

Os direitos fundamentais sociais e os vinte anos da Constituição Federal de 1988: resistências e desafios à sua eficácia e efetividade

Ingo Wolfgang Sarlet

1 Considerações preliminares: os direitos fundamentais sociais no contexto da Constituição de 1988 e os principais desafios à sua efetivação – delimitando o tema e o objeto da investigação

Avaliar se a trajetória existencial da nossa Constituição Federal, transcorridos já praticamente vinte anos de sua promulgação, tem sido marcada por mais sucessos do que derrotas, se é que é possível proceder a tal julgamento com um mínimo de objetividade e eficácia, certamente constitui um dos desafios que, pelo menos em parte e em relação a alguns dos pontos mais relevantes, a obra na qual se insere o presente texto tem a pretensão de enfrentar. Que os direitos fundamentais em geral e os direitos sociais em particular ocuparam, tanto por ocasião das discussões travadas no âmbito do processo Constituinte, quanto no próprio texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988, uma posição de destaque sem precedentes no contexto da história constitucional brasileira e, em se lançando um olhar sobre o direito comparado, mesmo em relação a outras ordens constitucionais, certamente não haverá de ser contestado seriamente. Não apenas em termos quantitativos, ou seja, no que diz respeito ao número expressivo de direitos sociais expressa e implicitamente consagrados pela Constituição, mas também em termos qualitativos, considerando especialmente o regime jurídico qualificado dos direitos sociais, a Assembléia Constituinte de 1988 foi extremamente receptiva aos direitos sociais, o que não significa, como já há algum tempo bem advertiu Lenio Streck, que com o advento da nossa atual Constituição as promessas da modernidade tenham sido efetivamente cumpridas entre nós.¹

Além disso, também nos parece certo afirmar que, passada a fase de maior ufanismo em relação ao que seria batizado como sendo uma “Constituição-Cidadã”, logo principiaram a ser tecidas uma série de críticas e oferecidas fortes resistências, boa parte das quais já formulada e constatável mesmo antes da promulgação da nossa Lei Fundamental, ainda mais naquilo que se cuida de objeções comuns a todos os que – e aqui nos limitamos aos direitos sociais – questionam desde a própria constitucionalização de tais direitos sociais (compreendendo que, no todo ou em parte, a depender da tese esgrimida, sequer deveriam estar na Constituição!) ou, embora admitam a possibilidade de ter tais direitos previstos no texto constitucional, refutam a sua plena eficácia jurídica ou mesmo pretendem impor rigorosas limitações à sua efetividade. De outra parte, resulta evidente que a mera previsão de direitos sociais nos textos constitucionais, ainda que acompanhada de outras providências, como a criação de um sistema constitucional de garantias institucionais, procedimentais, ou mesmo de outra natureza, nunca foi o suficiente para, por si só, neutralizar as resistências da mais variada natureza e impedir um maior ou menor déficit de efetividade dos direitos sociais, notadamente no que diz respeito aos padrões de bem-estar social e econômico vigentes. Saber em que medida os direitos sociais, a despeito do regime jurídico que lhes foi atribuído pela Constituição (em que pese a controvérsia sobre qual exatamente é o regime jurídico dos direitos sociais), de fato representam mais do que manifestação de um constitucionalismo simbólico, já seria matéria mais do que suficiente para ocupar bem mais do que uma coletânea como esta e, por certo, não haveria como ser suficientemente discutido nos limites deste breve ensaio. Todavia, embora não seja o nosso propósito discorrer sobre o

constitucionalismo simbólico,² não há como desconsiderar que o tema guarda íntima vinculação com o problema das resistências aos direitos sociais e em particular à sua efetividade, objeto precípuo do nosso trabalho.

Mesmo ficando apenas no terreno das resistências (e, portanto, desafios a serem enfrentados!) à eficácia e efetividade dos direitos sociais, prescinde de maior esforço reflexivo a constatação de que o tema constitui uma fonte praticamente inesgotável de tópicos e problemas a serem mapeados e analisados. Assim, ainda mais em função dos limites físicos do artigo, não faremos nem uma, nem outra coisa: não iremos sequer buscar um levantamento mais preciso dos diversos aspectos que obstaculizam, de alguma maneira significativa, a efetividade dos direitos sociais, nem é a nossa pretensão, mesmo quanto aos aspectos selecionados, esgotar, em termos qualitativos, a análise. Aliás, mesmo se assim o quiséssemos não nos seria possível empreender com êxito tal tarefa nos estreitos limites de um artigo. O que nos move, em primeiro plano, é a vontade de identificar alguns dos problemas centrais vinculados à teoria e prática dos direitos sociais no âmbito do sistema constitucional pátrio, pinçando algumas dessas resistências e desafios, notadamente em relação à sua eficácia e efetividade, procedendo, em relação a cada uma delas, a uma análise que possa, de algum modo, contribuir para um balanço e desenvolvimento do debate em torno do tema. Certo é que ao fim destes quase vinte anos, estamos em boas condições de realizar tal tarefa. Com efeito, tanto a passagem do tempo, quanto a farta produção científica surgida desde então, somada à trajetória da jurisprudência, mas também o conjunto de políticas públicas criadas, a legislação infraconstitucional que regulamenta e concretiza os projetos sociais e os próprios direitos sociais da Constituição, assim como os inúmeros indicadores sociais e econômicos, revelam que material não nos falta para isso.

Assim, procedendo a uma seleção de aspectos a serem abordados, iniciaremos pela breve análise do que podemos designar de uma resistência ou objeção fundamental, visto que estamos a tratar da resistência à própria condição de direitos fundamentais dos direitos sociais, a despeito de assim terem sido designados no texto constitucional. Umbilicalmente ligadas a este aspecto, situam-se as objeções ao regime jurídico dos direitos fundamentais sociais, resistências que abrangem desde a negação de sua plena eficácia jurídica à refutação de sua proteção contra a ação do poder de reforma da Constituição ou contra outras medidas legislativas e administrativas que venham a afetar de algum modo os direitos sociais, no âmbito mais amplo daquilo que tem sido designado de uma proibição de retrocesso social. Na seqüência, situados já no plano da efetivação dos direitos sociais, abordaremos alguns pontos polêmicos vinculados à problemática do assim designado "custo dos direitos" e da polêmica reserva do possível, especialmente no que diz respeito às resistências em aceitar o controle dos atos legislativos e administrativos com base nos direitos sociais e a possibilidade de fazer valer a sua condição de direitos subjetivos.

2 Os direitos sociais são (na Constituição Federal de 1988!) direitos fundamentais

Embora aparentemente estejamos diante de uma obviedade, o fato de existirem segmentos da doutrina, ainda que bem intencionados e mesmo amparados em argumentos de relevo, que estejam negando a condição de autênticos direitos fundamentais dos direitos sociais (existe até quem negue a própria existência de direitos sociais!)³ torna oportuna a lembrança de que ao se tratar de direitos fundamentais na Constituição não há como abrir mão de uma perspectiva

dogmático-jurídica (mas não formal-positivista) da abordagem, reafirmando-se, de tal sorte, a necessidade de uma leitura constitucionalmente adequada da própria fundamentação (inclusive filosófica) tanto da fundamentalidade quanto do conteúdo dos direitos sociais. De outra parte, é a nossa Constituição (doravante citada como CF) e não outra – o que é bom sempre recordar! – que nos servirá como referencial, inclusive quanto aos compromissos expressa e/ou implicitamente firmados pelo Constituinte, seja no que diz com a aderência a determinadas concepções de Justiça, especialmente no que diz com a noção de justiça social (que foi expressamente inserida como objetivo a ser alcançado no âmbito da ordem econômica da Constituição, artigo 170), seja no concernente a determinada ordem de valores que, de acordo com concepção amplamente consagrada, encontra expressão também e acima de tudo por meios dos direitos fundamentais.⁴

Uma primeira constatação que se impõe e que resulta já de um superficial exame do texto constitucional, é a de que o Poder Constituinte de 1988 acabou por reconhecer, sob o rótulo de direitos sociais, um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais), o que, sem que se deixe de admitir a existência de diversos problemas ligados a uma precária técnica legislativa e sofrível sistematização (que, de resto, não constituem uma particularidade do texto constitucional) acaba por gerar conseqüências relevantes para a compreensão do que são, afinal de contas, os direitos sociais como direitos fundamentais. Neste sentido, verifica-se, desde logo e na esteira do que já tem sido afirmado há algum tempo entre nós, que também os direitos sociais (sendo, ou não, tidos como fundamentais) abrangem tanto direitos prestacionais (positivos) quanto defensivos (negativos), partindo-se aqui do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito, bem como da circunstância de que os direitos negativos (notadamente os direitos à não-intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição) apresentam uma dimensão “positiva” (já que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade) ao passo que os direitos a prestações (positivos) fundamentam também posições subjetivas “negativas”, notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, de entidades sociais e também de particulares.⁵ Que tais constatações não podem ter o condão de tornar obsoleta e equivocada a possível classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações – muito embora assim tenha sido sustentado por alguns – afigura-se como evidente. Isto, especialmente em se tendo presente a distinção entre texto (enunciado semântico) constitucional e norma jurídica (resultado da interpretação do texto), de acordo com o qual pode haver mais de uma norma contida em determinado texto, assim como normas sem texto expresso que lhe corresponda diretamente.⁶ Assim, a partir de um determinado texto há como extrair uma norma (ou normas) que pode (ou não) reconhecer um direito como fundamental e atribuir uma determinada posição jurídico-subjetiva (sem prejuízo dos efeitos jurídicos já decorrentes da dimensão objetiva) à pessoa (individual ou coletivamente), posição que poderá ter como objeto uma determinada prestação (jurídica ou fática) ou uma proibição de intervenção.⁷

Se os direitos sociais a prestações (segundo Alexy, os direitos a prestações em sentido estrito, no sentido de direitos subjetivos a prestações materiais vinculados aos deveres estatais do Estado na condição de Estado Social de Direito)⁸ também implicam direitos subjetivos negativos, também há que destacar que a Constituição de 1988, pelo menos de acordo com seu texto, incluiu no seu rol de direitos sociais, típicos direitos de caráter negativo (defensivo), como dão conta, entre outros, os exemplos do direito de greve, da liberdade de associação sindical, das proibições de discriminação entre os trabalhadores (direitos especiais de igualdade).

