua vez, acarretaria graves reflexos na esfera do consumo e, como reação, eventual diminuição da produção, desemprego etc. Igualmente não haveria como evitar implicações diretas nas finanças públicas, inclusive em nível orçamentário. Ainda que o salário mínimo constituísse referencial apenas para a remuneração na esfera privada, tais consequências seriam inevitáveis. Por outro lado, uma condenação individualizada do empregador a pagar a diferença, como já se referiu, no mínimo seria problemática, em face das exigências do princípio da isonomia. Os poucos exemplos a que se fez menção justificam, no mínimo, que se questione – a partir deste ângulo, e não o do grau de completude da norma – se a decisão sobre o valor estipulado para o salário mínimo efetivamente não deva ser deixada para o legislador, em face de sua legitimação política, na medida em que resultaria de um amplo processo de discussão, assumindo, ao final, caráter genérico e uniforme, na condição de lei em sentido material e formal. Que o legislador se encontra, por outro lado, vinculado aos parâmetros constitucionais, podemos ter como incontroverso, viabilizado o recurso ao controle da constitucionalidade, hipótese na qual, em virtude das consequências resultantes de eventual declaração de inconstitucionalidade do ato normativo, se imporia uma renúncia à pronúncia de nulidade.²⁶⁵ A viabilidade de outras soluções no âmbito dos casos concretos (e não na esfera do controle abstrato e concentrado da constitucionalidade) vai, por outro lado, depender do alcance que se possa outorgar aos mecanismos pertinentes, aspecto que, por ora, não pretendemos desenvolver.

Também no que tange aos direitos à assistência e previdência social, poder-se-iam levar em consideração os aspectos referidos. Algumas especificidades devem, contudo, ser ressaltadas. No caso da assistência social, constata-se que o argumento da competência assume feição nitidamente mais frágil, já que o Constituinte, além de determinar a prestação do benefício independentemente de qualquer contribuição à seguridade social (art. 203, *caput*, da CF), ao enunciar os objetivos da assistência social, também acabou por definir o perfil de seus beneficiários, isto é, dos titulares do direito fundamental (art. 203, incs. I a V, da CF).²⁶⁶ Por derradeiro, dispensável até mesmo qualquer fixação de valores, já que expressamente determinado que às pessoas portadoras de deficiência e aos idosos que não possuem os meios de prover sua manutenção ou de tê-la provida por sua família, haverá de se pagar a quantia equivalente a um salário mínimo (art. 203, inc. V, da CF). Assim, pelo menos em existindo

²⁶⁵ Nesta hipótese, já que inadequadas as técnicas tradicionais ligadas à pronúncia de nulidade, poderia cogitar-se, a exemplo do que fez G. F. Mendes, in: *CDTFP* nº 3 (1993), p. 21 e ss., de uma solução semelhante a adotada no direito constitucional germânico, no qual se reconhece a possibilidade de uma declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, mantendo-se em vigor o ato normativo e apelando-se para que o órgão legislativo corrija o estado de inconstitucionalidade. Todavia, percebe-se que esta alternativa esbarra na vontade política do legislador em corrigir a situação inconstitucional, já que inexistente qualquer mecanismo coercitivo que possa obrigá-lo a editar norma substitutiva que corresponda às exigências da Constituição.

²⁶⁶ Correta, neste contexto, a ponderação de M. M. Gouvêa, *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*, p. 60, ao lembrar a relevância da discussão em torno dos conceitos indeterminados para um adequado manejo da problemática envolvendo o controle judicial da atuação do poder público nesta seara.

lei dispo do sobre o valor do salário mínimo (já que, não existindo, incidiriam os problemas já referidos), também no tocante a este aspecto não se vislumbram reais obstáculos.

Relativamente à previdência social, importa considerar que esta – como direito fundamental – não tem o seu objeto limitado a determinado tipo de prestação, abrangendo uma variada gama de benefícios (arts. 201 e 202 da CF). Ressalte-se, ademais, que também o direito à previdência social já foi objeto de concretização e detalhada regulamentação na esfera infraconstitucional. Por outro lado, coloca-se a questão de se todos os dispositivos (e respectivas normas) que integram o conjunto de preceitos relativos à previdência social podem ser efetivamente considerados fundamentais, ou se o são apenas as normas assecuratórias dos diversos benefícios, a exemplo de um direito fundamental à aposentadoria, à pensão ou mesmo a auxílio-doença. Poder-se-ia, inclusive, questionar se a previdência social em seu todo, na qualidade de complexo de normas e posições jurídicas, não seria um direito fundamental proclamado sob feição de uma garantia institucional. Estas são questões de fundo, sem dúvida mereceriam análise mais detida, tendo reflexos inclusive na esfera dos limites à reforma constitucional e ao regime jurídico da aplicabilidade imediata das normas sobre a previdência social. Desde logo, verifica-se que, enquanto no art. 201, nos seus diversos incisos e parágrafos, se encontram princípios e regras gerais sobre os objetivos, tipos de benefícios, valores, assim como matérias de cunho organizatório e procedimental, no art. 202 se cuidou especificamente do direito fundamental à aposentadoria. Que algumas das normas contidas nestes preceitos pertencem, em verdade, às normas organizacionais, e não ao grupo das normas definidoras de direitos e garantias, parece evidente. Da mesma forma, poderão sustentar-se as distinções existentes no que tange à carga eficaz destas normas e à posição jurídico-subjetiva na qual investem os particulares.

Neste contexto, pacificou-se, por exemplo, o entendimento de que as normas contidas no art. 201, § 5º (vinculação do valor dos benefícios, no que concerne ao seu piso, ao salário mínimo) e § 6º (valor-base para a gratificação natalina dos pensionistas e aposentados) são diretamente aplicáveis e eficazes, vinculando todos os poderes estatais, independentemente de qualquer ato legislativo, posição esta acolhida já algum tempo pelo Supremo Tribunal Federal, que, além disso, sustentou que o art. 195, § 5º, da CF, de acordo com o qual nenhum benefício poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total, vincula tão somente o legislador, não constituindo óbice para a aplicação dos critérios já referidos e estabelecidos no art. 201, §§ 5º e 6º, de nossa Lei Fundamental.²⁶⁷

Já no que diz com o art. 202 da CF, que assegura o direito à aposentadoria, nos termos da lei, constata-se que as normas nele contidas se destacam por sua alta densidade normativa, isto é, por sua completude intrínseca, já que, além de definir o objeto do direito (aposentadoria), fixam critérios bem determinados para sua concessão, razão pela qual já se sustentou, na doutrina, a possibilidade de – independentemente de lei – reconhecer-se um direito subjetivo individual à aposentadoria.²⁶⁸ Também no tocante a este aspecto, posicionou-se, no âmbito do

²⁶⁷ Cf., por exemplo, RTJ nº 154 (1995), p. 983 e ss.

²⁶⁸ Neste sentido, encontramos a referência de L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 150, ao direito da mulher à aposentadoria aos trinta anos de trabalho (artigo 202, II).

controle concreto da constitucionalidade (RE nº 166.961-RS), o Supremo Tribunal Federal, entendendo que a norma contida no art. 202, inc. I, da CF, que regulamenta a aposentadoria por idade, constitui direito imediatamente aplicável.²⁶⁹ Cuidou-se, na hipótese, de recurso interposto contra decisão que havia condenado o INSS ao pagamento de uma aposentadoria no valor de um salário mínimo, por ter a autora completado a idade fixada na Constituição. Do voto do eminente Relator, Ministro Néri da Silveira, extrai-se o entendimento de acordo com o qual o art. 202, inc. I, não reclama uma concretização pelo legislador, constituindo norma diretamente aplicável e plenamente eficaz, possibilitando, em face do disposto no art. 201, §§ 5º e 6º (igualmente de aplicação imediata), a fixação do valor da aposentadoria em um salário mínimo, não se verificando qualquer ofensa ao art. 195, § 5º, já que este vincula apenas o legislador.²⁷⁰

O que importa destacar aqui é o fato de que o Supremo Tribunal Federal acabou por reconhecer um direito fundamental originário e subjetivo a uma prestação, no caso, aposentadoria no valor de um salário mínimo. Registre-se ainda que já houve quem, entre nós, mesmo não reconhecendo um direito individual subjetivo (ao menos não como direito originário), sustentou a impossibilidade de uma *reformatio in pejus* no âmbito da previdência social, advogando, assim, a proibição de retrocesso nesta esfera, de tal sorte que ao menos o conteúdo essencial do sistema de previdência social (incluindo o direito à aposentadoria) não poderia ser afetado, nem mesmo por meio de emenda à Constituição.²⁷¹ Tendo em vista, porém, que o problema da proibição de retrocesso será objeto de atenção no último capítulo desta parte do nosso estudo, deixamos, por ora, de avançar nesta matéria.

Sem pretensão alguma de esgotar o tema, convém que se lance um breve olhar sobre o direito comparado. Neste contexto, assume relevo o direito constitucional alemão, no qual, inobstante a inexistência (salvo casos excepcionais) de direitos fundamentais sociais prestacionais, se registram alguns casos nos quais a doutrina e o próprio Tribunal Federal Constitucional, no exercício de autêntica criação jurisprudencial do Direito, reconheceram – com apoio em outras normas de direitos fundamentais e com base no princípio do Estado Social – algumas posições jurídico-subjetivas, tidas como autênticos direitos fundamentais sociais não escritos. A solução encontrada naquela prestigiada ordem constitucional, ainda que não seja similar ao modelo pátrio, poderá, no mínimo, fornecer interessantes subsídios para um equacionamento do problema, que, a despeito da positivação de direitos sociais na Constituição, também se manifesta entre nós. Da mesma forma, inequívoca a influência do pensamento germânico sobre a doutrina e jurisprudência constitucionais de outros países europeus, especialmente Espanha, Itália e Portugal, que, por outro lado, têm influenciado diretamente o pensamento pátrio.

Assim, em que pese não existir na Lei Fundamental da Alemanha um direito fundamental ao salário mínimo, à previdência social (aposentadoria) ou mesmo à assistência social, a discussão em torno da garantia do mínimo indispensável para uma existência digna ocupou posição destacada não apenas nos trabalhos constituintes, mas também após a entrada em vigor da Lei Fundamental. Na doutrina, o primeiro

²⁶⁹ Cf. RTJ nº 154 (1995), p. 995 e ss.

²⁷⁰ Cf. RTJ nº 154 (1995), p. 996-7.

²⁷¹ Esta a lição de M. P. Dallari Bucci, in: CDCCP nº 12 (1995), p. 116 e ss.

nome ilustre a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de cinquenta, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. Por esta razão, o direito à vida e integridade corporal (art. 2º, inc. II, da LF) não pode ser concebido meramente como proibição de destruição da existência, isto é, como direito de defesa, impondo, ao revés, também uma postura ativa no sentido de garantir a vida.²⁷² Cerca de um ano depois da paradigmática formulação de Bachof, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht*), já no primeiro ano de sua existência, reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, direito geral de liberdade e direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência.²⁷³ Ressalte-se que apenas alguns anos depois o legislador acabou regulamentando – em nível infraconstitucional – um direito a prestações no âmbito da assistência social (art. 4º, inc. I, da Lei Federal sobre Assistência Social [*Bundessozialhilfegesetz*]).

Por fim, ainda que transcorrido cerca de duas décadas, o Tribunal Federal Constitucional também veio a consagrar o reconhecimento de um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna. Da argumentação desenvolvida ao longo desta primeira decisão, extrai-se o seguinte trecho: “certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. [...] Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos concidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, se encontram limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais”.²⁷⁴ Em que pesem algumas modificações no que tange à fundamentação, bem quanto ao objeto da demanda, tal decisão veio a ser chancelada, em sua essência, em outros arestos da Corte Constitucional alemã, resultando no reconhecimento definitivo do *status* constitucional da garantia estatal do mínimo existencial.²⁷⁵ Para além disso, a doutrina alemã entende que a garantia das condições mínimas para uma existência digna integra o

²⁷² Cf. O. Bachof, in: *VVDStRL* n° 12 (1954), p. 42-3.

²⁷³ Cf. *BVerwGE* 1, 159 (161 e ss.), decisão proferida em 24-06-1954.

²⁷⁴ Cf. *BVerfGE* 40, 121 (133).

²⁷⁵ Para tanto, v. *BVerfGE* 78, 104, reiterada em 82,60 e 87, 153. Ressalte-se que nas duas últimas decisões, se tratou da problemática da justiça tributária, reconhecendo-se para o indivíduo e sua família a garantia de que a tributação não poderia incidir sobre os valores mínimos indispensáveis a uma existência digna. Cuidou-se, contudo, não propriamente de um direito a prestações, mas, sim, de limitar a ingerência estatal na esfera existencial, ressaltando-se aqui também uma dimensão defensiva do direito fundamental ao mínimo para uma existência digna. Note-se que o princípio da dignidade humana passa, sob este aspecto, a constituir limite material ao poder de tributar do Estado.

conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações.²⁷⁶

Ressalte-se, ainda, que não a dignidade da pessoa humana em si, mas as condições mínimas para uma existência com dignidade constituem o objeto precípua da prestação assistencial.²⁷⁷ Neste sentido, o indivíduo deve poder levar uma vida que corresponda às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual o direito à assistência social alcança o caráter de uma ajuda para a autoajuda (*Hilfe zur Selbsthilfe*), não tendo por objeto o estabelecimento da dignidade em si.²⁷⁸ Vinculada a estas considerações, encontra-se a problemática da dignidade em si.²⁷⁹ Necessário para uma existência digna, registrando-se que, em princípio, as opiniões convergem no sentido de que a dignidade propriamente dita não é passível de quantificação.²⁷⁹ A fixação do valor da prestação assistencial destinada à garantia das condições existenciais mínimas, em que pese sua viabilidade, é – além de condicionada espacial e temporalmente – dependente do *standard* socioeconômico vigente,²⁸⁰ na medida em que não se pode negligenciar a circunstância de que o valor necessário para a garantia das condições mínimas de existência evidentemente estará sujeito às flutuações, não apenas na esfera econômica e financeira, mas também das expectativas e necessidades vigentes.²⁸¹ Todavia, tem-se como certo que uma existência digna abrange mais do que a mera sobrevivência física, situando-se além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, neste sentido, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência.²⁸² Por derradeiro, registre-se a lição de H. Scholler, professor emérito da Universidade de Munique, para quem a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada “quando for possível uma existência que permita a plena

²⁷⁶ Neste sentido a paradigmática proposição de um dos principais teóricos do Estado Social na Alemanha, H. F. Zacher, in: *HBS/R I*, p. 1062 e ss. Em obra específica sobre o tema, U. Sartorius, *Das Existenzminimum im Recht*, Baden-Baden: Nomos, 2000, especialmente p. 54 e ss., apresenta uma fundamentação calcada no princípio do estado social e na dignidade da pessoa humana. Apresentando uma resenha crítica e atualizada da problemática, v. especialmente, J. M. Soria, “Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums”, in: *JZ* 13/2005, p. 644 e ss. No âmbito da produção monográfica específica, v., B. Königmann, *Der verfassungsunmittelbare Anspruch auf das Existenzminimum*, Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2005, bem como, por último, W. G. Leisner, *Existenzsicherung im öffentlichen Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

²⁷⁷ Aprofundando esta perspectiva e, de modo especial, discorrendo sobre a dignidade da pessoa humana no contexto de um direito às prestações materiais indispensáveis para uma existência compatível com a dignidade, v., entre nós, especialmente o pioneiro e paradigmático ensaio de R. L. Torres, *O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais*, in: *RDA* n° 177 (1989), p. 20-49, além do recente e indispensável contributo de A. P. de Barcellos, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, especialmente p. 191-99, e p. 247 e ss. Mais recentemente, embora priorizando uma perspectiva fundada na teoria das necessidades, v., P. G. C. Leivas, *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 129 e ss.

²⁷⁸ Esta é a oportuna formulação de V. Neumann, in: *NVwZ* 1995, p. 425. Entre nós, igualmente salientando tal aspecto, v., por último, J. F. Ledur, *Direitos Fundamentais Sociais*, p. 109 e ss., destacando que “o direito a um mínimo existencial corresponde ao direito à subsistência de que nos fala Pontes de Miranda”, excluindo a ideia de caridade.

²⁷⁹ Cf. novamente V. Neumann, in: *NVwZ* 1995, p. 428-9.

²⁸⁰ Cf. C. Starck, in: *BVerfG und GG II*, p. 522. No mesmo sentido, v., por todos na literatura brasileira, R. G. Leal, *Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais*, op. cit., p. 97 e ss., bem enfatizando a necessária consideração da conjuntura nacional, embora sempre aberta e dinâmica, para a determinação do conteúdo do mínimo existencial.

²⁸¹ Neste sentido, R. Breuer, in: *FS für das BVerwG*, p. 97.

²⁸² Esta é a lição de V. Neumann, in: *NVwZ* 1995, p. 428 e ss.

fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade”.²⁸³

Ainda no que concerne ao conteúdo da prestação assistencial em exame, a doutrina e a jurisprudência alemãs partem da premissa de que existem diversas maneiras de realizar esta obrigação, incumbindo ao legislador a função de dispor sobre a forma da prestação, seu montante, as condições para sua fruição etc., podendo os tribunais decidir sobre este padrão existencial mínimo, nos casos de omissão ou desvio de finalidade por parte dos órgãos legiferantes.²⁸⁴ Relevante, sem dúvida, é a constatação de que a liberdade de conformação do legislador encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira.²⁸⁵

No âmbito do direito brasileiro, assim como se verifica no caso lusitano, verifica-se, em termos gerais, uma adesão – ressalvadas peculiaridades importantes – à tradição alemã de fundar o direito ao mínimo existencial tanto no direito à vida, quanto, em especial, na dignidade da pessoa humana, inclusive vinculando-o ao livre desenvolvimento da personalidade, de tal sorte que – a despeito de algumas divergências – o mínimo existencial abrange não apenas a garantia da sobrevivência física (o que significaria a redução do mínimo existencial a um mínimo vital) quanto abarca o que se convencionou designar de um mínimo existencial sociocultural (e mesmo, como já se sustenta mesmo entre nós, de um mínimo existencial ecológico ou ambiental), incluindo, portanto, o direito à educação e, em certa medida, o próprio acesso a bens culturais.²⁸⁶ De outra parte, registra-se um elevado consenso, inclusive no campo da jurisprudência constitucional, no sentido de que o mínimo existencial, consoante já adiantado, apresenta simultaneamente uma dimensão negativa (tutela do mínimo contra intervenções do Estado e de particulares) e uma dimensão positiva, como direito a prestações. Tais aspectos, ainda que não se pretenda aprofundar a matéria, assumem particular relevância no campo da exigibilidade e proteção dos direitos fundamentais, como será objeto de análise em vários momentos da presente obra, para além das considerações já tecidas.

²⁸³ Cf. H. Schöller, in: *JZ* 1980, p. 676 (“wo ein Dasein möglich ist, welches sich grundrechtlich entfalten kann, insbesondere wo die Möglichkeit der Persönlichkeitsentfaltung besteht”).

²⁸⁴ Esta a posição de R. Breuer, in: *FS für das BVerfG*, p. 97. Também o Tribunal Federal Constitucional atribui ao legislador a competência precípua de dispor sobre o conteúdo da prestação. Neste sentido, v. *BVerfGE* 40, 121 (133) e 87, 153 (170-1). Relativamente ao problema da liberdade de conformação do legislador na concretização do conteúdo do mínimo existencial, v., mais recentemente, I. Moreira, *A Solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, p. 143 e ss.

²⁸⁵ Cf. o já referido *leading case* da Corte Federal Constitucional (*BVerfGE* 40, 121 [133]).

²⁸⁶ Relativamente aos desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais na Alemanha, v., recentemente, entre outros, J. M. Soria, “Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums”, in: *JZ* 2005, cit., p. 644 e ss. e A. von Arnould, “Das Existenzminimum”, in: A. von Arnould e A. Musil (Ed.), *Strukturfragen des Sozialverfassungsrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, p. 283 e ss., M. Wallerath, “Zur Dogmatik eines Rechts auf Sicherung des Existenzminimums”, in: *JZ* 2008, p. 157 e ss., pugnano por uma concepção integrativa da dimensão sociocultural, reconhecendo, contudo, o avanço das tendências restritivas, especialmente no âmbito das reformas sociais. No âmbito do direito constitucional lusitano, fortemente influenciado pela dogmática e jurisprudência constitucional alemã, v., mais recentemente, I. Moreira, *A Solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, p. 133 e ss., colacionando os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais mais significativos e enfatizando a função defensiva e prestacional do mínimo existencial. Na literatura brasileira, v., o paradigmático R. L. Torres, *O Direito ao Mínimo Existencial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, bem como a excelente contribuição de E. Bitencourt Neto, *O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Retornando aos exemplos extraídos do direito pátrio, verifica-se, em primeiro lugar, que o princípio da dignidade da pessoa humana e o próprio direito à vida se encontram – aqui e lá – na base de todos os direitos sociais em exame. Além disso, impõe-se a conclusão de que, independentemente da previsão expressa de um direito a prestações que tenham por finalidade assegurar ao indivíduo uma existência digna, seja o nome que se lhe dê, tal direito – fundamentalíssimo, diga-se de passagem – também entre nós poderia ser deduzido diretamente do princípio da dignidade humana e do direito à vida, ambos consagrados em nossa Constituição, solução que, aliás, também serviu de inspiração ao Tribunal Constitucional espanhol.²⁸⁷ Por outro lado, importa considerar que, se tal alternativa se revela, ao menos em princípio, possível no que tange à assistência aos necessitados, não dependendo necessariamente de uma contraprestação (como expressamente ocorre com o direito à assistência social previsto no art. 203 da CF), por evidente que também o direito ao salário mínimo (pago a quem trabalha e contribui ativamente com o Estado e a sociedade), assim como eventuais benefícios previdenciários, especialmente a aposentadoria (para quem trabalhou e contribuiu durante toda uma vida), devem corresponder às exigências da dignidade e necessidades vitais do indivíduo, de tal sorte que parece razoável exigir do legislador, por maior que seja sua liberdade de conformação, que não ultrapasse (no sentido de ficar aquém) esta clara linha fronteira traçada pelo Constituinte.

Analisando-se a problemática do salário mínimo, da assistência social e da aposentadoria à luz do direito à vida e do princípio da dignidade humana, poder-se-á, talvez, reformular o questionamento inicial, perguntando-se: a) quando o valor do salário mínimo (e, portanto, o da assistência social e benefícios previdenciários) inequivocamente estiver fixado aquém do limite estabelecido ao arbítrio do legislador, isto é, se for incompatível com a manutenção de uma existência que corresponda às exigências mínimas da dignidade ou, pior, se for insuficiente para a própria sobrevivência física do indivíduo e sua família, será possível a estes buscar, em Juízo, o fornecimento da diferença apurada? E como ficará a situação dos que – por desempregados ou mesmo por não terem condições de trabalhar – eventualmente não se enquadram nos pressupostos legais que autorizam a percepção de seguro-desemprego, o pagamento da assistência social ou outros benefícios previdenciários? Ser-lhes-á imposta a mendicância? Ainda que a mendicância possa ser (como, lamentavelmente, o é), para muitos, um meio de prover o sustento, é tal condição conforme ao princípio da dignidade da pessoa humana? Desde logo, parece-nos que não. No entanto, estas e outras tantas questões que poderiam ser formuladas neste contexto apenas ressaltam a dimensão do problema, que evidentemente é de difícil equacionamento, já que, por mais vital que seja a prestação, tal circunstância não tem o condão de contornar, por si só, o limite fático imposto pela ausência de recursos. Em outros termos, como já se questionou há tempos, de que modo buscar algo onde nada há?²⁸⁸ Ademais, remanesce – aqui também – a problemática relativa à alegada incompetência dos juízes e tribunais quanto à destinação de recursos públicos, isto sem falar na colisão com

²⁸⁷ Ainda que não se trate do reconhecimento de um direito a prestações propriamente dito, o Tribunal Constitucional Espanhol, na Sentença nº 113/1989, entendeu que “Es incompatible con la dignidad de la persona el que la efectividad de los derechos patrimoniales se leve al extremo de sacrificar el mínimo vital del deudor, privándole de los medios indispensables para la realización de sus fines personales. Se justifica así, junto a otras consideraciones, la inembargabilidad de bienes y derechos como límite del derecho a la ejecución de las sentencias firmes.” (in: F. R. Lorente (Org.), *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*, p. 73).

²⁸⁸ Cf. H. H. Rupp, in: *JZ* 1971, p. 402.

outros direitos e/ou valores constitucionais fundamentais, tais como o princípio da isonomia. De qualquer modo, cumpre ressaltar que mais adiante voltaremos a enfrentar estes aspectos, ocasião na qual teremos oportunidade de nos posicionar, de forma conclusiva, sobre o problema dos direitos subjetivos a prestações, anunciando, por ora, que vislumbramos algumas saídas, em que pesem as limitações referidas.

