



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MIGUEL CALMON DANTAS

DIREITO FUNDAMENTAL AO MÁXIMO EXISTENCIAL

v. 2

Salvador
2011

MIGUEL CALMON DANTAS

DIREITO FUNDAMENTAO AO MÁXIMO EXISTENCIAL

v. 2

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor

Orientador: Prof. Doutor Saulo José Casali Bahia

Salvador
2011

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 PRESSUPOSTOS PARA O DIREITO FUNDAMENTAL AO MÁXIMO EXISTENCIAL	23
2.1 INSUFICIÊNCIA DOS PARADIGMAS TEÓRICOS TRADICIONAIS	28
2.2 PREMISSAS EPISTEMOLÓGICAS	38
2.3 A REFLEXÃO HERMENÊUTICA	46
2.3.1 A racionalidade limitada: o máximo como suficientemente satisfatório	71
2.3.2 O pensamento do possível	76
2.3.3 O <i>locus</i> da utopia	85
2.4. PREMISSAS TEÓRICAS	88
2.4.1 O constitucionalismo dirigente	92
2.4.2 O neoconstitucionalismo e o constitucionalismo multinível	96
2.4.3 O constitucionalismo multinível e a tutela dos direitos fundamentais	112
2.4.4 A teoria das capacidades e a teoria das necessidades	132
2.5 O REAL: A QUESTÃO SOCIAL E A FINANCEIRIZAÇÃO DA EXISTÊNCIA HUMANA	150
3 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA	161
3.1 NOÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE DIREITOS SOCIAIS	182
3.1.1 Noção de direitos fundamentais	183
3.1.2 Noção de direitos sociais	193
3.2 FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	212
3.2.1 As críticas aos direitos fundamentais	215
3.2.2 A possibilidade e a importância da fundamentação dos direitos fundamentais	221
3.2.2.1 O sentido dos fundamentos dos direitos fundamentais	221
3.2.2.2 A possibilidade de fundamentação	224
3.2.2.3 A importância da fundamentação	228
3.2.3 Concepções sobre a fundamentação dos direitos fundamentais	232
3.2.3.1 Direitos fundamentais como direitos naturais: do jusnaturalismo ao positivismo jurídico	233
3.2.3.2. Direitos fundamentais como direitos positivados: a (im)possível depuração axiológica	239
3.2.3.3 Outras vertentes de fundamentação	244

3.2.4 Os Direitos Fundamentais como Direitos Morais	252
3.3 NORMATIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	269
3.3.1 Indeterminação dos direitos fundamentais	272
3.3.2 A categorização do conteúdo estrutural dos direitos fundamentais	286
3.3.2.1 A clássica distinção entre liberdades e direitos sociais	288
3.3.2.2 A superação da distinção: indivisibilidade e pluralidade deôntica	299
3.3.2.3 Direitos subjetivos e deveres	325
3.3.2.4 Os deveres negativos: respeito à autonomia e não-intervenção	339
3.3.2.5 Os deveres positivos: proteção, promoção, satisfação e garantia	343
3.4 NATUREZA NORMATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	359
3.4.1 Direitos fundamentais como princípios e como regras	363
3.4.2 Restrições dos direitos fundamentais e seu conteúdo essencial	386
3.4.3 Ampliação dos direitos fundamentais e seu conteúdo essencial ótimo	402
3.5 MULTIDIMENSIONALIDADE DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	408
4 O DIREITO FUNDAMENTAL AO MÁXIMO EXISTENCIAL	425
4.1 NOÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO DOGMÁTICA	428
4.1.1 Referenciais constitucionais	435
4.1.2 Referenciais transconstitucionais	443
4.2 FUNDAMENTAÇÃO MORAL: ALÉM DO MÍNIMO VITAL EM DIREÇÃO SOLIDÁRIA À DIGNIDADE, LIBERDADE E IGUALDADE	449
4.3 CONTEÚDO MATERIAL E ESTRUTURA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MÁXIMO EXISTENCIAL	454
4.3.1 Direito fundamental ao máximo existencial como princípio e como regra	455
4.3.2 Níveis essenciais de prestação e conteúdo essencial	459
4.3.2.1 Direito ao mínimo vital: insuficiência e inadequação filosófica, axiológica, política e dogmática	460
4.3.2.2 Níveis essenciais de prestação e conteúdo ótimo	485
4.3.3 A satisfação suficiente: referencial para a justiciabilidade	492
4.4 EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MÁXIMO EXISTENCIAL	501
4.4.1 Máximo existencial e o poder legislativo: extensão da liberdade de conformação	502
4.4.2 Justiciabilidade dos direitos fundamentais	505
4.4.2.1 Ativismo e Judicialização	506
4.4.2.2 Reserva do possível	517

4.4.2.3 Novas técnicas de decisão	531
5 CONCLUSÃO	533
REFERÊNCIAS	536

3.3 NORMATIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É comum a referência de que os direitos sociais são indeterminados porque as constituições e as convenções de direito internacional não explicitam quais seriam as condutas devidas e nem os que se encontram obrigados a dar-lhes cumprimento¹. Não se sabendo o que fazer para atendê-los e nem quem está vinculando à satisfação efetiva dos deveres que impõem – que não se sabe quais são –, seria impossível reconhecer aos direitos sociais eficácia jurídico-normativa plena, necessitando de disciplina legislativa que especifique e defina o conteúdo dos deveres e os obrigados respectivos.

É nesse sentido que Böckenförd (2006, p. 197) exercita a reflexão acerca de qual seria o conteúdo impositivo do direito social à moradia, suscitando várias possibilidades, quais sejam: se o Estado deve edificar ele próprio as moradias, se deve estabelecer e tabelar o preço ou, ainda, se deve conceder subsídios para possibilitar o pagamento de aluguel no âmbito da economia de mercado. Ademais, indaga se a moradia deve ser garantia a todos ou apenas aos necessitados e quais seriam as dimensões e características da habitação². Esse problema, especificamente referido aos direitos sociais, pode se apresentar, igualmente, com relação às liberdades.

Com efeito, a forma de positivação da liberdade de reunião pouco indica sobre o conteúdo dos deveres a ela associados. Pode-se construir ilações sobre o que configura uma reunião, se poderia versar qualquer conteúdo, ocorrer em qualquer lugar aberto ao público e a qualquer hora, e a partir de quantas pessoas se configura a reunião. Ademais, se a reunião pode ser mais ou menos demorada e se o poder público deve impedir obstáculos para que ela se realize ou se ela mesma não deve obstaculizar o exercício de outros direitos e em que medida.

¹ O que se confirma pela análise do art. 6º da Constituição brasileira, que se limita a enunciar os bens jurídicos que são objeto da tutela pelos direitos sociais. O mesmo ocorre com o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O conteúdo dos direitos previstos no pacto tem sido especificado pelas Recomendações e Diretrizes do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, o que traz subsídios que devem migrar para a compreensão dos direitos sociais no contexto brasileiro.

² Apenas a título de antecipação do que se propõe como solução para a questão da indeterminação, o caso concreto que fosse suscitado mediante uma pretensão em juízo iria possibilitar ao juiz a especificação do conteúdo e da natureza dos possíveis deveres relativos ao direito à moradia que deve ainda serem satisfeitos. Por exemplo, em se tratando de ação civil pública ajuizada para assegurar moradia a grupo de sem-tetos, caberia a garantia judicial do direito com a imposição do poder público propiciar um local de abrigo para tais necessitados enquanto não lograsse promover medidas que solucionassem em caráter definitivo o problema, podendo o julgador suscitar diversas possibilidades para o poder público optar a que melhor lhe aprovesse. Desse modo, a indeterminação é conatural à linguagem constitucional e não obsta a justiciabilidade dos direitos sociais.

Nesse sentido, cabe registrar a preocupação de Maurice Hauriou (2003, p. 101-101-109) ainda com vistas às declarações de direitos do século XVIII quanto à determinação desses direitos. Salientando que o problema seria de fácil solução se das declarações não necessitassem de interpretação, exclui de logo essa hipótese com a pertinente observação de não haver texto jurídico que a dispense. Apesar disso, concebe as declarações como solenes declarações de princípio, com algum valor jurídico³, que necessitam de determinação mediante o advento de leis orgânicas.

O juspublicista francês considerava, àquela época, que “É necessário que, em continuidade, seja organizado cada direito individual, ou seja, que as condições e os limites nos quais possam ser exercidos sejam determinados por uma lei orgânica”⁴. Esse entendimento exprime a doutrina denominada por Canotilho como de regulamentação das liberdades, denotando o momento em que as liberdades eram condicionadas à disciplina legislativa exatamente por serem extremamente vagas e imprecisas.

Efetivamente, não é absolutamente sem razão a afirmação da indeterminação dos direitos sociais com relação às liberdades. Essa inferência se funda na circunstância de que, nessas últimas, a conduta de que depende o seu exercício é relativa ao próprio titular (BALDASSARRE, 1997, p. 212), embora os deveres e os obrigados também não estejam precisamente definidos apenas pela previsão constitucional. Sabe-se que, usualmente, o obrigado é o poder público, o que se intui pela compostura originária das liberdades de se opor ao Estado, mas não se pode descartar a vinculação dos particulares diante da possibilidade de turbar o exercício das liberdades alheias.

De outra parte, às liberdades não é suscitando com a mesma intensidade o problema da indeterminação porque, ao surgirem, já estavam institucionalizados os mecanismos de sua efetivação e garantia, que ficam a elas associados quase que instantânea e automaticamente. Assim, o aparato policial e jurisdicional já existia e estava predisposto à atuar na tutela e garantia das liberdades.