A partir disso, ao se empreender uma tentativa de definição dos direitos sociais adequada ao perfil constitucional brasileiro, percebe-se que é preciso respeitar a vontade expressamente enunciada do Constituinte, no sentido de que o qualificativo de social não está exclusivamente vinculado a uma atuação positiva do Estado na promoção e na garantia de proteção e segurança social, como instrumento de compensação de desigualdades fáticas manifestas e modo de assegurar um patamar pelo menos mínimo de condições para uma vida digna (o que nos remete ao problema do conteúdo dos direitos sociais e de sua própria fundamentalidade). Tal consideração se justifica pelo fato de que também são sociais (sendo legítimo que assim seja considerado) direitos que asseguram e protegem um espaço de liberdade ou mesmo dizem com a proteção de determinados bens jurídicos para determinados segmentos da sociedade, em virtude justamente de sua maior vulnerabilidade em face do poder estatal, mas acima de tudo social e econômico, como demonstram justamente os direitos dos trabalhadores.⁹

Tais ponderações, embora digam respeito ao universo abrangente e heterogêneo dos direitos sociais, não respondem por si só a pergunta a respeito de sua fundamentalidade e sobre o regime jurídico que a esta é inerente. Sem que se pretenda aqui arrolar as diversas objeções encontradas no seio da doutrina, é preciso, desde logo, afastar qualquer leitura reducionista, designadamente naquilo em que – equivocadamente – se afirma que sustentamos uma concepção estritamente formal de direitos fundamentais.¹⁰ Em primeiro lugar, afirmar que são fundamentais todos direitos como tais (como direitos fundamentais!) expressamente consagrados na Constituição não significa que não haja outros direitos fundamentais, até mesmo pelo fato de que se deve levar a sério a já referida cláusula de abertura (na condição de norma geral inclusiva)¹¹ contida no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal. Vale lembrar, nesta mesma perspectiva, que sempre – mesmo antes da inclusão do polêmico § 3º no artigo 5º da Constituição – defendemos, acompanhando a melhor doutrina,¹² a hierarquia constitucional e a fundamentalidade (neste caso “apenas” material, vez que não incorporados ao texto constitucional) dos direitos humanos consagrados nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Que neste ponto ainda há resistências a serem superadas, resulta evidente, visto que mesmo tendo abandonado a tese da paridade entre lei ordinária e tratado internacional (mesmo versando sobre direitos humanos), o nosso Supremo Tribunal Federal segue outorgando aos direitos previstos nos tratados internacionais hierarquia infraconstitucional (negando-lhes, portanto, a condição de verdadeiros direitos fundamentais), embora já reconheça que tais tratados devam prevalecer sobre qualquer norma infraconstitucional (legal) interna.

A sustentação da fundamentalidade de todos os direitos assim designados no texto constitucional (que alcança todo o Título II e, portanto, os direitos sociais do artigo 6º e os direitos dos trabalhadores), por sua vez, implica reconhecer pelo menos a presunção em favor da fundamentalidade também material desses direitos e garantias, ainda que possamos ter, a depender da orientação ideológica ou concepção filosófica professada, razões para questionar tal fundamentalidade. Mesmo para os direitos do Título II (que, reitera-se, não excluem outros, tanto fundamentais em sentido formal e material, quanto fundamentais em sentido apenas material) a posição adotada não está dissociada de critérios de ordem material, já que sem dúvida se cuida de posições que – independentemente de outras razões que possam justificar a fundamentalidade no plano material e axiológico – já de partida receberam no momento do pacto constitucional fundamentalmente a proteção e força normativa reforçada peculiar dos direitos fundamentais pela

relevância de tais bens jurídicos na perspectiva dos “pais” da Constituição (o que, aliás, aponta para uma legitimação democrática, procedimental e deliberativa, mas também substancial!),¹³ decisão esta que não pode pura e simplesmente ser desconsiderada pelos que (na condição de poderes constituídos!) devem assegurar a esses direitos fundamentais a sua máxima eficácia e efetividade.

Em síntese, firma-se aqui posição em torno da tese de que – pelo menos no âmbito do sistema de direito constitucional positivo nacional – todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais) ou dispersos pelo restante do texto constitucional ou mesmo que estejam (também expressa e/ou implicitamente) localizados nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil.¹⁴ Como corolário desta decisão hermenêutica em prol da fundamentalidade dos direitos sociais na ordem constitucional brasileira, e por mais que se possa, e, até mesmo (a depender das circunstâncias e a partir de uma exegese sistemática) por mais que se deva reconhecer possíveis diferenças de tratamento, os direitos sociais – por serem fundamentais, comungam – do regime pleno da dupla fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais. Aqui, todavia, verificam-se outras resistências, visto que, no todo ou em parte (mesmo dentre os que aceitam, em princípio, a tese da fundamentalidade dos direitos sociais) existe quem queira negar aos direitos sociais a aplicação do regime jurídico pleno assegurado pela Constituição aos direitos fundamentais. Este é precisamente o objeto do próximo segmento.

3 Algumas objeções ao pleno regime (jurídico!) da fundamentalidade em matéria de direitos sociais e sua necessária e possível superação

Dentre as principais objeções que a doutrina, ainda que minoritária, tem esgrimido em relação aos direitos sociais assume relevo a negação da aplicação do regime pleno da fundamentalidade que os direitos fundamentais em princípio receberam do Poder Constituinte e que tem sido objeto de desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial.

Para que se possa pelo menos tecer algumas considerações a respeito e refutar os principais argumentos manejados pelos que se opõe aos direitos sociais e lhes querem atribuir um regime jurídico mais débil em relação aos assim designados direitos individuais (ou direitos civis e políticos como preferem outros), é preciso lembrar que os direitos fundamentais somente podem ser considerados verdadeiramente fundamentais quando e na medida em que lhes é reconhecido (e assegurado) um regime jurídico privilegiado no contexto da arquitetura constitucional. Neste sentido, acabou sendo incorporada ao discurso constitucional brasileiro, até mesmo pelo fato de que o direito constitucional positivo assim o exige, a conhecida formulação de Robert Alexy ao enfatizar que os direitos fundamentais são posições jurídicas a tal ponto relevantes que o seu reconhecimento não pode ser pura e simplesmente colocado plenamente à disposição das majorias parlamentares simples.¹⁵ Também por esta razão, os direitos fundamentais – para que tenham assegurada uma posição preferencial e privilegiada – devem estar blindados contra uma supressão ou um esvaziamento arbitrário por parte dos órgãos estatais, em outras palavras, pelos poderes constituídos, além de terem sua normatividade plenamente garantida, o que implica o reconhecimento de uma dupla fundamentalidade formal e material.¹⁶ Alinhando-se à tradição

constitucional contemporânea, também a CF de 1988 aderiu a este modelo e, além de inserir os direitos fundamentais no seletor das assim designadas “cláusulas pétreas”, tornando-os limites materiais ao poder de reforma constitucional (artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF), afirmou que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis (artigo 5º, § 1º, da CF).¹⁷

O problema que se coloca é justamente a resistência em relação à aplicação desses elementos nucleares do regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais aos direitos sociais. Com efeito, tanto há quem diga que as normas de direitos sociais não se encontram abrangidas pelo disposto no artigo 5º, § 1º, da CF, quanto quem sustente que os direitos sociais não constituem limites materiais ao poder de reforma constitucional, por não expressamente referidos no artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF.

Voltando-nos desde logo ao primeiro aspecto, é possível partir da premissa de que a despeito da circunstância de que a localização topográfica do dispositivo poderia sugerir uma aplicação da norma contida no art. 5º, § 1º, da CF apenas aos direitos individuais e coletivos, o fato é que este argumento não corresponde sequer à expressão literal do dispositivo, que utiliza a formulação genérica “direitos e garantias fundamentais”, tal como consignada na epígrafe do Título II de nossa *Lex Suprema*, revelando que, mesmo em se procedendo a uma interpretação meramente literal, não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas em nossa Constituição. Em sentido contrário, houve inclusive quem propusesse uma “nova exegese” da norma contida no art. 5º, § 1º, sustentando a sua necessária interpretação restritiva quanto ao alcance (embora extensiva quanto à eficácia) já que o Constituinte “disse mais do que o pretendido”,¹⁸ advogando, por via de consequência, uma interpretação nitidamente inspirada em um peculiar e manifestamente equivocado “originalismo”, curiosamente ancorado numa “vontade do Constituinte” presumidamente contrária ao próprio teor literal do dispositivo.