Antes de seguirmos, contudo, com uma sumária análise de alguns exemplos, para, mais adiante, retomarmos então, com maior desenvolvimento, a discussão sobre a exigibilidade dos direitos a prestações, em especial os direitos a prestações sociais (onde assumem posição de destaque os direitos sociais), é preciso deixar-se presente que o mínimo existencial, ou seja, o conjunto de prestações que há de ser negativamente tutelado (e, portanto, também o conjunto de prestações que há de ser negativamente tutelado) não pode ser reduzido a um objeto fixo, muito menos a um valor pecuniário determinado, visto que dependente de um conjunto de fatores, inclusive ligados às condições pessoais de cada indivíduo, além de fatores de ordem social, econômica e cultural, isto sem falar na necessidade de componentes de mínimo existencial aos direitos fundamentais em espécie onde assume relevância. Já por isto, embora, em princípio, os direitos vinculados ao mínimo existencial possam, em sentido de gerarem um dever exigível de assegurar as prestações, isto não significa, consoante, aliás, tentamos deixar evidenciado, que se cuida de componentes de mínimo existencial em face dos impactos da reserva do possível.²⁸⁹ De outra parte, o mínimo existencial deve ser diferenciado do mero mínimo vital, abrangendo, nesta perspectiva, tanto o mínimo existencial fisiológico (ligado a garantia da sobrevivência) quanto o mínimo sociocultural, ainda que na esfera deste, se revele mais necessária uma cautela na determinação do objeto das respectivas prestações. Assim, verifica-se que o direito-garantia do mínimo existencial, ainda mais em relação a direitos sociais específicos consagrados nas constituições, assume o significado de uma cláusula aberta, sendo ela própria, aliás, pelo menos na maioria das ordens jurídicas, enquadrada no elenco dos direitos fundamentais implícitos. Apenas em caráter ilustrativo (volta-se a enfatizar!), dizem respeito ao mínimo existencial, além dos direitos à saúde, educação, moradia, assistência e previdência social, aspectos nucleares do direito ao trabalho e da proteção do trabalhador, o direito à alimentação e mesmo o lazer,²⁹⁰ o direito ao fornecimento de serviços existenciais básicos como água e saneamento básico, transporte, energia elétrica²⁹¹ (ainda que possam ser reportados a outros direitos fun-

²⁸⁹ Assim, neste particular equivocada a interpretação, a respeito da nossa posição, efetuada por D. Sarmento, "A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos", in: C.P. Souza Neto e D. Sarmento, *Direitos Sociais*, op. cit., p. 573 e ss. (especialmente p. 578, onde expressa a discordância), embora a substancial convergência quanto à necessária flexibilidade no que diz com o objeto do mínimo existencial e sua necessária contextualização.

²⁹⁰ Cf., entre nós, confira-se, entre outros, A. Beurlen, "O Estado brasileiro e seu dever de realizar o direito social à alimentação", in: F. F. Scaff (Org.), *Constitucionalismo, tributação e direitos humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 189-222, bem como, por último, M. da Silva Nunes, *O direito fundamental à alimentação e o Princípio da Segurança*, São Paulo: Elsevier, 2008, relacionando o direito à alimentação em especial ao direito à saúde. A respeito do direito ao lazer, v. por último, S. T. Cardoso, "Existe saúde sem levar o lazer a sério? Interfaces entre o direito ao lazer e o direito à saúde", in: L. T. Zavascki e M. F. Jobim (Orgs.), *Diálogos Constitucionais de Direito Público e Privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 225-238.

²⁹¹ Sobre a prestação de serviço público essencial como direito fundamental v., por todos, R. G. Leal, *Considerações e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais*, op. cit., p. 135 ess.

damentais), bem como o direito a uma renda mínima garantida²⁹² (que, por sua vez, desde que assegurada uma cobertura completa, pode ser substituído pelos direitos à assistência social, salário mínimo e previdência).²⁹³

Muito embora amplamente reconhecida a relação entre o assim chamado mínimo existencial com os direitos fundamentais sociais, importa sublinhar que comungamos do ponto de vista de que *os direitos fundamentais sociais não se reduzem ao mínimo existencial (ou à dignidade humana)*, conquanto as dimensões que densificam o mínimo existencial certamente guardem (maior ou menor) relação com o núcleo essencial de grande parte dos direitos sociais, ainda mais se consideradas as peculiaridades e a extensão com que foram positivados pela Constituição de 1988. Em síntese, embora o mínimo existencial esteja em contato com os diversos direitos sociais individualmente considerados e existam zonas de convergência quanto aos respectivos conteúdos (âmbitos de proteção), não se pode afirmar que o mínimo existencial equivale (isto é, se confunde com) ao conteúdo essencial dos direitos sociais. Aliás, aplica-se aqui (embora as peculiaridades dos direitos sociais) linha de argumentação similar a que se utiliza para a relação da dignidade da pessoa humana com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais: ambos guardam maior ou menor relação (por vezes nenhuma!), mas não se confundem.

Aspecto digno de nota, neste contexto, diz respeito ao questionamento de se a existência, no âmbito da Constituição, de um extenso catálogo de direitos sociais em espécie, que, em geral, cobre o conteúdo que usualmente se atribui ao mínimo existencial (ainda mais, quando se trata de uma compreensão ampliada, na perspectiva de um mínimo existencial que abrange a dimensão sociocultural), não torna este último desnecessário, pelo menos, no sentido de um direito social autônomo, deduzido do regime e dos princípios, assim como dos direitos fundamentais sociais expressamente positivados. Não se pode olvidar, neste contexto, que na Alemanha, onde o mínimo existencial foi objeto de construção e desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, os direitos sociais não foram contemplados no texto da Lei Fundamental, o que apenas serve para realçar ainda mais o questionamento. A resposta a tal pergunta, embora aqui não possa ser aprofundada, pode ser formulada nos seguintes termos e desdobrada em dois argumentos principais: por um lado, assim como a dignidade da pessoa humana não se torna desnecessária e não deixa de ter autonomia em função da positivação de um extenso catálogo de direitos fundamentais, também o *mínimo existencial, que, como visto, convive, mas não se confunde, com os direitos sociais, não perde sua possível autonomia na arquitetura constitucional*. Neste contexto, cabe referir o alerta de J. J. Gomes Canotilho, no sentido de que a identificação entre o mínimo existencial e o núcleo essencial dos direitos sociais poderia implicar um esvaziamento não apenas dos direitos sociais, mas também dos demais direitos fundamentais.²⁹⁴ Além disso, a noção de um mínimo existencial pode servir (e tem servido)

²⁹² Sobre o direito a uma renda básica, v., entre outros, a coletânea organizada por G. Pisarello e A. de Cabo de la Vega, *A renda básica como nuevo derecho ciudadano*, Madrid: Trotta, 2006.

²⁹³ Bem enquadrando o acesso à justiça no conteúdo do mínimo existencial, v., entre nós, A.P. Barcellos, *A eficácia dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 247 e ss.

²⁹⁴ Cf. J. J. Gomes Canotilho, "O direito constitucional como ciência de direcção - o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da constituição social)", in: J. J. Gomes Canotilho; M. O. Gonçalves Correia; É. P. Barcha Correia (coord.), *Direitos Fundamentais Sociais*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 30-31.

este direito, e, no caso de só existir um meio de dar efectividade prática, devem acolher precisamente esse meio".³⁰⁴ Que isto se aplica a todos os exemplos abordados até o presente momento (saúde, assistência e previdência social e salário mínimo) parece-nos incontestável. Outrossim, ressaltamos – mais uma vez – que tornaremos a nos manifestar sobre o tema, oportunidade na qual acabaremos nos posicionando de forma conclusiva a respeito.

O mínimo existencial, como já sublinhado, guarda relação com outros direitos sociais, ainda que não necessariamente com todos e não da mesma forma. Por outro lado, um direito ao mínimo existencial não tem o condão de substituir os direitos sociais expressamente positivados e constantes do elenco (sem prejuízo de outros) do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, de modo que na sequência, ainda que em caráter ilustrativo, é de tais direitos que nos ocuparemos individualmente. Pela sua relevância e pelo impacto no campo da produção doutrinária e jurisprudencial,

Em que pese a inequívoca relevância das posições jurídico-fundamentais ora referidas, é no âmbito do direito à saúde,³⁰⁵ igualmente integrante do sistema de proteção da seguridade social (juntamente com a previdência e a assistência social), que se manifesta de forma mais contundente a vinculação do seu objeto (prestações materiais na esfera da assistência médica, hospitalar etc.), com o direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, a despeito do reconhecimento de certos efeitos decorrentes da dignidade da pessoa humana mesmo após a sua morte, o fato é que a dignidade é, essencialmente, uma qualidade inerente à pessoa humana viva, mais precisamente, expressão e condição da própria humanidade da pessoa. A vida (e o direito à vida) assume, no âmbito desta perspectiva, a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo, além disso, pré-condição da própria dignidade da pessoa humana.³⁰⁶ Para além da vinculação com o direito à vida, o direito à saúde (aqui considerado num sentido amplo) encontra-se umbilicalmente atrelado à prote-

³⁰⁴ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, p. 34. Vale frisar, contudo, que o renomado publicista de Coimbra não chegou a fazer referência, neste estudo em particular, ao papel do princípio da dignidade da pessoa humana no que diz com a definição do conteúdo do mínimo existencial (que pode também ser compreendido restritivamente como sendo um mínimo apenas vital), além de não se posicionar a respeito da circunstância de que mesmo na esfera do mínimo existencial poderá haver indisponibilidade de recursos pelo poder público, aspecto este lembrado por Alexy, como ainda teremos ocasião de verificar.

³⁰⁵ Sobre o direito à saúde, v., no plano do direito internacional e comparado, dentre outros, G. Escobar (Dir.), *Protección de la Salud*, IV Informe Sobre Derechos Humanos. Federación Iberoamericana de Ombudsman, Madrid: Trama Editorial, 2006, bem como J. Loureiro, "Direito À (Protecção Da) Saúde", in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 657-692. Entre nós, no âmbito da produção monográfica mais recente, v., em caráter exemplificativo, G. Schwartz (Org.), *A saúde sob os cuidados do Direito*, Passo Fundo: UPF, 2003; C. Maranhão, *Tutela jurisdiccional do direito à saúde* (arts. 83 e 84, CDC), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; M. A. Weichert, *Saúde e Federação na Constituição brasileira*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; A. De Assis (Coord.), *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde*, Porto Alegre: Notadez, 2007; M. F. Figueiredo, *Direito Fundamental à Saúde. Parâmetros Para Sua Eficácia e Efetividade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; R. A. Dias da Silva, *Direito Fundamental à Saúde. O Dilema entre o Mínimo Existencial e a Reserva do Possível*, Belo Horizonte: Forum, 2010.

³⁰⁶ Valemo-nos, aqui, da ideia de C. Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, com a ressalva de que este conceituado autor utiliza (diga-se, de passagem, oportunamente) a expressão direito a ter direitos relativamente à cidadania. Entendemos, todavia, que é relativamente ao direito à vida que a expressão revela uma ainda maior pertinência. Para o Tribunal Constitucional Espanhol (STC 53/1985), "El derecho a la vida reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el art. 15 de la Constitución, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional – la vida humana – y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible." (citado por F. R. Llorente (Org.), *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*, p. 140-1).

ção da integridade física (corporal e psicológica) do ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível.

Em face do exposto, já se vislumbra a razão pela qual, precisamente no caso do direito à saúde, merece tanto destaque a circunstância – comum, em termos gerais (mas com significativas variações) a outros direitos fundamentais (como é o caso da moradia, ambiente, dentre tantos) – tão bem lembrada por João Loureiro, no sentido de que a saúde é um bem fortemente marcado pela interdependência com outros bens e direitos fundamentais, apresentando, de tal sorte, "zonas de sobreposição com esferas que são autonomamente protegidas", como é o caso da vida, integridade física e psíquica, privacidade, educação, ambiente, moradia, alimentação, trabalho, dentre outras.³⁰⁷

Consagrado no art. 6º de nossa Constituição, foi nos arts. 196 e ss. que o direito à saúde encontrou sua maior concretização ao nível normativo-constitucional, para além de uma significativa e abrangente regulamentação normativa na esfera infraconstitucional, com destaque para as leis que dispõem sobre a organização e benefícios do SUS e o fornecimento de medicamentos.³⁰⁸ Mesmo assim, basta uma leitura superficial dos dispositivos pertinentes (arts. 196 a 200) para que se perceba que nos encontramos, em verdade, no que diz com a forma de positivação, tanto em face de uma norma definidora de direito, quanto diante de normas de cunho programático (impositivo),³⁰⁹ enunciando (no art. 196) que a saúde é direito de todos e dever do Estado, além de impor aos poderes públicos uma série de tarefas nesta seara (como a de promover políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, além de estabelecer o acesso universal e igualitário às ações e prestações nesta esfera). Num segundo momento, a Constituição remete a regulamentação das ações e serviços de saúde ao legislador (art. 197), além de criar e fixar as diretrizes do sistema único de saúde (art. 198), oportunizando a participação (em nível complementar) da iniciativa privada na prestação da assistência à saúde (art. 199), bem como estabelecendo, em caráter exemplificativo, as atribuições (nos termos da lei) que competem ao sistema único de saúde (art. 200).

A primeira dificuldade com a qual nos deparamos na tarefa de averiguar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo individual a prestações na área da saúde reside, portanto, na forma pela qual o direito à saúde (a exemplo da maior parte dos direitos sociais prestacionais) foi consagrado pelo Constituinte. Além disso, a exemplo dos demais direitos sociais de cunho positivo, também o direito à saúde tem sido considerado (entre nós e no direito comparado, muito embora e felizmente, cada vez menos) como dependente de intermediação legislativa, de tal sorte que não

³⁰⁷ Cf. J. Loureiro, "Direito à (protecção da) saúde", in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 660 e ss. (especialmente p. 666).

³⁰⁸ Para um quadro panorâmico, embora sumário, do sistema de proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional brasileira, na perspectiva dos direitos fundamentais, v., por último, I. W. Sarlet e M. F. Figueiredo, "Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988", in: *Revista de Direito do Consumidor* nº 67, 2008, p. 125 e ss.

³⁰⁹ Para espancar, desde logo, qualquer dúvida a respeito de nossa posição, convém destacar que ao admitirmos um caráter programático das disposições constitucionais a respeito da saúde, não estamos com isso renunciando à possibilidade de – para além desta dimensão programática – reconhecer também normas que outorgam direitos subjetivos, inclusive de cunho prestacional, como ainda teremos oportunidade de demonstrar.

são poucos os que lhe negam a sua plenitude eficaz.³¹⁰ Outro aspecto que merece ser destacado diz com o conteúdo de um direito subjetivo nesta esfera, já que o por qualquer normatização constitucional ou infraconstitucional. Além disso, assume relevo (também aqui) o questionamento a respeito do limite da prestação reclamada do particular perante o Estado. Em outras palavras, cuida-se de saber se os poderes públicos são devedores de um atendimento global (toda e qualquer prestação na área da saúde) e, independentemente deste aspecto, qual o nível dos serviços a serem prestados. Em suma, pergunta-se se o particular (qualquer um ou apenas os que preservarem carência de recursos para manutenção de um plano de saúde privado?) poderá ter acesso, por exemplo, além dos serviços essenciais na esfera médica, a atendimento odontológico, psicológico, serviços de fisioterapia etc. Ademais, será o Estado obrigado a prestar saúde de acordo com padrões mínimos, suficientes, em qualquer caso, para assegurar a eficácia das prestações, ou terão os particulares direito a serviços gratuitos da melhor qualidade (equipamento de última geração, quarto privativo em hospitais etc.)? Cuida-se, também neste particular, do clássico dilema do Estado social no que concerne às suas funções precípua, isto é, se deve limitar-se à tarefa de assegurar um patamar mínimo em prestações materiais, destinadas a promover a igualdade material no sentido de uma igualdade de oportunidades (ajuda para a auto-ajuda) ou se deve (a despeito da efetiva possibilidade de alcançar tal objetivo) almejar um padrão ótimo nesta seara.³¹¹

Pela sua relevância sob o aspecto de garantia do próprio direito à vida, poder-se-á ter como certo que o direito à saúde, ainda que não tivesse sido reconhecido expressamente pelo Constituinte, assumiria a feição de direito fundamental implícito, a exemplo, aliás, do que ocorre em outros ordens constitucionais, como é o caso da Argentina, ao menos segundo parte da doutrina,³¹² e da Alemanha.³¹³ Todavia, tal constatação, além de igualmente não resolver o dilema relativo ao conteúdo e ao alcance do direito à saúde, continua deixando sem resposta a indagação a respeito da possibilidade de reconhecer-se (ou não) um direito subjetivo individual a prestações nesta seara.

Por mais que os poderes públicos, como destinatários precípuos de um direito à saúde, venham a opor – além da já clássica alegação de que o direito à saúde (a exemplo dos direitos sociais prestacionais em geral) foi positivado como norma de eficácia limitada – os habituais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos públicos, não nos parece que esta solução possa prevalecer, ainda mais nas hipóteses em que está em jogo a preservação do bem maior da vida humana. Não nos esqueçamos de que a mesma Constituição que consagrou o direito à saúde estabeleceu – evidencian-

³¹⁰ No âmbito do direito comparado, merece referência o exemplo da França, onde o direito à proteção da saúde (*droit à la protection de la santé*) foi consagrado expressamente no Preâmbulo da Constituição de 1946, tendo sido, contudo, considerado – ao menos por parte da doutrina majoritária – como direito carente de legislação infraconstitucional, não implicando, portanto, a possibilidade dos particulares de exigirem diretamente as prestações nesta seara. Neste sentido, v., dentre outros, J. Morange, *Droits de l'homme e Libertés Publiques*, p. 208.

³¹¹ Sobre o tema, v. especialmente, entre nós, M. F. Figueiredo, *Direito Fundamental à Saúde*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 188 e ss.

³¹² Ao menos esta a referência de N. P. Sagüés, *Elementos de Derecho Constitucional*, vol. 2, p. 48. Assim também J. Miller/M. A. Gelli/S. Cayuso, *Constitución y Derechos Humanos*, vol. 1, p. 182 e ss.

³¹³ Esta a tese desenvolvida na obra de O. Seewald, *Gesundheit als Grundrecht*, 1982.

do, assim, o lugar de destaque outorgado ao direito à vida – uma vedação praticamente absoluta (salvo em caso de guerra regularmente declarada) no sentido da aplicação da pena de morte (art. 5º, inc. XLVII, alínea a). Cumpre lembrar, mais uma vez, que a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba – como sói acontecer – por se equiparar à aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário, tudo isto, habitualmente sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa, isto sem falar na virtual ausência de responsabilização dos algozes, abrigados pelo anonimato dos poderes públicos. Muito embora se reconheça que a invocação do exemplo da pena de morte possa soar exagerado, o que se pretende realçar, por ora, é que, principalmente no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça.³¹⁴

Considerando o exposto, convém registrar que se a posição adotada é, de fato, em prol do reconhecimento, no caso concreto e a depender das circunstâncias, até mesmo de um direito originário a prestações na esfera da saúde, não se está a chance-lar aqui, nem a ideia de que o direito à saúde seja um direito a “qualquer coisa”, nem a tese da gratuidade absoluta dos serviços públicos de saúde, no sentido de uma impossibilidade de qualquer tipo de cobrança pelo uso do sistema público de saúde, já que, ao contrário do que pretende expressiva doutrina,³¹⁵ não há como deduzir do princípio da universalidade do acesso um princípio da gratuidade do acesso, visto que acesso igualitário e universal (como expressamente enuncia o art. 196 da CF) não se confunde – pelo menos não necessariamente – com um acesso totalmente gratuito. Em primeiro plano, a garantia do direito à saúde para todos (universalidade) e em igualdade de condições (acesso igualitário) não se identifica com os benefícios no âmbito da assistência social (esta sim, prestação completamente desvinculada de qualquer contraprestação específica por parte do beneficiário, nos termos expressos pela CF). Além disso, o que a Constituição assegura é que todos tenham, em princípio, as mesmas condições de acessar o sistema público de saúde, mas não que qualquer pessoa, em qualquer circunstância, tenha um direito subjetivo definitivo a qualquer prestação oferecida pelo Estado ou mesmo a qualquer prestação que envolva a proteção de sua saúde. Considerando que a própria Constituição autoriza a existência de sistemas privados de prestação de serviços de saúde (pagos diretamente pelas pessoas que a

³¹⁴ Nesta mesma linha situa-se o posicionamento de G. Schwartz, *Direito à Saúde: Efetivação em uma perspectiva sistêmica*, especialmente p. 56 e ss., desenvolvendo o ponto e sustentando, em síntese, que a saúde é direito fundamental subjetivo de cada pessoa humana. A respeito do tema, apontando para a dupla dimensão negativa e positiva também do direito à saúde, v. o nosso “Algumas Considerações em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988”, in: *Revista IP* nº 12 (2001), p. 91 e ss. (especialmente p. 97 e ss.), explorando a ideia de que o direito à saúde possui uma dupla dimensão positiva e negativa, abrangendo um complexo de direitos subjetivos de caráter defensivo e prestacional. No mesmo sentido, versando justamente sobre o exemplo do direito à saúde, v. o já citado C. Fabre, *Social Rights under the Constitution*, p. 53 e ss. Inserindo o direito à saúde no contexto da sociedade de risco e priorizando uma perspectiva sistêmica, v. a obra de G. Schwartz, *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

³¹⁵ Neste sentido, v., dentre outros, o entendimento de M. A. Weichert, *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*, p. 161 e ss.

estes sistemas resolvem aderir), já se vislumbra que a gratuidade em qualquer caso se revela como questionável, havendo aspectos a serem repensados.³¹⁶

De outra parte, não se poderá olvidar que o princípio da proporcionalidade também opera nesta esfera e que não se afigura como proporcional (e até mesmo razoável) que um particular que disponha de recursos suficientes para financiar um bom plano de saúde privado (sem o comprometimento de um padrão digno de vida para si e sua família, e sem prejuízo, portanto, do acesso a outros bens fundamentais como educação, moradia etc.) possa acessar, sem qualquer tipo de limitação ou condição, o sistema público de saúde nas mesmas condições que alguém que não esteja apto a prover com recursos próprios a sua saúde pessoal. O simples argumento de que contribui (impostos) já está a pagar pelo acesso à saúde pública não pode vingar no contexto de uma sociedade acentuadamente desigual e onde a maioria da população se encontra na faixa isenta de imposto sobre a renda. Em termos de direitos sociais (e, neste caso, existenciais) básicos a efetiva necessidade haverá de ser um parâmetro a ser levado a sério, juntamente com os princípios da solidariedade e da proporcionalidade. Assim, a conexão entre o princípio da isonomia (que impõe um tratamento desigual aos desiguais) – compreendido, por óbvio, na sua perspectiva substancial – e o princípio da proporcionalidade, operante não apenas na perspectiva do Estado e da sociedade, mas também pelo prisma do indivíduo (no sentido prisma que este pode esperar do Estado), revela que no mínimo o tema da gratuidade do acesso à saúde (que não constitui a regra no direito comparado) merece ser cada vez mais discutido, como, de resto, já vem ocorrendo em parte da doutrina e até mesmo na esfera jurisprudencial.³¹⁷ Nesta perspectiva, vale lembrar que no concernente ao fornecimento de medicamentos pelo poder público (embora não se cuide de matéria afeta ao SUS) a própria legislação – que, à evidência, sempre poderá ser questionada quanto à sua legitimidade constitucional – já exige a prova prévia da carência (no sentido socioeconômico) por parte do cidadão, como pressuposto para a concessão da prestação almejada, como dá conta, no plano estadual, a Lei nº 9.908, de 16.06.93, do Rio Grande do Sul, que dispõe sobre o fornecimento gratuito de medicamentos excepcionais àqueles que demonstrarem a insuficiência de recursos para aquisição dos medicamentos.³¹⁸ Além disso, importa registrar que o tópico ora problematizado – que diz com a legitimidade para pleitear em face do Estado uma prestação de natureza social, na condição de direito subjetivo positivo – assume relevo também no caso de outros direitos sociais, como é o caso da assistência social – que independe

³¹⁶ Desenvolvendo o ponto, v. M. F. Figueiredo, *Direito Fundamental à Saúde*, p. 165 e ss. Por último v. J. W. Sarlet e M. F. Figueiredo, "Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações", in: *Direitos Fundamentais & Justiça. Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS*, Ano 1 – nº 1 – out./dez., 2007, p. 201 e ss.

³¹⁷ Precisamente explorando o problema dos critérios utilizados em demandas judiciais e enfocando, entre outros pontos, a perspectiva vinculada à justiça distributiva e aos efeitos das decisões judiciais que privilegiam o interesse individual de quem logra obter do Estado, por força de decisão judicial, uma prestação, em possível detrimento dos demais indivíduos, J. R. L. Lopes, *Direitos Sociais. Teoria e Prática*, São Paulo: Método, 2006, p. 221 e ss., em instigante ensaio, refere, com propriedade (ainda que não se concorde, em toda extensão, com seus argumentos) a necessidade de investir mais nestes aspectos da discussão.

³¹⁸ Na doutrina, v. M. F. Figueiredo, *Direito Fundamental à Saúde*, p. 170 e ss. No mesmo sentido, v. G. B. N. Azem, "Direito à Saúde e Comprovação da Hipossuficiência", in: A. de Assis (coord.), *Aspectos Polêmicos e Análise dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde*, Porto Alegre: Notadez, 2007, p. 13 e ss., discutindo especialmente o problema no que diz com o acesso à prestação jurisdicional no âmbito do direito à saúde.

de uma direta contraprestação do beneficiário e do direito ao ensino público gratuito, apenas para ficar nos exemplos mais corriqueiros.