Já os direitos sociais se referem a bens que não estão vinculados necessariamente à conduta do seu titular, mas que dependem da ação dos obrigados, que pode ser tanto o poder público, como particulares, como se dá quanto aos direitos sociais do trabalhador previstos na

³ O valor jurídico se limitaria a impor ao legislador a edição de leis necessárias à determinação do seu conteúdo e, conseqüentemente, a sua eficácia (HAURIU, 2003, p. 108). Ao modo de um dos sentidos conferidos às normas programáticas, seriam dirigidas as liberdades ao legislador, que deveria sobre elas legislar, viabilizando e conformando o seu exercício.

⁴ Tradução livre. No original, “Es necesario que, a continuación, se organice cada derecho individual, es decir, que las condiciones y los límites en los cuales pueda ejercitarse sean determinados por una ley orgánica”.

Constituição brasileira.

Desse modo, os direitos sociais, em razão da indeterminação, seriam direitos sujeitos à *interpositivo legislatoris*, da mesma forma que as liberdades, em sua origem, encontravam-se subordinadas à disciplina legislativa infraconstitucional – o que foi denominado doutrina de regulamentação das liberdades, como destaca Canotilho (2008a, p. 105).

A compreensão e a extensão conferidas à indeterminação acarretam consequências graves e significativas para o estatuto constitucional protetivo dos direitos sociais. Dela advém uma das razões em que se firma a negação de que os direitos sociais embasem direitos subjetivos e, portanto, não sejam justiciáveis. Diante disso, ou se lhes reconhece apenas a dimensão objetiva ou são tidos como meras normas programáticas⁵ instituidoras de competências vinculantes ao poder público⁶. Caberia às instâncias políticas determinar o seu conteúdo e a carga financeira que sustentará os respectivos deveres, sendo direitos condicionados.

Tais aspectos denotam a – suposta – natural incapacidade dos direitos sociais a serem objeto de tutela jurisdicional, diferentemente das liberdades, o que se revela ainda mais significativo quando as próprias constituições e os textos de direito internacional admitem e reconhecem a distinta estatura jurídica.

Logo, constata-se que todos os demais problemas citados decorrem, direta ou indiretamente, de forma mais ou menos estreita, da primeira dificuldade consistente em conceber os direitos sociais como constitucionalmente indeterminados.

Nesse contexto, a análise subsequente sobre a normatividade dos direitos fundamentais, no âmbito de uma teoria dos direitos constitucionalmente adequada, pretende demonstrar que: a) a indeterminação não é um vício ou um defeito de nascença dos direitos sociais, mas uma característica inerente e inelutável da forma de positivação dos direitos humanos e fundamentais, o que não acarreta nenhum prejuízo ao seu caráter normativo.

⁵ E tendo-se por programática a norma que institui uma vinculação fraca ao legislador, conferindo-lhe ampla margem de liberdade para conformação do programa quanto aos meios, às finalidades e à oportunidade.

⁶ É a posição de Böckenförd (2006, p. 203-204) que, não obstante isso, relaciona os efeitos jurídicos que decorreriam para o poder público, que seriam de três tipos: a) vínculo objetivo ou programático, fixando um objetivo vinculante para o legislador e para a administração pública; b) o impedimento da inércia, que importa um desrespeito à vinculação do programa e, portanto, não é admitida; e c) uma vez exercida a competência e efetivada a prestação pela administração pública, constitui uma defesa contra a ab-rogação ou redução do nível de proteção instituído. Efeitos, aliás, muito próximos dos que sustentados décadas antes, e de forma seminal, por Crisafulli (1952, p. 52-70).

Além disso, defende-se que b) é preciso refundar o sentido programático das normas constitucionais, pois todos os direitos comportam o direcionamento para um estado de coisas além do que implementado, comportando caráter programático. Esse caráter não obsta e não prejudica a dimensão impositiva e vinculante dos direitos, pelo que não pode tolhê-las quanto aos direitos sociais; outrossim, além da dimensão objetiva, possuem dimensão subjetiva na medida em que podem investir os sujeitos em pretensões que caracterizem direitos subjetivos.

Por outro lado, c) insta romper com a tradicional distinção entre as liberdades como direitos negativos e os direitos sociais como direitos positivos, o que leva à rejeição da tese de que estes são direitos condicionados por exigem prestações do Estado que devem se sujeitar à liberdade de conformação legislativas e à disponibilidade de recursos.

Finalmente, d) expondo as categorias componentes do conteúdo estrutural dos direitos, dando elementos para a redução da indeterminação no processo interpretativo de concretização, mediado pela comunidade aberta de intérpretes de direitos fundamentais, rejeita-se a tese de que os direitos sociais não são justiciáveis.

Suscitadas as questões e dificuldades que serão enfrentadas no âmbito da proposta da teoria dos direitos fundamentais que confira aos direitos sociais a sua devida compreensão e estatura constitucional, deve proceder à análise da indeterminação da linguagem constitucional.

3.3.1 Indeterminação dos direitos fundamentais

As constituições, definitivamente, não são códigos. Não são, não podem e nem devem pretender sê-los. E não devem ser códigos por outras razões, absolutamente distintas daquelas provenientes da crítica açodada de Giovanni Satori (1996, p. 214) ao considerar que a Constituição brasileira estava mais para “[...] uma novela do tamanho de um catálogo telefônico”. Além dos códigos também padeceram de uma linguagem constitucional aberta, utilizando expressões que remetem a valores, como boa-fé, uma constituição não deve jamais ter o objetivo de esgotar a disciplina de uma matéria que esteja disposta em seu texto, por mais analítica que seja.

A indeterminação é uma característica de todo o sistema constitucional por força das constituições abrigarem normas de caráter principiológico, que comportam valores. Além disso, mesmo que houvesse a intenção de esgotar a disciplina de determinada matéria, as limitações do legislador quanto à possibilidade de editar uma disciplina exaustiva já foram evidenciadas.

A dinâmica da realidade e a complexidade social sempre propiciarão situações e conflitos que não estejam expressamente resolvidas na lei, segundo o modelo positivista de decisão judicial através da subsunção, ou que a invocação da lei não satisfaça a exigência de solução justa, dando margem a que o julgador a construa recorrendo ao sistema e, sobretudo, aos princípios.

Como revela a hermenêutica filosófica, o sentido do texto não está pronto ou escondido nele próprio, sendo desvelado pelo intérprete que, ao fazê-lo, imprime o seu próprio sentido.

Assim, adotando-se essa concepção ampla, todos os dispositivos são indeterminados, posto que a sua determinação se dá mediante a interpretação, que constitui a norma jurídica relativa ao respectivo enunciado. Na medida em que existem mais referenciais normativos nos enunciados constitucionais, a indeterminação é gradualmente reduzida, sem que seja jamais suprimida. Não têm os enunciados normativos um sentido próprio, que esteja escondido e que venha a ser descoberto. A adoção de uma linguagem constitucional aberta pela constante referência a princípios torna mais complexa a sua determinação por envolver a dimensão axiológica.

Mesmo se concebendo já as normas constitucionais e não mais o texto, persiste a indeterminação no que respeita àquelas normas que apresentam estrutura principiológica, à vista da ausência de estrutura hipotético-condicionante, que circunscreve e reduz a indeterminação.

Quando a doutrina e a jurisprudência rejeitam o caráter impositivo e vinculante dos direitos sociais, o fazem não em vista do primeiro sentido de indeterminação (referido ao sistema jurídico como um todo), mas do segundo (referido às normas constitucionais principiológicas), quando não se dispõe, após a construção interpretativa da norma de direito fundamental, dos elementos necessários à conformação prática do direito em questão. Ainda assim, tal pressuposição parte da separação entre a norma e o fato, o direito e a realidade, que não é admitida dentre os pressupostos adrede afirmados.

A indeterminação de que tratam os que apontam tal característica como um defeito dos direitos sociais, ou, ao menos, uma razão para que não possam ser passíveis de

tutela jurisdicional, concerne, especificamente, à indefinição do conteúdo dos deveres exigidos para dar cumprimento às imposições decorrentes dos direitos, como também dos obrigados a tanto. Assim, Sandra Feldman (2008, p. 70-71) afirma que a indeterminação se refere à impossibilidade de definir o que é exigido para realizar um dever. Pode denotar a) vagueza ou b) incomensurabilidade e radical desacordo.

A vagueza corresponde ao que se vem salientando com relação à imprecisão do conteúdo material do direito com relação à natureza e extensão dos deveres correlativos. Já a incomensurabilidade é bem mais complexa, pois envolve as relações entre diferentes de bens e valores, tanto de concorrência, quanto de oposição, que não podem ser elucidadas aprioristicamente.

Essa indeterminação não pode ser compreendida sob o paradigma liberal da teoria dos direitos fundamentais e enfrentada com os recursos dados pelos paradigmas científicos positivistas e racionalistas já rejeitados. A incapacidade deles é patente. Por isso que Canotilho (2008a, p. 99) constata a existência de uma metodologia *fuzzy* quanto aos direitos sociais, pois “[...] paria sobre a dogmática e sobre a teoria jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais a carga metodológica da ‘vagueza’, da ‘indeterminação’ e ‘impressionismo’.

A indeterminação em questão é aquela a que se refere Karl Engisch (2004, p. 66-68) em correlação com a abstração. Segundo o jusfilósofo, vez por outra se toma o concreto pelo determinado e o abstrato como o indeterminado. Seria a relação estabelecida entre programas e planos vagos e propostas mais concretas, que são determinadas. Do indeterminado para o determinado seria necessária uma operação de especificação, havendo uma relação de determinação. Engisch salienta com invulgar pertinência que “O conceito de ‘determinação’ é, por sua vez, em grande medida indeterminado⁷”.