Se optarmos por uma argumentação não embasada numa interpretação de viés eminentemente literal (textual), verificaremos que também uma interpretação sistemática e teleológica conduzirá aos mesmos resultados. Neste sentido, percebe-se, desde logo, que o Poder Constituinte Originário não pretendeu (e nem é possível presumir isso!) excluir, os direitos políticos, de nacionalidade do âmbito do art. 5º, § 1º, de nossa Carta, que, assim como os direitos sociais, integram o conjunto dos direitos cuja fundamentalidade foi expressamente afirmada na Constituição. Também não há como sustentar, no direito pátrio, a concepção lusitana (lá expressamente prevista na Constituição) de acordo com a qual a norma que consagra a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais abrange apenas os direitos, liberdades e garantias (Título II) que, em princípio, correspondem aos direitos de defesa, excluindo deste regime reforçado (e não apenas quanto a este aspecto) os direitos econômicos, sociais e culturais do Título III da Constituição da República Portuguesa.¹⁹ Parece evidente que a ausência de uma distinção expressa entre o regime dos direitos sociais e os demais direitos fundamentais, somada ao texto do § 1º do artigo 5º da CF, bem como sensível ao fato de que os direitos sociais são também direitos fundamentais deve prevalecer sobre uma interpretação notadamente forçada e amparada em critério meramente topográfico. Por estas razões, há como sustentar, a exemplo do que tem ocorrido no âmbito da doutrina hoje majoritária,²⁰ a aplicabilidade imediata (por força do art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental) de todas as normas de direitos fundamentais constantes do Título II da Constituição

(artigos. 5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais. É preciso enfatizar, que a extensão do regime material da aplicabilidade imediata aos direitos fora do catálogo não encontra qualquer óbice no texto constitucional, harmonizando, além disso, com a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrada, entre nós, no art. 5º, § 2º, da CF, que aqui não poderá ser analisado. Ademais, a ausência de vedação expressa, somada à *ratio* da norma que dá amparo ao reconhecimento de direitos fora do catálogo permite que se tenha por recepcionado, neste particular, o ponto de vista sustentado pela ampla maioria na doutrina lusitana, que justamente advoga o entendimento de que (além dos direitos sociais, econômicos e culturais, por expressamente excluídos do regime) todos os direitos, liberdades e garantias de natureza análoga, ainda que localizados fora do texto da Constituição, são diretamente aplicáveis.²¹

Já com relação à inclusão dos direitos fundamentais sociais no elenco dos limites materiais à reforma constitucional, em se tomando como ponto de partida o enunciado literal do artigo 60, § 4º, inc. IV, da CF, poder-se-ia afirmar – e, de fato, há quem sustente tal ponto de vista – que apenas os direitos e garantias individuais do artigo 5º da CF se encontram blindados contra a atuação do poder de reforma da Constituição. Caso fôssemos nos aferrar a esta exegese de cunho estritamente literal, teríamos de reconhecer que não apenas os direitos sociais (artigos 6º a 11), mas também os direitos de nacionalidade (artigos 12 e 13), bem como os direitos políticos (artigos 14 a 17, com exceção do direito de voto) estariam todos excluídos da proteção outorgada pela norma contida no artigo 60, § 4º, inc. IV, de nossa Lei Fundamental. Aliás, por uma questão de coerência, até mesmo os direitos coletivos (de expressão coletiva) constantes no rol do artigo 5º não seriam merecedores desta proteção. Já esta simples constatação indica que tal interpretação dificilmente poderá prevalecer. Caso assim fosse, alguns dos direitos essenciais de participação política (artigo 14), a liberdade sindical (artigo 8º) e o direito de greve (artigo 9º), apenas para citar alguns exemplos, encontrar-se-iam em condição inferior a dos demais direitos fundamentais, não compartilhando o mesmo regime jurídico reforçado, ao menos não na sua plenitude. Paradoxalmente, em se levando ao extremo este raciocínio, poder-se-ia até mesmo sustentar que apenas o mandado de segurança individual, mas não o coletivo, integra as “cláusulas pétreas”! Neste contexto, foi sustentado que o termo “direitos e garantias individuais”, utilizado no artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF, não se encontra reproduzida em nenhum outro dispositivo da Constituição, razão pela qual mesmo com base numa interpretação literal não se poderia confundir estes direitos individuais com os direitos individuais e coletivos do art. 5º de nossa Lei Fundamental.²²

Para os que advogam uma interpretação restritiva, abre-se, todavia, alternativa argumentativa. Com efeito, poder-se-á sustentar, ainda, que a expressão “direitos e garantias individuais” deve ser interpretada de tal forma, que apenas os direitos fundamentais equiparáveis aos direitos individuais do artigo 5º podem ser considerados “cláusula pétrea”. A viabilidade desta concepção esbarra na difícil tarefa de traçar as distinções entre os direitos individuais e os não-individuais. Mesmo se considerássemos como individuais apenas os direitos fundamentais que se caracterizam por sua função defensiva (especialmente os direitos de liberdade), concepção que corresponde à tradição no direito constitucional pátrio, teríamos de levar em conta a existência, nos outros capítulos do Título II da nossa Carta, de direitos e garantias passíveis de serem equiparados aos direitos de defesa, de tal sorte que as liberdades sociais (direitos sociais como direitos negativos) também se encontrariam ao abrigo das “cláusulas pétreas”. Também por esta razão, ainda mais à

míngua de um regime jurídico diferenciado expressamente previsto na Constituição, não nos parece possível excluir os direitos sociais do rol das assim chamadas “cláusulas pétreas”.

No direito constitucional brasileiro, a despeito dos argumentos já colacionados, há ainda quem sustente que os direitos sociais não podem em hipótese alguma integrar as “cláusulas pétreas” da Constituição pelo fato de não poderem (ao menos na condição de direitos a prestações) ser equiparados aos direitos de liberdade do artigo 5º. Além disso, argumenta-se que, se o Constituinte efetivamente tivesse tido a intenção de gravar os direitos sociais com a vedação da sua abolição, ele o teria feito, ou mencionando expressamente esta categoria de direitos no artigo 60, § 4º, inc. IV, ou referindo-se de forma genérica a todos os direitos e garantias fundamentais, mas não apenas aos direitos e garantias individuais.²³ Tal concepção e todas aquelas que lhe podem ser equiparadas esbarram, contudo, nos seguintes argumentos: a) a Constituição brasileira não traça qualquer diferença entre os direitos de liberdade (defesa) e os direitos sociais, inclusive no que diz com eventual primazia dos primeiros sobre os segundos; b) os partidários de uma exegese conservadora e restritiva em regra partem da premissa de que todos os direitos sociais podem ser conceituados como direitos a prestações materiais estatais, quando, em verdade, já se demonstrou que boa parte dos direitos sociais são equiparáveis, no que diz com sua função precípua e estrutura jurídica, aos direitos de defesa; c) para além disso, relembramos que uma interpretação que limita o alcance das “cláusulas pétreas” aos direitos fundamentais previstos no artigo 5º da CF acaba por excluir também os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, que igualmente não foram expressamente previstos no artigo 60, § 4º, inc. IV, de nossa Lei Fundamental²⁴.

Todas estas considerações revelam que apenas por meio de uma interpretação sistemática se poderá encontrar uma resposta satisfatória no que concerne ao problema da abrangência do artigo 60, § 4º, inc. IV, da CF. Que uma exegese cingida à expressão literal do referido dispositivo constitucional não pode prevalecer parece ser evidente. Como a inclusão dos direitos sociais (e demais direitos fundamentais) no rol das “cláusulas pétreas” pode ser justificada à luz do direito constitucional positivo é questão que merece análise um pouco mais detida. Já no preâmbulo de nossa Constituição encontramos referência expressa no sentido de que a garantia dos direitos individuais e sociais, da igualdade e da justiça constitui objetivo permanente de nosso Estado. Além disso, não há como negligenciar o fato de que nossa Constituição consagra a idéia de que constituímos um Estado democrático e social de Direito, o que transparece claramente em boa parte dos princípios fundamentais, especialmente no art. 1º, incisos I a III, assim como no artigo 3º, incisos I, III e IV. Com base nestas breves considerações, verifica-se, desde já, a íntima vinculação dos direitos fundamentais sociais com a concepção de Estado consagrada pela nossa Constituição, sem olvidar que tanto o princípio do Estado Social quanto os direitos fundamentais sociais, integram os elementos essenciais, isto é, a identidade de nossa Constituição, razão pela qual já se sustentou que os direitos sociais (assim como os princípios fundamentais) poderiam ser considerados – mesmo não estando expressamente previstos no rol das “cláusulas pétreas” – autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional.²⁵ Poder-se-á argumentar, ainda, que a expressa previsão de um extenso rol de direitos sociais no título dos direitos fundamentais seria, na verdade, destituída de sentido, caso o Constituinte, ao mesmo tempo, tivesse outorgado a estes direitos proteção jurídica diminuída.