Ainda no concernente à questão da gratuidade das prestações sociais, não se desconhece a objeção de Flávio Galdino, no sentido de que inexistente, de fato, "direito gratuito",³¹⁹ já que – consoante, de resto, assumido também nesta obra – todos os direitos fundamentais possuem um custo. Todavia, se é verdade que não existe direito fornecido por delegação – pressupõe o financiamento de natureza pública – mesmo que se houverá de impor um ônus direto e específico a todo aquele que pretender usufruir uma prestação, pena de uma negativa de prestação, até mesmo pelo fato de que, em regra, terá havido contraprestação pessoal (no mínimo por meio de tributos indiretos) ou, à luz do princípio da solidariedade (e da distribuição proporcional dos benefícios e encargos), um financiamento por parte de terceiros, o que nos remete ao tema correlato da justiça fiscal e do modo de financiamento do sistema de prestações sociais e, portanto, em larga medida, dos direitos sociais, temática que refoge aos limites da presente investigação.³²⁰ No âmbito do direito à saúde, a promulgação da Emenda Constitucional nº 29, dispo, dentre outros aspectos, sobre o financiamento do sistema de saúde e a acirrada querela em torno de sua regulamentação pelo Congresso Nacional, asseguram uma particular relevância ao problema do custo dos direitos e do impacto da omissão estatal (e proteção insuficiente de direitos fundamentais) nessa seara, o que pode ser ilustrado mediante a reiterada prática de investir menos do que o necessário e exigível, mesmo do ponto de vista constitucional, na realização do direito à saúde.³²¹ De qualquer sorte, saudável a preocupação do autor – também compartilhada neste ponto – com a eficiente e proba prestação estatal e com a necessidade de maximizar os recursos para melhor atender às necessidades da população.

Outro ponto crucial vinculado ao direito à saúde (mas também a outras prestações na esfera do que se pode designar de um mínimo existencial) é o do fornecimento de bens e serviços essenciais pelo poder público ou por sua delegação, como é o caso do saneamento básico (incluindo especialmente o acesso às fontes de água potável³²²) e do fornecimento de energia elétrica, de resto, crucial ponto de contato entre o Direito Público e Privado, do que dá conta especialmente a inserção da matéria no Código de Defesa do Consumidor.³²³ Que se cuida de prestações indispensáveis para qualquer pessoa resulta inquestionável, de tal sorte que não se deveria, em princípio, questionar que se está diante de bens jusfundamentais assegurados direta ou indiretamente pela ordem constitucional. De outra parte, também no que diz com tal

³¹⁹ Cf. F. Galdino, *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*, especialmente p. 283 e ss.

³²⁰ Sobre o ponto, v., por último, no âmbito da produção monográfica nacional, o notável contributo de P. Caliendo, *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito*, São Paulo: Elsevier, 2008, em especial os capítulos 2 a 4.

³²¹ Sobre o tópico, v., por todos, É. G. Pinto, *Financiamento de Direitos Fundamentais*, Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010, especialmente p. 372 e ss., bem como, em perspectiva mais voltada ao caráter vinculativo do orçamento, E. B. F. Mendonça, *A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, especialmente p. 257 e ss.

³²² Sobre o tema, v., em especial, a contribuição de K. S. Demoliner, *Água e Saneamento Básico. Regimes jurídicos e marcos regulatórios no direito brasileiro*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

³²³ Sobre o direito do consumidor como direito fundamental v., dentre outros, o belo ensaio de B. N. B. Miragem, "O Direito do Consumidor como Direito Fundamental – Consequências Jurídicas de um Conceito", in: *Revista de Direito do Consumidor* nº 43, p. 111-132.

tipo de prestações assumem relevo as objeções já apontadas em relação à eficácia dos direitos sociais como direitos subjetivos a prestações e, portanto, sua exigibilidade judicial, o que inclui o igualmente referido problema da gratuidade destas prestações e da garantia (como ocorre no caso de vários medicamentos e serviços na área de saúde) da sua continuidade, por mais que se trate de prestações que envolvem uma contraprestação por parte do beneficiário. Neste contexto, ainda que tal matéria envolva ponderações similares ou, pelo menos e em parte, conexas aos direitos sociais prestacionais de um modo geral e que ainda serão examinadas nesta obra, vale destacar aqui a existência de uma série de decisões dos Tribunais nacionais assegurando a continuidade das prestações (notadamente água e energia elétrica) mesmo em caso de inadimplência, quando comprovada a real necessidade do serviço (prestação) assim como a efetiva carência de recursos, sempre demandando um exame à luz das circunstâncias do caso concreto,³²⁴ portanto, uma ponderação, o que, de resto, se aplica – de modo geral – às demais hipóteses nas quais cuida de decidir sobre a efetivação de direitos fundamentais, consoante será desenvolvido mais adiante. Outrossim, também nesta esfera (da prestação de serviços públicos essenciais) se revela necessária a discussão da eficiência da prestação, do controle (legislativo, administrativo, judicial e social) das entidades e agentes encarregados da prestação, entre outros aspectos que poderiam ser destacados, alcança ares de obviedade e aqui, dadas as limitações do capítulo, não será objeto de aprofundamento.

A despeito das considerações já referidas e de mais adiante voltarmos ao tema da exigibilidade dos direitos sociais numa perspectiva mais ampla, quanto ao direito à saúde e sua exigibilidade pela via judicial, importa frisar, que, após uma postura inicial mais contida, mesmo os Tribunais Superiores, com destaque aqui para o Supremo Tribunal Federal, passaram a reconhecer a saúde como direito subjetivo (e fundamental) exigível em Juízo, e não mais como direito enunciado de modo eminentemente programático.³²⁵ Embora o Brasil, juntamente com a Colômbia e alguns outros países, ocupe seguramente uma posição de destaque no que diz com o número

³²⁴ Neste sentido, dentre tantos, v. o Acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no Agravo de Instrumento nº 478.911 – RJ, julgado em 16.05.2003 (Relator Ministro Luiz Fux), assim como a recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, proferida pela 21ª Câmara Cível, Relator Desembargador Francisco Moesch, julgado em 26.10.05 (processo 70011351848), que manteve decisão exarada na primeira Instância, concedendo tutela antecipada em Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público, determinando o restabelecimento do fornecimento de energia elétrica para família com criança carente de cuidados especiais. No caso, não se tratava de inadimplência por parte do beneficiário, mas no não atendimento, no prazo sinalado pela CEEE (Companhia Estadual de Energia Elétrica) de adequação nas instalações da rede elétrica, motivada, na hipótese, por falta de recursos para promover as alterações.

³²⁵ Considerando o grande número de decisões envolvendo o direito à saúde, limitamo-nos aqui a referir a posição inicialmente prevalente no Superior Tribunal de Justiça, representada por Acórdão da lavra do Ministro Demócrito Reinaldo (ROMS nº 6564/RS, publicado no DJU em 17.06.96) considerando o direito à saúde como veiculado em norma meramente programática, que não confere aos beneficiários um direito subjetivo, visto que protetivas apenas de um interesse de cunho geral. Mais recentemente, contudo, houve um significativo e saudável (para utilizar um termo apropriado ao tema) redirecionamento das decisões. Assim, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, colacionamos Acórdão relatado pelo Ministro José Delgado (ROMS nº 11.183/PR, publicado no DJU em 04/09/2000), reconhecendo um direito “líquido e certo” à saúde e chancelando a decisão das Instâncias ordinárias que impuseram, via mandado de segurança, o fornecimento pelo poder público de medicamento para esclerose lateral amiotrófica. Da mesma forma, cumpre destacar a decisão emblemática do Supremo Tribunal Federal, relatada pelo Ministro Celso de Mello (Agravo Regimental no RE nº 271.286-8/RS, publicada no DJU em 24.11.2000), onde restou consignado – igualmente em hipótese que versava sobre o fornecimento de medicamentos pelo estado (no caso, para paciente portador com HIV) que a saúde é direito público subjetivo não podendo ser reduzida à “promessa constitucional inconsequente”. No âmbito da jurisprudência mais recente do STF, indispensável referir a decisão na STA 175/CE, julgada em março de 2010, Relator Min. Gilmar Ferreira Mendes.

e a diversidade de ações judiciais na área do direito à saúde e mesmo em termos do número de condenações impostas ao poder público, a assim chamada “judicialização da saúde” representa fenômeno em escala mundial, o que convém seja registrado, ainda que aqui não se possa adentrar o exame de outras experiências nessa seara.³²⁶

Não sendo o caso aqui de apresentar um inventário minucioso da jurisprudência do STF sobre o direito à saúde (e o sistema de saúde como um todo), aproveitamos, contudo, para referir, em caráter ilustrativo, mas representativo da orientação atualmente prevalente, o julgamento da STA 175, em março de 2010. Neste caso, embora não se tenha tratado de decisão final, já que proferido em sede de suspensão de tutela antecipada, confirmando decisão precária das instâncias ordinárias, foram revisitados, agregados e sistematizados importantes argumentos e critérios no que diz com a exigibilidade do direito à saúde como direito subjetivo. Em síntese, podem ser destacados os seguintes pontos:

a) O direito à saúde, na condição de direito subjetivo, assume uma dupla dimensão individual e coletiva (transindividual), cabível, portanto, sua tutela jurisdicional individual, inclusive mediante ação proposta pelo Ministério Público (cuidando-se de direito individual indisponível);

b) A responsabilidade do Estado é solidária, abrangendo todos os entes da Federação;

c) Embora em regra o objeto do direito à saúde deva ser estabelecido pelos órgãos politicamente legitimados (Legislativo e Executivo), no sentido de que aos cidadãos é assegurado um acesso igualitário e universal às prestações disponibilizadas pelo SUS, em caráter excepcional, notadamente quando em causa o direito à vida com dignidade, o Estado tem o dever de disponibilizar os bens e serviços correspondentes;

d) A desproporcional afetação do sistema de saúde e comprometimento da ordem pública (inclusive das diversas dimensões da reserva do possível) deve ser demonstrada pelo poder público;

e) Há que distinguir entre medicamento novo e experimental, no sentido de que novo é o medicamento já liberado para comercialização e devidamente testado no país de origem, ao passo que medicamentos experimentais são os que ainda se encontram em fase de testes (protocolos de pesquisa) e não liberados para venda. A partir de tal distinção, o STF entendeu que o medicamento novo, ainda que não tenha sido aprovado pela ANVISA ou inserido na lista pelas autoridades da área da saúde nacionais, poderá, em caráter excepcional (v. item “c”, supra), ser concedido mediante ação judicial, vedada, todavia, a imposição do fornecimento de medicamento experimental, até mesmo pelo fato de não haver certeza quanto a segurança para o próprio autor da demanda.

³²⁶ Para maior desenvolvimento, v. Alicia Ely Yamim e Siri Gloppen (Ed.), *Litigating Health Rights*. Can Courts bring more justice to health? Cambridge: Harvard University Press, 2010, contendo ensaios sobre a Argentina, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Índia e África do Sul. Especificamente sobre o caso do Brasil, v., dentre tantos, Antônio José Avellãs Nunes e Fernando Facury Scaff, *Os Tribunais e o Direito à Saúde*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011 (adotando postura mais restritiva) e o texto resultante da consolidação e avaliação dos dados obtidos em pesquisa realizada no âmbito de Edital lançado pelo Ministério da Justiça e Secretaria de Reforma do Judiciário, em parceria com o Observatório da Justiça Brasileira e o Centro de Estudos Sociais América Latina, coordenada por Ingo Wolfgang Sarlet e Carlos Alberto Molinaro (*Democracia-Separação de Poderes. Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde no Judiciário Brasileiro. Observatório do Direito à Saúde*, Belo Horizonte, 2011, 91p).

Os critérios referidos, consoante já sinalizado, não esgotam os referenciais que podem ser detectados na esfera das decisões judiciais no Brasil, além de não serem excludentes de outros parâmetros propostos na esfera doutrinária, para o que se mete às demais considerações sobre a eficácia dos direitos fundamentais na condição de direitos a prestações, sejam elas precedentes, sejam elas posteriores, quando se fará uma avaliação geral do tópico. Por outro lado, é no campo do direito à saúde, em função da natureza do próprio direito e de sua relevância para a vida e dignidade humana, mas especialmente em virtude do impacto das decisões sobre o sistema de políticas públicas e o orçamento público (sem prejuízo de outros aspectos de relevância social e de sua dupla dimensão objetiva e subjetiva, notadamente quanto aos efeitos jurídicos que dela decorrem).

Muito embora aqui não tenhamos a intenção de desenvolver o ponto, que foi objeto de estudos específicos,³²⁷ não há como deixar de incluir algumas referências ao direito à moradia, recentemente incorporado ao rol de direitos fundamentais sociais da nossa Constituição por meio de emenda constitucional.³²⁸ Desde logo convém destacar que a despeito de sua recente inserção no elenco do artigo 6º da nossa Constituição Fundamental, o direito à moradia (ou, pelo menos, a moradia como bem constitucionalmente reconhecido) não era estranho mesmo ao direito constitucional positivo pátrio, bastando aqui uma breve referência ao artigo 7º, inc. IV (que definiu o salário mínimo como aquele capaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, incluindo a moradia), entre outros dispositivos que poderiam ser citados.³²⁹ De qualquer modo, tendo em conta a circunstância de que a moradia (como, de resto, já anunciado pelo próprio Constituinte no dispositivo versando sobre o salário-mínimo) guarda conexão direta com as necessidades vitais da pessoa humana, e, por conseguinte, também com as condições materiais básicas para uma vida com dignidade, já se poderia, a exemplo do que fez o Conselho Constitucional da França,³³⁰ partir da premissa de que a nossa ordem constitucional vigente já consagrava um direito fundamental implícito à moradia. Por seu caráter existencial³³¹ e expressão do próprio direito à vida, o direito à moradia ocupa lugar similar ao direito à alimenta-

³²⁷ Cf. o nosso "O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia", in: J. A. L. Sampaio (Org.), *Crise e Desafios da Constituição*, p. 415-466, bem como, por último, o também nosso "A Eficácia e Efetividade do Direito à Moradia na sua Dimensão Negativa (Defensiva): Análise Crítica à Luz de Alguns Exemplos", in: C. P. Souza Neto; D. Sarmento (Coord.) *Direitos Sociais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 1019-1049.

³²⁸ Emenda Constitucional nº 26, de 14.02.2000.

³²⁹ Neste contexto, lembrem-se os artigos 24, inc. IX, 183 e 191, todos da Constituição de 1988.

³³⁰ Cf. decisão nº 94.359, de 19.01.1995, onde, todavia — em homenagem à precisão — não se encontra referência expressa e direta a um direito fundamental à moradia, mas sim, o reconhecimento de que a possibilidade de dispor de um alojamento decente constitui um objetivo de valor constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana, o que não desqualifica o exemplo, pelo menos no sentido de demonstrar as possibilidades criativas no âmbito do desenvolvimento jurisprudencial do direito constitucional.

³³¹ Cf., por todos, enfatizando o caráter existencial do direito à moradia, J. R. de L. Lopes, *Cidadania e Propriedade: Perspectiva Histórica do Direito à Moradia*. *Revista de Direito Alternativo*, p. 121 e ss., 1993; S. S. da Cunha, *Direito à Moradia*. *Revista de Informação Legislativa*, n. 127, p. 49 e ss., 1995; R. G. C. Viana, *O Direito à Moradia*. *Revista de Direito Privado*, p. 9 e ss., abr./jun. 2000, destaca a vinculação do direito à moradia com o direito à vida e uma existência digna. No âmbito da produção monográfica nacional mais recente, v. L. G. Nolasco, *Direito Fundamental à Moradia*, São Paulo: Editora Pillares, 2008, bem como E. A. Pagani, *O Direito de Propriedade e o Direito à Moradia*, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009, p. 93 e ss.

ção, e, portanto, integra aquilo que na esfera internacional tem sido designado de um direito a um adequado padrão de vida.³³²

No concernente ao seu conteúdo, impõe-se o registro de que o direito à moradia não se confunde com o direito de propriedade (e do direito à propriedade). Muito embora a evidência de que a propriedade também possa servir de moradia ao titular e que, para além disso, a moradia (na condição de manifestação da posse) acaba, por expressa previsão constitucional e em determinadas circunstâncias, assumindo a condição de pressuposto para a aquisição da propriedade (como ocorre no usucapão constitucional), atuando, ainda, como elemento indicativo do cumprimento da função social da propriedade e da posse,³³³ o direito à moradia, convém frisá-lo, é direito fundamental autônomo, a definição do conteúdo (objeto) do direito à moradia não pode, de modo especial por força de sua vinculação à dignidade da pessoa humana, prescindir de parâmetros qualitativos mínimos para uma vida saudável, de tal sorte que, a despeito da omissão do Constituinte quanto a este aspecto, não se poderá dispensar tanto uma concretização legislativa e jurisprudencial, quanto o recurso aos parâmetros já definidos no âmbito da proteção internacional dos direitos sociais, econômicos e culturais (para utilizar aqui a expressão corrente na doutrina e direito internacional positivo). Tais referenciais atuam pelo menos (o que, caso bem aproveitado, não é pouco) como elementos materiais que direcionam os órgãos estatais de cada País. Entre os critérios estabelecidos pela Comissão competente da ONU, destacam-se a segurança jurídica para a posse, a disponibilidade de uma infra-estrutura básica a garantir condições saudáveis de habitabilidade, o acesso a outros serviços sociais essenciais e o respeito à identidade e diversidade cultural da população.³³⁵

Ademais, também o direito à moradia reveste-se da complexidade peculiar dos direitos fundamentais, notadamente dos sociais, já que abrange um conjunto heterogêneo de posições jurídicas objetivas e subjetivas, assim como assume uma dupla feição defensiva e prestacional.³³⁶ Na sua condição como direito de defesa (negativo) a moradia encontra-se protegida contra a violação por parte do Estado e dos particulares, no sentido de um direito da pessoa a não ser privada de uma moradia digna,

³³² Cf., dentre tantos, M. Craven, *The international covenant on economic, social and cultural rights — a perspective on its development*, p. 330. Entre nós, destaca-se a contribuição de J. T. Alfonsín, *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*, especialmente p. 65 e ss., explorando a noção de necessidades básicas como fundamento dos direitos à moradia e à alimentação.

³³³ Sobre a posse e a moradia v., entre nós, a recente contribuição de M. A. A. Torres, *A Propriedade e a Posse. Um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, especialmente p. 394 e ss.

³³⁴ Sobre o ponto, v. o nosso, "O Direito Fundamental à Moradia, na Constituição: algumas anotações a respeito do seu contexto, conteúdo e possível eficácia", in: J. A. Sampaio (org.) *Crise e Desafios da Constituição*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 415 e ss.

³³⁵ Explorando as diversas dimensões do direito à moradia, notadamente na perspectiva do direito comparado e internacional, v. o estudo profundo de G. Pisarello, *Vivienda para todos: um derecho em (de)construcción*, 2003. Neste contexto, confira-se também o ensaio de S. Tedeschi, "El derecho a la vivienda a diez años de la reforma de la Constitución", in: I. W. Sarlet (org.), *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, vol. I, tomo II, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 209 e ss. (na perspectiva do direito argentino), assim como L. Gay "L'accès au logement en France et en Afrique du Sud: perspectives constitutionnelles et politiques comparées", in: J.-Y. Chérot e T. Rees, *Les droits sociaux fondamentaux à l'âge de la mondialisation*, Aix-En-Provence: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2005, p. 203 e ss.

³³⁶ Bem explorando esta perspectiva, v., também, o contributo de F. Pansieri, "Do Conteúdo e Fundamentalidade do Direito à Moradia", op. cit., p. 133 e ss., destacando a necessária dimensão organizatória e procedimental que se faz presente nos direitos sociais em geral e no direito à moradia em particular.

inclusive para efeitos de uma proibição de retrocesso, que será tratada no último segmento desta obra. Nesse contexto, destaca-se a legislação que proíbe a penhora do chamado bem de família, como tal considerado o imóvel que serve de moradia ao devedor e sua família (Lei nº 8.009/90, art. 3º), a respeito das quais existem inúmeras decisões judiciais, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, das quais boa parte favorável à proteção do direito à moradia,³³⁷ muito embora a evolução recente quanto a caso da penhora do imóvel do fiador. Nessa seara, apesar da tendência anterior, no sentido da inconstitucionalidade da previsão legal que permite a penhora do imóvel do fiador em contratos de locação, o Supremo Tribunal Federal, em decisão de fevereiro de 2006, reconheceu a compatibilidade da penhora com a salvaguarda do direito à moradia, afirmando a necessidade de assegurar-se o acesso à moradia por meio da oferta de imóveis para serem alugados, mesmo que se venha a penhorar o único imóvel do fiador, ainda mais quando este tenha dado livremente o bem em garantia.³³⁸

As críticas que se podem tecer à decisão foram em boa parte formuladas nos votos divergentes, onde se apontou para a violação da dignidade da pessoa humana e mesmo quebra de isonomia em relação à situação do devedor principal, ademais da problemática (por não demonstrada) utilização de critérios baseados em supostas evidências do mercado imobiliário.³³⁹ Por outro lado, não se cuidando em supostas acumulada e dada a relevância do impacto da expropriação do único imóvel para a vida do fiador ou devedor e de sua família, não se afastam desenvolvimentos que venham a temperar uma interpretação fechada e mitigar a orientação aparentemente consolidada no STF, ainda que em casos similares.³⁴⁰

Apesar de no caso da penhora do único imóvel do fiador o STF tenha admitido como legítima tal possibilidade (penhora), como um limite imposto em determinadas

³³⁷ Em caráter ilustrativo, v., no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, as decisões proferidas na AC nº 2001.01.00.026452-3/MA, Rel. Desembargador Federal Fagundes de Deus (DJ de 26-10-2006); e na AC nº 95.01.23028-7/BA, Rel. Juiz Leão Aparecido Alves (DJ de 23-01-2002). No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, v. a decisão exarada na AC nº 7000757571813, Relator Des. Roque Volkweiss (27.09.2006).

³³⁸ Trata-se da posição majoritária sustentada pelo Min. Cezar Peluso, que atuou como relator, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 407.688/SP, em 14.02.2006 (DJ de 06-10-2006). Cuida-se do *leading case* sobre a matéria, que, como já frisado, considera legítima a exceção legal permissiva da penhora do imóvel do fiador (Lei nº 8.009/90, art. 3º), voluntariamente dada em garantia, sob o argumento de que ao legislador é assegurada ampla liberdade no tocante à eleição do modo de efetivar o direito à moradia e que a falta de segurança dos contratos de locação, dada no tocante à eleição do modo de efetivar o direito à moradia e que a falta de segurança dos contratos de locação, acarretada pela impossibilidade da penhora, desestimula os investimentos na construção civil, reduzindo a oferta de imóveis e dificultando o acesso à moradia para grandes segmentos da população. Aplicando o precedente: AgR-AI nº 584.436/RJ (DJe n. 03-02-2009), AI-AgR nº 585.772/RJ (DJ 13-10-2006), RE-AgR nº 415.626 (DJ 29-09-2006), RE-AgR nº 464.586/SP (DJ 24-11-2006). Sobre o tema, v., no âmbito da produção monográfica, E. M. Barreiros Aina, *O Fiador e o Direito à Moradia*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

³³⁹ Em perspectiva crítica e para maior desenvolvimento, v., por todos, I. W. Sarlet, "Notas a respeito do direito fundamental à moradia na jurisprudência do STF", in: D. Sarmento e I. W. Sarlet, *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal. Balanço e Crítica*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 687-721. Simpatizando com a posição adotada pelo STF no tocante a constitucionalidade das exceções legais à proibição da penhora do imóvel residencial, adotada pelo STF no tocante a constitucionalidade das exceções legais à proibição da penhora do imóvel residencial, v. G. Binembojm e A. R. Cyrino, "O Direito à moradia e a penhorabilidade do bem único do fiador em contratos de locação. Limites à revisão judicial de diagnósticos e prognoses legislativos", in: C. P. de Souza Neto e D. Sarmento (Coords.), *Direitos Sociais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 997-1017.

³⁴⁰ V., por exemplo, o caso da AC nº 2.350/RS (DJe n. 85, de 08-05-2009), onde, em decisão monocrática, o Min. Carlos Ayres Brito deferiu liminar, atribuindo efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto em sede de embargos à execução, para afirmar a impenhorabilidade do imóvel dos recorrentes, dado em hipoteca como garantia pelo pagamento de débitos resultantes de negócios comerciais – hipótese que seria diversa, portanto, da jurisprudência firmada acerca da penhorabilidade do imóvel residencial do fiador, dado em garantia de contrato de locação residencial.

circunstâncias, também importa destacar que o STF reconheceu, na mesma decisão, não apenas o fato de o direito à moradia ser um direito fundamental, como a circunstância de que tal direito não se confunde com o direito de propriedade (o que, aliás, foi um dos argumentos justificadores da decisão), além de, neste ponto ainda de modo afinado com as recomendações dos organismos internacionais e a sua interpretação do conteúdo e alcance do direito à moradia, afirmar que existem diversas possibilidades legítimas na perspectiva constitucional de o Estado assegurar o acesso à moradia condigna.

Por sua vez, em termos de efetivação da dimensão prestacional do direito à moradia, é preciso relembrar que na condição de direito positivo, também o direito à moradia abrange prestações fáticas e normativas, que se traduzem em medidas de proteção e de caráter organizatório e procedimental. Um bom exemplo disso é o assim chamado "Estatuto da Cidade", que representou, apesar do lapso temporal bastante longo, uma resposta do legislador ao dever (prestação) de legislar nessa matéria, com fundamento na Constituição Federal.