Disso se deduz que a oposição à normatividade dos direitos sociais, independentemente de legislação que os discipline, advém da suposta impossibilidade de sua concretização pela imprecisão dos elementos da compostura da relação jurídica de direito fundamental. Quanto maior a indeterminação, menor a densidade normativa, ou seja, o conteúdo impositivo da norma⁸. Desse modo, não ensejariam direitos subjetivos e não seriam

⁷ Tradução livre. No original, “El concepto de ‘determinación’ es, a su vez, en gran medida indeterminado”.

⁸ Daí a observação de Vieira de Andrade (2001, p. 184) de que “A determinação ou determinabilidade significam apenas uma *densidade essencial autónoma ao nível constitucional*, que exclui a liberdade de *conformação política* do legislador do conteúdo *principal* dos direitos, liberdades e garantias.” Assim, para o constitucionalista

justiciáveis, pois não há como demandar, a moradia, a saúde, a alimentação em abstrato⁹.

Vislumbra-se, então, o equívoco do raciocínio, pois os direitos sociais comportam sua dimensão normativa – como de resto todas as normas constitucionais – a partir da realidade, dada a unidade substancial entre compreensão, interpretação e aplicação. Embora nada impeça que o legislador¹⁰ reduza a indeterminação ampla que advém do texto constitucional traçando uma disciplina específica e mais detalhada – o que não exaurirá a amplitude da indeterminação do direito –, no mais das vezes esse processo de determinação é viável a partir do horizonte da realidade que interpela o intérprete a partir do texto constitucional.

Os princípios de justiça, os princípios constitucionais, os princípios dos demais ramos do direito, os conceitos jurídicos indeterminados, e as cláusulas gerais são preceitos de alto grau de indeterminação pela sua abstração e nem por isso se nega peremptoriamente que possam ser deduzidos em juízo.

Aliás, ao contrário de representar a indeterminação um vício que causa déficit de normatividade, os constituintes e os legisladores têm cada vez mais feito uso das suas potencialidades para instituir o que se pode chamar de categorias normativas de amplo espectro.

Ora, cotejando-se o Código Civil de 1916 com o Código Civil de 2002, evidencia-se que há constante utilização de cláusulas gerais e a remissão a valores. O legislador toma em socorro diante da sua incapacidade para disciplinar exhaustivamente as relações privadas a indeterminação dos princípios e das cláusulas gerais, ampliando o espectro de normatividade de sua legiferação.

Com efeito, não pode o legislador prever, antecipadamente, todas as situações que consubstanciarão condutas compatíveis e incompatíveis com a boa-fé e nem exprimir de forma suficientemente precisa o que significa a boa-fé e todos os deveres e direitos dela provenientes. A dinâmica da vida social vai além dos tipos normativos e das estruturas hipotético-condicionantes que se utilizam de termos ou expressões menos vagas e sem ambiguidades e para que o direito não fique atrás, amplia o espectro de normatividade.

Da mesma forma, a constituição jamais poderia especificar exhaustivamente todos

português, diante da indeterminação haveria uma delegação constitucional ao legislador quanto à competência para definir ou concretizar o conteúdo dos direitos.

⁹ No mesmo sentido, dentre outros, as profundas observações de Sandra Feldman (2008, p. 71).

¹⁰ Como expressamente admite Engisch (2004, p. 154), reconhecendo que pode trazer ideais abstratos ou planos não-concretos para o âmbito de especificação da legislação.

os deveres correlativos ao direito à moradia, pois há uma plêiade incomensurável que se materializarão a partir dos inúmeros casos concretos em que seja pertinente o discurso dos direitos fundamentais.

Esse é um dos fatores pelos quais as constituições contemporâneas, malgrado inequivocamente analíticas, são substancialmente principiológicas, plasmadas de referências a justiça social, dignidade, prevalência dos direitos humanos, solidariedade, liberdade, igualdade, legalidade, moralidade, separação de poderes, Estado Democrático de Direito e suas variações.

Logo, o recurso à indeterminação é valiosa opção constituinte, de caráter relativamente inexorável, com o escopo de ampliar o espectro de normatividade constitucional. E nem se questiona, quanto aos demais dispositivos que não os direitos sociais, acerca da sua plena normatividade e imperatividade.

A indeterminação repercute no relevo das vias e mecanismos de determinação das normas constitucionais, conferindo papel significativo à administração pública e, sobretudo, ao judiciário na atuação conformadora e especificadora dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.

Não consubstancia um vício, mas uma característica ineliminável. Se os próprios códigos demandam a existência de preceitos abstratos e altamente indeterminados, quanto mais as constituições, que distam bastante daqueles. Atente-se que mesmo o Código Penal, jungido pelos princípios da legalidade estrita e da tipicidade, utiliza-se, vez por outra, de conceitos vagos e imprecisos, de difícil mensuração e especificação, como o art. 121, §1º, ao se referir a “motivo de relevante valor social ou moral”. As normas penais em branco também exprimem a incapacidade do legislador dispor sobre os variados conteúdos componentes da norma penal incriminadora, sujeitando-se a determinação por instâncias distintas da legislativa.

Dessarte, não podem ser apenas os direitos sociais os únicos prejudicados pela deficiência de sua normatividade em razão da indeterminação. Essa característica, que não é exclusiva deles e nem do direito constitucional, como visto, tem a função importantíssima de deixar em aberto as possíveis vias, mecanismos, técnicas e processos de proteção da pessoa humana, como também a própria composição do conteúdo material do direito, susceptível de construção mediante o diálogo transversal das comunidades abertas de intérpretes de direitos humanos e fundamentais. O direito surge, efetivamente, na realidade, que demanda a sua

especificação ou determinação pelo processo de concretização¹¹, com todas as potencialidades que sejam ínsitas.

Nesse sentido, Karl Engisch (2004, p. 155-156), após sustentar ser preferível um direito *determinado* sobre um direito em si *indeterminado*, admite que essa preferência não se justifica se alto for o preço para outros notas características da ordem jurídica e que lhe imprimem valor.

Como se vislumbra com o esforço feito pelo Iluminismo para conferir à ordem jurídica caráter determinado, visando, principalmente, a contenção dos riscos de arbítrio judicial¹² e a negação da potencialidade criadora da atividade jurisdicional ao sujeitar o juiz integralmente à lei¹³, haveria perda da justiça individualizada – do caso concreto – e da equidade. Ademais, as normas jurídicas estão premeditadamente voltadas à indeterminação.

Em verdade, há três razões para a indeterminação dos direitos humanos e fundamentais¹⁴ – e não apenas dos direitos sociais – que são a) as constituições e os pactos internacionais não os disciplinarem de forma minuciosa. Além disso, b) ao consagrá-los, cingem-se a referenciar o bem jurídico a que se referem, como vida, saúde, trabalho, convicção religiosa, dentre outros. E, finalmente, c) os bens jurídicos concernentes a direitos fundamentais ensejam remissões a valores, exprimindo razões morais que envolvem imprecisão.

Quanto às liberdades o problema não seria, aparentemente, de mesma intensidade, pois, como antecipado, para o seu exercício pode bastar a conduta do próprio titular do direito (BALDASSARRE, 1997, p. 212).

Não se percebe, entretanto, que foi necessário construir e manter todo um aparato institucional que lhes confere sentido, desde as normas de direito privado que tutelam mais especificamente, por exemplo, a personalidade, até a existência do aparato policial. Desse

¹¹ Engisch (2004, p. 155) identifica outras formas de determinação, como a definição e a exemplificação.

¹² Detidamente relatados e criticados por Cesare de Beccaria no *Dos delitos e das Penas*.

¹³ O que ocorria por várias maneiras, desde a previsão do Código de Napoleão de que na clareza da lei não haveria interpretação, como o referendo legislativo, medidas à altura da exaltação existente quanto às qualidades intrínsecas da lei e às aptidões e dons do legislador. Daí que Carré de Malberg (2001, p. 652) repete exageradas e equivocadas as qualidades atribuídas à legislação, mostrando as suas deficiências pela existência de lacunas, que despertam a capacidade criativa do juiz ao supri-las, posto ser vedado o *non liquet*. Não obstante isso, Malberg (2001, p. 668-669) reconhece a persistência da concepção de que apenas o legislador cria o direito, sendo a lei sua única fonte, encontrando sua razão na crença da onipotência legislativa diante de sua capacidade de predição e regulação.

¹⁴ Além da natural indeterminação inerente a qualquer texto na medida em que sua compreensão se dá quando da aplicação.

modo, se houvesse a mesma prática institucional¹⁵ com relação aos direitos sociais, não teriam a pecha de serem indeterminados.

Em outros termos, se houvesse uma prática institucional já consolidada quanto aos direitos sociais, a sua indeterminação quanto ao conteúdo dos deveres e quanto ao obrigado seria relativamente mitigada. Da mesma forma que é automática a assunção do livre exercício da intimidade, sem que a previsão constitucional seja suficiente para subsidiar elementos da compostura do seu conteúdo material, seria assim entendido o direito à moradia se, da mesma forma que com relação à intimidade, houvesse as mais diversas práticas institucionais consolidadas para assegurá-la¹⁶.

Em razão disso, e considerando não ser pertinente a diferenciação das liberdades e dos direitos sociais com relação ao grau de indeterminação, Raymond Plant (1992, p. 22) entende que tal objeção também se estende aos direitos civis e políticos, exemplificando com o direito à privacidade e o direito à integridade física. As demandas relativas a tais direitos são contínuas e se modificam, exigindo cada vez mais recursos, quer pela necessidade de ampliação dos sistemas policiais e de segurança, quer diante das novas tecnologias.