Para além do exposto, verifica-se que todos os direitos fundamentais consagrados em nossa

Constituição (mesmo os que não integram o Título II) são, na verdade e em última análise, direitos de titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva. É o indivíduo que tem assegurado o direito de voto, assim como é o indivíduo que tem direito à saúde, assistência social, aposentadoria, etc. Até mesmo o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado (art. 225 da CF), em que pese seu habitual enquadramento entre os direitos da terceira dimensão, pode ser reconduzido a uma dimensão individual, pois mesmo um dano ambiental que venha a atingir um grupo dificilmente quantificável e delimitável de pessoas (indivíduos) gera um direito à reparação para cada prejudicado. Ainda que não se queira compartilhar este entendimento, não há como negar que nos encontramos diante de uma situação de cunho notoriamente excepcional, que em hipótese alguma afasta a regra geral da titularidade individual da absoluta maioria dos direitos fundamentais. Os direitos e garantias individuais referidos no artigo 60, § 4º, inc. IV, da nossa Lei Fundamental incluem, portanto, os direitos sociais e os direitos da nacionalidade e cidadania (direitos políticos).²⁶

Contestando esta linha argumentativa, Gustavo Costa e Silva, sustenta que a “dualidade entre direitos “individuais” e “sociais” nada tem a ver com a titularidade, remetendo, em verdade, à vinculação de uns e outros a diferentes estágios da formação do ethos do Estado constitucional,” no caso – tal como segue argumentando o autor – na circunstância de que os direitos individuais estão vinculados ao paradigma do estado liberal individualista, e não ao estado social, de cunho solidário²⁷. Todavia, ainda que se reconheça a inteligência da crítica, parece-nos que a resposta já foi fornecida, designadamente quando apontamos para o fato de que não é possível extrair da nossa Carta Magna um regime diferenciado – no sentido de um regime jurídico próprio – entre os direitos de liberdade (direitos individuais) e os direitos sociais, mesmo que entre ambos os grupos de direitos, especialmente entre a sua dimensão negativa e positiva, existam diferenças no que diz com o seu objeto e função desempenhada na ordem jurídico-constitucional. Além do mais, em momento algum nos limitamos a colacionar o argumento da titularidade individual de todos os direitos como fundamento exclusivo de nossa posição, já que esta constitui apenas uma razão entre outras.

Outro argumento utilizado pelos que advogam uma interpretação restritiva das “cláusulas pétreas” diz com a existência de diversas posições jurídicas constantes no Título II de nossa Constituição que não são, na verdade, merecedoras do *status* peculiar aos verdadeiros direitos fundamentais, razão pela qual há quem admita até mesmo a sua supressão por meio de uma emenda constitucional,²⁸ linha argumentativa que guarda ligação direta com a discussão sobre a própria fundamentalidade dos direitos sociais. Muito embora não de modo exatamente igual, Oscar Vieira Vilhena, em iluminado ensaio sobre o tema, prefere trilhar caminho similar, ao sustentar, em síntese, que apenas as cláusulas que designa de superconstitucionais (isto é, os princípios – incluindo os direitos fundamentais essenciais – que constituem a reserva de justiça constitucional de um sistema) encontram-se imunes à supressão pela reforma da Constituição, não advogando, de tal sorte, a exclusão prévia de qualquer direito ou princípio do elenco dos limites materiais.²⁹ No nosso sentir, em que pese o cunho sedutor do argumento, tal tese apenas poderia prevalecer caso partíssemos da premissa de que existem direitos apenas formalmente fundamentais e que estes (justamente por serem fundamentais em sentido meramente formal, poderiam ser suprimidos da Constituição), o que não corresponde, consoante já assinalado, à concepção majoritária no âmbito da doutrina, de acordo com a qual todos os direitos fundamentais o são, tanto no sentido formal, quanto no material. De qualquer modo, é de questionar-se a possibilidade

de qualquer um dos poderes constituídos decidir qual direito é, ou não, formal e materialmente fundamental, decisão esta que, em última análise, importaria numa afronta à vontade do Poder Constituinte, que, salvo melhor juízo, detém o privilégio de deliberar sobre o que é, ou não, fundamental. Além disso, correr-se-ia o sério risco de eliminar direitos “autenticamente” fundamentais e mesmo direitos previstos no próprio artigo 5º da CF, circunstância que deveria ser suficiente para rechaçar este tipo de argumento.

Por derradeiro, cumpre lembrar que a função precípua das assim denominadas “cláusulas pétreas” é a de impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição, encontrando-se, neste sentido, a serviço da preservação da identidade constitucional, formada justamente pelas decisões fundamentais tomadas pelo Constituinte. Isto se manifesta com particular agudeza no caso dos direitos fundamentais, já que sua supressão, ainda que tendencial, fatalmente implicaria agressão (em maior ou menor grau) ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF). Assim, uma interpretação restritiva da abrangência do artigo 60, § 4º, inc. IV, da CF não nos parece ser a melhor solução, ainda mais quando os direitos fundamentais inequivocamente integram o cerne da nossa ordem constitucional.

Feita a sustentação da tese de que os direitos sociais são também protegidos contra uma supressão por parte do poder de reforma constitucional, não há como negar que uma interpretação restritiva das “cláusulas pétreas” tem por objetivo impedir uma petrificação ampla do texto constitucional, impedindo reformas necessárias. Tal risco (o de uma indesejável galvanização da Constituição) acabou sendo afastado pelo próprio Constituinte Originário ao explicitar (no § 4º do artigo 60) que apenas uma efetiva ou tendencial abolição das decisões fundamentais tomadas pelo Constituinte se encontra vedada, de tal sorte que, em princípio e sempre preservado o núcleo essencial do princípio ou direito fundamental em causa, não se vislumbra qualquer obstáculo à por vezes necessária adaptação às exigências de um mundo em constante transformação, temática que todavia aqui não iremos abordar.³⁰

4 Os direitos sociais e os obstáculos à sua efetivação, especialmente na condição de direitos subjetivos (exigíveis): algumas observações sobre a assim designada reserva do possível e suas possíveis manifestações

Embora tenhamos sustentado que também as normas definidoras de direitos sociais sejam dotadas de aplicabilidade imediata, isto não responde uma série de outras indagações, especialmente a respeito de quais as posições jurídicas subjetivas exigíveis que podem ser diretamente extraídas da previsão constitucional de determinado direito social. É precisamente nesta esfera que se situam uma série de outras importantes e sempre atuais objeções aos direitos sociais, especialmente no que diz com a sua efetivação. Certamente é a assim designada “reserva do possível”, que, por sua vez, diz respeito a uma série de outras “resistências” aos direitos sociais como direitos subjetivos, que tem sido o pivô da maioria das discussões, que vão desde a delimitação do conteúdo em si da reserva do possível, até os limites da atuação jurisdicional nesta matéria, designadamente quando esta esbarra em escassez de recursos, limitações orçamentárias e de outra natureza.

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

para sua dimensão economicamente relevante. Já os direitos de defesa, por serem, na sua condição de direitos subjetivos, em primeira linha dirigidos a uma conduta omissiva, são geralmente considerados destituídos desta dimensão econômica, na medida em que o bem jurídico que protegem (vida, intimidade, liberdades, etc.) pode ser assegurado – como direito subjetivo exigível em Juízo – independentemente das circunstâncias econômicas, ou, pelo menos, sem a alocação direta, por força de decisão judicial, de recursos econômicos. De qualquer modo, é preciso que se deixe consignado, que a referida “irrelevância econômica” dos direitos de defesa (negativos) não dispensa alguns comentários e esclarecimentos mais detidos. Com efeito, já se fez menção que todos os direitos fundamentais (inclusive os assim chamados direitos de defesa), na esteira da obra de Holmes e Sunstein e de acordo com a posição entre nós sustentada por autores como Gustavo Amaral³¹ e Flávio Galdino,³² são, de certo modo, sempre direitos positivos, no sentido de que também os direitos de liberdade e os direitos de defesa em geral exigem, para sua tutela e promoção, um conjunto de medidas positivas por parte do poder público e que sempre abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para sua proteção e efetivação de uma maneira geral. Assim, não há como negar que todos os direitos fundamentais podem implicar “um custo”, de tal sorte que esta circunstância não se limita aos direitos sociais de cunho prestacional. Apesar disso, seguimos convictos de 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, por si só e de modo eficiente, impeditivo da efetivação pela via jurisdicional. É exatamente neste sentido que deve ser tomada a referida “neutralidade” econômico-financeira dos direitos de defesa, visto que a sua eficácia jurídica (ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais na condição de direitos negativos) e a efetividade naquilo que depende da possibilidade de 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 grande parte da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se aloque algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas.

Por outro lado, 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, apontado para direitos sociais a prestações economicamente neutros (não implicam a alocação de recursos para sua implementação), no sentido de que há prestações materiais condicionadas ao pagamento de taxas e tarifas públicas,³³ além de outras que se restringem ao acesso aos recursos já disponíveis. É preciso observar, contudo, que, mesmo nas situações apontadas, ressalta uma repercussão econômica ao menos indireta, uma vez que até o já disponível resultou da alocação e aplicação de recursos, sejam materiais, humanos ou financeiros em geral, oriundos, em regra, da receita tributária e outras formas de arrecadação do Estado.