Com a edição do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10-07-2001), cuja principal meta é dar efetividade às diretrizes constitucionais sobre política urbana, estando a contribuir para a difusão de um verdadeiro direito à cidade, foi dado um passo significativo para dar vida efetiva ao direito a uma moradia condigna no Brasil. Além de uma série de princípios, o Estatuto da Cidade é rico em instrumentos que objetivam a realização prática do direito à moradia, destacando-se os seguintes: (a) as operações urbanas consorciadas, em que poder público e os particulares atuam de forma conjunta, "com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e valorização ambiental"; (b) o Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV), cujo conteúdo mínimo é previsto pelo art. 37 da lei, tem por meta verificar os aspectos positivos e negativos do empreendimento ou atividade que se pretenda implementar sobre a qualidade de vida da população residente na área e nas proximidades, ficando à disposição para consulta de qualquer interessado junto ao órgão municipal competente; (c) a usucapião coletiva das áreas urbanas ocupadas por população de baixa renda e nas quais não seja possível a individualização dos terrenos, sendo declarada judicialmente e constituindo, a partir de então, condomínio indivisível, com estabelecimento da propriedade de uma fração para cada indivíduo.

Também guarda relação com uma dimensão positiva do direito à moradia, a previsão, já no plano constitucional, do usucapião especial urbano, onde o que está em causa, na sua essência, é um direito à obtenção do título de propriedade por parte do detentor da posse para fins de moradia, a teor do disposto no artigo 183 da CF, bem como nos termos da regulamentação infraconstitucional do instituto, especialmente pelo Lei nº 10.257/2001, arts. 4º, V, "j", e 9º a 14, bem como pelo Código Civil (Lei 11.406/2002), art. 1.240.³⁴¹ No que diz com a regulamentação do usucapião especial ou constitucional urbano, o usucapião especial rural, conforme se pode

³⁴¹ Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez".

apreender do seu art. 1.239.³⁴² Mais recentemente, também com forte expressão em termos de assegurar a moradia na perspectiva familiar, o Código Civil inovou por intermédio da Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011, ao assegurar, no seu art. 1.240-A, que “aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”. À vista do exposto, verifica-se que todo o elenco de usucapiões especiais tem por objetivo (pelo menos também) a proteção do direito à moradia.

Em que medida o direito à moradia se traduz em direito subjetivo à construção, pelo poder público, de uma moradia digna (ainda que não na condição de propriedade), ou, em caráter alternativo, em direito (exigível) de fornecimento de recursos para tanto ou para, por exemplo, obras que assegurem à moradia sua condição de habitabilidade, sem prejuízo de todo um leque de aspectos a serem exploradas na seara do direito à moradia na perspectiva de sua função de direito a prestações, é seguramente algo longe de estar bem sedimentado na doutrina³⁴³ e na jurisprudência.³⁴⁴ De qualquer modo, não é nossa intenção, dados os limites da abordagem, aprofundar tal tópico.

3.4.4.3.3. O direito social à educação. Também o direito fundamental social à educação obteve reconhecimento expresso no art. 6º de nossa Constituição,³⁴⁵ integrando, portanto, o catálogo dos direitos fundamentais e sujeito ao regime jurídico reforçado a estes atribuído pelo Constituinte (especialmente art. 5º, § 1º, e art. 60, § 4º, inc. IV). No título da ordem social, a educação foi objeto de regulamentação mais detalhada no capítulo III (arts. 205 até 214), razão pela qual também aqui se coloca a questão preliminar de quais os dispositivos que efetivamente podem ser considerados como fundamentais, à luz do disposto no art. 5º, § 2º, de nossa Carta. Ainda que este não seja o objetivo do nosso estudo, não há como deixar de considerar que a problemática da eficácia do direito social à educação depende, em muito, da circunstância

³⁴² Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”.

³⁴³ Sobre o tema, inclusive a respeito da perspectiva positiva ou prestacional do direito à moradia, v. G. Pisarelli, *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*. Barcelona: Icaria Editorial/Observatorio de Derechos Humanos (DESC), 2003. Na doutrina brasileira, admitindo a dimensão positiva do direito à moradia, v. J. A. da Silva, *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, especialmente p. 186 e 275.

³⁴⁴ No sentido de reconhecer o direito à locação social a ser prestado por ente estatal (Município), no âmbito da dimensão positiva do direito à moradia (moradia como direito a prestações) e admitindo a sua exigibilidade pela via judicial por integrar o conteúdo do mínimo existencial, v. decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo: TJSP – Al nº 0462165-72.2010.8.26.0000 – Câmara Especial – Comarca de Santos – Rel. Des. Luiz Antonio Ganzerla – DJ 25.04.2011.

³⁴⁵ Sobre o direito à educação na Constituição de 1988, v., entre outros, Marcos A. Maliska, *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001; Maria Cristina de Brito Lima, *A Educação como Direito Fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; Emerson Garcia, “O direito à educação e suas perspectivas de efetividade”, in: *A efetividade dos direitos sociais*, 2004, p. 149-198; Lauro Luiz Gomes Ribeiro, *Direito Educacional. Educação Básica e Federalismo*, São Paulo: Quartier Latin, 2009; Ana Paula de Barcellos, “O direito à educação e o STF”, in: Daniel Sarmento e Ingo Wolfgang Sarlet (Coords.), *Os Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 609-634; Denise Souza Costa, *Direito Fundamental à Educação, Democracia e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte: Fórum, 2011.

de se ter, ou não, certeza sobre a fundamentalidade dos diversos preceitos e, em consequência, do complexo de normas que constituem o núcleo essencial do direito à educação, aqui tido no seu sentido amplo. Por esta razão, partiremos da análise dos quatro primeiros dispositivos do Capítulo III da ordem social (arts. 205 a 208), já que entendemos que no mínimo quanto a estes se poderá considerá-los integrantes da essência do direito fundamental à educação, compartilhando, portanto, a sua fundamentalidade material e formal.

Quanto aos demais dispositivos, poder-se-á sustentar que constituem, em verdade, normas de cunho organizacional e procedimental, com *status* jurídico-positivo idêntico ao das demais normas constitucionais. Com efeito, constata-se que os arts. 209 a 211 estabelecem as condições, organização e estrutura das instituições públicas e privadas no âmbito do sistema nacional educacional, ao passo que no art. 212 se encontram regras sobre a participação dos diversos entes federativos no financiamento do sistema de ensino. O mesmo art. 212, assim como o art. 213, contém normas estabelecendo metas, prioridades e diretrizes para a aplicação e distribuição dos recursos públicos na esfera educacional, enquanto no art. 214 se encontram previstos a instituição do plano nacional de educação e seus objetivos. Não nos esqueçamos, neste particular, de que nem todas as normas integrantes do capítulo da ordem social, apenas pelo fato de guardarem relação direta com determinado direito fundamental social, passam a compartilhar a fundamentalidade formal e material deste.³⁴⁶

Enquanto no seu art. 6º a nossa Constituição apenas se limita a enunciar que a educação é um direito fundamental social e nada mais acrescenta que possa elucidar o conteúdo e alcance deste direito, nos arts. 205 a 208 de nossa Lei Fundamental, em se adotando o critério referido, encontram-se delineados os contornos essenciais deste direito fundamental à educação. Basta lançar um breve olhar sobre estes dispositivos para se perceberem as contundentes distinções no que concerne à sua técnica de positivação, à sua função como direitos fundamentais, bem como – por via de consequência – quanto à sua eficácia. Com efeito, o art. 205, ao dispor que “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade”, está, na verdade, revelando uma feição notadamente programática e impositiva, não possibilitando, *por si só*, o reconhecimento de um direito subjetivo,³⁴⁷ já que – norma de eficácia limitada – apenas estabelece fins genéricos a serem alcançados e diretrizes a serem respeitadas pelo Estado e pela comunidade na realização do direito à educação, quais sejam, “o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Em contrapartida, vislumbra-se que o art. 207 se caracteriza como típica garantia institu-

³⁴⁶ Por outro lado, já foram referidos exemplos de dispositivos integrantes do catálogo dos direitos fundamentais que assumem a feição (pela forma de sua positivação) de normas organizacionais, sem que se possa desconsiderar, por este motivo, sua condição de autênticos direitos fundamentais, em face de sua expressa previsão como tais pelo Constituinte.

³⁴⁷ Admitindo, ao que parece, um direito subjetivo genérico à educação, encontramos a recente manifestação de N. B. S. Ranieri, in: *CDCPP nº 6* (1994), p. 127 e ss. Importa aqui refutar a consideração crítica de M. M. Gouvêa, *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*, p. 78, obra que resultou da dissertação de Mestrado defendida com brilho pelo autor perante banca examinadora presidida pelo Prof. Dr. Ricardo Lobo Torres e da qual teve o privilégio de participar. Com efeito, o autor sugere que tenhamos recaído em contradição ao mencionar o caráter programático do art. 205 da CF e, logo a seguir, termos referido a existência de um direito subjetivo. Tal contradição inexistirá já que o que fizemos foi apenas apontar que o art. 205, pela sua formulação, apresenta feição programática e que com base apenas neste preceito parece difícil admitir um direito subjetivo. Sempre sustentamos, contudo, que existe um direito subjetivo (fundamental) ao ensino fundamental, com base em outro dispositivo da Constituição (art. 208).

§ 3º, incs. I e III, no âmbito do direito (fundamental) à proteção especial por parte da criança e do adolescente, bem como no art. 229 (dever dos pais de criarem e educarem os filhos menores), esta obrigação do Estado, da família (e dos pais) foi alvo de especial atenção pelo Constituinte pátrio. Assim, se atentarmos para a regra que estipula em 14 anos a idade mínima para admissão ao trabalho (ressalvada a hipótese do art. 7º, inc. XXXIII, da CF), além das normas infraconstitucionais (com destaque para o avançado Estatuto da Criança e do Adolescente), que preveem a possibilidade de responsabilização civil e penal (a das autoridades, como se viu, têm até mesmo base constitucional) dos pais e responsáveis que deixarem de zelar pelo acesso de seus filhos ao ensino fundamental, não resta a menor dúvida de que existe, sim, um direito fundamental originário (e subjetivo) à prestação estatal do ensino fundamental gratuito em estabelecimentos oficiais. Alegar-se, neste contexto, eventual indeterminação ou incompletude das normas constitucionais beira as raízes do absurdo.

Até mesmo a habitual ponderação relativa à ausência de recursos (limite fático da reserva do possível), assim como a ausência de competência dos tribunais para decidir sobre destinação de recursos públicos, parecem-nos inaplicáveis à hipótese (ensino público fundamental gratuito). Além de colocar – e não sem razão – os particulares diante de uma situação em que não lhes resta alternativa, importa reconhecer que o próprio Constituinte tratou de garantir a destinação de recursos para viabilizar a realização do dever do Estado com a educação, de modo especial com o ensino fundamental. Note-se que, de acordo com o art. 212 da Constituição, a União não poderá aplicar menos de 18%, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, menos de 25% da receita resultante dos impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino. O montante da verba orçamentária mínima (o legislador poderá estabelecer valores superiores), seguramente representando a maior fatia do orçamento público, demonstra a importância atribuída à educação. No § 3º do mesmo artigo, encontra-se, por sua vez, regra que prioriza a distribuição dos recursos para o ensino obrigatório (fundamental). Já considerada a alteração resultante da Emenda nº 14, de 12-09-96, o art. 212, § 5º, ressaltando igualmente a prioridade do ensino fundamental, prevê que este contará, como fonte adicional de financiamento, com os recursos decorrentes da contribuição social do salário-educação. Também merecem destaque outros dispositivos que ressaltam a especial relevância do ensino público fundamental. Assim, o art. 211, §§ 2º e 3º, prevê que os Municípios e Estados deverão ambos atuar prioritariamente no ensino fundamental (os Estados também no ensino médio). Tudo isso demonstra inequivocamente a impertinência, no que diz com um direito subjetivo ao ensino fundamental público gratuito, também dos argumentos relativos à reserva do possível e da incompetência dos tribunais para decidir sobre a matéria. As regras sobre as competências na esfera do ensino, a origem e destinação das verbas, bem como as prioridades e metas da política de ensino, já estão inequivocamente contidas na própria Constituição.

Com apoio na argumentação desenvolvida, parecem-nos viáveis, ao menos em princípio, as alternativas sugeridas por Luís R. Barroso, que, na hipótese de não ser possível o reconhecimento de um direito de acesso ao ensino fundamental público gratuito, no caso de inexistentes ou comprovadamente insuficientes os recursos materiais disponíveis (escolas, salas de aula, vagas, professores etc.), considera possível a condenação do poder público, numa demanda de natureza cominatória, a uma obrigação de fazer, por exemplo, a construção de uma escola, ou mesmo a matrícula

em escola particular às expensas do poder público, restando, ainda, a insatisfatória possibilidade de exigir-se do Estado o pagamento de uma indenização pela omissão, que, no entanto – como bem reconhece o autor – não tem o condão de substituir adequadamente a falta de estudo.³⁵²

Além dos argumentos já colacionados, verifica-se que um direito subjetivo (inclusive originário) a prestações em matéria educacional, especialmente no campo do ensino fundamental, situa-se na esfera da garantia do mínimo existencial, especialmente naquilo em que este, como já sinalado no capítulo próprio, abrange uma dimensão sociocultural e não se limita a um mínimo vital, fundamentação amplamente prestigiada na doutrina e jurisprudência, inclusive do STF, situações que abrangem o reconhecimento de um direito subjetivo de acesso à educação infantil em creches disponibilizadas pelo poder público para crianças de até cinco anos de idade.³⁵³

Ainda no contexto mais amplo de um direito à educação como direito a prestações, situa-se a problemática do acesso ao ensino médio e superior. Diversamente dos casos do ensino fundamental e do direito à educação infantil, a CF, no artigo 208, II, previu a garantia da “progressiva universalização do ensino médio gratuito”, além de assegurar o “acesso aos níveis mais elevados do ensino e da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um” (artigo 208, V). Assim, pelo menos não expressamente, a CF não consagra um direito subjetivo a uma vaga no ensino médio gratuito (em estabelecimento oficial de ensino), muito menos o direito a uma vaga em Instituição de Ensino Superior mantida pelo poder público.

O quanto os argumentos esgrimidos em favor de um direito subjetivo, inclusive originário, de acesso ao ensino infantil e fundamental podem ser transportados para a seara do ensino médio e superior, ainda mais considerando as peculiaridades do texto constitucional (artigo 208, II e V), se revela no mínimo digno de maior reflexão. O mesmo vale para a invocação, como fundamento de um direito subjetivo, do direito e garantia do mínimo existencial, já que por mais alargada que possa vir a ser sua compreensão, dificilmente compatível com a inclusão de um direito definitivo a uma vaga no ensino superior, pelo menos em se tomando como referencial os desenvolvimentos mais recentes em nível de direito comparado.

No caso do ensino médio, dada a sua relevância para o ingresso no mercado profissional e o próprio acesso aos níveis superiores, bem como considerando as crescentes demandas em termos de formação num mundo complexo e marcado pela

³⁵² Cf. L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 151.

³⁵³ Sobre o direito à educação na perspectiva da jurisprudência do STF, v., em especial, A. P. de Barcellos, “O Direito à Educação e o STF”, in: D. Sarmento e I. W. Sarlet (Coords.), *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Análise e crítica*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 609-635. Dentre os precedentes do STF que podem ser referenciados em caráter ilustrativo, destaca-se, pelo seu pioneirismo, o RE nº 436.996/SP (DJ 26-10-1995): reconhece a existência de um dever constitucional do poder público (notadamente do Município) em assegurar o atendimento gratuito de crianças até seis anos de idade em nível de pré-escola, a partir de uma compreensão ampla do direito à educação. Em sentido idêntico, v. o RE nº 472.707/SP, DJ 04-04-2006; RE nº 467.255/SP, DJ 14-03-2006; e RE nº 410.715/SP, DJ 08-11-2005. No que diz com o vínculo entre o direito à educação infantil e o mínimo existencial, v. em especial o AI nº 564.035/SP (DJ 15-05-2007), que assegura o direito da criança em obter vaga em creche municipal, acentuando que “a educação compõe o mínimo existencial, de atendimento estritamente obrigatório pelo Poder Público, dele não podendo se eximir qualquer das entidades que exercem as funções estatais. O mínimo existencial afirma o conjunto de direitos fundamentais sem os quais a dignidade da pessoa humana é confiscada. E não se há de admitir ser esse princípio mero jurídico ou itusão da civilização, mas dado constitucional de cumprimento obrigatório, que encarece o valor de humanidade que todo ser humano ostenta desde o nascimento e que se impõe ao respeito de todos” (Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha, Relatora). No mesmo sentido, v. ainda, o Agr-RE nº 592.937/SC (DJe n. 12-05-2009) e o RE nº 600.419 (DJe n. 182, de 03-09-2009).

utilização da tecnologia, a sua relevância para o exercício efetivo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e garantia de níveis de autonomia significativos para o indivíduo, não pode ser desconsiderada. De outra parte, o dever de progresso não poderá ser estendido *ad infinitum*, de tal sorte que ante um descumprimento injustificado da meta da progressiva universalização do ensino médio gratuito, o reconhecimento de um direito subjetivo a uma vaga na rede pública ou de cursar o ensino médio em entidade de ensino privada mediante custeio pelo poder público, tal como no caso do ensino fundamental, há de ser saudado pelo menos como alternativa a ser levada a sério.

Também no que tange ao direito à educação é de lançar-se breve olhar sobre o direito comparado. Assim, constata-se que no direito constitucional espanhol, que expressamente consagra o direito de todos à educação (art. 27.1), foi reconhecida a dupla dimensão deste direito fundamental na condição de direito de defesa (liberdade) e direito a prestações, salientando-se, além disso, a natureza jurídica distinta dos diversos preceitos que compõem este direito, incluindo mesmo uma feição impositiva de deveres estatais, e até institucional.³⁵⁴ Isso demonstra que o modelo hispânico se aproxima do adotado pelo nosso Constituinte, na linha de que o direito à educação se sentiu amplo é constituído de um complexo diverso de normas quanto à sua função e eficácia, o que também se verifica no direito lusitano.³⁵⁵ Ainda no que diz com o paradigma espanhol, cumpre referir especificamente a previsão de um direito a prestações no n.º 9 do referido art. 27 da Constituição espanhola, de acordo com o qual “los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca”. Tal preceito, contudo, de acordo com o Tribunal Constitucional, não encerra um direito subjetivo a prestações materiais estatais, que existirá apenas na medida de sua previsão legal, reconhecendo-se, de outra parte, o conteúdo impositivo do preceito no sentido de vincular o legislador aos fins e diretrizes estabelecidos na norma, limitando sua liberdade de conformação.³⁵⁶ Atente-se a que esta orientação

³⁵⁴ Neste sentido, julgamos oportuna a transcrição do seguinte trecho extraído de decisão proferida pelo Tribunal Constitucional da Espanha (STC 86/1985), garimpada na coletânea organizada por F. R. Llorente (Org), *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*, p. 432: “[...] Mientras algunos de [los preceptos del artículo 27] consagran derechos de libertad (así, por ejemplo, apartados 1, 3 y 6), otros imponen deberes (así, por ejemplo, obligatoriedad de la enseñanza básica, apartado 4), garantizan instituciones (apartado 10), o derechos de prestación (así, por ejemplo, la gratuidad de la enseñanza básica, apartado 3) o atribuyen, en relación con ello, competencias a los poderes públicos (así, por ejemplo, apartado 8), o imponen mandatos al legislador. La estrecha conexión de todos estos preceptos, derivada de la unidad de su objeto, autoriza a hablar, sin duda, en términos genéricos, como denotación conjunta de todos ellos, del derecho a la educación, o incluso del derecho de todos a la educación, utilizando como expresión omnicomprensiva la que el mencionado artículo emplea como fórmula liminar. Este modo de hablar no permite olvidar, sin embargo, la distinta naturaleza jurídica de los preceptos indicados. El derecho de todos a la educación [...] incorpora así, sin duda, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado 4º de este artículo 27 de la norma fundamental.”

³⁵⁵ Com efeito, nos arts. 73 a 77, a Constituição portuguesa, prevendo a distinção entre os direitos à educação e ao ensino, contém dispositivos da mais variada natureza, incluindo posições prestacionais, fins e tarefas impostas aos poderes públicos, princípios gerais, normas de competência e a garantia institucional da autonomia universitária.

³⁵⁶ De acordo com a expressa formulação do Tribunal Constitucional (STC 86/1985), “el citado artículo 27.9, en su condición de mandato al legislador, no encierra, sin embargo, un derecho subjetivo a la prestación pública. Esta, materializada en la técnica subvencional o, de otro modo, habrá de ser dispuesta por la ley [...] de la que nacerá, con los requisitos y condiciones que en la misma se establezcan, la posibilidad de instar dichas ayudas y el correlativo deber de las administraciones públicas de dispensarlas, según la previsión normativa. El que en el artículo 27.9 no se enuncie como tal un derecho fundamental a la prestación pública y el que, consiguientemente, haya de ser sólo en la ley en donde se articulen sus condiciones y límites, no significa, obviamente, que el legislador sea enteramente libre

prevaleceu apesar da expressa vinculação dos poderes públicos às normas definidoras de direitos fundamentais (art. 53.1 da CE), podendo aplicar-se também ao direito à educação, já que constante do capítulo dos “derechos y libertades”, e não no dos “principios rectores de la política social y económica”, demonstrando que, também no direito espanhol, o princípio da aplicabilidade direta não tem o condão de – automaticamente e em qualquer hipótese – gerar direitos subjetivos para os particulares.

Da experiência constitucional alemã, por sua vez, podem extrair-se dois exemplos interessantes, ao menos no que concerne à fundamentação utilizada pela doutrina e pela jurisprudência constitucional. Cuida-se, por um lado, da problemática dos subsídios públicos para o financiamento de escolas privadas e, por outro, de um direito ao ensino. Ambos constituíram, juntamente com o direito às condições mínimas existenciais, os exemplos que centralizaram a discussão em torno do reconhecimento de direitos fundamentais sociais originários a prestações com base numa exegese criativa calçada nas demais normas de direitos fundamentais e no princípio do Estado social de Direito.

No que diz com eventual direito das escolas privadas a subsídios governamentais, tratou-se de um caso típico da mutação de um direito de liberdade em direito social prestacional, já que inexistente um direito prestacional expresso, ao contrário do que se verifica, por exemplo, no direito espanhol (art. 27.9 da CE). Assim como no direito à garantia das condições existenciais mínimas, no qual estavam em jogo o direito à vida, a dignidade da pessoa humana e, portanto, o pleno exercício das liberdades fundamentais em geral, na hipótese ora em exame a questão gira em torno das ameaças a direitos fundamentais específicos.³⁵⁷ Ponto de partida constitui o art. 7º, IV, da Lei Fundamental da Alemanha, que simultaneamente, de acordo com a doutrina majoritária, contém um típico direito de liberdade, no caso, a de criação e manutenção de escolas privadas, assumindo, ainda, a função de garantia institucional, estabelecendo-se também a distinção entre escolas privadas substitutivas (*Ersatzschulen*), que se destinam à substituição das escolas públicas, assim como as escolas privadas complementares (*Ergänzungsschulen*), que não apresentam esta característica.³⁵⁸ Para além desta dimensão defensiva, doutrina e jurisprudência acabaram reconhecendo que o direito fundamental em exame exerce também uma função prestacional, no sentido de gerar um direito das escolas privadas a subsídios públicos para sua manutenção.

Inicialmente, apenas o Tribunal Federal Administrativo alemão (*Bundesverwaltungsgericht*) reconheceu este direito fundamental a subsídios governamentais, argumentando que sem este auxílio a própria sobrevivência das escolas privadas estaria gravemente ameaçada, o que resultaria num esvaziamento da garantia constitucional (e fundamental) de sua existência, assim como do direito fundamental de sua criação. Trata-se, contudo, de uma prestação com finalidade meramente compensatória,

para habilitar de qualquer modo este necesario marco normativo. La ley que reclama el artículo 27.9 no podrá, en particular, contrariar los derechos y libertades educativas presentes en el mismo artículo y deberá, asimismo, configurar el régimen de ayudas en el respeto al principio de igualdad. Como vinculación positiva, también el legislador habrá de atender en este punto a las pautas constitucionales orientadoras del gasto público, porque la acción prestacional de los poderes públicos ha de encaminarse a la procuración de los objetivos de igualdad y efectividad en el disfrute de los derechos que ha consagrado nuestra Constitución.” (in: F. R. Llorente (Org), *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*, p. 460).

³⁵⁷ Cf. R. Breuer, in: *FS für das BVerwG*, p. 98.