Em corroboração ao que se afirma, embora Abramovich e Christian Courtis (2002, p. 65-66) reconheçam ser, efetivamente, difícil a determinação do conteúdo dos direitos sociais a partir da sua positivação nas constituições e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais pela vagueza e eventual ambiguidade da linguagem adotada, parece, efetivamente, assistir-lhes mais razão em face da constatação da ausência de prática institucional interpretativa que permita a construção casuística, doutrinária e jurisprudencial do sentido dos deveres decorrentes de determinados direitos sociais, conferindo-lhes o devido conteúdo, além da ocorrência do que chamam de naturalização das condições institucionais que respaldam as prestações exigidas pelos direitos civis e políticos (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 24).

Sandra Feldman (2008, p. 70), por sua vez, observa a contraposição existente

¹⁵ Em termos similares, a percepção de Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 233-234) ao assinalar que a diferenciação entre as condições de efetividade do sufrágio e do direito à saúde é a prévia existência do aparato institucional e das condições jurídicas e financeiras para seu exercício, enquanto que, no que respeita à saúde, há deficiência.

¹⁶ A título de exemplo, cite-se as acirradas controvérsias em torno da lei francesa que proíbe a utilização do véu islâmico integral (hijab) em lugares públicos, vedando a burka, que cobre parcialmente até os olhos. Nem a Constituição francesa, nem a Convenção Europeia de Direitos Humanos, nem a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, muito menos as normas protetivas dos direitos humanos trazem qualquer elemento textual ou minudenciam a liberdade religiosa ao ponto de identificar se tal lei está ou não em conformidade com ela. Nem por isso, além de várias outras questões respectivas (o que é religião e a extensão da sua proteção), se discute a estatura normativa da liberdade religiosa e a sua justiciabilidade em caso de violação.

entre os deveres negativos e os deveres positivos relacionados aos direitos fundamentais. Enquanto esses são considerados indeterminados, programáticos e intensamente custosos, aqueles são tidos como suficientemente determinados e imediatamente exigíveis, sem demandar custos. Para a autora, a oposição é deficiente.

Apesar disso, deve-se reconhecer que a doutrina pontua com certa constância o problema da indeterminação dos direitos sociais. Dentre as aporias quanto aos direitos sociais, Roig e Añon (2002, p. 105-109) apontam a indeterminação interna, associando-a com o caráter programático dos enunciados normativos que se limitam a fixar objetivos amplos, verdadeiras imposições constitucionais abstratas (CANOTILHO, 1994, pl. 315-324). Embora esta seja uma peculiaridade da forma como são os direitos sociais positivados na Constituição espanhola, pode-se considerar que mesmo as constituições que os disciplinam sem distinguir o regime jurídico dos direitos sociais podem apresentar alguns que tenham feição programática¹⁷. Apesar disso, Roig e Añon reconhecem que a indeterminação não pode repercutir na natureza normativa e vinculante da norma de direito social.

Canotilho (2008b, p. 52) também se dedica à questão, abordando os fatores de ceticismo acerca da dimensão normativa dos direitos sociais e constatando, dentre eles, no plano metódico e metodológico, a objeção de que, enquanto as normas de direitos de defesa permitem a justiciabilidade, os direitos prestacionais traçam imposições vagas e indeterminadas, dependendo da *interpositio legislatoris* do legislador e dos demais órgãos aptos a tanto.

Assim, o problema consistiria em haver elementos suficientes na construção da norma de direito fundamental social que propicie, sem mais detalhada disciplina infraconstitucional, a identificação da conduta devida por determinado obrigado. Se não houver essa possibilidade, tem-se a carência de densidade normativa pelo grau de indeterminação, necessitando que o legislador os especifique. Essa situação, entretanto, não ocorre apenas com os direitos sociais e, no mais das vezes, pode ser superada mediante a reflexão hermenêutica voltada à impressão do sentido normativo pela imbricação entre compreensão, interpretação e aplicação, como exposto.

Também Cascajo Castro (1988, p. 29-34) registra as dificuldades que desafiam os direitos sociais, destacando a heterogeneidade dos bens a que se referem, envolvendo conteúdos variados. A indeterminação também é destacada por Albert Noguera Fernández

¹⁷ Como se dá com o art. 7º, inciso IV, da Constituição brasileira, quanto ao salário mínimo.

(2010, p. 44-45) e George Kent (2005, p. 84-85) observa que os pactos que envolvem a tutela dos direitos humanos são vinculantes, mas como não são definidos de forma clara os direitos e deveres e nem os mecanismos de implementação, acabam ficando ao livre talante do legislador nacional. Albert Noguera Fernández (2010, p. 29-30), entretanto, considera que a justiciabilidade dos direitos sociais não pode ser negada em razão da indeterminação do seu conteúdo, referindo-se ao exemplo da Argentina quanto à assistência à saúde.

Clara Marquet Sardà (2010, p. 98) bem explica a suposta especificidade do problema da indeterminação quanto aos direitos sociais ao registrar que a natureza positiva ou prestacional que comportam e a sua destinação ao um fim – em sentido geral, a desmercantilização – abrem a possibilidade de distintas atuações e níveis de prestação por parte do Estado, cuja definição seria elemento imprescindível na disciplina dos direitos sociais.

Charles Beitz e Robert Goodin (2009, p. 13-14) acrescentam a ideia daqueles que reputam difícil, pela indeterminação, identificar as circunstâncias em que teria havido violação de um direito social. Enquanto para as liberdades basta verificar a conduta do agente, em relação aos direitos sociais não fica claro quais circunstâncias indicam ocorrida a violação e nem de quem é sua responsabilidade, pois pode haver vários agentes cujas ações e omissões, tomadas em conjunto, atendam ao direito. Seria difícil, em contrapartida, identificar aquele ou aqueles que atuaram erroneamente e não o satisfizeram, o que é corroborado por Jim Ife (2008, p. 32) ao perceber a que a imprecisão dos direitos sociais torna difícil estabelecer os culpados e aplicar as respectivas sanções.

Por conseguinte, percebe-se que a indeterminação é inexorável diante das limitações da positivação de normas¹⁸, quer pelo legislador, quer pelo constituinte, que recorrem à técnica de enunciação abstrata de princípios, remissão a valores e utilização de conceitos indeterminados e cláusulas gerais, com o desiderato de ampliar o espectro de normatividade. Isso, entretanto, não deve afetar ou obstar a normatividade das respectivas normas, o que deve ser estendido com relação aos direitos sociais. Para tanto, impõe-se a ruptura das premissas positivistas e formalistas que condicionam a interpretação constitucional, produzindo efeitos nocivos quanto à compreensão dos direitos sociais.

¹⁸ Aliás, como salienta Dominique Rousseau (1994, p. 261-262) ao discutir a sugestiva questão de ser o juiz constitucional escravo ou senhor da constituição, tanto para os jusnaturalistas, como para os juspositivistas já haveria um sentido próprio, encarnado no texto, que seria somente revelado pelos juízes, circunscritos a sua limitada condição daqueles que se incumbem de ser a boca que pronuncia as palavras da lei na condição de “[...] seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor” (MONTESQUIEU, 1996, p. 175).

Alexy (2008b, p. 70) se dedica com especial atenção ao caráter de indeterminação das normas constitucionais atributivas de direitos fundamentais, malgrado assentado em pressupostos analíticos. Analisando o dispositivo da Constituição alemã que consagra a liberdade científica – portanto, uma liberdade –, o constitucionalista de Kiel sustenta a existência de dois tipos de indeterminação, que seriam a semântica e a estrutural. Assim, “Ela é semanticamente aberta em razão da indeterminação dos termos ‘ciência’, ‘pesquisa’ e ‘ensino’. Essa indeterminação pode ser enfrentada por meio do estabelecimento de regras semânticas”, recorrendo a precedente do Tribunal Constitucional alemão que auxilia o preenchimento do sentido da expressão *ciência* a que se refere à liberdade em questão¹⁹.

A indeterminação semântica representa a imprecisão do significado do bem jurídico tutelado por determinado direito em razão das expressões e termos que servem a designá-lo. Acarreta a imprecisão da extensão da tutela relativa ao respectivo direito diante da incerteza do seu conteúdo material.

Já a abertura estrutural é típica quanto a várias disposições de direitos fundamentais, concebendo-a Alexy (2008b, p. 71) como impossibilidade de fixar as condutas devidas para satisfação das exigências decorrentes de dado direito e aquelas que são conferidas ao seu titular. Ou seja, remete à indefinição quanto aos deveres devidos para a observância de determinado direito fundamental²⁰ e das posições subjetivas (condutas possíveis e sua dimensão normativa) conferidas ao sujeito ativo da relação jurídica de direito fundamental.

Logo, verifica-se que a abertura estrutural está ligada à indeterminação dos deveres que podem provir de determinada norma de direito fundamental, ou qual o seu conteúdo impositivo concreto, e às condutas que passam a ser tuteladas por parte do titular²¹.

O preenchimento das aberturas semântica e estrutural ocorre por via interpretativa,

¹⁹ Propõe, então, uma norma derivada da originária enunciação da liberdade científica: “Aquilo que, por seu conteúdo e forma, é uma tentativa séria e planejada de descobrimento da verdade (ciência para o Tribunal Constitucional) deve ser livre”.

²⁰ Ainda tendo como exemplo a liberdade científica, perquire Alexy (2008b, p. 71) o que representaria a abertura estrutural, tendo-a como “[...] impossibilidade de se determinar, a partir do mero dever de que a ciência, pesquisa e ensino sejam livres, se essa situação deve ser realizada por meio de ação estatal ou se exige abstenções estatais, e se a existência ou não dessa situação pressupõe ou não a existência de direitos subjetivos dos cientistas que digam respeito à liberdade científica”.