Diretamente vinculada a esta característica dos direitos fundamentais sociais a prestações está a problemática da efetiva disponibilidade do seu objeto, isto é, se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada (isto é, de prestar o que a norma lhe impõe seja prestado), encontrando-se, portanto, na dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação.³⁴ 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,³⁵ de tal sorte que a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação desses direitos.³⁶ Distinta (embora conexa) da disponibilidade efetiva dos recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado (assim como o destinatário em geral) também deve ter a capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes.³⁷ Encontramo-nos, 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”,³⁸ que, compreendida em sentido amplo, abrange mais do que a ausência de recursos materiais propriamente ditos indispensáveis à realização dos direitos na sua dimensão positiva.³⁹

A utilização da expressão “reserva do possível” tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970.⁴⁰ De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a “reserva do possível” (*Der Vorbehalt des Möglichen*) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.⁴¹ Tais noções foram acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Com efeito, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.⁴² 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.⁴³

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

efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramental para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.

Por outro lado, não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais,⁴⁴ como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.

Neste contexto, há quem sustente que, por estar em causa uma verdadeira opção quanto à afetação material dos recursos, também há de ser tomada uma decisão sobre a aplicação destes, que, por sua vez, depende da conjuntura socioeconômica global, partindo-se, neste sentido, da premissa de que a Constituição não oferece, ela mesma, os critérios para esta decisão, deixando-a a cargo dos órgãos políticos (de modo especial ao legislador) competentes para a definição das linhas gerais das políticas na esfera socioeconômica.⁴⁵ É justamente por esta razão que a realização dos direitos sociais na sua condição de direitos subjetivos a prestações – de acordo com oportuna lição de Gomes Canotilho – costuma ser encarada como sendo sempre também um autêntico problema em termos de competências constitucionais, pois, segundo averba o autor referido, “ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos económicos e financeiros, das condições sociais e económicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, económicos e culturais”.⁴⁶

Como dá conta a problemática posta pelos que apontam para um “custo dos direitos” (por sua vez, indissociável da assim designada “reserva do possível”), a crise de efetividade vivenciada com cada vez maior agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais. Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público,⁴⁷ 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,⁴⁸ o que também diz respeito à ampliação do acesso à justiça como direito a ter direitos capazes de serem efetivados e, além disso, envolve a discussão em torno da necessidade de evitar interpretações excessivamente restritivas no que diz com a legitimação do Ministério Público para atuar na esfera da efetivação também dos direitos sociais.⁴⁹

Além disso, assume caráter emergencial uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, de que *não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais*, mas que, ao fazê-lo, haverão de obrar com máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem (seja quando negarem) um direito subjetivo a determinada prestação social, ou mesmo quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida estatal

com base na alegação de uma violação de direitos sociais, sem que tal postura, como já esperamos ter logrado fundamentar, venha a implicar necessariamente uma violação do princípio democrático e do princípio da separação dos Poderes. Neste sentido (e desde que assegurada atuação dos órgãos jurisdicionais, quando e na medida do necessário) efetivamente há que dar razão a Holmes e Sunstein quando afirmam que levar direitos a sério (especialmente pelo prisma da eficácia e efetividade) é sempre também levar a sério o problema da escassez.⁵⁰ Parece-nos oportuno apontar aqui (mesmo sem condições de desenvolver o ponto) que os princípios da moralidade e eficiência,⁵¹ 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 dos direitos sociais, consoante já frisado – vale destacar que também resta abrangida na obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível. Isso significa, em primeira linha, que se a reserva do possível há de ser encarada com reservas,⁵² também é certo que as limitações vinculadas à reserva do possível não são, em si mesmas, necessariamente uma falácia. O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social. Assim, levar a sério a “reserva do possível” (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no artigo 5º, § 1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos. 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,⁵³ há que explorar outras possibilidades disponíveis na nossa ordem jurídica e que, somadas e bem utilizadas, certamente haverão de reduzir de modo expressivo, se não até mesmo neutralizar, o seu impacto, inclusive no que diz com prestações que transcendam a garantia do mínimo existencial.

Neste contexto, também assume relevo o já referido princípio da proporcionalidade, que deverá presidir a atuação dos órgãos estatais e dos particulares, seja quando exercem função tipicamente estatal, mesmo que de forma delegada (com destaque para a prestação de serviços públicos)⁵⁴ seja aos particulares de um modo geral.⁵⁵ Além disso, nunca é demais recordar que a proporcionalidade haverá de incidir na sua dupla dimensão como proibição do excesso e de insuficiência,⁵⁶ além de, nesta dupla acepção, atuar sempre como parâmetro necessário de controle dos atos do poder público, inclusive dos órgãos jurisdicionais, igualmente vinculados pelo dever de proteção e efetivação dos direitos fundamentais. Isto significa, em apertadíssima síntese, que os responsáveis pela efetivação de direitos fundamentais, inclusive e especialmente no caso dos direitos sociais, onde a insuficiência de proteção e promoção⁵⁷ (em virtude da omissão plena ou parcial do legislador e administrador) causa impacto mais direto e expressivo, deverão observar os critérios parciais da adequação (aptidão do meio no que diz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito

(avaliação da equação custo-benefício – para alguns, da razoabilidade no que diz com a relação entre os meios e os fins), respeitando sempre o núcleo essencial do(s) direito(s) restringido(s), mas também não poderão, a pretexto de promover algum direito, desguarnecer a proteção de outro(s) no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito. Neste contexto, vale o registro de que a proibição de insuficiência assume particular ênfase no plano da dimensão positiva (prestacional) dos direitos fundamentais, o que remete, por sua vez, à questão do mínimo existencial, que volta a assumir um lugar de destaque também nesta seara, embora não se possa aqui desenvolver mais estes pontos.

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 geral⁵⁸ (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 constitucionais⁵⁹ e, o que é mais grave, prioridades em matéria de efetividade de direitos fundamentais. Tudo está a demonstrar, portanto e como bem recorda Eros Grau, que a assim designada reserva do possível “não pode ser reduzida *a limite posto pelo orçamento*, até porque, se fosse assim, um direito social sob ‘reserva de cofres cheios’ equivaleria, na prática – como diz José Joaquim Gomes Canotilho – a nenhuma vinculação jurídica”.⁶⁰ 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, há que seguir investindo significativamente.

Além disso, o eventual impacto da reserva do possível certamente poderá ser, se não completamente neutralizado, pelo menos minimizado, mediante o controle (também jurisdicional!) das decisões políticas acerca da alocação de recursos, inclusive no que diz com a transparência das decisões e a viabilização do controle social sobre a aplicação dos recursos alocados no âmbito do processo político.⁶¹ Uma vez que a possibilidade de satisfação dos direitos reconhecidos pela Constituição (e também na esfera da legislação infraconstitucional) guarda vinculação com escolhas estratégicas sobre qual a melhor forma de aplicar os recursos públicos, tal como recordam Holmes e Sunstein, há, de fato, boas razões de ordem democrática a indicarem que as decisões sobre quais direitos efetivar (assim como sobre em que medida se deve fazê-lo!) devam ser feitas do modo mais aberto possível e com a garantia dos níveis mais efetivos de informação da população, destinatária por excelência das razões e justificativas que devem sustentar as decisões tanto dos agentes políticos em geral quanto dos juízes.⁶² De outra parte, não se deve olvidar que uma série de garantias constitucionais, como é o caso da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF) viabilizam o acesso ao Judiciário, sempre que haja lesão ou ameaça de lesão

a direito, sem que se possa excluir qualquer direito e, em princípio, qualquer tipo de ameaça de lesão ou lesão, ainda que veiculada por meio de “políticas públicas”, seja decorrente da falta destas.

De outra banda, conectado com a reserva do possível e com a distribuição das competências no campo do sistema estatal, de um modo geral no que diz com os deveres prestacionais vinculados aos direitos fundamentais, importa mencionar o papel do princípio da subsidiariedade, cuja operatividade transcende a sua já tradicional importância no âmbito do sistema federativo, ainda mais quando conectado com o princípio (e dever!) de solidariedade e a própria dignidade da pessoa humana. 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.⁶³ Neste sentido, ainda na esteira de Neuner, o princípio da subsidiariedade assegura simultaneamente um espaço de liberdade pessoal e fundamenta uma “primazia da auto-responsabilidade”, que implica, para o indivíduo, um dever de zelar pelo seu próprio sustento e o de sua família.⁶⁴ 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 de encargos no âmbito da efetivação de padrões mínimos de justiça social entre os órgãos estatais e a sociedade, o que não significa necessariamente aderir a uma fundamentação prevalentemente liberal dos direitos fundamentais e muito menos implica uma cogente redução dos direitos sociais (especialmente na sua dimensão positiva) à subsidiariedade, questões que aqui não poderão ser enfrentadas. De outra parte, o princípio da subsidiariedade, compreendido (também) no sentido de uma exigência do exercício efetivo da autonomia e da cobrança de pelo menos uma co-responsabilidade pessoal (que, por óbvio, deverá observar os critérios da proporcionalidade e atender às circunstâncias pessoais) acaba por atuar inclusive na compreensão do próprio conteúdo e significado do princípio da dignidade da pessoa humana, temática que por si só já demandaria uma investigação específica e que, de resto, guarda conexão com o princípio da solidariedade.