³⁵⁸ Cf., dentre tantos, Pjeroth/Schlink, *Grundrechte*, p. 189.

para preservar o equilíbrio entre as escolas privadas e públicas, já que estas, em razão de terem assegurado o seu financiamento pelo Estado, acabariam prejudicando e até mesmo aniquilando a capacidade de concorrência das escolas privadas.³⁵⁹ Já o Tribunal Federal Constitucional, após uma postura inicial bastante tímida relativamente ao problema,³⁶⁰ acabou por chancelar solução similar, entendendo que o art. 7º, inc. IV, da Lei Fundamental, também enuncia uma obrigação dirigida ao poder público, de modo especial ao legislador, no sentido de proteger e promover as escolas privadas, não podendo limitar-se à mera autorização de seu funcionamento.³⁶¹

Destaque-se, neste contexto, o argumento de que, em virtude do alto custo do ensino, as escolas privadas não teriam condições de, por si só, atender a todas as exigências estabelecidas pela Lei Fundamental (art. 7º, inc. IV) ao seu funcionamento, não se podendo, por outro lado, exigir que captem os recursos por meio do aumento das taxas escolares, pois tal medida acabaria fomentando uma discriminação dos alunos no que diz com suas possibilidades financeiras, de tal sorte que, para evitar o esvaziamento do direito fundamental (liberdade de criação e garantia da existência), o poder público tem o dever de proteger e fomentar as escolas privadas.³⁶² Em decisão recente, o Tribunal veio a confirmar este entendimento, ressaltando também que o Estado deve às escolas privadas uma compensação para os obstáculos e exigências criados pela Lei Fundamental, que, ao mesmo tempo em que garante a criação das escolas, acaba condicionando seu reconhecimento e funcionamento ao preenchimento de determinados pressupostos, que dificilmente podem ser atendidos e mantidos sem auxílio por tanto.³⁶³

De modo geral, podem detectar-se os seguintes requisitos e diretrizes estabelecidos pelos Tribunais Federais (Administrativo e Constitucional) no âmbito do reconhecimento de um direito a prestações (proteção e fomento das escolas privadas): a) apenas as escolas privadas de caráter substitutivo fazem jus a estas prestações, pela sua vinculação e dependência em relação ao sistema público de ensino; b) um direito subjetivo a subsídios financeiros é admissível apenas em casos extremos; c) a proteção e o fomento por parte do Estado assumem caráter meramente compensatório e têm por objetivo evitar o esvaziamento do direito fundamental, assegurando as condições mínimas indispensáveis à sobrevivência e manutenção das escolas privadas; d) a pretensão relativa aos subsídios alcança tão somente os custos de manutenção, e não a cobertura de eventuais prejuízos resultantes de má administração, ou mesmo para assegurar uma equiparação às escolas públicas.³⁶⁴

De acordo com o Tribunal Federal Constitucional, também o financiamento das escolas particulares se encontra sujeito ao limite da reserva do possível, isto é,

³⁵⁹ Cf. BVerwG 23, 374 e ss., e 27, 360 e ss. A respeito da argumentação utilizada pelo Tribunal, v. a posição crítica de H. Sandler, in: DÖV 1978, p. 582-3, ressaltando que, ao referir também o significado social das escolas privadas para todo o sistema de ensino, o Tribunal Administrativo acabou lançando mão de um argumento de natureza predominantemente política.

³⁶⁰ Cf. BVerfGE 37, 320 e ss., no sentido de considerar viável a transferência das escolas privadas para o setor público.

³⁶¹ Cf. BVerfGE 75, 40 (61 e ss.).

³⁶² Cf. BVerfGE 75, 40 (62-3).

³⁶³ Cf. BVerfGE 90, 107 (115-6).

³⁶⁴ Cf. R. Breuer, in: FS für das BVerwG, p. 98-9, ressaltando-se que o Tribunal Federal Constitucional (BVerfGE 75, 40 [68]) considerou indispensável uma contraprestação adequada por parte das escolas privadas, incluindo os investimentos iniciais para sua criação.

condicionado pela disponibilidade de recursos públicos, incumbindo ao legislador, de modo especial mediante ponderação de outros bens comunitários e das exigências resultantes da conjuntura econômica global, decidir onde e como aplicar os recursos, encontrando-se, contudo, sujeito ao princípio da igualdade, no sentido de que, no caso de contemplar determinada escola com subsídios públicos, estará obrigado a prever igual benefício para as demais escolas privadas.³⁶⁵ Tal ressalva, contudo, esbarrou em críticas por parte da doutrina, havendo quem sustentasse que no caso do financiamento das escolas privadas não se justifica o argumento da reserva do possível, uma vez que no caso de inexistência destas o Estado forçosamente se veria compelido a assumir todos os custos.³⁶⁶

Se, contudo, o art. 7º, inc. IV, da Lei Fundamental da Alemanha efetivamente assegura um direito fundamental subjetivo ao financiamento estatal das escolas privadas, isso permanece controverso. Certo é que a existência de um dever jurídico-subjetivo do Estado de proteger e fomentar as escolas privadas pode ser tido como *communis opinio*. No entanto, em que pesem os argumentos referidos e a posição doutrinária tendencialmente favorável, o Tribunal Federal Constitucional acabou por relativizar significativamente o alcance do dever de proteção e fomento do Estado relativamente às escolas privadas. Assim, salientando o caráter excepcionalíssimo deste dever de subsidiar do Estado, justificado apenas quando colocado em risco o sistema privado de ensino como instituição, o Tribunal entendeu que um direito subjetivo das escolas individualmente consideradas pode ter como objeto tão somente a vinculação do legislador aos limites que lhe impõe o dever jurídico objetivo de proteção e apoio, limitando-se a proteção judicial a fiscalizar uma atuação manifestamente insuficiente e negligente do Estado ou mesmo a abolição, sem qualquer compensação, de medidas já tomadas, de tal sorte que uma prestação material concreta depende de previsão legal.³⁶⁷ De qualquer modo, constata-se que o Tribunal Federal Constitucional alemão acabou, no mínimo, além de reconhecer expressamente a dimensão prestacional da liberdade fundamental de criação e manutenção de escolas privadas, assegurando-lhe uma proteção reforçada, tanto no que tange ao dever de proteção e fomento por parte do Estado (abrindo a possibilidade de um controle jurisdicional relativamente amplo), quanto no sentido de admitir pelo menos um direito mediato a subsídios, nos termos de um direito fundamental derivado a prestações.

Ainda no contexto mais amplo de um direito à educação, situa-se a problemática do acesso ao ensino superior, objeto de ampla discussão na Alemanha já no início dos anos setenta, debate que, aliás, forneceu importantes e interessantes subsídios para a controvérsia em torno dos direitos sociais prestacionais. Na sua afamada e multicitada decisão *numerus clausus*, o Tribunal Federal Constitucional, com base na constatação de que a liberdade fundamental de escolha da profissão não teria valor algum caso não existissem as condições fáticas para a sua fruição, entendeu que este direito fundamental objetiva também o livre acesso às instituições de ensino.³⁶⁸

³⁶⁵ Cf. BVerfGE 75, 40 (66-9) e 90, 107 (116-7).

³⁶⁶ Esta a posição de C. Starck, in: BVerfG und GG II, p. 525, que, aliás, é conhecido por ser, em princípio, contrário ao reconhecimento de direitos sociais prestacionais. No mesmo sentido também R. Breuer, in: FS für das BVerwG, p. 99, ressaltando o apoio fornecido ao poder público pelas escolas privadas.

³⁶⁷ Cf. BVerfGE 90, 107 (117).

³⁶⁸ Cf. BVerfGE 33, 303 (330 e ss), posteriormente confirmada em BVerfGE 39, 258 e 39, 276, assim como em BVerfGE 43, 29, e 59, 1.

De fato, acabou a o Tribunal da Alemanha reconhecendo que, a partir da criação de instituições de ensino pelo Estado, de modo especial em setores onde o poder público exerce um monopólio e onde a participação em prestações estatais constitui pressuposto para a efetiva fruição de direitos fundamentais, a garantia da liberdade de escolha de profissão (art. 12, inc. I, da LF), combinada com o princípio geral da liberdade (art. 3º, inc. I) e com o postulado do Estado Social (art. 20), garante um direito de acesso ao ensino superior de sua escolha a todos os que preencherem os requisitos subjetivos para tanto.³⁶⁹ Remanesceu em aberto, contudo, eventual possibilidade de se admitir um direito fundamental originário a prestações, isto é, não apenas o tratamento igualitário no que tange ao acesso, mas também o direito a uma vaga no âmbito do ensino superior. Tal hipótese foi aventada pelo Tribunal Federal Constitucional, que, mesmo sem posicionar-se de forma conclusiva a respeito da matéria, admitiu que os direitos a prestações não se restringem ao existente, condicionou, contudo, este direito de acesso ao limite da reserva do possível.³⁷⁰

A doutrina majoritária, em que pese a argumentação referida, optou por posicionar-se contrariamente a um direito originário a prestações, limitando-se a acolher um direito fundamental derivado (e, portanto, relativo), consistente na garantia de igual acesso ao ensino superior, na medida das instituições e vagas existentes.³⁷¹ De qualquer modo, para além do reconhecimento de um direito derivado a prestações, houve quem atribuisse manifesto efeito didático à decisão do Tribunal Federal Constitucional nesta seara, uma vez que resultou em medidas concretas objetivando a ampliação das capacidades existentes na esfera do ensino superior,³⁷² além de atuar – numa dimensão jurídico-objetiva – como apelo às instâncias políticas para atuarem concretamente na realização do direito ao ensino superior.³⁷³

Calçada em linha semelhante de argumentação, situa-se a solução proposta na doutrina lusitana por Gomes Canotilho, que, referindo-se às Constituições portuguesa (art. 74) e espanhola (art. 27), desenvolveu a concepção de um direito social (prestacional) ao ensino, na sua dimensão específica de um direito de acesso ao ensino universitário, com base na noção, oriunda da doutrina alemã, de que determinada posição jurídica prestacional pode estar abrangida pelo âmbito normativo de um direito, liberdade e garantia, já que um direito a prestações na esfera da educação e do ensino se destina a assegurar o pleno exercício, por exemplo, da liberdade de escolha de profissão e da liberdade de aprender.³⁷⁴ Argumenta o mestre de Coimbra que tanto a Constituição portuguesa, quanto a espanhola, ao estabelecerem que ao poder públi-

³⁶⁹ Cf. BVerfGE 33, 303 (331-2).

³⁷⁰ Cf. BVerfGE 33, 303 (333).

³⁷¹ Esta a lição de R. Scholz, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, art. 12, I, p. 58 e ss., ressaltando que, apesar do monopólio estatal na esfera do ensino superior, este não integra o âmbito do ensino estatal obrigatório.

³⁷² Cf. P. Häberle, in: *DÖV 1972*, p. 732, e H. Sendlir, in: *DÖV 1978*, p. 585.

³⁷³ Neste sentido, a oportuna referência de P. Häberle, in: *VVDStRL n° 30 (1972)*, p. 114.

³⁷⁴ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, p. 37 e ss. Ressalte-se que a Constituição Portuguesa, além de efetuar a distinção entre um direito à educação (art. 73) e um direito ao ensino (art. 74), trata destes direitos fundamentais em diversos dispositivos no âmbito dos direitos económicos, sociais e culturais, que não gozam do mesmo regime jurídico dos direitos, liberdades e garantias do Título II. Aliás, tendo em vista esta distinção quanto ao regime jurídico, o Constituinte lusitano optou por incluir as liberdades de ensinar e aprender (art. 43/1 e 3), assim como o direito de criação de escolas particulares (art. 43/4), no Título II, assegurando-lhes, portanto, o regime pleno da fundamentalidade material e formal reforçada. Esta distinção, entre direito à educação e direito ao ensino, por sua vez, não foi adotada na Constituição Espanhola, que cuida apenas do primeiro, outorgando-lhe, contudo, uma dimensão ampla.

co incumbe garantir o acesso ao ensino ou o direito à educação, estão conferindo ao Estado uma competência (poder de atuar no campo do acesso ao ensino superior, no caso) à qual corresponde um dever não relacional do Estado (de criar condições de acesso ao ensino superior). Para os particulares emerge, por sua vez, não um direito subjetivo definitivo (como no caso das condições mínimas existenciais), mas, sim, um direito subjetivo *prima facie* (a norma justifica um direito a prestações, mas não tem por resultado obrigatório uma decisão individual), já que – em virtude do limite da reserva do possível e da necessária ponderação por parte dos poderes públicos quanto ao modo de realizar o direito – o problema do acesso à universidade não pode, ainda consoante Canotilho, resolver-se em termos de “tudo ou nada”.³⁷⁵

Em que pese a pertinência da alternativa referida, entendemos, contudo, que a solução preconizada à luz do direito constitucional positivo pátrio, antes exposta, oferece uma base e parâmetros bem mais sólidos, ao menos no que concerne a um direito fundamental originário ao ensino fundamental obrigatório público e gratuito,³⁷⁶ além da possibilidade de avançar no plano de um direito de acesso ao ensino médio e superior, o que, contudo, não será aqui mais desenvolvido.

3.4.4.3.4. *Análise crítica dos argumentos e exemplos, à luz de algumas concepções doutrinárias, e tomada de posição pessoal sobre o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações sociais.* Antes de adentrarmos a ponderação dos argumentos favoráveis e contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo a prestações, lançando nossa posição a respeito desta problemática, convém – inclusive a título de referencial argumentativo – colacionar algumas concepções desenvolvidas na doutrina nesta seara, salientando-se, desde já, que renunciamos a qualquer pretensão de completude, por inviável em face dos limites do estudo. A seleção dos autores tomou por referência a natureza dos exemplos citados, todos – como é possível perceber – vinculados, em maior ou menor escala, ao problema da proteção de um padrão mínimo em segurança e benefícios sociais, ou relacionados com as condições materiais de efetivação dos direitos fundamentais, o que transpareceu principalmente no que diz com as considerações extraídas dos direitos lusitano e alemão relativamente ao direito à educação (ensino).

De acordo com Christian Starck, internacionalmente conhecido e reconhecido catedrático e publicista alemão, autor de contribuições traduzidas para o francês, o inglês, o espanhol e o alemão, o desenvolvimento direto, pela via interpretativa, de direitos originários a prestações das normas de direitos fundamentais não é, de regra,

³⁷⁵ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, p. 39-42, que buscou inspiração principalmente na doutrina alemã, destacando-se as obras de F. Müller, B. Pleroth e L. Fohmann sobre os direitos a prestações no âmbito de uma garantia de liberdade (*Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie*) e de R. Alexy, além de marcada influência inglesa, ressaltando-se, particularmente, a obra de R. Dworkin (*Los Derechos en Serio*).

³⁷⁶ Convém observar-se, neste contexto, que também na Constituição Espanhola o ensino básico é obrigatório e gratuito (art. 27/4), assim como a Constituição Portuguesa (art. 74/3a) dispõe que ao Estado compete assegurar o ensino básico universal, obrigatório e gratuito, razão pela qual se poderia desenvolver, relativamente a estas ordens constitucionais, raciocínio similar ao propugnado para o direito pátrio. A título ilustrativo, refiram-se, ainda, os exemplos extraídos das Constituições dos países integrantes do Mercosul. Assim, verifica-se que a Constituição do Uruguai, em seu artigo 70, dispõe sobre a obrigatoriedade do ensino primário e médio. Já a Constituição do Paraguai, em seu art. 76, dispõe ser gratuita e obrigatória a educação fundamental.

possível e foi objeto de enfática crítica.³⁷⁷ Todavia, em que pese sua posição tendencialmente contrária, o renomado autor considera admissíveis algumas exceções, desde que atendidos os seguintes pressupostos: a) a premente e compulsória necessidade de assegurar materialmente um direito de liberdade; b) determinabilidade do conteúdo da prestação; c) garantia dos recursos necessários sem invasão da esfera de competência do legislador em matéria orçamentária; d) sujeição do direito social prestacional à cláusula vinculatoria do art. 1º, inc. III, da Lei Fundamental (princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais). Os três primeiros requisitos possuem caráter cumulativo, ao passo que o último consituiu decorrência deles.³⁷⁸

Tomando-se o modelo sumariamente exposto, constata-se que o autor, mediante os critérios referidos, objetivou uma relativização de sua própria concepção refratária aos direitos a prestações. De acordo com seu ponto de vista, o conteúdo do objeto da pretensão, isto é, da prestação, deve ser suficientemente determinado ou determinável, contornando a necessidade de uma concretização legislativa. A garantia dos recursos necessários sem uma intervenção na esfera orçamentária teria simultaneamente a função de evitar a incidência da limitação fática representada pela reserva do possível, assim como a de preservar a competência do legislador nesta seara, o que, segundo – em outra ocasião – reconhece o próprio autor, pode ser constatado no caso da garantia das condições existenciais mínimas, que não gera excessiva carga para o orçamento público.³⁷⁹ Para além disso, verifica-se que o modelo de Starck adere à concepção de que ao Estado incumbe assegurar as condições materiais para a efetiva fruição dos direitos fundamentais, evitando, de tal sorte, o seu esvaziamento. Saliente-se, neste sentido, que esta circunstância nada tem a ver com a objeção, formulada pelo próprio autor, no sentido de que o reconhecimento de direitos sociais, com base numa transmutação interpretativa dos direitos fundamentais extrapola os limites da hermenêutica, ainda que se reconheça que a presença dos critérios referidos também deve ser aferida por meio da interpretação, além de corresponder à premissa metodológica de que os direitos de liberdade, para além de sua função defensiva, também asseguram os pressupostos materiais do exercício da liberdade.

A tentativa envidada por Rüdiger Breuer – outro autor que se destaca no contexto da temática em exame –, no sentido de fundamentar o reconhecimento de direitos fundamentais originários a prestações no âmbito de uma solução de cunho minimalista, é tida como uma das mais importantes nesta seara e não pode ser desconsiderada.³⁸⁰ Partindo da constatação de que no Estado prestacional moderno o indivíduo se encontra numa dependência existencial da atuação dos poderes públicos, Breuer sustenta que a plena realização da justiça social na condição de tarefa acometida ao Estado apenas pode ser aferida com base no parâmetro do grau de garantia das liberdades fundamentais, razão pela qual direitos subjetivos a prestações apenas podem ser reconhecidos à medida que indispensáveis à manutenção das liberdades fundamentais, pressupondo que o indivíduo não se encontra mais em condições de – sem o auxílio do Estado – exercer autonomamente sua liberdade.³⁸¹

³⁷⁷ Cf. C. Starck, in: *Vierzig Jahre Grundrechte in ihrer Verwirklichung durch die Gerichte*, p. 21 e ss.

³⁷⁸ Cf. C. Starck, in: *BVerfG und GG II*, p. 526.

³⁷⁹ Cf. C. Starck, in: *JuS 1981*, p. 242.

³⁸⁰ Neste sentido, as referências de F. Müller/B. Pieroth/L. Fohmann, *Leistungsrecht im Normbereich einer Freiheitsgarantie*, p. 68. Mais recentemente, D. Murswiek, in: *HBSrV*, p. 284-5.

³⁸¹ Cf. R. Breuer, in: *FS für das BVerfG*, p. 91 e ss.

Sem adentrarmos aqui o exame dos diversos exemplos referidos por Breuer (dentre os quais destacamos o direito às condições existenciais mínimas, o financiamento das escolas particulares e o acesso a instituições públicas), constata-se que em todos os casos a liberdade fundamental dos particulares se encontra gravemente ameaçada. O próprio Breuer ressalta, contudo, que a garantia de um *standard* mínimo, bem como a busca de um padrão ótimo em termos de justiça distributiva, constituem, em princípio, tarefa cometida ao legislador, de tal sorte que direitos subjetivos a prestações apenas serão admissíveis quando o órgão legislativo descumprir de tal maneira sua função, a ponto de colocar seriamente em risco as liberdades fundamentais.³⁸² No tocante a este aspecto, apontou-se para a pertinência da saída oferecida pela concepção de Breuer, porquanto que no âmbito de um padrão minimalista, a objeção habitual de uma invasão da competência do legislador não teria aplicação.³⁸³ Por outro lado, posicionando-se de forma crítica, houve quem referisse as dificuldades de se determinar qual o conteúdo deste *standard* mínimo em proteção a ser assegurada mediante prestações materiais, ressaltando-se a inviabilidade de formular-se um padrão genérico nesta seara, fazendo-se indispensável uma análise casuística, à luz das circunstâncias do caso concreto, de tal sorte que o modelo de Breuer não poderia assumir a feição de uma teoria geral dotada da necessária funcionalidade.³⁸⁴

O terceiro modelo a ser sumariamente apresentado é o do conhecido jusfilósofo germânico Robert Alexy, que, em virtude de sua pertinência e por sua originalidade, merece ser destacado. Alexy empreendeu a tentativa de harmonizar os argumentos favoráveis e contrários a direitos subjetivos a prestações sociais numa concepção calcada na ideia da ponderação entre princípios. Assim, se de um lado temos o princípio da liberdade fática (ou liberdade real), do outro encontram-se os princípios da competência decisória do Legislativo, o princípio da separação dos Poderes e princípios materiais relativos à liberdade jurídica de terceiros, outros direitos sociais ou mesmo bens coletivos.³⁸⁵ Muito embora o próprio Alexy reconheça que seu modelo não define quais direitos sociais o indivíduo efetivamente possui, demonstrando apenas que pode tê-los, sua concepção estabelece alguns parâmetros genéricos, que permitem o reconhecimento de direitos originários a prestações nas seguintes circunstâncias: a) quando imprescindíveis ao princípio da liberdade fática; b) quando o princípio da separação dos poderes (incluindo a competência orçamentária do legislador), bem como outros princípios materiais (especialmente concernentes a direitos fundamentais de terceiros) forem atingidos de forma relativamente diminuta. Para Alexy, tais condições se encontram satisfeitas sobretudo na esfera dos direitos sociais que correspondem a um padrão mínimo, como é o caso do direito às condições existenciais mínimas, direito à formação escolar e profissional, uma moradia simples e um padrão mínimo de atendimento na área da saúde.³⁸⁶

Ainda que se queira denominar o modelo de Alexy como sendo uma concepção minimalista genérica,³⁸⁷ constata-se que também este autor – que neste aspecto se

³⁸² Cf. R. Breuer, in: *FS für das BVerfG*, p. 119.

³⁸³ Esta ponderação de H. von Heinegg e U. Haltern, in: *JA 1995*, p. 341.

³⁸⁴ Neste sentido, as pertinentes observações de D. Murswiek, in: *HBSrV*, p. 284-5.

³⁸⁵ Cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 465.

³⁸⁶ Cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 465-6.

³⁸⁷ Esta observação de D. Murswiek, in: *HBSrV*, p. 284.

aproxima da proposta formulada por Breuer – reconhece que a indispensável ponderação haverá de ser efetuada levando em conta os pressupostos genéricos referidos, à luz do caso específico de cada direito social.³⁸⁸ Por outro lado, é possível opor-se a esta concepção, na medida em que igualmente revela uma dimensão nitidamente minimalista, as mesmas considerações críticas dirigidas contra a formulação de Breuer.

Tomando-se os três modelos ora apresentados, constata-se, desde logo, que todos aderem à noção de um padrão mínimo de segurança material a ser garantido por meio de direitos fundamentais, que têm por objeto evitar o esvaziamento por de pessoal, assegurando, de tal sorte, uma liberdade real, o que também transparece nitidamente dos exemplos concretos garimpados na experiência germânica. Neste sentido, há que referir a circunstância – apontada por Murswiek – de que uma garantia social mínima, caso não se pretenda restringi-la à perda total da funcionalidade do direito de liberdade para o indivíduo, fatalmente acabaria por extrapolar quaisquer limites, razão pela qual imprescindível uma análise vinculada ao caso concreto.³⁸⁹ Tal crítica, inobstante justificada, não fulmina a essência da concepção minimalista, já que o *quantum* a ser prestado no âmbito de um padrão mínimo em prestações sociais nada tem a ver com a fundamentação teórica em si, isto é, da possibilidade de reconhecer-se, em princípio, um direito subjetivo individual nesta seara. Se, contudo, é possível ir além das fronteiras deste patamar mínimo em segurança social, isso foi deixado em aberto por todas as concepções referidas.

O que importa ressaltar, neste contexto, é em que medida são efetivamente contornáveis as objeções habitualmente dirigidas contra os direitos originários a prestações, na condição de autênticos direitos subjetivos. Desde logo, verifica-se que uma determinação ou determinabilidade do objeto da prestação³⁹⁰ diz com aspecto ligado à forma de posituação (e, portanto, com uma carência de concretização decorrente da incompletude da norma), e não diretamente vinculado à manutenção de um padrão mínimo, aspecto essencialmente relacionado com o *quantum* a ser prestado. Comum a todos os exemplos e concepções é a problemática da reserva do possível, por sua vez ligada à objeção de uma reserva de competência parlamentar nesta seara e de uma afronta ao princípio da separação dos poderes. Neste sentido, as propostas de Starck e Breuer aproximam-se quando partem do pressuposto de que, em se tratando de um *standard* mínimo de proteção social, não haveria cogitar de uma sobrecarga orçamentária, o que, contudo, em nada altera a essência do problema: ou a decisão sobre as políticas públicas e a respectiva aplicação de recursos se encontra na esfera da competência do legislador, ou não. Outro aspecto que se impõe seja considerado diz com a efetiva disponibilidade dos recursos materiais, já que, mesmo em se cuidando de uma decisão tomada na esfera legislativa, a prestação fatalmente ficaria prejudicada pela ausência dos meios necessários.

O que as concepções referidas entendem por prestações sociais mínimas não ficou claro. Tomando-se os modelos de Starck e Breuer, verifica-se que ambos partem do pressuposto de que, no caso das condições existenciais mínimas e do financiamento das escolas particulares, a insignificância da prestação (de acordo com o patamar das condições existenciais mínimas) e a diminuição dos gastos públicos com a edu-

³⁸⁸ Cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 465-6.

³⁸⁹ Cf. D. Murswiek, in: *HBSr V*, p. 284-5.