²¹ Mais uma vez recorrendo a precedente do Tribunal Constitucional como instrumento de preenchimento da abertura estrutura, suscita a formulação de dois possíveis deveres que impõem o dever prestacional do Estado de possibilitar o exercício da liberdade científica e o dever de abstenção decorrente do direito subjetivo de defesa contra interferências indevidas do Estado. Ao que parece, o primeiro dever exprime e se situa apenas na dimensão objetiva do direito, não ensejando a sua exigibilidade judicial, enquanto o segundo reveste-se de tal condição.

utilizando-se de vários elementos que auxiliem a compreensão da vagueza dos termos e expressões relativos ao bem jurídico tutelado e a identificação dos deveres necessários a satisfazer o direito e das posições subjetivas respectivas, conferidas ao seu titular. A determinação do conteúdo por sua especificação enseja a formulação de outras normas de direitos fundamentais a partir da norma-base decorrente do dispositivo que prevê determinado direito fundamental²². Diante disso, Alexy investiga se essas normas decorrentes podem ser tidas, também, como normas de direito fundamental.

Ora, diante da indeterminação proveniente das aberturas semântica e estrutural, a solução de um dado caso concreto relativo a direitos fundamentais demanda o seu preenchimento, o que ocorre pelo processo de concretização e mediante o que Alexy (2008b, p. 72-73) denomina como refinamento, mas que nada mais é do que a especificação referida anteriormente por Karl Engisch. Disso decorrem outras normas que podem ser atribuídas à norma-base de direito fundamental apenas se for possível estabelecer, entre elas, uma relação de fundamentação. Nesse sentido, “Se tais normas não fossem aceitas, não ficaria claro o que é obrigado, proibido ou permitido de acordo com o texto constitucional (isto é, de acordo com a norma por ele diretamente expressa)”.

Tais normas, que podem ser referidas à norma-base de direito fundamental imediatamente decorrente do dispositivo constitucional e as que dele derivam em vista da necessidade de solução de um caso concreto estabelecem uma relação de refinamento e fundamentação que, segundo Alexy, permite conceber as primeiras como normas de direitos fundamentais atribuídas – ou simplesmente, e de forma mais clara, normas de direitos fundamentais decorrentes.

Por essa via se compreende que um dispositivo constitucional que consagre direito fundamental pode dar ensejo a diversas normas constitucionais de distinto caráter deontico mediante o processo interpretativo orientado pelos paradigmas da reflexão hermenêutica²³. E tais normas, evidentemente, conduzem à identificação de direitos fundamentais decorrentes que podem ser entendidos como resultantes da especificação do

²² Daí se verifica que Alexy pressupõe, como também o presente estudo, a não-correspondência biunívoca entre texto e norma (CANOTILHO, s.d., p. 1.203-1.206), o que é explicado, conforme as categorias da hermenêutica filosófica, como diferença ontológica entre texto e norma. Embora não sejam a mesma *coisa*, estão indissolúvelmente ligados no processo interpretativo de construção do sentido normativamente válido.

²³ No mesmo sentido é a posição de Manuel Medina Guerrero (2006, p. 11-12) que, ao tratar do processo de especificação dos direitos fundamentais, salienta que identificar quais faculdades compõem o âmbito constitucionalmente protegido é uma tarefa de interpretação constitucional, sendo especialmente árdua naquelas situações em que os dispositivos constitucionais cingem-se a descrever o bem jurídico, sem qualquer especificação mais concreta.

direito fundamental expresso²⁴.

Por isso que, como antecipado, não apenas é inexorável que os direitos fundamentais sejam indeterminados, mas também é importante para a própria efetividade da sua tutela, pois possibilitam a ampliação do seu espectro normativo a partir da interpretação que possibilite o seu preenchimento em conformidade com as várias dinâmicas sociais e de acordo com a complexidade das relações travadas pela comunidade aberta de intérpretes de direitos fundamentais.

A indeterminação só poderia ser negada em se adotando perspectivas metódicas formalistas, que tentem aprisionar o direito em fórmulas e esquemas silogísticos, matematizando o direito para simplificá-lo sem saber que, com isso, o estão desumanizando-o²⁵ e retirando toda a sua potencialidade.

O que era um vício pode ser, em verdade, uma virtude no âmbito da proposta do constitucionalismo virtuoso, dirigente e global, desde que seja a indeterminação enfrentada e preenchida mediante a reflexão hermenêutica e o diálogo constitucional sobreposto.

Observe-se que, se atada ao paradigma liberal-individualista e aos pressupostos cognitivos do positivismo jurídico e do racionalismo formalista, a indeterminação seria um vício praticamente insuperável sem que haja o desenvolvimento do preenchimento pela legislação.

Compreendida a partir dos horizontes descortinados pela hermenêutica filosófica e do diálogo sobreposto entre as várias instâncias constitucionais, com a migração das ideais, sentidos e conteúdos constitucionalmente construídos com relação aos direitos fundamentais, experimentados e vivenciados pela comunidade aberta de seus intérpretes, possibilita – ao contrário do que supostamente sustentado – a ampliação do espectro normativo de tutela de cada direito fundamental e a efetividade desta própria tutela²⁶.

²⁴ Por exemplo, pode-se identificar, a partir do direito à saúde constitucionalmente abrigado pelo art. 6º da Constituição Federal e mais detidamente disciplinado a partir do art. 196, diante de um caso concreto que envolva a necessidade de utilização de medicamento de alto custo por sujeito portador de doença grave outro direito, que especifica, no caso, o direito à saúde, que seria o direito à assistência farmacêutica. Ou, ainda, com relação ao direito à moradia seria possível conceber, diante do caso concreto de pessoas que fiquem desabrigadas em razão de cataclisma natural – independentemente de haver ou não responsabilidade do poder público na gravidade de seus efeitos – haveria para tais pessoas o direito fundamental a serem abrigadas nos momentos imediatamente subsequentes ao ocorrido.

²⁵ Com isso não se nega o caráter humano da matemática, mas se há de convir que carece de dimensão humanística, sendo insensível aos problemas que ocorrem às comunidades políticas.

²⁶ Matthew Craven (1995, p. 129), analisando os termos vagos e imprecisos de várias provisões do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, observa que o principal problema para a efetividade desses direitos é a fixação de *standards* e objetivos a serem alcançados pelos Estados-parte que assegure a flexibilidade necessária para sua adaptação às várias culturas e condições socioeconômicas.

Logo, é preciso construir a prática institucional pela ampliação do diálogo e da vivência e experimentação dos direitos sociais no âmbito das comunidades abertas de intérpretes dos direitos fundamentais, propiciando a migração dos sentidos constitucionais e dos elementos componentes dos deveres correlativos que venham sendo construídos nacionalmente, regionalmente e internacionalmente. Os comentários gerais e as diretrizes fixadas pelo Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, decisões dos tribunais internacionais e das cortes constitucionais de outros países, leis e doutrina estrangeiras podem contribuir para a construção do sentido, dos deveres e da extensão da tutela relativa aos direitos sociais²⁷.

Cabe, ainda, salientar que a determinação dos direitos fundamentais – e não apenas dos direitos sociais – pode ser promovida pelo legislativo, pelo executivo e pelo judiciário. Todos os poderes, no exercício de suas atribuições, podem e devem concretizar os direitos fundamentais. O problema que se apresenta é a extensão da legitimidade e da capacidade daqueles que não desempenham típica função de direção política – usualmente pertencente ao executivo e ao legislativo – para determinar o conteúdo dos direitos.

Nesse sentido, Christoph Gusy (2003, p. 42-43) ressalta que os direitos sociais costumam ser enunciados de forma mais vaga do que as liberdades clássicas, limitando-se, no mais das vezes, a fixar objetivos para o poder público, deixando em aberto os meios e as vias necessárias para atendê-los. Diante disso, suscita a questão da legitimidade e da competência para definição e escolha dos meios, o que depende de diversas variáveis, que são: a) a situação financeira do Estado, b) o desenvolvimento econômico, c) o desenvolvimento social e d) o desenvolvimento tecnológico e técnico. Tais questões, para o autor, envolvem acentuado conteúdo político que só poderia ser objeto de deliberação pelos órgãos de direção política e não pelo judiciário²⁸.

Naturalmente que, em se tratando de Estado Democrático de Direito, os conteúdos que sejam assinalados pelas leis aos direitos fundamentais, através do que se pode chamar de desenvolvimento legislativo da proteção jusfundamental, se sobrepõem ao executivo e ao judiciário, caso não se sejam inconstitucionais.

Logo, percebe-se a vinculação da indeterminação para com a justiciabilidade dos direitos sociais e as questões atinentes à reserva legislativa, composta pela liberdade de

²⁷ O que é corroborado por Manuel Medina Guerrero (2006, p. 15-18) que admite a utilização de textos internacionais e de decisões de Cortes internacionais na identificação do conteúdo constitucionalmente protegido, como também da jurisprudência de outras cortes constitucionais.

²⁸ Questão que envolve as condições e limites da justiciabilidade e que será adiante abordada.

conformação do legislador, e à reserva do possível.

A esses órgãos de soberania, entretanto, na condição de intérpretes oficiais da constituição, não se limita a determinação dos direitos fundamentais pela especificação do seu conteúdo, sendo atividade também pertencente, ainda que de forma difusa, às várias instâncias que compõem a comunidade aberta de intérpretes fundamentais, abrangendo movimentos sociais, partidos políticos, grupos de pressão, sindicatos e cidadãos.