No que diz com a atuação do Poder Judiciário, não há como desconsiderar o problema da sua prudente e responsável auto-limitação funcional (do assim designado *judicial self restraint*), que evidentemente deve estar sempre em sintonia com a sua necessária e já afirmada legitimação para atuar, de modo pró-ativo, no controle dos atos do poder público em prol da efetivação ótima dos direitos (de todos os direitos) fundamentais.⁶⁵ Que a atuação dos órgãos jurisdicionais – sempre provocada – não apenas não dispensa, como inclusive exige uma contribuição efetiva dos demais atores políticos e sociais, como é o caso do Ministério Público, das agências reguladoras, dos Tribunais de Contas, das organizações sociais de um modo geral, bem como dos cidadãos individualmente considerados, resulta evidente, mas nem sempre corresponde a uma prática institucional efetiva nesta seara. Também neste contexto 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 (e portanto sempre proba e moralmente vinculada) administração.

Por derradeiro, já nos encaminhando para o fechamento desta etapa e cientes de que diversos aspectos desafiam maior desenvolvimento (além de outros que sequer foram tangenciados) reafirmamos aqui o nosso entendimento de que embora o conteúdo judicialmente exigível dos direitos sociais como direitos a prestações não possa ser limitado à garantia do mínimo existencial, quando este estiver em causa (e pelo menos nesta esfera) há que reconhecer aquilo que já se designou de direito subjetivo definitivo a prestações (como tem sido o caso de Robert Alexy e José Joaquim Gomes Canotilho, entre outros) e, portanto, plenamente exigível também pela via jurisdicional. As objeções atreladas à reserva do possível não poderão prevalecer nesta hipótese, exigíveis, portanto, providências que assegurem, no caso concreto, a prevalência da vida e da dignidade da pessoa, inclusive o cogente direcionamento ou redirecionamento de prioridades em matéria de alocação de recursos, pois é disso que no fundo se está a tratar.⁶⁶ Até mesmo a tese de que a reserva do possível poderia servir de argumento eficiente a afastar a responsabilidade do Estado (por ação ou omissão, vale dizer!) não nos parece possa ser aceita, ainda mais de modo generalizado, na esfera das prestações que inequivocamente dizem com o mínimo existencial. Que a defesa de um direito subjetivo definitivo na esfera das prestações vinculadas ao mínimo existencial e a superação da reserva do possível especialmente neste âmbito – aqui retomada sem maior desenvolvimento – não afasta a necessidade de se discutir uma série de problemas (parte dos quais já anunciados) e não responde todas as indagações, resulta evidente.

Neste sentido, empreenderemos – no próximo segmento – a tentativa de ilustrar alguns dos aspectos com base no exemplo do direito à saúde. Por outro lado, antes de prosseguirmos, consideramos oportuna a referência ao pensamento de Jorge Reis Novais⁶⁷ ao afirmar que a reserva do possível (antes de atuar como barreira intransponível à efetivação dos direitos fundamentais, importa acrescentar!) deve vigor como um mandado de otimização dos direitos fundamentais, impondo ao Estado o dever fundamental de, tanto quanto possível, promover as condições ótimas de efetivação da prestação estatal em causa, preservando, além disso, os níveis de realização já atingidos, o que, por sua vez, aponta para a necessidade do reconhecimento de uma proibição do retrocesso, ainda mais naquilo que se está a preservar o mínimo existencial.⁶⁸

5 Algumas considerações adicionais

Apesar de as resistências (objeções) aos direitos fundamentais sociais serem muitas e da mais variada natureza, tendo sido aqui apontadas e discutidas apenas algumas, o que se percebe, nestes praticamente vinte anos de vigência da nossa Constituição, é que doutrina e jurisprudência, apesar de algumas posições mais fortemente dissonantes, têm contribuído de modo firme para a construção de uma dogmática e prática prevalentemente comprometida com a plena fundamentalidade dos direitos sociais.

Tal fenômeno ocorre tanto no que diz respeito ao reconhecimento em si da condição de verdadeiros direitos fundamentais aos direitos sociais, quanto na superação, pelo menos em boa parte, das principais objeções que lhes são direcionadas. Direitos sociais não apenas têm sido considerados como dignos de tutela contra intervenções ilegítimas por parte dos poderes públicos e dos particulares, como têm sido constantemente tratados como direitos subjetivos e, como tal, judicialmente exigíveis, ainda que se possa controverter a respeito de eventuais excessos aqui ou

acolá, bem como estejam a aumentar em número os que questionam a legitimidade do Poder Judiciário para impor, em face dos demais órgãos estatais, os direitos sociais na sua dimensão positiva.

Se, por outro lado, é preciso reconhecer que a previsão de direitos sociais na Constituição, nem mesmo quando lhes é garantido um regime jurídico qualificado, não é, por si só, suficiente para assegurar a todos os brasileiros uma vida digna, a fase inaugurada com a atual Carta Magna tem demonstrado que a tutela constitucional dos direitos sociais como direitos fundamentais tem sido um fato relevante tanto como pauta permanente de reivindicações na esfera das políticas públicas, quanto como poderoso instrumento para, na ausência ou insuficiência daquelas, mas especialmente por ocasião da violação dos direitos assegurados no plano constitucional, viabilizar o assim designado empoderamento do cidadão individual e coletivamente considerado para uma ação concreta, ainda que nem sempre idealmente efetiva e muitas vezes mais simbólica. Nesta perspectiva, o fato de os direitos sociais serem considerados autênticos direitos fundamentais e, como tais, levados a sério também na sua condição de direitos subjetivos, tem também servido para imprimir à noção de cidadania um novo contorno e conteúdo, potencialmente mais inclusivo e solidário, o que por si só já justificaria todo o esforço em prol dos direitos sociais e nos serve de alento para seguirmos aderindo ao bom combate às objeções manifestamente infundadas que lhes seguem sendo direcionadas. Este é o nosso desafio, resgatar as boas (pois nem todas talvez o sejam!) promessas da modernidade, dentre as quais assume papel de destaque institucionalização e a permanente "atualidade dos direitos sociais",⁶⁹ contribuindo para que também as instituições do Estado Democrático de Direito consagrado pela nossa Constituição, possam, antes tarde do que nunca, tornar efetivas tais promessas, especialmente naquilo que estas dizem respeito à implantação de níveis suficientes de justiça social, em outras palavras, à garantia de uma existência digna (uma vida com qualidade) para todos.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp 1994.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel GALDINO, Flávio (Orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? In: MELLO, Cláudio Ari (Coord). *Os desafios dos direitos sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 9-46.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 3, p. 17-54, jul.-set. 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade*

da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BRUNNER, Georg. Die Problematik der sozialen Grundrechte *Recht und Staat*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), n. 404-405, 1971.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Ed., 1982.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org) *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CLÈVE, Clémerson Merlin. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 3, p. 289-300, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, culturais e sociais. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto (Orgs.) *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

COSTA E SILVA, Gustavo Just da *Os limites da reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

COURTIS, Christian (Comp.). *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.

DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos. *Comunicações – Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIMEP* Piracicaba, ano 5, n. 2, p. 11-30, jan. 2001.

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das cláusulas pétreas *Revista de*

Direito Administrativo, São Paulo, n. 202, p. 11-17, out.-dez. 1995.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. In: GARCIA Emerson (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 255-284.

GRAU, Eros Roberto. Realismo e utopia constitucional. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Coord.). *Direito constitucional contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1995.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. New York/London: W.W. Norton & Company, 1999.

HORTA, Raul Machado. Natureza, limitações e tendências da revisão constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 78, p. 7-25, jan.-jul. 1994.

KRELL, Andréas. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes para o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. v. 1.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão*

constitucional brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MAGANO, Otávio Bueno. Revisão constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 7, abr.-jun. 1994.

MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. Direitos prestacionais, concepções de direitos fundamentais e modelo de Estado. In: TORRES, Ricardo Lobo; MELLO, Celso Albuquerque (Orgs.) *Arquivos de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 7.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo §9º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 32, n. 98, p. 303-332, jun. 2005.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania – necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, v. 3, p. 21-43, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. Alcance político da jurisdição n âmbito do direito à saúde. In: ASSIS, Araken de (Coord.) *Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde*. Porto Alegre: Notadez, 2007.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MURSWIEK, Dietrich. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte. In: ISENSEE, Josef KIRCHHOF, Paul (Hgs.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Müller, 1992. p. 243-290. v. 5.

NABAIS, José Casalta. Direitos fundamentais na Constituição portuguesa. *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 400, p. 15-39, nov. 1990.

NEUNER, Jörg. Los derechos humanos sociales. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 9, p. 239-265, 2005.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos (Coord.) *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *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.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 16, n. 61, p. 90-125, jan.-mar. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 47, p. 60-122, mar.-abr. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Die Problematik der sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz: eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1997.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais. In: TORRES, Ricardo Lobo MELLO, Celso Albuquerque (Orgs.). *Arquivos de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 63-102. v. 4.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, v. 7, n. 32, p. 213-226, jul-ago. 2005.

SCAFF, Fernando Facury. Controle público e social da atividade econômica. *Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, Brasília, p. 925-941, 1999.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SEGADO, Francisco Fernández. La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978 y su interpretación por el Tribunal Constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 21, n. 121, p. 69-102, jan.-mar. 1994.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Hermenêutica jurídica e(m) debate. O constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de

Janeiro: Renovar, 2006.