³⁹⁰ Tal como referido por C. Starck, in: *BVerfG und GG II*, p. 526.

cação (ante a existência de uma rede particular de ensino, ainda que subsidiada), uma sobrecarga do orçamento pode ser tida como excluída ou, pelo menos, irrelevante. Aqui a argumentação de Alexy nos parece mais segura e convincente, já que também prestações mínimas sempre apresentam uma inequívoca relevância financeira, repercutindo na esfera orçamentária. Importante é que se tenha em mente – de acordo com Alexy – que o princípio da competência orçamentária do Legislativo não assume (e nem poderia) feições absolutas, já que eventualmente direitos individuais podem vir a preponderar, sem desconsiderar que até mesmo direitos de liberdade por vezes apresentam relevância econômica.³⁹¹ Relativamente ao argumento de que em tempos de crise até mesmo a garantia de direitos sociais mínimos poderia colocar em risco a necessária flexibilidade econômica, Alexy pondera que justamente em tais circunstâncias uma proteção de posições jurídicas fundamentais na esfera social, por menor que seja, se revela indispensável.³⁹²

Decisiva parece-nos a observação de Alexy no que concerne à ponderação entre os valores em conflito, no sentido de que a garantia de um padrão mínimo em segurança social (ou de direitos sociais mínimos) não pode afetar de forma substancial outros princípios constitucionais relevantes. De acordo com este critério, um direito originário a prestações sociais apenas pode ser reconhecido por meio de uma ponderação de valores e bens, já que uma colisão com os direitos de defesa (ou mesmo outros direitos sociais), bem como com outros princípios constitucionais e valores comunitários, se revela incontornável. Neste contexto, percebe-se que, de acordo com Alexy, apenas quando a garantia material do padrão mínimo em direitos sociais puder ser tida como prioritária e se tiver como consequência uma restrição proporcional dos bens jurídicos (fundamentais, ou não) colidentes, há como se admitir um direito subjetivo a determinada prestação social. Com isso, traçou-se um claro limite ao reconhecimento de direitos originários a prestações sociais, de tal sorte que, mesmo em se tratando da garantia de um padrão mínimo (no qual a perda absoluta da funcionalidade do direito fundamental está em jogo), o sacrifício de outros direitos não parece ser tolerável.

No âmbito da doutrina luso-brasileira, também podem ser encontradas algumas interessantes concepções a respeito da problemática em exame, destacando-se os nomes de Gomes Canotilho, Celso A. Bandeira de Mello, Luís R. Barroso e Eros R. Grau, cujos argumentos, contudo, já foram sumariamente apresentados ao longo desta exposição. Saliente-se, desde logo, que o modelo de Gomes Canotilho, caracterizado por sua habitual originalidade, se aproxima sensivelmente da proposta de Alexy (especialmente no que diz com a formatação das diversas posições jurídico-subjetivas de natureza prestacional), além de considerar, consoante já referido, a argumentação que advoga a existência de direitos a prestações implícitos no âmbito de proteção de determinados direitos fundamentais de liberdade, como se constatou no exemplo do direito ao ensino, pressuposto na liberdade de escolha da profissão. Recentemente, importa referi-lo, alguns dos argumentos de Alexy e Canotilho relativamente ao reconhecimento de direitos originários a prestações foram objeto de oportuna referência no direito pátrio, sem que, no entanto, se chegasse a formular uma análise exaustiva deles ou mesmo apresentar uma proposta original sobre o tema, que, aliás, também

³⁹¹ Cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 466.

³⁹² Cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 467.

nós não temos a ingênua pretensão de desenvolver.³⁹³ Mesmo assim, julgamos indispensável uma análise crítica da problemática e uma tomada de posição a respeito dos argumentos e concepções referidos, no mínimo para que evitemos o confortável refúgio da neutralidade, se é que se pode aceitar sua existência.

Desde logo, constata-se que o problema do reconhecimento de direitos subjetivos a prestações sociais se encontra intimamente vinculado ao questionamento dos próprios limites do Estado social de Direito. Partindo-se da premissa – por mais que se queira questioná-la – de que a existência de direitos fundamentais sociais de cunho prestacional constitui exigência do Estado social de Direito consagrado pela nossa Constituição, é de perguntar-se, todavia, até onde vai a obrigação dos poderes públicos no que diz com a realização da justiça social, questão umbilicalmente vinculada à *quantum* em prestações sociais assegurado pelas normas de direitos fundamentais e que pode ser judicialmente reclamado pelos particulares. Dentro deste contexto, permaneçam em aberto – entre outras – três questões de crucial importância, quais sejam: a) se o reconhecimento de direitos fundamentais originários (na qualidade de direitos subjetivos) a prestações sociais se limita a um padrão mínimo?; b) qual é este mínimo em prestações sociais assegurado pelas respectivas normas de direitos fundamentais?; e c) mesmo no âmbito deste padrão mínimo, poder-se-á negar a prestação reclamada sob o argumento da indisponibilidade, fática ou jurídica, dos recursos para sua satisfação?

De qualquer modo, retornando-se aos argumentos favoráveis e contrários ao reconhecimento de direitos subjetivos a prestações sociais, bem como tendo em vista os exemplos concretos discutidos e as diversas concepções desenvolvidas, não há como negar as marcantes distinções entre os direitos de defesa e os direitos sociais prestacionais, dada a manifesta diversidade de seu respectivo objeto. Não nos parece viável adotar a concepção dos que, entre nós, atribuem aos argumentos que questionam a dedução de posições jurídico-subjetivas prestacionais das normas de direitos sociais (ou mesmo das normas dos direitos fundamentais em geral, como ocorre na Alemanha) um caráter meramente ideológico, e não jurídico. Como se pode constatar nos exemplos referidos, a dependência, da realização dos direitos sociais prestacionais, da conjuntura socioeconômica é tudo menos pura retórica ou mera “ideologia”.³⁹⁴ Negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe e desconsiderar que o Direito não tem o condão de – qual toque de Midas – gerar os recursos materiais para sua realização fática, significa, de certa forma, fechar os olhos para os limites do real. Certamente não é isto que pretenderam ressaltar alguns dos nossos mais conceituados mestres, mas, sim, que existe – de modo especial entre nós – uma nítida tendência no sentido de negar-se pura e simplesmente aos direitos sociais sua eficácia e efetividade. Com efeito, pode-se chamar de ideológica a postura dos que tentam desqualificar os direitos sociais como direitos fundamentais, incluindo aqueles que outorgam às dificuldades efetivamente existentes o cunho de barreiras intransponíveis.

Se, por um lado, pode afirmar-se que eventual abertura e indeterminação do enunciado normativo não constituem, por si só, argumento suficiente para sustentar a dependência dos direitos sociais prestacionais de interposição legislativa, já que mesmo na esfera dos direitos de defesa e até das normas organizacionais tal circuns-

³⁹³ Cf. E. Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, p. 89-92.

³⁹⁴ Neste sentido, v., por último, P. Caliendo, *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito*, op. cit., p. 204.

tação não impede, de regra, sua imediata aplicabilidade e eficácia, da mesma forma, é preciso reconhecer que, mesmo no caso de uma suficiente determinação do conteúdo da prestação ao nível da Constituição, isto não resultaria na neutralização da barreira fática da reserva do possível, pois, mesmo sabido exatamente o que buscar pode disto não dispor o destinatário. Demonstrou-se, neste contexto, que o problema reside menos no grau de completude da norma do que no aspecto da alegada ausência de legitimação dos tribunais para a determinação do objeto e do *quantum* da prestação, já que, em face da relevância econômica dos direitos sociais prestacionais e da problemática relativa à disponibilidade dos recursos, a decisão sobre a aplicação dos recursos públicos, por sua direta implicação orçamentária, incumbe em primeira linha ao legislador. É por este motivo – como oportunamente ressaltou Canotilho – que a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF não pode, na esfera dos direitos sociais prestacionais, assumir uma dimensão de tudo ou nada, constituindo, na verdade (como já visto), postulado objetivando a maximização da eficácia dos direitos fundamentais.

Levando-se em conta os exemplos referidos, constata-se a possibilidade de se reconhecerem, sob determinadas condições, verdadeiros direitos subjetivos a prestações, mesmo independentemente ou para além da concretização pelo legislador. Neste particular, assume especial relevo a íntima vinculação – destacada especialmente pela doutrina estrangeira – de vários destes direitos com o direito à vida e com o princípio da dignidade humana, o que se manifesta de forma contudente nos direitos ao salário mínimo, assistência e previdência social, bem como no caso do direito à saúde, muito embora estes direitos não esgotem as possibilidades do assim chamado mínimo existencial. Lembrando-nos de que, se atentarmos contra a dignidade, estaremos, em verdade, atentando contra a própria humanidade do indivíduo. Além disso, é preciso ressaltar que ao Estado não apenas é vedada a possibilidade de tirar a vida (daí, por exemplo, a proibição da pena de morte), mas também que a ele se impõe o dever de proteger ativamente a vida humana, já que esta constitui a própria razão de ser do Estado, além de pressuposto para o exercício de qualquer direito (fundamental, ou não).³⁹⁵ Não nos parece absurda a observação de que negar ao indivíduo os recursos materiais mínimos para manutenção de sua existência (negando-lhe, por exemplo, uma pensão adequada na velhice, quando já não possui condições de prover seu sustento) pode significar, em última análise, condená-lo à morte por inanição, por falta de atendimento médico etc. Assim, há como sustentar – na esteira da doutrina dominante – que ao menos na esfera das condições existenciais mínimas encontramos um claro limite à liberdade de conformação do legislador.³⁹⁶

³⁹⁵ Impõe-se, aqui, breve referência aos assim denominados deveres de proteção do Estado, concepção desenvolvida no âmbito da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais e que teve como ponto de partida a proteção da vida, temática que, aliás, já foi por nós abordada no capítulo sobre a dupla perspectiva objetiva e subjetiva e sobre a classificação dos direitos fundamentais.

³⁹⁶ Neste ponto, ao que parece, há convergência com o pensamento de R. L. Torres, *A Cidadania Multidimensional*, p. 292 e ss., para quem, no âmbito do *status positivus libertatis* (que diz com as prestações ligadas ao mínimo existencial), existe obrigatoriedade da entrega das prestações positivas, reconhecendo-se um direito público subjetivo do cidadão. Para além disso, divergimos do ilustre autor, quando nega aos direitos sociais (para além do mínimo existencial) a sua condição de fundamentais, crítica também compartilhada por A. Krell, *Controle judicial dos serviços públicos*, especialmente, p. 41 e ss., recentemente retomada e desenvolvida pelo mesmo autor na notável obra *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 19 e ss. Mais recentemente, aprofundando a obra *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 19 e ss. Mais recentemente, aprofundando a temática da dignidade da pessoa humana como critério essencial à compreensão do conteúdo da noção de mínimo existencial e, além disso, igualmente sustentando a exigibilidade em Juízo das prestações indispensáveis à fruição de uma vida com dignidade, v. o importante contributo de A. P. de Barcellos, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, especialmente p. 247 e ss. Registre-se, contudo, que

Mas, e onde não está em jogo a mera existência física do indivíduo? Existe algum patamar mínimo a ser necessariamente realizado, a ponto de não incidirem as limitações impostas pela reserva do possível? 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 não chega a pelo princípio da dignidade da pessoa 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 – como assinalado em outra ocasião – 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 (real) de 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. A ideia subjacente ao modelo de Canotilho e dos autores germânicos referidos parece ser precisamente esta: onde faltam as condições materiais mínimas, o próprio exercício da liberdade fica comprometido, e mesmo os direitos de defesa não passam de fórmulas vazias de sentido.

O modelo ponderativo de Alexy oferece-nos, para além do exposto, talvez a melhor solução para o problema, ao ressaltar a indispensável contraposição dos valores em pauta, além de nos remeter para uma solução calçada nas circunstâncias do caso concreto (e, portanto, necessariamente afinada com as exigências da proporcionalidade), já que estabelecer, nesta seara, uma pauta abstrata e genérica de diretrizes e critérios efetivamente não nos parece possível. Assim, em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do Legislativo (assim como o da separação dos poderes e as demais objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações) esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (fundamentais, ou não) resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo é ultrapassado, tão somente um direito subjetivo *prima facie*, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de um tudo ou nada.³⁹⁷ Na

não estamos plenamente convencidos da elaboração de um elenco previamente definido de prestações (e direitos subjetivos correspondentes) que integram o mínimo existencial, tal qual propõe a ilustre autora em sua notável obra (a autora aponta a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça como constituindo os quatro direitos básicos ligados ao mínimo existencial), já que seguimos convictos de que todas as prestações indispensáveis à promoção, proteção e fruição de uma vida digna (que podem variar de acordo com as circunstâncias) necessariamente compõem o mínimo existencial. Além disso, sustentamos – na esteira de Alexy – que a justiciabilidade dos direitos prestacionais (no sentido de sua exigibilidade em Juízo) – embora cogente no âmbito do mínimo para uma vida com dignidade – não se limita necessariamente a esta dimensão.

³⁹⁷ Convém ressaltar que, para além destas duas hipóteses (direito subjetivo definitivo e direito subjetivo *prima facie*), o Prof. Gomes Canotilho, *Tomemos a Sério os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, p. 34-6, consoante já referido alhures, admite a existência de uma terceira categoria jurídico-subjetiva na esfera dos direitos a prestações. Neste sentido, valendo-se também das lições de Alexy e baseado no direito constitucional positivo português e espanhol, sustenta que há posições jurídico-prestacionais embasadas em normas impositivas de tarefas e fins estatais que geram apenas um dever não relacional do Estado, que pode ser caracterizado como um dever objetivo *prima facie*, garantido por normas não vinculantes, como ocorre, por exemplo, com o direito ao trabalho e o correspondente dever constitucional do Estado de promover uma política de pleno emprego. Cumpre salientar que também em

INGO WOLFGANG SARLET

medida em que se sustenta tal ponto de vista, mesmo onde não há direitos sociais na Constituição, como não fazê-lo relativamente ao direito pátrio, no qual a sua existência foi expressamente consagrada pelo Constituinte?

À vista do exposto, percebe-se também que – na esfera dos direitos a prestações – se impõe uma relativização da noção de direito subjetivo. Mesmo em se mantendo a estrutura de uma relação trilateral estabelecida entre o titular, o objeto e o destinatário, constata-se – em virtude das peculiaridades dos direitos a prestações – uma inevitável diferenciação no que tange à força jurídica das diversas posições jurídico-prestacionais fundamentais em sua dimensão subjetiva, a exemplo, aliás, do que ocorre na esfera jurídico-objetiva. Por outro lado, não há como desconsiderar a natureza excepcional dos direitos fundamentais originários a prestações sob o aspecto de direitos subjetivos definitivos, isto é, dotados de plena vinculatividade e que implicam a possibilidade de impor ao Estado, inclusive mediante o recurso à via judicial, a realização de determinada prestação assegurada por norma de direito fundamental, sem que com isto se esteja colocando em dúvida a fundamentalidade formal e material dos direitos sociais de cunho prestacional.³⁹⁸

Ainda no que diz aos direitos sociais a prestações como direitos subjetivos, notadamente no que diz com a sua condição de direitos originários a prestações, convém repisar e melhor explicitar que ao advogarmos o entendimento de que na esfera da garantia do mínimo existencial (que não poderá ser reduzido ao nível de um mero mínimo vital, ou, em outras palavras, a uma estrita garantia da sobrevivência física) há que reconhecer a exigibilidade (inclusive judicial!) da prestação em face do Estado, não estamos – enfatize-se este ponto – afastando a possibilidade de direitos subjetivos a prestações que ultrapassem estes parâmetros mínimos, mas apenas afirmando que neste plano (de direitos subjetivos para além do mínimo existencial) o impacto dos diversos limites e objeções que se opõe ao reconhecimento destes direitos (especialmente o comprometimento de outros bens fundamentais) poderá, a depender das circunstâncias do caso, prevalecer. Com isso, não se está abrindo mão da premissa de que mesmo no campo da garantia do mínimo existencial há espaço para alguma ponderação (no sentido mais amplo da necessidade de opções hermenêuticas), já que a própria determinação do mínimo existencial, fundado especialmente no princípio da proteção da vida e do princípio da dignidade da pessoa humana, não pode ocorrer de forma insulada, apenas na esfera jurídica, reclamando uma exegese orientada pela realidade do mundo circundante (considerando fatores climáticos, culturais, econômicos etc.), como, de resto, já tivemos ocasião de apontar quando discorremos sobre

nossa Constituição é possível encontrar uma série de exemplos que se enquadram nesta categoria, inclusive no que diz com o direito ao trabalho e uma política de pleno emprego, respectivamente consagrados nos arts. 6º e 170, inc. VIII, da nossa Constituição. Tal posicionamento tem angariado significativo número de adeptos na doutrina pátria. Neste sentido, em caráter ilustrativo, v., entre outros, M. A. Theodoro, *Direitos Fundamentais & Sua Concretização*, p. 120-21, e H. M. Port, *Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública*, São Paulo: RCS Editora, p. 109-10.

³⁹⁸ Sobre a condição de direitos subjetivos dos direitos sociais v. também a recente contribuição de C. A. Mello, "Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo", in: o mesmo, (Coord.), *Os desafios dos direitos sociais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 105 e ss. No mesmo volume, vale conferir ainda os ensaios de R. Arango, *Direitos Fundamentais Sociais, Justiça Constitucional e Democracia*, p. 89 e ss. e o contraponto ofertado por L. F. Barzotto, "Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética", p. 47 e ss. Também enfrentando a questão, embora num contexto mais amplo, v. P. G. C. Leivas, *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*, p. 91 e ss. Para uma formulação teórica mais aprofundada, v. o indispensável contributo de R. Arango, *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*, Bogotá: Legis, 2005.

o próprio conteúdo do direito à moradia,³⁹⁹ na perspectiva do mínimo existencial, que, por certo, não é o mesmo na Europa e no litoral de uma região tropical.

De outra parte, resulta igualmente evidente que – consoante admitido pelo próprio Alexy e já frisado – mesmo no plano de um mínimo existencial (inclusive quando restrito a um mínimo de sobrevivência, a depender das circunstâncias) não deixa de ocorrer, por vezes, agudo comprometimento dos recursos públicos, especialmente em países com grandes parcelas da população compostas por pobres e miseráveis, onde, portanto, largas parcelas dos cidadãos dependem das prestações públicas na esfera da proteção social básica. Da mesma forma, o que se aplica essencialmente ao direito à saúde, prestações inequivocamente tidas como necessárias à preservação da vida ou de uma vida com um mínimo de qualidade (portanto, com dignidade) podem ser extremamente onerosas, de tal sorte que o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações nesta seara (do mínimo existencial) não se fundamenta apenas na ausência de comprometimento ou no baixo comprometimento dos recursos públicos, mas também na necessidade (e na imposição constitucional!) de se priorizar as demandas vinculadas ao mínimo existencial, inclusive no que diz com eventual redistribuição de recursos ou sua suplementação, inclusive no contexto de uma repartição da responsabilidade pelo corpo social, aspectos que aqui não iremos desenvolver, muito embora – há que reconhecer – desafiem maior aprofundamento.

Retomando aqui o problema da efetiva relevância da reserva do possível, designadamente na sua dimensão fática (ou econômico-financeira, se preferirmos), importa notar que não se pode simplesmente, como pensamos já ter consignado mais atrás, desconsiderar o seu impacto. Com efeito, a noção de impossibilidade fática não pode esbarrar numa postura arrogante por parte do Jurista, como se o fenômeno jurídico pudesse prevalecer em qualquer hipótese. Neste sentido, lembra Ana Carolina Lopes que o pedido, além de logicamente possível, no sentido de ter referência na realidade, deve estar sustentado na efetiva disponibilidade material, ou seja, na existência propriamente dita dos recursos para atender a demanda, que não pode ser confundida com a decisão sobre uma determinada alocação de recursos, que, por sua vez, pressupõe opções sobre eventuais prioridades,⁴⁰⁰ o que, conforme já explicitado logo atrás, poderá ocorrer mesmo no campo do mínimo existencial. Além disso, há circunstâncias excepcionais, que, ou não podem ser imputadas diretamente ao Estado, ou, ainda que tenham ligação com ações ou omissões dos poderes públicos, geram uma situação de inviabilidade fática, resultando, dadas as circunstâncias e na sua pendência, em impossibilidade de atendimento parcial ou até mesmo integral de prestações sociais, como em hipóteses de graves calamidades. Se nestas hipóteses, que, de qualquer modo, precisam ser devidamente demonstradas, o que está em causa é a negativa da exigibilidade dos direitos sociais como tal ou simplesmente a sua falta de exequibilidade (integral ou parcial, mas sempre excepcional e temporária) é aspecto que aqui fica em aberto.

Cumpra anotar, aspecto que será igualmente retomado, que a noção de escassez (ou seja, a maior ou menor limitação dos recursos), em que pese essencialmente

³⁹⁹ Cf. I. W. Sarlet, "O direito fundamental à moradia na Constituição...", op. cit., p. 415 e ss.

⁴⁰⁰ Cf., em especial, A. C. L. Olsen, *Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade frente a reserva do possível*, Curitiba: Jurua, 2008, p. 204 e ss. No mesmo sentido, acompanhando tal entendimento, v. P. Caliendo, *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito*, p. 206-207.

vinculada à dimensão fática da reserva do possível, como bem averba Ana Carolina Lopes Olsen, é uma noção artificial, resultado de construção humana, visto que não há como satisfazer simultaneamente em níveis ótimos todas as necessidades e desejos (visto que há necessidades criadas, inclusive mediante estímulo externo, como bem demonstram os estudos sobre a publicidade), razão pela qual, de acordo com a lição da autora, a reserva do possível há de ser compreendida como sendo uma espécie de condição da realidade, a exigir um mínimo de coerência entre a realidade e a ordenação normativa objeto da regulação jurídica.⁴⁰¹

Neste contexto, embora propriamente na esfera da impossibilidade fática, há como concordar com José Reinaldo Lima Lopes naquilo em que critica a utilização da dignidade da pessoa humana (o mesmo também poderá ser dito em relação ao mínimo existencial) como uma espécie de "abracadabra jurídico de uma sociedade em que a discussão moral – da qual procede o próprio conceito de dignidade humana – não é feito em público".⁴⁰² Por outro lado – e convém destacar isso –, se é verdade que a dignidade e o mínimo existencial são seguidamente invocados quase que em abstrato, como razão de decidir desacompanhada de um exame detalhado das circunstâncias do caso e do que efetivamente constitui uma violação da dignidade, isso não significa – como seguimos esgrimindo enfaticamente! – que tanto a dignidade da pessoa humana quanto a dimensão mais concreta (mas sempre ainda aberta) do mínimo existencial – não sigam sendo critérios materiais cogentes, desde que devidamente contextualizados e justificados, a serem considerados no processo (também judicial) decisório, envolvendo direitos sociais e políticas públicas. A referência ao fato de que a concessão judicial de prestações sociais a determinados indivíduos por vezes traz consigo efeitos perversos em termos de justiça distributiva e estimula o assim designado "free-rider" (carona ou predador)⁴⁰³ também há de ser relativizada. Em primeiro lugar, importa recordar que o princípio da igualdade (alegadamente violado nestes casos) não pode implicar na violação da dignidade concreta de cada cidadão, ainda mais quando o impacto negativo para os seus pares (por exemplo, a possível inexistência de recursos para satisfação de necessidades básicas de terceiros) na maior parte dos casos não é objeto de demonstração plausível e, de resto, não impede uma realocação de recursos no âmbito do sistema. Além do mais, desconsidera-se a relevância do direito de ação (mesmo individual) como forma de manifestação concreta da cidadania ativa e instrumento de participação do indivíduo no controle social sobre os atos do poder público. Que a tutela processual coletiva parece ser a mais adequada em termos gerais (mas nem sempre!) e que Juízes e Tribunais devem ser mais cuidadosos na ponderação dessas e de outras variáveis ao decidirem sobre a concessão, ou não, de um benefício social, resulta evidente e reclama permanente desenvolvimento.

Precisamente nesta quadra é que chama a atenção a tentativa de deslegitimar a tutela individual dos direitos sociais a prestações, mediante o recurso – este sim falacioso – ao argumento da titularidade coletiva de tais direitos. Sem que se vá aqui

⁴⁰¹ Cf. A. C. L. Olsen, *Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade frente a reserva do possível*, Curitiba: Jurua, 2008, p. 201.

⁴⁰² Cf. J. R. L. Lopes, *Direitos Sociais. Teoria e Prática*, p. 237.

⁴⁰³ Cf., ainda, J. R. L. Lopes, *Direitos Sociais. Teoria e Prática*, p. 236 e ss. Em perspectiva similar, v. também as ponderações críticas de V. A. da Silva, "O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais", in: C. P. Souza Neto e D. Sarmento (Coord.), *Direitos Sociais*, p. 594 e ss.

retomar o ponto (desenvolvido no capítulo da titularidade dos direitos fundamentais), não há como sustentar que os direitos sociais sejam equivalentes a direitos coletivos, não tendo, portanto, uma dimensão individual. Além de equivocada a negativa da titularidade individual (ainda que coexistente com uma dimensão coletiva) dos direitos sociais, ainda mais na esfera dos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial, que, como deflui dos exemplos do direito à alimentação e saúde (mas não apenas nestes casos) somente pode ser adequadamente aferido à luz das circunstâncias de cada pessoa individualmente considerada, também se verifica uma confusão (consciente, como é perceptível em muitos casos, embora não necessariamente com o intuito de obstaculizar a efetividade dos direitos sociais) entre a titularidade e a via mais adequada de tutela processual dos direitos sociais. Com efeito, se é possível partir, consoante já adiantado e atualmente preconizado por importantes vozes no âmbito da doutrina, de uma posição de preferência da tutela coletiva, que possui a virtude de inquirir de minimizar uma série de efeitos colaterais da justiciabilidade dos direitos sociais (por exemplo, aspectos ligados à isonomia),⁴⁰⁴ também é certo que a eliminação da possibilidade de demandas individuais constitui, por si só, uma violação de direitos fundamentais, inclusive pelo fato de ser, em determinadas circunstâncias, a maneira mais apropriada e mesmo necessária, de tutela do direito, sem prejuízo aqui do argumento de que a titularidade dos direitos sociais é sempre também e, em muitos casos, em primeira linha, individual.⁴⁰⁵

O que não se pode esquecer é que nem a previsão de direitos sociais na Constituição, nem sua positivização na esfera infraconstitucional têm o condão de, por si só, produzir o padrão desejável de justiça social, já que fórmulas exclusivamente jurídicas não fornecem o suficiente instrumental para a sua concretização, assim como a efetiva implantação dos direitos sociais a prestações não pode ficar na dependência exclusiva dos órgãos judiciais, por mais que estes cumpram destacado papel nesta esfera. No que tange a este aspecto, importa consignar a oportuna lição de Dieter Grimm, ilustre publicista e Juiz do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, para quem a efetividade dos direitos fundamentais (e não exclusivamente dos direitos sociais) não se alcança com a mera vigência da norma e, portanto, não se resolve exclusivamente no âmbito do sistema jurídico, transformando-se em problema de uma verdadeira política dos direitos fundamentais.⁴⁰⁶ No mesmo sentido, há quem tenha afirmado que um planejamento político-administrativo constitui condição procedimental e organizacional para a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais

⁴⁰⁴ Cf., por último e em especial, as contribuições de L.R. Barroso, "Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial", in: *Direitos Sociais*, p. 897 e ss.; A. P. Barcellos, "O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata", *Direitos Sociais*, p. 815 e ss.; C. P. Souza Neto, "A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros", in: *Direitos Sociais*, p. 543 e ss.; D. Sarmento, "A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos", in: *Direitos Sociais*, p. 583 e ss.