No plano transnacional, deve-se reconhecer essa capacidade, também, às respectivas instâncias responsáveis pela previsão e pela tutela dos direitos humanos, como as cortes internacionais, os atores-não estatais, os órgãos não-judiciais de solução de conflitos e as organizações internacionais, como as Nações Unidas e, no que respeita especificamente aos direitos humanos, a atuação do seu Comitê de Direitos Humanos.

A questão da indeterminação se coloca ainda que a própria constituição estabeleça de forma mais detalhada a disciplina de determinado direito fundamental, prevendo o feixe de pretensões, faculdades e obrigações que compõem o seu conteúdo material, pois sempre restará alguma indeterminação diante da dinâmica social, embora menos complexa a especificação por haver mais referenciais normativos que orientem o processo interpretativo²⁹.

Todos esses atores estabelecem o sobredito diálogo sobreposto, tornando possível a migração de ideais constitucionais sobre o conteúdo significativo dos direitos e sobre o seu conteúdo estrutural, compondo a tessitura do sistema multinível de proteção dos direitos humanos e fundamentais.

A atuação de todos esses atores, estatais e não estatais, é fonte inesgotável de possibilidades para que seja promovida a efetividade dos direitos fundamentais, em atendimento ao direito fundamental ao máximo existencial, tendo em vista o referencial da satisfação suficiente dos níveis essenciais de prestação quanto às necessidades básicas.

A indeterminação, devidamente compreendida, não é obstáculo à efetividade dos direitos e nem a sua justiciabilidade, sendo elemento fundamental, conforme a possibilidade dialógica de sua especificação, para a viabilidade da aproximação do direito fundamental ao máximo existencial como ideia reguladora.

É pela via interpretativa, sobretudo, que se identifica o conteúdo material dos direitos fundamentais, com especial vinculação com a dimensão normativa do direito fundamental ao máximo existencial. Exige-se a afirmação do caráter expansivo e abrangente

²⁹ Desse modo, concorda-se com Manuel Medina Guerrero (2006, p. 13-14) quando destaca que, algumas oportunidades, a própria constituição já procede a uma delimitação do direito.

desse conteúdo material, entendido como conteúdo essencial ótimo e não como conteúdo mínimo³⁰.

Os argumentos ora expostos são suficientes para justificar a rejeição da impugnação contra o igual *status* normativo dos direitos sociais com relação às liberdades por força da sua indeterminação, negando-se o conseqüente prejuízo para sua justiciabilidade.

Nesse passo, cabe adentrar na complexa e assaz discutida questão das categorias relativas ao conteúdo estrutural dos direitos fundamentais, envolvendo a identificação da natureza dos direitos e deveres que podem ser relacionadas aos direitos fundamentais.

O tema é bastante discutido em razão de ser usual e clássica a distinção das liberdades e dos direitos sociais como sendo direitos negativos as primeiras e direitos positivos os segundos. As primeiras expressariam uma função de defesa e os segundos uma função prestacional.

Situa-se na questão da estrutura dos direitos sociais como direitos positivos, em contraposição às liberdades, outro âmbito que afastaria a sua justiciabilidade. Com efeito, ainda que houvesse relativa determinação de determinado direito, a possibilidade de ser efetivamente implementado continuaria dependente da liberdade de conformação do legislador – ainda que mais reduzida – e, sobretudo, da chamada reserva do possível.

A proposta que se sugere envolve a absoluta superação desta distinção³¹, que radica num preconceito arbitrário acerca da estrutura deontica das liberdades e dos direitos sociais e de uma equivocada perspectiva da relação jurídica de direito fundamental como sendo simples associação entre uma pretensão e um dever de satisfazê-la.

Para tanto, defende-se que, a partir da indivisibilidade dos direitos fundamentais, há uma pluralidade deontica, entendida como a ocorrência de vários deveres que sejam decorrentes de determinado direito fundamental, tanto de caráter negativo, como positivo,

³⁰ Cabe, de logo, antecipar que o conteúdo material dos direitos fundamentais é associado usualmente com as leis restritivas de direitos fundamentais diante da necessidade de que seja preservado o núcleo ou conteúdo essencial. Assim, fica destacado o caráter protetivo, de resistência, do conteúdo do direito fundamental diante de leis restritivas. Entretanto, não se desenvolve categoria específica respeitante ao caráter expansivo do conteúdo material, ou seja, quanto à avaliação da satisfação suficiente de leis que desenvolvam ampliativamente as prestações relativas a direitos fundamentais. Se o conteúdo essencial se apresenta como limite dos limites, deve-se conceber a noção do conteúdo ótimo, concernente às leis ampliativas – ou de enriquecimento, como prefere Häberle (2003a, p. 324) – do nível de prestação de determinados direitos, como fator de propulsão do conteúdo material. Sem sustentar categorias específicas que permitam o controle da satisfação suficiente das leis ampliativas ou de enriquecimento, Häberle (2003a, p. 322-325) percebe a necessidade de construção desta perspectiva do conteúdo essencial, pelo que agrega à função de defesa do núcleo mínimo do direito o que chama de função ofensiva.

³¹ Como já asseverado, o único critério distintivo cabível entre as liberdades e os direitos sociais é o material, caracterizando-se esses últimos por se referirem à desmercantilização das condições existenciais.

todos necessários para que seja suficientemente satisfatória a sua observância e, nesse sentido, conforme o direito fundamental ao máximo existencial. Procede-se, ainda, à reconfiguração da noção de direito subjetivo a partir da atribuição de posições jurídicas fundamentais que estabeleçam vínculos jurídicos através dos modais deônticos com as distintas categorias de deveres.

3.3.2 A categorização do conteúdo estrutural dos direitos fundamentais

O advento dos direitos sociais trouxe para a doutrina a dificuldade de compreendê-los e de situá-los no universo dos direitos fundamentais, até então habitado apenas pelos direitos de liberdade (direitos civis ou individuais) e pelos direitos políticos.

Diante dessa dificuldade, e tendo em vista o enraizamento na cultura constitucional de preconceitos em torno das liberdades, entendidas, por força do paradigma liberal da teoria dos direitos fundamentais, como direitos de defesa, coube a construção doutrinária do conteúdo estrutural dos direitos sociais em oposição às liberdades.

Assim, os direitos sociais seriam direitos positivos por exigirem prestações do poder público, enquanto as liberdades seriam direitos negativos e, portanto, de defesa, demarcando um âmbito de não intromissão. Essa diferenciação exprime o chamado vício de nascimento (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 21) dos direitos sociais por afetar apenas a estes o caráter positivo ou prestacional, sendo artificial qualquer tentativa de distingui-los pela natureza dos respectivos deveres (FREDMAN, 2008, p. 65). Não obstante isso, é tem-se mostrado sólida e consistente, estimulada pela cisão das convenções destinadas aos direitos civis e políticos e aos direitos econômicos e culturais.

A indeterminação dos direitos fundamentais é outro fator que contribui deveras para que sejam construídas categorias teóricas equivocadas, que devem ser negadas a medida que o distanciamento histórico permite ampliar os horizontes hermenêuticos e perceber a errônea da aludida classificação.

Nesse sentido, associando a indeterminação e a dicotomia entre direitos positivos e direitos negativos, Perez-Luño (2006, p. 296) salienta que a amplitude, a heterogeneidade e o novo sentido prático de que se revestiu a nova categoria de direitos conduziram parte da

doutrina a realizar uma separação entre estes direitos e as liberdades, tendo por desiderato negar o caráter jurídico dos direitos sociais. Se não se consegue negar o caráter jurídico de forma explícita, nega-se a condição de direitos fundamentais (TORRES, 2009, p. 53), dissimulando a rejeição da sua juridicidade ao afirmar que não constitui prestações obrigatórias.

Ademais, a dicotomia dos direitos fundamentais em negativo-positivo, equivalendo a uma oposição entre liberdades e direitos sociais, tem conduzido, como já exposto, à existência de regimes jurídicos diferenciados pela distinta forma de positivação nos textos constitucionais, contando com o beneplácito da inércia reflexiva da doutrina e do conformismo jurisprudencial.

É na dita dicotomia que radicam vários dos mitos e preconceitos arbitrários sobre direitos sociais – e também sobre as liberdades –, causando-lhes um déficit de normatividade por serem considerados como direitos sujeitos à reserva legal, submetendo-se à livre conformação do legislador, e à reserva do possível, ora confundidos com normas programáticas – ainda em seu sentido clássico, destituídas de vinculação ao poder público –, além de associados a categorias que depreciam o seu *status* normativo, como as classificações em direitos incondicionados e condicionados (BALDASSARRE, 1997, p. 208-209) e em originários e derivados (CANOTILHO, s.d., p. 477-480), também apontadas por Ana Carolina Olsen (2008, p. 50-51).

Ricardo Lobo Torres (2009, p. 241-242), embora reconheça a existência de dimensões positivas concernentes às liberdades, defende a aludida dicotomia, sendo expoente das consequências negativas para a efetividade dos direitos fundamentais dela provenientes (TORRES, 2009, p. 272-274).

Ora, é preciso romper com esquemas cartesianos que simplificam demasiadamente a realidade de fenômenos multifacetados e complexos, tolhendo-os arbitrariamente.

Daí a necessidade de que seja enfrentada e superada essa dicotomia distintiva estruturalmente entre liberdades e direitos sociais no âmbito da teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada, vislumbrando-se que todos os direitos fundamentais encerram em sua composição um emaranhado de posições e deveres fundamentais correlativos, tanto negativos como positivos³².

³² O que vem sendo cada vez mais exaltado pela mais variada doutrina, destacando-se, dentre outros, Giuseppe de Vergottini (2004, p. 231), Pablo Lucas Verdú (2000, p. 148-149), Alexy (2008b) e, mais recentemente, por

Apenas a partir da superação desta dicotomia é que se tornará possível propor o modelo de compreensão para o conteúdo estrutural dos direitos fundamentais que norteie o processo de especificação e a sua fundamentação, independentemente de qual instância proceda à determinação do seu conteúdo e, assim, confira aos direitos sociais a mesma estatura jurídico-constitucional das liberdades.