STARCK, Christian. Staatliche Organisation und Staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen. In: STARCK, Christian (Hg.) *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*. Tübingen: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1976. v. 2.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 2, p. 243-284, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

WIEGAND, Dietrich. Sozialstaatsklausel und soziale Teilhaberechte. *DVBL*, Köln, n. 17, p. 657-663, 1974.

* O presente texto, embora objeto de alguns ajustes (inclusive quanto ao título) e atualizações, corresponde substancialmente a trabalho sobre as resistências aos direitos sociais a ser publicado em coletânea em homenagem aos 20 anos da Constituição Federal de 1988, pela Editora Forense, Rio de Janeiro.

¹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, especialmente p. 57 e segs., destacando, inclusive, a necessidade de promover defesa das instituições da modernidade que se revelam indispensáveis à instauração de um efetivo Estado Democrático (e Constitucional!) de Direito.

² Sobre o tema, ver os referenciais desenvolvimentos de NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

³ Cf., por exemplo, ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? In: MELLO, Cláudio Ari (Coord) *Os desafios dos direitos sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 9-46, destacando-se que não temos como adentrar aqui no debate com as teses esgrimidas pelo autor.

⁴ A respeito deste tópico, ver, por todos (no âmbito da doutrina estrangeira), HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1995, p. 133 e segs. (existe tradução para o português, publicada pela Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre). Entre nós, além do nosso *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto

Alegre: Livraria do Advogado, 2007 p. 166 e segs., onde desenvolvemos de modo mais detido esta dimensão dos direitos fundamentais, à luz de farta doutrina nacional e estrangeira, ver também, entre outros, especialmente SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais. In: TORRES, Ricardo Lobo; MELLO, Celso Albuquerque (Orgs.) *Arquivos de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 63-102. v. 4; e, mais recentemente, DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 116 e segs.; assim como MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paul Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 255 e segs.

⁵ Sobre o ponto, remetemos ao nosso *A eficácia...*, *op. cit.*, p. 281 e segs.

⁶ A respeito, no âmbito da doutrina nacional, indispensável a consulta de STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, especialmente p. 310 e segs., em capítulo que ostenta o significativo título "O caráter não-relativista da hermenêutica ou de como a afirmação 'a norma é (sempre) o produto da atribuição de sentido a um texto' não pode significar que o intérprete esteja autorizado a 'dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa'".

⁷ Cf. paradigmaticamente demonstrado em ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp 1994, p. 53 e segs., quando apresenta seu conceito de norma de direito fundamental e, mais adiante, especialmente no ponto em que examina a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais como direitos de defesa e direitos a prestações (id., *ibid.*, p. 159 e segs.).

⁸ Com efeito, para Robert Alexy (*op. cit.*, p. 395 e segs.), os direitos a prestações em sentido estrito (direitos sociais) se distinguem dos direitos a prestações em sentido amplo, já que estes dizem com a atuação positiva do Estado no cumprimento dos seus deveres de proteção, já decorrentes da sua condição de Estado democrático de Direito e não propriamente como garante de padrões mínimos de justiça social, ao passo que os direitos a prestações em sentido estrito (direitos sociais) dizem com direitos a algo (prestações fáticas) decorrentes da atuação do Estado como Estado Social.

⁹ Para um maior desenvolvimento especialmente do conceito e classificação dos direitos fundamentais sociais, ver o nosso artigo: Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 140 e segs. Ver, também, alguns desenvolvimentos mais recentes no igualmente nosso *A eficácia...*, *op. cit.*, p. 281 e segs.

¹⁰ Pelo menos esta a leitura da nossa obra, seguramente equivocada neste ponto, realizada por MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. Direitos prestacionais, concepções de direitos fundamentais e modelo de Estado. In: TORRES, Ricardo Lobo; MELLO, Celso Albuquerque (Orgs.) *Arquivos de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 4 e segs. v. 7.

¹¹ Como bem reforça, reafirmando toda uma tradição doutrinária, FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹² Aqui, remetemos, dentre tantos, ao magistério de PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos (Coord.). *Reforma do Judiciário analisada e*

comentada. São Paulo: Método, 2005, p. 103-105; e, mais recentemente, MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo §3o do art. 5o da Constituição e sua eficácia. *Revista da AJURIS* Porto Alegre, v. 32, n. 98, p. 303-332, jun. 2005.

¹³ Discutindo, ainda que não exatamente sob este ângulo, a questão da fundamentação dos direitos sociais como direitos fundamentais pelo prisma democrático (no caso, democrático-deliberativo) ver, dentre outros, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 225 e segs., sustentando que os direitos sociais são (especialmente no campo do mínimo existencial) condições fundamentais para a democracia. Nesta mesma linha de abordagem (embora uma série de divergências entre o pensamento dos autores referidos e entre esses e a nossa concepção), ver, ainda, entre outros, a recente e indispensável coletânea de CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006; e, por último, a instigante contribuição de SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Hermenêutica jurídica e(m) debate. O constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, especialmente o capítulo 7, onde é discutida a questão dos direitos sociais. Como contraponto, professando uma concepção de cunho mais substancialista (adotando aqui a terminologia mais habitual), ver o referencial trabalho de STRECK, *Jurisdição constitucional...*, *op. cit.*, especialmente os capítulos 1 e 4; id. *Verdade e consenso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; assim como SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Embora a nossa resistência às abordagens de cunho prevalentemente procedimental, ainda mais quando fundadas na teoria discursiva de Habermas (o que não temos condições de desenvolver aqui), não há como desconsiderar a relevância da discussão produzida no Brasil nos últimos anos a respeito do tema, contribuindo para uma qualificação substancial do debate sobre a legitimidade e fundamentação dos direitos fundamentais e da própria ordem constitucional, a atuação do Poder Judiciário na defesa da Constituição e dos direitos fundamentais, entre outros temas que têm integrado a pauta acadêmica.

¹⁴ A respeito da abertura material dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira, remete-se ao nosso *A eficácia...*, *op. cit.*, p. 92 e segs.

¹⁵ Cf. ALEXY, *op. cit.*, p. 406.

¹⁶ Id., *ibid.*, p. 473 e segs.

¹⁷ Neste sentido, de modo um pouco mais desenvolvido, ver o nosso *A eficácia...*, *op. cit.*, p. 88 e segs.

¹⁸ Cf. a posição (e crítica) de GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 153 e segs.

¹⁹ O tratamento jurídico diferenciado de ambos os grupos de direitos fundamentais constitui, sem dúvida, um dos marcos caracterizadores da posição reforçada que os direitos, liberdades e garantias assumiram em relação aos direitos sociais no âmbito do constitucionalismo lusitano. Neste sentido, ver, dentre tantos, NABAIS, José Casalta. Direitos fundamentais na Constituição portuguesa. *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 400, p. 15-39, nov. 1990, p. 21 e segs.

Este tratamento diferenciado também se pode encontrar na Constituição Espanhola de 1978, na qual a parte significativa dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional está prevista no capítulo dos “principios rectores de la política social y económica”, que, por sua vez, não se encontra ao abrigo do princípio da aplicabilidade imediata dos “derechos y libertades” consagrado no artigo 53.1. Com isto, não se está negando, aos princípios da ordem econômica e social, o caráter jurídico-normativo, já que, de acordo com o artigo 9º, 1, da Constituição Espanhola, “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, princípio que se aplica a todas as normas constitucionais. Todavia, reconhece-se – a exemplo do que leciona SEGADO, Francisco Fernández. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978 y su interpretación por el Tribunal Constitucional. Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 21, n. 121, p. 69-102, jan.-mar. 1994, p. 80, para quem o valor normativo da Constituição “necesita ser modulado en lo concerniente a los principios rectores de la política social y económica”.

²⁰ Neste sentido, por exemplo, PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 90, que sustenta a viabilidade de uma interpretação extensiva da norma que consagra a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. No mesmo sentido, ver também DIMOULIS, Dimitri. *Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos. Comunicações – Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIMEP* Piracicaba, ano 5, n. 2, p. 11-30, jan. 2001. p. 22; e, mais recentemente, o magistério de CLÈVE, Clémerson Merlin. *O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 3, p. 289-300, 2003, p. 295.

²¹ Esta a lição, entre outros, de CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vita. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991, p. 124-126. Assim, também, NABAIS, *op. cit.*, p. 10-12.

²² Cf. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 182.

²³ Cf., por exemplo, MAGANO, Otávio Bueno. *Revisão constitucional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 7, abr.-jun. 1994, p. 110-111, chegando até mesmo a sustentar não apenas a possibilidade, mas inclusive a necessidade de se excluírem os direitos sociais da Constituição.

²⁴ Não esqueçamos, como oportunamente averbou Celso Lafer (*A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 146 e segs.), que o direito à nacionalidade e o direito à cidadania – este, por sua vez, umbilicalmente ligado ao primeiro, como verdadeiro direito a ter direitos –, fundamentam o vínculo entre o indivíduo e determinado Estado, colocando o primeiro sob a proteção do segundo e de seu ordenamento jurídico, razão pela qual não nos parece aceitável que posição jurídica fundamental de tal relevância venha a ser excluída do âmbito de proteção das “cláusulas pétreas.”

²⁵ Esta a pertinente lição de HORTA, Raul Machado. *Natureza, limitações e tendências da revisão constitucional. Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 78, p. 7-25, jan.-jul. 1994, p. 14-15.