⁴⁰⁵ Sobre a controvérsia em torno da tutela processual individual e/ou coletiva de direitos sociais, v., explorando o exemplo do direito à saúde, I. W. Sarlet, "A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde", in: M. A. de Brito Nobre; R. A. Dias da Silva, *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 117-148.

⁴⁰⁶ Cf. D. Grimm, in: *Grundrechte und soziale Wirklichkeit*, p. 72. Entre nós, embora em outro contexto, vale registrar a contribuição de C. M. Clève, *Temas de Direito Constitucional*, p. 127, propondo uma "política dos direitos do homem"; em sentido similar, C. Courtis e V. Abramovich, em seu alentado estudo sobre o tema (v. o já citado *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 117 e ss.) apontam a existência de um complexo de estratégias de cunho direto e indireto (das quais a via judicial é apenas uma, embora relevante) aptas a implementar os direitos sociais.

sociais.⁴⁰⁷ Importante é ter sempre em mente que mesmo uma Constituição do Estado Social não pode negligenciar o patamar de desenvolvimento social, político, econômico e cultural da comunidade, sob pena de comprometer seriamente sua força normativa e suas possibilidades de alcançar uma plena efetividade.⁴⁰⁸

Neste passo, há que fazer pelo menos breve referência à relevância do direito ao desenvolvimento econômico e social e ao problema de sua eficácia e efetividade como pressuposto para a garantia das condições basilares para o próprio desenvolvimento da pessoa humana (a partir da fruição de uma vida com dignidade, no âmbito da esteira do que vem sustentando autores do porte de um Amartya Sen.⁴⁰⁹ Como o desenvolvimento (econômico e social em primeira linha) também não poderá dispensar um planejamento (direcionamento e coordenação) das atividades estatais, a importância de um adequado planejamento a partir das prioridades enunciadas – como o são no caso brasileiro – na Constituição,⁴¹⁰ resulta enrobustecida não apenas a função estratégica do planejamento em si, mas também a necessidade de procedimentos adequados e eficientes para um planejamento seguido de efetivos resultados, bem como a imprescindibilidade de mecanismos de controle variados (sociais, políticos e jurídico-jurisdicionais) do próprio planejamento, mas acima de tudo de sua implementação. Que o controle da administração pública passa a ser também um controle voltado objetivo de assegurar um desenvolvimento sustentável e envolve até mesmo o controle no âmbito da discricionariedade técnica, visto que esta não pode servir de blindagem para ações estatais (ou mesmo privadas) em manifesto desvio de finalidade e ao arripio da ordem jurídico-constitucional, nos parece elementar, embora quanto ao como do controle, especialmente do controle jurisdicional, se possa discutir sobre seus limites.⁴¹¹

Como dá conta a problemática posta pelo "custo dos direitos", por sua vez, indissociável da assim designada "reserva do possível" (que, consoante já visto, não pode servir como barreira intransponível à realização dos direitos a prestações sociais) 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

⁴⁰⁷ Cf. P. Badura, in: *Der Staat* nº 14 (1975), p. 45.

⁴⁰⁸ Esta a ponderação de J.-P. Müller, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, p. 52.

⁴⁰⁹ Muito embora esta perspectiva permeie boa parte dos demais textos do autor (como é o caso dos livros *Desigualdade Reexaminada e Ética e Economia*), a concepção foi especialmente construída na obra *Desenvolvimento como Liberdade*, São Paulo: Companhia das Letras, 1999. Convém notar, todavia, que o texto de Amartya Sen não constitui uma obra que focaliza apenas o direito humano e fundamental ao desenvolvimento como tal, mas que, dentre outros tantos aspectos correlatos, trabalha a ideia de que as liberdades (a sua garantia e fruição efetiva pelo maior número de pessoas) não são apenas fins primeiros do desenvolvimento, mas também são os meios principais pelos quais se poderá alcançar um pleno desenvolvimento, revelando, portanto, o vínculo genético e intrínseco (além de dialético e dinâmico) entre liberdades (direitos humanos e fundamentais de um modo geral, há como afirmar) e desenvolvimento.

⁴¹⁰ Nesta perspectiva, v. G. Bercovici, *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*, p. 191 e ss., e, mais recentemente, A. G. Bontempo, *Direitos Sociais...*, p. 202 e ss.

⁴¹¹ Sobre o tópico, bem explorando a tutela jurisdicional na esfera da regulação econômica e das políticas públicas voltadas ao desenvolvimento, v., por todos, P. G. França, *O Controle da Administração Pública*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público,⁴¹² 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 Leal,⁴¹³ o que também diz respeito à ampliação do acesso à justiça como direito a ter direitos efetivados e envolve a discussão em torno da necessidade de evitar interpretações injustificadamente restritivas no que diz com a legitimação do Ministério Público para atuar na esfera da implementação também dos direitos sociais.⁴¹⁴ Além disso, assume caráter emergencial uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, que não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas ao fazê-lo haverão de obrar com a máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem, ou não, um direito subjetivo a determinada prestação social, seja quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida restritiva e/ou retrocessiva de algum direito social, sem que tal postura, como já esboçamos ter logrado fundamentar, venha a implicar necessariamente uma violação do princípio democrático e do princípio da separação dos Poderes.⁴¹⁵ Neste sentido

⁴¹² Sobre a participação democrática, e de modo geral, o controle social do orçamento público e da atuação do poder público na consecução das metas constitucionalmente fixadas, v., entre nós e dentre outros, o instigante ensaio de F. F. Scaff, "Controle Público e Social da Atividade Econômica", in: *Anais da XVII Conferência Nacional de OAB*, vol. 1, 1999, p. 925-941, bem como, mais recentemente, a monografia de A. da C. Ricardo Schier, *A Participação Popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁴¹³ Cf. R. G. Leal, *Estado, Administração Pública e Sociedade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. especialmente p. 57 e ss, cuidando do tema à luz da teoria discursiva e da concepção de uma democracia deliberativo-procedimental de matriz Habermasiana.

⁴¹⁴ Sobre o tópico, designadamente a respeito da atuação do Ministério Público nesta seara, v., entre outros, o recente estudo de P. R. F. Porto, *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.

⁴¹⁵ Considerando não ser o nosso propósito desenvolver e aprofundar nesta obra o debate sobre a legitimidade constitucional do controle judicial de constitucionalidade de atos do poder executivo e legislativo, notadamente no âmbito das políticas públicas e da efetivação de direitos sociais prestacionais, remetemos o leitor à preciosa bibliografia nacional que tem sido publicada nos últimos anos. Neste sentido, v., dentre tantos (aqui apenas no que diz com a produção monográfica), especialmente os notáveis contributos de L. L. Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, 2003; C. A. Mello, *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2004; S. F. Moro, *Jurisdição Constitucional como Democracia*, 2004; E. Appio, *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*, 2005; A. B. Freire Jr., *O Controle Judicial de Políticas Públicas*, São Paulo: RT, 2005; M. P. D. Bucci, *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, São Paulo: Saraiva, 2006; M.P.D. Bucci (Org), *Políticas Públicas. Reflexões sobre um conceito jurídico*, São Paulo: Saraiva, 2006; J. C. Dias, *O controle judicial de políticas públicas*, São Paulo: Método, 2007; T. L. Breus, *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007; N. de Melo Jorge Neto, *O controle jurisdicional das políticas públicas. Concretizando a democracia e os direitos fundamentais sociais*, Salvador: Jus Podivm, 2008, e, por último, P. G. França, *O Controle da Administração Pública*, São Paulo: RT, 2008 (embora com abordagem mais ampla, não focalizando as políticas públicas, mas igualmente com importantes desenvolvimentos a respeito do problema); I. Figueiredo, *Políticas Públicas e Realização dos Direitos Sociais*, Porto Alegre: Sergio Fabris, 2006, todos, ainda que mediante fundamentos e perspectivas em parte diferenciadas e mesmo reconhecendo, em diversas circunstâncias, limitações impostas ao Poder Judiciário, afirmando, com ênfase, a legitimação dos órgãos jurisdicionais para o controle, no âmbito do que vem sendo designado de uma postura substantivista. Abordando o tema pelo prisma das funções da jurisdição constitucional e reconhecendo também uma expansividade da sua atuação, v. ainda, A. R. Tavares, *Teoria da Justiça Constitucional*, 2005. Privilegiando, em contrapartida, uma perspectiva procedimental e mais ou menos resistente à intervenção jurisdicional, v. as igualmente relevantes obras de C. P. Souza Neto, *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*, 2002; C. P. Souza Neto, G. Bercovici, J. F. de Moraes Filho e M. M. Barreto Lima, *Teoria da Constituição. Estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional*, 2003; Á. R. de Souza Cruz, *Jurisdição Constitucional Democrática*, 2004; F. F. Scaff e A. G. M. Maués, *Justiça Constitucional e Tributação*, São Paulo: Dialética, 2005 (com destaque aqui para o primeiro e último capítulo, M. L. Cattoni (coord.), *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, em especial os ensaios reunidos na parte III, bem como, A. R. de Souza Cruz, *Hermenêutica Jurídica etm) Debate*, Belo Horizonte: Editora Forum, 2007, com destaque para o capítulo 7, onde o autor bem explora uma

(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 levar a sério o problema da escassez.⁴¹⁶ Parece-nos oportuno apontar aqui (mesmo sem condições de desenvolver o ponto) que os princípios da moralidade e da eficiência,⁴¹⁷ que direcionam a atuação da administração pública em geral, assumem um papel de destaque nesta discussão, notadamente quando se cuida de administrar a escassez de recursos e otimizar a efetividade dos direitos sociais.

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 sociais prestacionais, 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 não são, em si mesmas, uma falácia, é certo que as limitações da reserva do possível não são, em si mesmas, uma falácia, como já se disse mais de uma vez entre nós. 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 de 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 em face do sentido disposto no art. 5º, § 1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos do não desperdício dos

perspectiva crítico-deliberativa em matéria de direitos sociais. Por último, avançando e investindo na perspectiva democrática-deliberativa, v. C. P. de Souza Neto, *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Advogando uma perspectiva restritiva e eminentemente procedimentalista, v. também G. A. Saavedra, *Jurisdição e Democracia*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Para uma análise do tema a partir de uma avaliação crítica das decisões do STF em matéria de direitos sociais e da sua justiciabilidade, confira-se a recente contribuição de J. L. M. Esteves, *Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal*, São Paulo: Método, 2007, especialmente p. 91 e ss. Também J. R. L. Lopes, *Direitos Sociais. Teoria e Prática*, p. 221 e ss., discute o problema da justiciabilidade mediante análise crítica de decisões dos Tribunais. No que diz com a jurisprudência, para além dos exemplos já colacionados, importa destacar aqui – pela sua íntima vinculação com a temática – a decisão proferida pelo STF, no âmbito da ADPF 45/MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello, admitindo o processamento de arguição contra veto do Presidente da República (inovando de forma expressiva no campo da doutrina nos atos de poder, usualmente designados de *interna corporis*), além de afirmar a viabilidade do controle jurisdicional de políticas públicas no campo dos direitos sociais (destacando também a dimensão política da jurisdição constitucional) especialmente no que diz com a garantia do "mínimo existencial". Ainda que não tenha ocorrido o julgamento de mérito, tal decisão é indicativa de uma abertura substancial no trato da matéria pelo STF, que já vinha, há algum tempo, avançando no que diz com o reconhecimento de direitos subjetivos individuais a prestações (com destaque para a saúde), tal como já ilustrado nas páginas antecedentes. Nesta mesma linha situa-se a decisão do STF no RE nº 436996/SP, também relatada pelo Ministro Celso de Mello, sustentando o direito da criança até seis anos de idade a atendimento em creche e pré-escola.

⁴¹⁶ Cf. Holmes & Sunstein, *The Cost of Rights...*, p. 94 ("Taking rights seriously means taking scarcity seriously"), bem como, de modo geral, p. 87 e ss., onde os autores demonstram como a escassez afeta as liberdades e discutem o papel do Poder Judiciário na imposição de encargos ao poder público, notadamente no que diz com a alocação de recursos.

⁴¹⁷ A respeito da relevância e da operatividade do princípio da eficiência no campo da efetivação de direitos fundamentais, notadamente dos direitos sociais, v., entre outros, F. Galdino, *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*, p. 255 e ss., ainda que se possa discordar do autor no que diz com alguns aspectos de sua proposta teórica, o que aqui não será objeto de desenvolvimento. Sobre as dimensões e possibilidades do princípio (e dever) de eficiência no campo da efetividade dos direitos fundamentais v., por último, P. Caliendo, *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito*, em particular o capítulo 2.

⁴¹⁸ Cf. a oportuna advertência de J. Freitas, *A Interpretação Sistemática do Direito*, 3ª ed., p. 211.

recursos existentes, assim como da eficiente aplicação dos mesmos.⁴¹⁹ Neste mesmo sentido, como bem averba Gerardo Pisarello, é preciso ter presente que o economicamente possível ou razoável não pode ser simplesmente presumido, existindo um dever de demonstração por parte dos órgãos públicos.⁴²⁰ 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 possível,⁴²¹ há que explorar outras alternativas disponíveis na nossa ordem jurídica e que, somadas e bem utilizadas, certamente haverão de reduzir de modo expressivo, se não até mesmo neutralizar – no mínimo no que diz com as prestações básicas, o seu impacto.

Neste contexto, também assume relevo o já referido princípio da proporcionalidade, que deverá presidir a atuação dos órgãos estatais (e dos particulares, se e quando for o caso, como ocorre especialmente nas hipóteses de prestação de serviços públicos por delegação)⁴²² e que incide na sua dupla dimensão como proibição do excesso e de insuficiência,⁴²³ além de, nesta dupla acepção, atuar sempre como parâmetro necessário de controle dos atos do poder público, inclusive dos órgãos

⁴¹⁹ De que é o poder público quem tem, em princípio, o ônus da prova, posição esta que já vínhamos sustentando, passou a ser noção compartilhada por uma série de autores entre nós, que têm aderido a tal linha argumentativa. Neste sentido, v., entre outros e mais recentemente, D. Sarmento, “A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos”, in: *Direitos Sociais*, p. 572; C. P. Souza Neto, “A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros”, in: *Direitos Sociais*, p. 545 e ss.; P. Caliendo, *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito*, p. 204. No âmbito da jurisprudência, destaca-se, por último, decisão do Supremo Tribunal Federal referindo que cabe ao órgão estatal a prova da efetiva lesão ao erário público, aspecto que, embora não tenha sido o principal, contribuiu para o resultado do julgamento em prol da concessão do medicamento em demanda individual (Suspensão de Tutela Antecipada nº 268-9, RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 22.10.08)

⁴²⁰ Cf. G. Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías*, p. 102, destacando que cabe aos órgãos estatais demonstrar: a) o emprego do máximo esforço no âmbito do máximo dos recursos disponíveis para satisfazer os direitos em questão; b) a coleta e difusão suficiente a respeito das necessidades existentes; c) a supervisão efetiva do cumprimento das metas já estabelecidas e o estabelecimento de metas futuras adequadas; d) que tais planos contemplem adequadamente soluções eficientes para os grupos mais necessitados.

⁴²¹ Enfatizando que não há como ignorar a contingência da limitação de recursos, mas relativizando a sua incidência no campo do mínimo existencial, além de apontar para a necessidade de priorização das destinações orçamentárias, v., mais uma vez, A. P. Barcellos, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais...*, especialmente p. 236 e ss.

⁴²² Sem que se possa aqui discorrer sobre a natureza, função e mesmo o controle da prestação de serviços públicos com base nos direitos fundamentais, registra-se ser no mínimo questionável a afirmação de que, embora os serviços públicos sejam essenciais ao exercício de alguns direitos fundamentais, não há um direito fundamental de acesso aos serviços públicos, como parece afirmar A. S. Aragão, “Serviços Públicos e Direitos Fundamentais”, in: D. Sarmento e F. Galvão (Org.), *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3. Com efeito, considerando-se que a prestação de serviços públicos, especialmente os enquadráveis como essenciais (sendo, de qualquer sorte, discutível a existência de serviço não essencial no contexto do Estado social e democrático de Direito na sua feição atual) diz diretamente com a efetiva fruição dos direitos fundamentais na sua dupla dimensão negativa e positiva (basta recordar os exemplos da segurança pública, do acesso à justiça, do saneamento básico, do fornecimento de energia, bem como das prestações em matéria de educação e de saúde, entre outros) no mínimo haveria de se reconhecer um direito fundamental a todos os serviços públicos essenciais. De todo modo, a despeito da divergência apontada, o próprio autor referido, em seu importante e culto ensaio, não deixa de enfatizar que “o fundamento último da qualificação jurídica de determinada atividade como serviço público é ser pressuposto da coesão social e geográfica de determinado país e da dignidade dos seus cidadãos” (op. cit., p. 2).

⁴²³ Sobre o ponto, v. especialmente, dentre outros no âmbito da doutrina estrangeira, C. W. Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, especialmente p. 119 e ss., e, entre nós, o nosso “Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e a proibição de insuficiência”, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 47, mar.-abr. de 2004, p. 60-122, L. L. Streck, “Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais”, in: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica* nº 2, 2004, p. 243-284, e, mais recentemente, L. Feldens, *A Constituição Penal. A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Normas Penais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 107 e ss.

jurisdicionais, igualmente vinculados pelo dever de proteção e efetivação dos direitos fundamentais. Isto significa, em apertadíssima síntese, que os responsáveis pela proteção e implementação de direitos fundamentais, inclusive e especialmente no caso dos direitos sociais, onde a insuficiência ou inoperância⁴²⁴ (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, desgarnecer 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 por este prisma.

Com efeito, sem que se possa aqui, dada a limitada capacidade de expansão do presente texto, aprofundar a questão como seria desejável, verifica-se que tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileira tem enfatizado a relevância da assim designada proibição de proteção insuficiente (ou deficiente) como critério a balizar a intervenção judicial no plano da efetividade dos direitos sociais, seja no que diz com o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações (ou mesmo sua negação, a depender das circunstâncias), quanto no que concerne ao controle de políticas públicas, sejam elas veiculadas por atos legislativos, sejam elas promovidas pela administração pública. Nesta perspectiva, colacionando-se argumentação extraída de decisão do Supremo Tribunal Federal, da lavra do Ministro Gilmar Mendes, correta a afirmação de que se ao Estado cabe a obrigação de criar os pressupostos fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais em geral, assim como a obrigação de dar concretização aos direitos sociais em particular, necessária a viabilização da intervenção jurisdicional no sentido de evitar que a omissão ou ação precária do poder público venha a caracterizar uma hipótese de proteção insuficiente, que, portanto, resulte em violação de direitos fundamentais,⁴²⁵ precisamente pelo fato de não atingidos os limites mínimos exigíveis de satisfação de determinadas prestações.⁴²⁶ Como bem averba Walter Rothenburg, no campo da efetivação dos direitos fundamentais como direitos a prestações, trata-se de uma complementação da perspectiva “negativa”, centrada no controle das restrições indevidas, pela perspectiva “positiva” da proporcionalidade, visto que centrada no combate a omissões (e atuação insuficiente de um modo

⁴²⁴ No que diz com a terminologia adotada (que, no nosso caso, é a de proibição de insuficiência), são várias as opções disponíveis na literatura, como dão conta as contribuições de J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 267 e ss. (proibição por defeito, entre nós adotada por L. L. Streck, “Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente...”, p. 243 e ss. e L. Feldens, *A Constituição Penal...*, p. 108 e ss. que fala em proteção deficiente, e J. Freitas, *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, p. 38 e ss. (proibição de inoperância), não sendo o nosso intento adentrar aqui a discussão em torno do tópico.

⁴²⁵ Cf., por exemplo, as decisões proferidas na Suspensão de Liminar nº 235-0, Tocantins, j. em 08.07.2008 e na Suspensão de Tutela Antecipada nº 241-7, Rio de Janeiro, j. em 10.10.2008, ambas proferidas pelo Ministro Gilmar Mendes, e ambas versando sobre a proteção da infância e juventude, embora o objeto dos pedidos seja distinto.

⁴²⁶ Neste sentido, v., por todos, P. G. C. Leivas, *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*, p. 76.

geral, há que acrescentar) indevidas.⁴²⁷ Que, por sua vez, também em matéria ligada aos direitos a prestações e sua exigibilidade, não se poderá negligenciar os critérios correntes de aplicação da proibição de insuficiência, consoante já adiantado mais atrás (v. 1ª Parte, capítulo 5, supra), há de ser sempre lavado em consideração. Da mesma forma, imprescindível a observância do necessário equilíbrio entre a proibição de insuficiência (que afere a extensão da intervenção estatal na realização de deveres de proteção e promoção de direitos fundamentais) e a simultânea atenção aos critérios de proporcionalidade na condição de parâmetro para aferição da tutela (na condição de direitos de defesa) dos direitos fundamentais eventualmente colidentes ou outros bens jurídico-constitucionais porventura afetados pela intervenção estatal que busca realizar o direito a prestações. Quanto a este aspecto, que diz respeito ao problema dos limites e restrições aos direitos fundamentais, remetemos ao capítulo próprio (v. 2ª Parte, capítulo 4), onde se poderá encontrar considerações adicionais, ainda que igualmente não exaustivas.

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 geral⁴²⁸ (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 constitucionais⁴²⁹ e, o que é mais grave, de caráter jusfundamental, tudo a demonstrar – 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 dos cofres cheios” equivaleria, na prática – como diz José Joaquim Gomes Canotilho – a nenhuma vinculação

⁴²⁷ Cf. W. C. Rothenburg, “Princípio da proporcionalidade”, in: O. de Oliveira Neto e M. E. de Castro Lopes, *Princípios Processuais Cíveis na Constituição*, São Paulo: Elsevier, 2008, p. 310.

⁴²⁸ Consigna-se que, a despeito de correta a observação de F. F. Scalf, “Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos”, in: *Revista Interesse Público*, nº 32, 2005, p. 225, de que embora tenhamos – na esteira de Alexy – sustentado a aplicação de um modelo de ponderação na solução concreta dos problemas envolvendo a eficácia e efetividade dos direitos sociais (não apenas, mas com ênfase no mínimo existencial) não nos dedicamos ao problema financeiro-orçamentário, isto não significa que tal aspecto não esteja presente nas nossas digressões, até mesmo pelo fato de inerente à problemática da reserva do possível (notadamente na sua dimensão jurídica) e nas questões envolvendo o custo dos direitos de um modo geral. Que decisões tomadas em casos concretos – mediante a adequada ponderação – fatalmente, pelo menos em diversas ocasiões – resultariam diretamente em afetação do orçamento e das finanças públicas sempre foi evidente, o que não significa – como ora se enfatizou – que não seja o caso de resgatar, ainda que em parte, uma lacuna em termos de maior desenvolvimento deste tópico, que, todavia, reclama – em virtude da miríade de aspectos que suscita – um enfrentamento mais privilegiado do que aqui seria possível, pelo menos neste momento, empreender. Cuidando da questão do orçamento público como instrumento para a realização da dignidade da pessoa (em que pese divergência a respeito de alguns pontos, que ora deixamos de enfrentar) v. o recente e qualificado estudo de C. Sabbag, *Orçamento e Desenvolvimento*, Campinas: Millenium, 2006.

⁴²⁹ R. G. Leal, “O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil: possibilidades materiais”, in: I. W. Sarlet (Org.), *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, vol. I, Tomo I, p. 157 e ss, bem lembra a existência de políticas públicas constitucionais vinculantes.

jurídica”.⁴³⁰ 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 órgãos jurisdicionais. Nesta seara, embora já se tenham verificado expressivos avanços, seja em termos doutrinários, seja no plano jurisprudencial,⁴³¹ há que seguir investindo significativamente.