Logo, conceber-se determinado direito social como direito subjetivo e perquirir a sua efetividade são questões condicionadas ao entendimento adequado de quais sejam as posições e os deveres fundamentais que podem resultar dos direitos fundamentais como um todo, o que impõe a rejeição da aludida dicotomia.

3.3.2.1 A clássica distinção entre liberdades e direitos sociais

Quando são positivados os direitos sociais as liberdades e os direitos políticos já têm o seu assento no reino dos direitos fundamentais há tempos. Aliás, a eles se circunscreviam os direitos fundamentais.

As liberdades e os direitos políticos investiam o indivíduo em pretensões voltadas contra o Estado, visando a conferi-lhe enquanto tal e enquanto cidadão uma esfera de liberdade, como é corroborado pelas Declarações americana e francesa. Enquanto indivíduo, a esfera de liberdade dos modernos garantia a não-intervenção do poder público na vida privada; enquanto cidadão, a esfera de liberdade dos antigos assegurava a participação e decisão no âmbito do poder político³³. Assim, o indivíduo era livre na medida em que não era tolhido pelo Estado em suas relações civis; o cidadão, por sua vez, era livre na medida em que participava ativamente da conformação do poder político.

Stephen Holmes e Cass Sunstein (2000), em firme intenção de superar a aludida e tão enraizada quanto equivocada dicotomia.

³³ Sobre a clássica e perspicaz distinção introduzida por Benjamin Constante (2007, p. 595-596) entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos, cabe trazer à colação que “A liberdade dos tempos antigos era tudo aquilo que garantia aos cidadãos a maior parcela no exercício do poder político. A liberdade dos tempos modernos é tudo o que garante aos cidadãos independência do governo. [...] Não se deve pedir aos povos modernos o amor e a devoção que os antigos tinham pela liberdade política; é a liberdade civil que os homens de nossa era mais aplaudem. Isso ocorre não apenas porque a liberdade civil ganhou suas vantagens, em virtude da multiplicação das tomadas particulares de decisões, mas também porque a liberdade política perdeu as suas, devido ao tamanho das sociedades”.

Desse modo, compondo a já referida primeira dimensão dos direitos fundamentais estariam os direitos decorrentes da garantia da liberdade individual e da liberdade política. A primeira conferia ao indivíduo o direito de impor ao Estado abstenções e omissões, demarcando uma esfera de liberdade como instância de defesa em face de intromissões indevidas. A segunda investia o cidadão na capacidade de exercer, ativamente, as vias que lhe estivessem disponíveis quanto à conformação do poder político.

Essas liberdades seriam garantidas através do princípio da legalidade, pois as intromissões e intervenções do Estado só poderiam ocorrer de acordo com as competências que lhe fossem legalmente concedidas. De outra parte, as vias de participação estariam franqueadas ao cidadão na forma da lei³⁴. Uma exigência da legalidade era conferir igual liberdade individual a todos na medida em que todos, em virtude da condição humana e da razão, eram iguais perante a lei, conformando o princípio da igualdade formal. Essa igualdade se daria pela impressão às leis das qualidades da abstração e da generalidade³⁵.

Maurice Hauriou (2003, p. 109) sustentava que a esfera de ação da liberdade era a vida privada, abrangendo a vida familiar e econômica. Reconhece, ainda, que o advento dos Estados modernos fez unir à liberdade individual a liberdade política, que torna os súditos cidadãos, atribuindo-lhes o direito de participar do governo.

Diante disso, as liberdades conferem ao indivíduo o direito de se opor a qualquer intromissão estatal que não esteja amparada legalmente, constituindo em seu favor a pretensão de exigir do Estado abstenção ou omissão de qualquer conduta que importe em intervenção indevida e ilegal. Constata-se um caráter eminentemente defensivo ao conter investidas sobre a esfera privada do indivíduo. Já quanto aos direitos políticos, o cidadão que deles fosse titular poderia exigir do poder público que não embaralhasse a sua livre participação política nas questões de governo. Além de uma dimensão nitidamente ativa, conferindo ao seu titular a capacidade de atuar no processo político, poderiam ser deduzidos como direitos negativos.

É nesse sentido que Piero Calamandrei (1946, p. xvi-xvii) analisa a estrutura jurídica dos direitos de liberdade, sugerindo um amálgama entre a liberdade individual e a liberdade política em razão das exigências de instauração de regime democrático com o pós-guerra. Para o jurista italiano, a liberdade política representa direito público subjetivo de

³⁴ Não é demais ressaltar que, àquela época, o sufrágio era restrito, em regra, por caráter censitário, por gênero e outros caracteres discriminatórios, vindo a se universalizar apenas no século XX e, no caso do Brasil, com a Constituição de 1988, que assegura o voto aos analfabetos.

³⁵ Sobre as relações entre liberdades e legalidade no constitucionalismo moderno, são esclarecedoras as considerações de Robert e Duffar (1999, p. 111-113).

caráter negativo. Como direito negativo, o Estado não se obriga a fazer nada de positivo em favor de seu titular, assumindo o dever de se abster, de deixar ao cidadão o livre exercício das atividades compreendidas pelo direito, sem qualquer perturbação.

Aliás, como bem ressaltam Jean Duffar e Jacques Robert (1999, p. 47), a definição liberal da liberdade individual reside no art. 4º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, tendo como único limite a igual liberdade dos outros, o que cabe à lei estabelecer.

No mesmo sentido, para Jean Rivero e Mouthout (2006, p. 7-9) a liberdade é um poder de autodeterminação pelo qual o homem escolhe seus comportamentos e, nessa condição, destacam não se tratar de um direito que se reduza à esfera do próprio titular, produzindo efeitos sobre os outros; esses efeitos são de caráter negativo, porquanto “[...] reduzem-se à obrigação de respeitar, pela abstenção, o exercício da liberdade dos outros”.

Não obstante isso, cabe registrar a argúcia quando percebem que a liberdade individual se depara com vários problemas sociais que constroem e condicionam a esfera de liberdade – exemplificando com a referência a contextos sociais e econômicos, conformismos religiosos ou políticos. Nas sociedades em que viceja amplamente a liberdade individual, não podem se limitar a uma total abstenção.

Logo, verifica-se que o constitucionalismo moderno se erigiu em torno de direitos que eram tidos, preponderantemente, como direitos negativos, impondo ao Estado a abstenção de todas as condutas que cerceiem a esfera de sua liberdade legalmente conformada, devendo omiti-las, tal como pontua Vezio Crisafulli (1952, p. 117)³⁶, *in verbis*:

A ausência nas antigas Constituições da época liberal de uma regulamentação de cada aspecto da convivência social dos cidadãos, de fora a garantia do direito de propriedade e das liberdades civis, representa também, sob um olhar mais atento, um *conteúdo social* da própria Constituição: um conteúdo *negativo* correspondente de resto ao princípio liberal de *laissez faire* e traduzindo-se no abandonar – a *princípio* – toda parte da vida coletiva à espontaneidade das forças sociais e à livre atividade dos indivíduos, ou seja – como se diz tecnicamente – à autonomia privada.

Também destacando o caráter negativo e limitador do poder político pelos direitos de liberdade, Karl Löwenstein (1979, p. 391-392) considera que as liberdades individuais

³⁶ Em tradução livre. No original, “[...] la stessa mancanza nelle vecchie Costituzioni dell’epoca liberale di una regolamentazione di ogni altro aspetto della vita associata dei cittadini, al di fuori della garanzia del diritto di proprietà e delle libertà civili, rappresenta anch’essa, a bem guardare, un *contenuto sociale* delle Costituzioni medesime: un contenuto *negativo* corrispondente del resto al principio liberalista del ‘*laissez faire*’ e traducesi nell’abbandonare – *in principio* – tutta una parte della vita collettiva alla spontaneità delle forze social ed alla libera attività degli individui, ossia – come si disse tecnicamente – all’autonomia dei privati”.

seriam controles verticais ao exercício do poder político, constituindo muros que protegem o indivíduo das intervenções por parte dos detentores do poder político.

Tendo em vista o quadro atinente às liberdades e aos direitos políticos, seria realmente impactante o advento dos direitos sociais, o que explica – embora não justifique de todo e nem explique a persistência dos preconceitos arbitrários até a atualidade – a incompreensão que sobre eles se estabeleceu.

Enquanto as liberdades e os direitos políticos já eram instituições consolidadas e que vinham se enraizando no discurso constitucional, os direitos sociais eram corpo estranho, o que lhes trouxe severas dificuldades para ser categorizado no âmbito dos direitos fundamentais e, especialmente, em relação às liberdades.

A primeira tentativa de estabelecer as categorias concernentes à estrutura dos direitos fundamentais, e anterior ao advento dos direitos sociais, foi feita por Jellinek através do desenvolvimento da teoria dos *status*. A teoria é bem analisada por Robert Alexy (2008b, p. 254-275), que a reputa ainda relevante para a classificação dos direitos fundamentais, ao que não se adere. Com efeito, a usual referência à teoria dos *status* pelos mais variados autores, como o próprio Alexy e Peter Häberle (2002, p. 193-201), tem mostrado o intento forçoso de adaptá-la ou reestruturá-la a fim de salvá-la do ostracismo decorrente de sua inadequação aos quadrantes atuais dos direitos fundamentais.