- ²⁶ Esta a posição que temos sustentado já desde a primeira edição (1998) do nosso *A eficácia...*, *op. cit.*, p. 433 e segs.
- ²⁷ Cf. COSTA E SILVA, Gustavo Just da *Os limites da reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 124 e segs.
- ²⁸ Este o entendimento de FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das cláusulas pétreas. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 202, p. 11-17, out.-dez. 1995, p. 16, que, no entanto, reconhece que o art. 60, § 4º, inc. IV, da nossa Constituição abrange todos os direitos fundamentais, e não apenas os direitos individuais e coletivos do art. 5º.
- ²⁹ Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 222 e segs., em que o autor desenvolve seu pensamento, que aqui vai reproduzido em apertadíssima síntese. Registre-se, contudo, que o ilustre jurista não exclui os direitos sociais da proteção contra eventuais reformas, notadamente quando estiverem em causa os direitos sociais básicos, tais como os direitos à alimentação, moradia e educação, já que "essenciais à realização da igualdade e da dignidade entre os cidadãos" (id., *ibid.*, p. 321).
- ³⁰ Aqui, remetemos ao nosso *A eficácia...*, *op. cit.*, 436 e segs.
- ³¹ Cf. AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 69 e segs.
- ³² Cf. GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 147 e segs.
- ³³ Cf. MURSWIEK, Dietrich. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte. In: ISENSEE Josef; KIRCHHOF, Paul (Hgs.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Müller, 1992, p. 254, v. 5.
- ³⁴ Assim, entre nós, LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 131. No mesmo sentido, ver MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania – necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, v. 3, p. 21-43, 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. Ver, também, KRELL, Andréas. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes para o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 40 e segs., que, 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.
- ³⁵ Cf. BRUNNER, Georg. Die Problematik der sozialen Grundrechte. *Recht und Staat*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), n. 404-405, 1971, p. 14 e segs.

³⁶ Esta, dentre outros, a lição de STARCK, Christian. Staatliche Organisation und Staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen. In: STARCK, Christian (Hg.) *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*. Tübingen: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1976, p. 518, v. 2.

³⁷ A este respeito, ver também BRUNNER, *op. cit.*, 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, ver a contribuição de GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. In: GARCIA Emerson (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 255-284.

³⁸ Entre nós, ver MENDES, *A doutrina constitucional...*, *op. cit.*, p. 28. Mais recentemente, ver as contribuições de TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 292 e segs.; assim como BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 145 e segs. Na doutrina lusitana, quem se posiciona favoravelmente ao reconhecimento do limite da reserva do possível é ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 201.

³⁹ Nesse sentido, com especial atenção ao direito à saúde, ver recente contribuição de FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 131 e segs.

⁴⁰ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1999, p. 108.

⁴¹ Cf. KRELL, *op. cit.*, p. 52.

⁴² Cf. *BVerfGE* 33, 303 (333).

⁴³ Esta é a ponderação de WIEGAND, Dietrich. Sozialstaatsklausel und soziale Teilhaberechte. *DVBL*, Köln, n. 17, p. 657-663, 1974.

⁴⁴ Neste sentido, pelo menos, a recente afirmação de SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, 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.

⁴⁵ Neste sentido, posiciona-se ANDRADE, *op. cit.*, p. 200 e segs.

⁴⁶ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Ed., 1982, p. 369.

⁴⁷ 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, ver, entre nós e dentre outros, o instigante ensaio de SCAFF, Fernando Facury. Controle público e social da atividade econômica. *Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*/ Brasília, p. 925-941, 1999, bem como, mais recentemente, a monografia de SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁴⁸ Cf. LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, especialmente p. 57 e segs., cuidando do tema à luz da teoria discursiva e da concepção de uma democracia deliberativo-procedimental de matriz habermasiana.

⁴⁹ Sobre o tópico, designadamente a respeito da atuação do Ministério Público nesta seara, ver, entre outros, o recente estudo de PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Direitos fundamentais dociais. Considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁵⁰ Cf. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes* New York/London: W.W. Norton & Company, 1999, p. 94 (*Taking rights seriously means taking scarcity seriously*), bem como, de modo geral, p. 87 e segs., 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 dos recursos. Entre nós, embora não se esteja aqui a aderir (assim como no caso de Holmes e Sunstein) às conclusões dos autores, vale conferir as análises já referidas de AMARAL, *op. cit.*, e GALDINO, *op. cit.*

⁵¹ A respeito da relevância e da operatividade do princípio da eficiência no campo da efetivação de direitos fundamentais, notadamente dos direitos sociais, ver, entre outros, GALDINO, *op. cit.*, p. 255 e segs., 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.

⁵² Cf. a oportuna advertência de FREITAS, *A interpretação sistemática...*, *op. cit.*, p. 211.

⁵³ 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, ver, mais uma vez, BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, em especial p. 236 e segs.

⁵⁴ Sem que aqui se possa 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 de acesso aos serviços públicos, como parece afirmar ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO Flávio (Orgs.). *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 tantos outros) no mínimo haveria de se reconhecer um direito fundamental a todos os serviços públicos essenciais. De todo o 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” (id., *ibid.*, p. 2).

⁵⁵ Sobre o tema, especialmente no que diz com os direitos fundamentais sociais, ver SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 332 e segs.; e, por último, SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 16, n. 61, p. 90-125, jan.-mar. 2007.

⁵⁶ Sobre o ponto, ver, dentre outros no âmbito da doutrina estrangeira, CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, especialmente p. 119 e segs.; e, entre nós, SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 47, p. 60-122, mar.-abr. 2004; STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 2, p. 243-284, 2004; e, mais recentemente, FELDENS, Luciano. *A Constituição penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 107 e segs.

⁵⁷ 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 CANOTILHO, *Direito constitucional...*, *op. cit.*, p. 267 e segs. (proibição por defeito), entre nós adotada por STRECK, *Da proibição de excesso...*, *op. cit.*, p. 243 e segs.; e FELDENS, *A Constituição penal...*, *op. cit.*, p. 108 e segs., que fala em proteção deficiente; e, ainda, FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 38 e segs. (proibição de inoperância), não sendo o nosso intento adentrar aqui a discussão em torno do tópico.

⁵⁸ Consigna-se que, a despeito de correta a observação de Fernando Facury Scaff, (Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, v. 7, n. 32, p. 213-226, jul-ago. 2005, p. 225) – no sentido de que, embora tenhamos, na esteira de Alexy, de há muito 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 tenha, por outro lado, o primeiro autor explorado a questão financeiro-

orçamentário –, isto não significa que tal aspecto não esteja presente nas digressões tecidas no que diz com eficácia dos direitos fundamentais, até mesmo pelo fato de que se cuida de aspectos inerentes 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 – resultam diretamente em afetação do orçamento e das finanças públicas sempre foi evidente, o que não significa – como ora se volta a enfatizar – 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. Tem razão o autor, todavia, ao sustentar a absoluta necessidade de se investir no aprofundamento da análise sobre a questão do financiamento dos direitos, assim como dos aspectos relativos ao controle da destinação e desvinculação constitucionalmente ilegítima das vinculações orçamentárias (as presentes considerações foram extraídas basicamente de SARLET, *A eficácia...*, *op. cit.*, p. 383).

⁵⁹ Sobre a existência de políticas públicas constitucionais vinculantes, ver LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 157 e segs., v. 1.

⁶⁰ Cf. GRAU, Eros Roberto. Realismo e utopia constitucional. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Coord.). *Direito constitucional contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 125.

⁶¹ Nesse sentido, conferir COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, culturais e sociais. In: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto (Orgs.) *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 256-257. Bem destacando e desenvolvendo diversas das questões vinculadas ao controle de políticas públicas e o problema do controle das normas orçamentárias, vale consultar o ensaio de BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 3, p. 17-54, jul.-set. 2006, p. 17-54.

⁶² Segue o texto original, em inglês, no qual embasamos, com ajustes, o nosso entendimento: “Because rights result from strategic choices about how best to deploy public resources, there are good democratic reasons why decisions about which rights to protect, and to what degree, should be made in as open a manner as possible by a citizenry as informed as possible, to whom political officials, including judges, must address their reasonings and justifications” (HOLMES; SUSTEIN, *op. cit.*, p. 227).

⁶³ Cf. NEUNER, Jörg. Los derechos humanos sociales. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 9, p. 239-265, 2005, p. 254-255.

⁶⁴ Id., *ibid.*, p. 255.

⁶⁵ Sobre o tema, ver a imprescindível contribuição de MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

⁶⁶ Neste sentido, ver o que sustentamos pelo menos desde a publicação da nossa tese de doutoramento na Alemanha (SARLET, Ingo Wolfgang, *Die Problematik der sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz: eine rechtsvergleichende Untersuchung*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1997) e, posteriormente, na obra *A eficácia...*, *op. cit.* Por último, ainda, consultar a enfática e bem fundamentada manifestação de MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. Alcance político da jurisdição no âmbito do direito à saúde. In: ASSIS, Araken de (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde*. Porto Alegre: Notadez, 2007, p. 220 e segs.

⁶⁷ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004, p. 295.

⁶⁸ Sobre a proteção contra um retrocesso ver o nosso *A eficácia...*, *op. cit.*, p. 442 e segs., bem como a recente coletânea de COURTIS, Christian (Comp.). *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006. Por último, ver ainda DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁶⁹ Sobre o tópico, ver as ponderações de MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 181 e segs.