No presente contexto, onde nos movemos no campo da “dimensão jurídica” da reserva do possível, visto que em causa estão aspectos ligados a obstáculos em termos orçamentários, entre outras, é que se percebe ser incontornável o recurso, em boa parte das hipóteses, ao já apresentado – pelo menos em seus traços essenciais e ressalvada a variedade de abordagens existentes sobre o tema⁴³² – modelo da ponderação, vinculado ao necessário contraste entre princípios e regras de objeto e mesmo hierarquia (pois há muitas vezes aspectos regrados tanto em nível constitucional quanto legal) diversos. Com efeito, como já tem sido referido, sem pretensão de exaurirmos as possibilidades, há que enfrentar tanto a solução dos problemas ligados ao conflito entre os princípios democrático e da separação de Poderes, quanto conflitos entre os próprios direitos sociais, questões ligadas à reserva legal, disposições orçamentárias, estrutura do Estado (distribuição de competências administrativas, legislativas e mesmo judiciárias), dentre outras. Que as – em parte justificadas – críticas endereçadas à ponderação não possuem o condão de deslegitimar a sua aplicação, visto que o que está em causa, no mais das vezes, é a correta (mas nem sempre bem posta) motivação de reduzir o voluntarismo judicial, injetando a necessária racionalidade no processo e aperfeiçoando a possibilidade de controle das decisões, entre outros pontos a serem considerados, com destaque para a obtenção de respostas constitucionalmente consistentes.⁴³³ Neste contexto, a afirmativa corrente de que a preponderância dos direitos fundamentais, notadamente naquilo que está em causa o mínimo existencial, segue sendo o mote a pautar as opções por parte dos atores estatais (não apenas, mas também o poder judicial) é de ser aplaudida como a posição mais adequada, mas também é certo que tal diretriz, como também tem sido enfatizado em julgados do Supremo Tribunal Federal,⁴³⁴ reclama a devida concretização à luz do contexto nor-

⁴³⁰ Cf. E. R. Grau, “Realismo e Utopia Constitucional”, in: F. L. X. Rocha; F. Moraes (Coord.), *Direito Constitucional Contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Bonavides*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 125.

⁴³¹ Aqui remetemos, para evitar mera repetição, ao conjunto de títulos e exemplos da jurisprudência colacionados ao longo de todo este segmento da obra.

⁴³² Explorando uma série de questões atuais e polêmicas vinculadas ao tema, v. em especial I. W. Sarlet e L. B. Timm (Org.), *Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, reunindo um conjunto expressivo de contribuições de diversos autores e a partir de diversas perspectivas.

⁴³³ Neste sentido, bem explorando o tema, ainda que aqui não se esteja a adiantar posição pessoal conclusiva a respeito das posições esgrimidas, em especial para a tese da existência de uma resposta correta, v. L. L. Streck, em ensaio que ostenta o sugestivo título “A Constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas”, in: 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora?, *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte e Porto Alegre, 2008, p. 273 e ss., sintetizando algumas das principais posições advogadas na sua impactante obra *Verdade e Consenso*, 2007.

⁴³⁴ Cf., por exemplo, no âmbito da Suspensão de Tutela Antecipada 268-9/RS, Min. Gilmar Mendes, j. em 22.10.08, onde foi assegurado o pleito veiculado contra o poder público. A título de contraponto e com base na mesma linha de argumentação, mas levando em conta as peculiares circunstâncias do caso, v. a decisão proferida na Suspensão de Tutela Antecipada 228-7, Ceará, Min. Gilmar Mendes, j. em 14.10.08, onde houve deferimento parcial do pedido

mativo e fático, além de exigir a construção de parâmetros (a posição preferencial do mínimo existencial ou da tutela coletiva constituem dois bons exemplos) que possam auxiliar no processo, dos quais alguns já foram referidos, não sendo nossa pretensão apresentar um inventário minucioso de todas as possibilidades e sua respectiva sistência, procedendo à sua análise crítica individualizada.

Em que pese a relevância e a adoção generalizada da noção (e critério para ponderação) do mínimo existencial, convém apenas registrar que não se trata de critério imune a importantes críticas e que por si só não afasta algumas perplexidades. Com efeito, além dos problemas (já referidos) decorrentes da identificação do mínimo existencial com o núcleo essencial dos direitos fundamentais, em particular dos direitos sociais, segue sendo discutível até que ponto caberá aos órgãos judiciais a tarefa de decidir sobre o conteúdo definitivo do mínimo existencial, notadamente como aquilo que não pode ser subtraído ou o que deve ser obrigatoriamente disponibilizado pelo Estado ao cidadão. Quanto mais aberta a compreensão do mínimo existencial, vinculada a uma noção aberta e mesmo generosa de dignidade humana, maior a dimensão do problema, pois sempre poderá alguém entender que a opção legislativa em estabelecer um nível determinado de prestações sociais viola não satisfaz o mínimo existencial. Assim, se parece legítimo afirmar que a dignidade (assim como o mínimo existencial e o núcleo essencial dos direitos fundamentais) está subtraída à completa disposição por parte do legislador, operando aqui como trunfo contra a maioria, também é verdade que, em termos gerais, e no direito comparado é esta mesma a visão que predomina, é legislador quem deverá definir o conteúdo das prestações sociais, mesmo as que dizem respeito a um mínimo existencial, reservando-se aos órgãos jurisdicionais, com destaque para a jurisdição constitucional, uma competência de controle e intervenção, em princípio de caráter excepcional,⁴³⁵ embora nem sempre a violação dos deveres de proteção estatal nessa seara seja a exceção, situação que inevitavelmente conduz a uma maior pressão sobre os atores judiciais.

Importante é que se tenha presente que a busca da máxima efetividade dos direitos fundamentais, em especial quando na esfera da ponderação e no caso do controle jurisdicional das políticas públicas e da efetivação dos direitos sociais (é preciso lembrar que direitos sociais na condição de direitos subjetivos não se confundem, como já tivemos oportunidade de enfatizar, com a figura das políticas públicas, embora as políticas públicas, em parte, objetivam a efetividade dos direitos sociais), por mais que deva levar em conta aspectos ligados ao princípio e dever de eficiência, não pode, em hipótese alguma, ser reduzida a uma análise de custo-benefício pautada por

de suspensão da tutela, para o efeito de excluir a cominação de multa imposta ao poder público, assim como, já no sentido do deferimento da suspensão, portanto, assegurando a prevalência, no caso, das razões invocadas pelo poder público, a decisão na Suspensão de Tutela Antecipada nº 241-7/Rio de Janeiro, Min. Gilmar Mendes, 10.10.2008, que, diversamente dos dois outros casos, que versavam sobre prestações na área da saúde, dizia respeito a prestações no âmbito do ensino público. Não sendo o caso aqui de avaliar a correção das decisões do Supremo, o que importa destacar é a saudável tendência – que não afasta objeções importantes em relação a uma série de julgados – de a nossa Corte Constitucional buscar levar a sério a tarefa de pautar as soluções pela apreciação diferenciada das circunstâncias do caso, expondo as razões de decidir e oportunizando o seu controle e crítica.

⁴³⁵ Essa a solução preconizada, por exemplo, pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, mesmo na sua última importante decisão sobre a matéria, de 09.02.10, ao analisar a constitucionalidade da reforma na legislação social alemã (a legislação conhecida como Harz IV), reafirmando a condição do mínimo existencial como direito e garantia vinculada à dignidade humana e indisponível ao Estado e cidadão, mas reafirmando também a primazia do legislador na fixação do conteúdo do mínimo existencial, dentre outros aspectos dignos nota que aqui não serão apontados.

uma lógica utilitarista, refém de determinados modelos de análise econômica.⁴³⁶ Para além da preservação de tais modelos (a despeito de importantes contribuições para um melhor desempenho na realização dos fins estatais, em especial na esfera da proteção e promoção dos direitos fundamentais) não podem ser pura e simplesmente escamoteadas, questões que, todavia, não constituem o objeto de nosso estudo.⁴³⁷

De outra banda, conectado com a reserva do possível e com a distribuição das competências no campo do sistema estatal e comunitário 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. 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.⁴³⁸ Neste sentido, ainda na esteira da lição de Neuner, o princípio da subsidiariedade assegura simultaneamente um espaço de liberdade pessoal e fundamenta uma “primazia da autoresponsabilidade”, que implica, para o indivíduo, um dever de zelar pelo seu próprio sustento e o de sua família.⁴³⁹ Já à luz destas 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 dos encargos no âmbito da efetivação de padrões mínimos de justiça social entre os órgãos estatais e a sociedade, o que, consoante bem lembra Rogério Gesta Leal, abarca a responsabilidade da família, dos pais (em relação aos filhos) e dos filhos em relação aos pais, no sentido de uma corresponsabilidade social.⁴⁴⁰ De outra parte, o princípio da subsidiariedade, compreendido (também) no sentido de uma exigência do exercício efetivo da autonomia e na cobrança de pelo menos uma corresponsabilidade pessoal (que, por óbvio, deverá observar os critérios da proporcionalidade) 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 guarda conexão com o princípio da solidariedade,⁴⁴¹ mas também com um dever de sustentabilidade, com particular

⁴³⁶ Sobre o tema, v., entre nós e em especial, P. Caliendo, *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito*, p. 208 e ss.

⁴³⁷ Sobre o tema, confira-se, dentre outros, em especial P. Caliendo, *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito*, especialmente capítulos 1 a 4, oferecendo uma excelente visão geral do problema (embora enfatizando a perspectiva da Justiça Fiscal e da Tributação) e apresentando uma análise crítica, assim como os instigantes ensaios de P. M. Pinto, “Sobre a alegada “superação” do Direito pela análise econômica”, in: *O Direito e o Futuro e o Futuro do Direito*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 169-211 (onde, embora a utilização de exemplos do Direito Privado, se encontram sólidos argumentos em relação aos limites da aplicação da Análise Econômica na seara jurídica) e A. de Moraes da Rosa, “O giro econômico do direito ou o novo e sofisticado caminho da servidão: para uma nova gramática do direito democrático do Século XXI”, in: *O Direito e o Futuro e o Futuro do Direito*, cit., p. 223-234 (analisando o tema já de outro ângulo, em especial, no contexto de uma crítica ao assim chamado neoliberalismo e pela perspectiva da hermenêutica filosófica).

⁴³⁸ Cf. J. Neuner, “Los Derechos Humanos Sociales”, p. 254-255.

⁴³⁹ Cf. J. Neuner, “Los Derechos Humanos Sociales”, p. 255.

⁴⁴⁰ Cf. R. G. Leal, *Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais*, op. cit., p. 159 e ss.

⁴⁴¹ Sobre o princípio de solidariedade, v., no direito brasileiro, por último, A. da Silva Cardoso, *Princípio da Solidariedade. O Paradigma Ético do Direito Contemporâneo*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010.

relevância para os sistemas de seguridade social,⁴⁴² sem desconsiderar que a sustentabilidade coloca desafios particularmente complexos na esfera dos direitos fundamentais, já que implica, numa perspectiva multidimensional, a consideração de diferentes aspectos e mesmo a existência de concorrências e conflitos entre direitos.⁴⁴³

No que diz com a atuação do Poder Judiciário, não há como desconsiderar o problema da sua prudente e responsável autolimitação (do assim designado *judicial self restraint*), evidentemente em sintonia com a sua já afirmada e pressuposta 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) fundamentais.⁴⁴⁴ Tal atuação, por sua vez, não poderá descuidar (e neste ponto não há como dispensar uma contribuição dos demais atores políticos e sociais, como é o caso do Ministério Público, das agências reguladoras, dos Tribunais de Contas) de questões como o combate à corrupção, o desperdício das verbas públicas, a racionalidade do sistema tributário e a destinação dos recursos orçamentários,⁴⁴⁵ a cruzada contra a sonegação e a informalização da economia, entre outros tantos problemas correlatos, que, caso não devida e urgentemente equacionados, seguirão impedindo um nível pelo menos razoável de efetividade aos direitos fundamentais. É neste contexto que assumem relevo os princípios da moralidade e 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 (portanto sempre proba e moralmente vinculada) administração.

Ainda nesse contexto, cada vez mais se percebe que o devido processo orçamentário e financeiro (incluindo aqui uma fixação de prioridades afinada com os objetivos fundamentais do artigo 3º da CF, e com a meta constitucional de assegurar a todos uma vida digna), bem como a necessidade de embutir mecanismos de vinculação dos órgãos estatais no que diz com a efetiva e eficaz execução do orçamento, ainda mais onde presentes critérios expressos estabelecidos pela constituição, há de ser privilegiado, inclusive como meio para transformar as noções do custo dos direitos e da assim chamada reserva do possível em algo produtivo (e não mero obstáculo ao controle judicial e exigibilidade por parte do cidadão) especialmente para a efetividade dos direitos fundamentais.⁴⁴⁶

⁴⁴² Sobre o tópico, v., por todos, J. C. Loureiro, *Adeus ao Estado Social*, Coimbra: 2010, p. 192 e ss.

⁴⁴³ V., no campo da produção monográfica brasileira dedicada ao tema da sustentabilidade, Juares Freitas, *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*, Belo Horizonte: Fórum, 2011, advogando uma noção multidimensional da sustentabilidade.

⁴⁴⁴ Sobre o tema, v. a imprescindível contribuição de C. A. Mello, *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2004.

⁴⁴⁵ V., em caráter ilustrativo e bem enfocando o tópico pelo prisma da receita pública, o ensaio de F. F. Scalf, "Direitos Humanos e a Desvinculação das Receitas da União – DRU", in: *Tributos e Direitos Fundamentais*, 2004, p. 623-79. Do mesmo autor, v. também "Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos", in: *Revista Interesse Público*, nº 32, julho/agosto 2005, p. 213 e ss., explorando igualmente a questão orçamentária, bem como a recente coletânea versando sobre o tema *Constitucionalismo, Tributação e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, contendo diversas contribuições discutindo as possibilidades e limites da tributação, inclusive como fator de realização dos direitos humanos e fundamentais.

⁴⁴⁶ Sobre o tópico, v., por todos, E. B. F. de Mendonça, *A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil*, cit., p. 223 e ss.

As observações precedentes, assim como a já apontada necessidade de interação entre o Poder Judiciário, outros órgãos estatais e a sociedade civil, apontam para a oportunidade das concepções que propõe a instauração de uma espécie de diálogo institucional,⁴⁴⁷ que, embora não possa, no nosso sentir, justificar uma exclusão do controle judicial, à feição de uma nova doutrina da separação dos Poderes, apresenta a face positiva, desde que bem manejado, de, mediante o aproveitamento máximo das capacidades institucionais de cada ator envolvido, auxiliar na promoção da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Cumpre registrar, todavia, de que se cuida, de certo modo, de dar cumprimento ao dever de cooperação entre os órgãos estatais. Além disso, o argumento da incapacidade institucional do Poder Judiciário e dos Juízes de avaliarem na seara das políticas públicas, tomadas pelo legislador e dos órgãos e seus respectivos agentes é sempre relativa, visto que parte da noção de que dominam a matéria sobre a qual decidem ou se municiam de relatórios e informações técnicas sempre idôneas obtidas de terceiros (coisa que peritos colocados à disposição dos Juízes também podem resolver em muitos casos), seja pelo fato de que mesmo com todo aparato técnico disponível, a decisão política não raras vezes pende para a solução tecnicamente menos consistente (e por esta razão mesmo juridicamente ilegítima, quando a menor consistência técnica viola regras e princípios legais ou constitucionais), de tal sorte que necessária a intervenção do Poder Judiciário.⁴⁴⁸ O fato é que não se está a refutar uma especial capacidade (vinculada ao seu particular desenho institucional) de cada órgão estatal e a circunstância de que, em princípio, se há de respeitar tal condição, mas sim, a afirmar que isto não poderá, por si só, ser tido como um obstáculo à intervenção jurisdicional.

Especialmente no que diz com a esfera específica dos direitos sociais prestacionais, cabe lembrar aqui a já relativamente antiga, mas nem por isso desatualizada exortação ao bom-senso formulada pelo jurista suíço Wildhaber, que, ao salientar a necessidade de abstrair dos direitos sociais o seu cunho emocional e ideológico, ressalta que, se os direitos sociais não são nenhuma solução imediata e pré-fabricada para os problemas com os quais constantemente nos deparamos na busca da igualdade e da justiça, também não constituem uma ameaça de natureza totalitária e desintegradora às liberdades e à Constituição do Estado de Direito, impondo-se, de tal sorte, a busca do meio-termo e da justa medida.⁴⁴⁹

Ainda nesta quadra da exposição, convém destacar que os direitos fundamentais de modo geral, a despeito de sua dimensão jurídico-normativa, essencialmente vinculada ao fato de serem postulados de "dever ser", possuem o que Pérez Luño

⁴⁴⁷ Cf., em especial, D. Sarmento, "A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos", in: *Direitos Sociais*, p. 580 e ss.; bem como C. P. Souza Neto, "A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros", in: *Direitos Sociais*, p. 546.

⁴⁴⁸ Colacionando bons argumentos em relação à objeção da incapacidade técnica ou institucional do Poder Judiciário, v. G. Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías*, p. 90 e ss.

⁴⁴⁹ Cf. L. Wildhaber, in: *GS für Imboden*, p. 390. Segue o texto original em alemão para que se possa conferir a tradução livre efetuada: "Es ist notwendig, den Begriff der sozialen Grundrechte zu entideologisieren, zu entemotionalisieren. Soziale Grundrechte sind einesteils keine Patent- und Sofortlösung für die Probleme, und zu entemotionalisieren. Soziale Grundrechte sind einesteils keine Patent- und Sofortlösung für die Probleme, welche die Forderung nach Gleichheit und Gerechtigkeit uns stets wieder aufgibt. Sie sind andernteils auch nicht eine totalitäre, freiheitsgefährdende und verfassungszersetzende Bedrohung des sozialen Rechtsstaats. Es gilt, das rechte Mass und die Mitte zu finden".

denominou de "irrenunciável dimensão utópica", visto que contém um projeto emancipatório real e concreto.⁴⁵⁰ Entre nós, igualmente reconhecendo uma perspectiva utópica e promocional dos direitos fundamentais, José Eduardo Faria, partindo da concepção de utopia como "horizonte de sentido", sustenta que a luta pela universalização e efetivação dos direitos fundamentais implica a formulação, implementação e execução de programas emancipatórios, que, por sua vez, pressupõe uma extensão da cidadania do plano meramente político-institucional para os planos econômico, social, cultural e familiar, assegurando-se o direito dos indivíduos de influir nos destinos da coletividade.⁴⁵¹

Seguindo no âmbito de uma dimensão utópica dos direitos fundamentais, assume-se a parcial correção da observação de Flávio Galdino, no sentido de que a nossa posição se enquadra de algum modo naquilo que o autor designou de "modelo teórico da utopia", já que, embora admitamos a relevância do fator custo (reserva do possível) sustentamos, por outro lado, que este não poderá impedir, em determinadas circunstâncias, o reconhecimento – inclusive via judicial – de um direito subjetivo de cunho prestacional.⁴⁵² Com efeito, se adotamos o entendimento de que as utopias representam (não só, mas também e especialmente) "horizontes de sentido", neste sentido efetivamente firmamos convicção no concernente a uma dimensão utópica de todos os direitos fundamentais. Se afirmar que os direitos a prestações podem ser (e devem ser) tomados também como direitos subjetivos definitivos, especialmente quando em causa o mínimo existencial é utópico, no sentido de concretamente inviável e até mesmo ingênuo, assumimos e afivelamos conscientemente também esta "máscara". Que os exemplos já colacionados, inclusive as experiências jurisprudenciais, todavia impõe no mínimo um questionamento deste caráter utópico do modelo teórico e prático advogado, deveria ser também objeto de maior digressão, que, contudo, aqui não iremos empreender.

Mesmo na sua inafastável (mas jamais exclusiva e destituída de eficácia e aplicabilidade direta) dimensão programática, os direitos fundamentais, notadamente os sociais, não precisam necessariamente constituir um instrumento de manipulação ou uma mera ilusão, tal qual sustentou, entre nós, Marcelo Neves,⁴⁵³ mas exercem – de acordo com a lição de Andreas Krell – uma função sugestiva, apelativa, educativa e conscientizadora, que não pode ser desconsiderada.⁴⁵⁴ Para encerrar este segmento, cremos ser possível afirmar que os direitos fundamentais – de modo particular os

⁴⁵⁰ Cf. A. E. Pérez Luño, "Derechos Humanos y Constitucionalismo en la Actualidad", in: *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, p. 15.

⁴⁵¹ Cf. J. E. Faria, "Democracia e Governabilidade: os Direitos Humanos à Luz da Globalização Econômica", p. 154 e ss.

⁴⁵² Cf. F. Galdino, *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*, p. 188, nota de rodapé nº 21.

⁴⁵³ Cf. M. Neves, *A Constitucionalização Simbólica*, p. 37 e ss. Com isto, todavia, não estamos a desconsiderar o fato (bem demonstrado pelo ilustre autor) de que a positivação de um extenso catálogo de direitos fundamentais, especialmente na seara dos direitos sociais, não tenha servido – em algumas hipóteses (inclusive entre nós) como instrumento de manipulação da sociedade. Discutindo esta e outras teses do ilustre jusfilósofo pernambucano, vale conferir o ensaio de G. Bercovici, "Constituição e Superação das Desigualdades Regionais", in: E. R. Grau e W. S. Guerra Filho (Org.), *Direito Constitucional; estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, p. 104 e ss., lembrando, na esteira de Marcelo Neves, que um dos problemas enfrentados hoje no Brasil, no que concerne à efetividade da Constituição, é a "deturpação do texto constitucional no processo de concretização", deturpação esta que o articulista atribui, com razão, aos órgãos do Poder Judiciário, muito embora não possamos concordar inteiramente com a parcela de responsabilidade conferida à jurisdição constitucional brasileira.

⁴⁵⁴ Cf. A. Krell, *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 28.

sociais – não constituem mero capricho, privilégio ou liberalidade, engendrados que foram (no caso dos direitos sociais a prestações) no contexto de um constitucionalismo dirigente "fracassado e superado",⁴⁵⁵ mas sim, premente necessidade, já que a sua desconsideração e ausência de implementação fere de morte os mais elementares valores da vida e da dignidade da pessoa humana, em todas as suas manifestações, além de conduzir – tal como com lucidez adverte Paulo Bonavides – a uma lamentável, mas cada vez menos contornável e controlável, transformação de muitos Estados Democráticos de Direito em verdadeiros "estados neocoloniais".⁴⁵⁶

3.5. A vinculação do poder público e dos particulares aos direitos fundamentais

3.5.1. Considerações preliminares

A problemática da vinculação dos poderes públicos e das entidades privadas aos direitos fundamentais encontra-se estreitamente ligada ao tema da eficácia e aplicabilidade, já que a vinculatividade dos direitos fundamentais constitui precisamente uma das principais dimensões da eficácia. Na medida em que o princípio da aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da CF) diz respeito a todas as normas de direitos fundamentais, independentemente de sua função (direitos a prestações ou direitos de defesa) e da forma de sua positivação, o problema da eficácia vinculativa será abordado de forma genérica, considerando-se, todavia, as especificidades das diversas categorias de direitos fundamentais. Cumpre ressaltar que também esta matéria oferece terreno fértil para desenvolvimentos, de tal sorte que cada item poderia (como, de fato, já tem ocorrido) ser objeto de extensa monografia, pela diversidade de aspectos que suscita. Por outro lado, há que fazer a advertência de que alguns dos aspectos a serem referidos já foram objeto de menção nos itens antecedentes, ainda que em outro contexto. Considerando, porém, que o problema da vinculatividade das normas de direitos fundamentais suscita questionamentos específicos, reclamando, além disso, sistematização própria, algumas repetições tornar-se-ão inevitáveis, especialmente

⁴⁵⁵ A respeito deste tópico, notadamente a partir da revisão substancial (mas não integral) levada a efeito por Gomes Canotilho no que diz com boa parte das premissas lançadas na sua tese de doutoramento sobre a "Constituição Dirigente e a Vinculação do Legislador" (1982), também referida várias vezes ao longo do nosso texto, remetemos à discussão que se tem travado entre nós, designadamente entre os que de há muito combatiam a tese de um constitucionalismo programático-dirigente (como é o caso de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, apenas para citar um dos autores mais ilustres desta corrente) e os que seguem sustentando, em linhas gerais, as teses iniciais do influente Catedrático de Coimbra, por considerar que a Constituição de 1988 (ao contrário da Constituição Portuguesa de 1976) continua a se caracterizar como expressão de um Estado democrático e social de Direito, não havendo como renunciar ao cunho vinculante e, neste sentido, necessariamente dirigente da atuação estatal, de todas as normas constitucionais, inclusive (e especialmente) as que versam sobre direitos sociais. Justamente por nos filiar-mos a esta segunda corrente (muito embora reconhecendo alguns pontos a serem revistos e ajustados) é que optamos por colocar os termos fracassado e superado (vinculados à Constituição dirigente) entre aspas, já que seguimos convictos, na esteira de autores como G. Bercovici, "A Problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro," in: RIL nº 142 (1999), p. 44 e ss., que o constitucionalismo dirigente continua a cumprir um papel de relevo entre nós. Com efeito, importa aprofundar a reflexão sobre o tema, de modo a lançar os fundamentos daquilo que L. L. Streck, em alentada e indispensável contribuição sobre o tema (*Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, especialmente p. 59 e ss.) sugestivamente designou de um constitucionalismo dirigente adequado aos países periféricos. Ainda sobre a discussão a respeito da "morte ou vida" da Constituição dirigente v. o debate reproduzido na coletânea organizada por J. N. de Miranda Coutinho, *Canotilho e a Constituição Dirigente*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁴⁵⁶ Cf. P. Bonavides, *Do País Constitucional ao País Neocolonial*, especialmente p. 19 e ss.