A complexidade que envolve a compostura estrutural do conteúdo dos direitos fundamentais não pode mais ser encaixada na estrutura simples – embora bem delineada na época – da teoria dos *status*. O seu valor seria meramente histórico e, por ter se originando antes do advento dos direitos sociais, representa mais um obstáculo à identificação adequada do conteúdo estrutural dos direitos sociais e da sua distinção para com as liberdades.

Segundo Jellinek haveria o *status activus*, o *status negativus*, o *status positivus* em finalmente, o *status passivus*. Este último representa a esfera de sujeição do indivíduo ao poder do Estado, compondo-se pelo que lhe pode ser proibido ou exigido. Se opõe ao *status negativus*, que é a esfera oposta, que é a esfera individual das liberdades, que demarca o âmbito de não-intervenção do Estado, correspondendo atualmente aos chamados direitos de defesa. O *status positivus* abrange os direitos que investem o indivíduo como credor de ações estatais em seu proveito. Já o *status activus* é composto pelas competências que são conferidas ao indivíduo, ou seja, capacidades de participação política³⁷.

³⁷ Remete-se às reflexões de Alexy e Häberle sobre as críticas à teoria dos *status*.

Alexy burila a teoria sugerindo, por exemplo, a existência de um *status positivus* amplo e ou estrito, abrangendo naquele os direitos a ações tanto positivas quanto negativas. Häberle, por sua vez, tenta incrementar a teoria com a defesa de mais um *status*, que seria o *status activus processualis*, concernente aos direitos que asseguram a participação do cidadão com e no Estado prestacional para viabilizar a regulação e conformação adequada dos direitos básicos.

Perez-Luño (2006, p. 300-301), tentando enquadrar os direitos sociais na classificação dos *status* de Jellinek, suscita a existência do *status positivus socialis*, que seria resultante da crescente intervenção do Estado no âmbito econômico e social, com as ressalvas de que não se converta, por força do desvirtuamento – como ocorrido com a Constituição de Weimar – em *status passivus*, o que poderia ser evitado com o reconhecimento do *status activus processualis* em reforço à participação na construção do sentido dos direitos sociais.

Na doutrina pátria, o tema da teoria do *status* é revisitado, dentre outros, Ingo Sarlet (2009, p. 198-207) por Paulo Thadeu Gomes da Silva (2010, p. 98-105) e por Ricardo Lobo Torres (2009, p. 179-298). O primeiro autor defende a pertinência da teoria, malgrado admita a sua incompletude.

Já Ricardo Lobo Torres procede à extensa revisão sobre os *status*, tentando atualizar a teoria pela invocação do *status positivus socialis*, sugerido por Perez-Luño, que abrangeria as prestações estatais destinadas aos direitos sociais. Em conformidade com o seu modelo teórico – absolutamente incompatível com a proposta que se defende a partir do direito fundamental ao máximo existencial e, também, constitucionalmente inadequada –, tais prestações não seriam obrigatórias e gratuitas.

Embora Ingo Sarlet (2009, p.198) também identifique um *status positivus socialis*, o concebe de forma distinta que Lobo Torres por admitir um *status libertatis socialis* ao invés do *status positivus libertatis*, que seria composto pelas mínimo vital.

Apesar de tais esforços, não é possível, pelas razões sinteticamente expostas, admitir a persistência deste modelo teórico para a percepção do conteúdo estrutural dos direitos fundamentais. A teoria não contempla os direitos coletivos que se referem especificamente a grupos de minorais e que não são projeções no âmbito coletivo e difuso das liberdades e dos direitos sociais.

Além disso, quanto aos direitos sociais, a existência da teoria dos *status* conduziu a que fossem logo caracterizados como necessariamente vinculados ao *status positivus*³⁸ – mesmo com as posteriores adaptações sugeridas pela doutrina –, ou seja, sendo concebidos como direitos a prestações, distinguindo-se, portanto, da esfera de liberdades conformada pelo *status negativus*.

Assim, se todo o referencial doutrinário apontado considera que as liberdades são direitos negativos, ou de defesa, por configurarem um espaço de não intervenção do Estado em que o indivíduo deve exercer ampla e plenamente a sua autonomia privada, os direitos sociais, diversamente, foram tidos como direitos a positivos ou a prestações.

Carl Schmitt (1996, p. 170-174), um dos mais significativos críticos do Estado Social, adotava a dicotomia, defendendo que os direitos individuais eram direitos do homem isolado, não abrangendo as exigências sociais, conferindo ao titular uma esfera de liberdade. Os direitos sociais, ao contrário, apresentam distinta estrutura ao atribuírem ao indivíduo prestações positivas devidas pelo Estado. Como as prestações são essencialmente limitadas, também o são os direitos sociais, no que se distinguem, também, das liberdades, que são, a princípio, ilimitadas.

De forma oposta a Schmitt, mesmo os que alcançavam a importância da significação política e social da erupção do constitucionalismo social e do povoamento das constituições pelos direitos sociais adotavam a dicotomia que impelia a renegar a sua condição de autênticos direitos fundamentais, como é o caso da doutrina de Piero Calamandrei (1946, p. xxxvi-xxxvii)³⁹, abaixo transcrita, *in verbis*

Esta diversidade, exposta em termos jurídicos, pode se resumir a isto: que, enquanto os tradicionais direitos de liberdade têm, como visto, caráter negativo, pois aos mesmos corresponde a obrigação do estado de não obstaculizar o exercício de certas atividades individuais, os direitos sociais têm caráter positivo, correspondendo-lhes a obrigação do estado de remover os obstáculos econômicos e sociais que se sobrepõem que impedem a livre expansão moral e política da pessoa humana. Com os primeiros se visa a salvaguardar a liberdade do cidadão pela opressão política; com os segundos se mira a proteção diante da opressão econômica.

³⁸ No mesmo sentido é o posicionamento de Jorge Reis Novais (2010, p. 123) e de George Marmelstein (2008, p. 284) ao identificar a influência da teoria dos *status* na adoção da dicotomia, também por ele rejeitada.

³⁹ Tradução livre. No original, “Questa diversità, espressa in termini giuridici, su può riassumere in questo: che, mentre i tradizionali diritti di libertà hanno, come si è visto, carattere negativo, in quanto ad essi corrisponde l’obbligo dello stato di non ostacolare l’esercizio di certe attività individuali, i diritti social hanno carattere positivo, in quanto ad essi corrisponde l’obbligo dello stato di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che si frappongono alla libera espansione morale e politica della persona umana. Coi primi si mira a salvaguardar ela libertà del cittadino dalla oppressione politica; coi secondi si mira a salvaguardarla dalla oppressione economica.”

Observe-se que, mesmo aderindo à dicotomia⁴⁰, a sensibilidade de Piero Calamandrei levou-o a perceber a existência de relação simbiótica entre as liberdades e os direitos sociais ao fundamento de que, ao final, o desiderato dos direitos sociais e das liberdades é o mesmo, qual seja, a garantia da liberdade individual, variando os meios adotados para tanto. Justamente a indivisibilidade dos direitos fundamentais vai ser um dos fundamentos da superação da dicotomia, que ainda não se fazia possível àquela época, mas que já era pressentida por Calamandrei, sobretudo mediante a conclusão de que “[...] os direitos sociais constituem a premissa indispensável para assegurar a todos os cidadãos o gozo efetivo das liberdades políticas” (CALAMANDREI, 1946, p. xxxviii)⁴¹⁴².

⁴⁰ O que era praticamente inexorável em razão da prevalência do paradigma liberal da teoria dos direitos fundamentais – e da teoria do direito em si – e pela ausência do necessário distanciamento histórico, estando enraizados os preconceitos desenvolvidos no constitucionalismo liberal e que se mostraram arbitrários quando o modelo constitucional se modificou. Tal modificação levou tempo para que a doutrina pudesse introjetar os seus efeitos e consequências, dando azo à manutenção de muitos dos preconceitos arbitrários, como os relativos aos direitos sociais, ora combatidos, e aos renovados, como a categoria do mínimo vital.

⁴¹ Em tradução livre. No original, “[...] i diritti sociali costituiscono la premessa indispensabile per assicurare a tutti i cittadini il godimento effettivo delle libertà politiche”.

⁴² Atente-se, ainda, que a referência à remoção dos obstáculos econômicos e sociais veio a ser encampada como norma programática pelo art. 3º, segunda parte, da Constituição Italiana de 1948, conferindo-lhe natureza nitidamente dirigente. Nesse passo, cabe transcrevê-lo: “Art. 3º. [...]. É atribuição da República remover os obstáculos de ordem econômico e social que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impeçam o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país.” No original, “3º. [...]. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva

De qualquer sorte, a distinção entre as duas categorias é a mesma entre prestação positiva e prestação negativa, pelo que, quanto aos direitos sociais, o Estado deve atuar ativamente para desestruturar os privilégios econômicos e para auxiliar os necessitados a libertar-se da necessidade. Desse modo, a atribuição do Estado defender a liberdade não se limita na cômoda inércia do *laissez-faire*, implicando a intervenção no domínio econômico e diversas prestações positivas na luta contra a miséria e contra a ignorância.

Da aludida dicotomia, Calamandrei (1946, p. xxxviii-xli) extrai a diferenciada estrutura jurídica dos direitos sociais, tolhendo-lhe o caráter vinculante e impositivo. Com efeito, reconhecendo as liberdades como direitos perfeitos e eficazes, que não dependem de esforço ou de gastos, pois exigem apenas a não intervenção e a inércia do poder público. O mesmo não cabe para os direitos sociais que, correspondendo ao poder público uma obrigação positiva de dar ou fazer, sua satisfação demanda exigências práticas dependentes de meios adequados que só podem ser alcançados após profundas transformações nas relações sociais embasadas sobre a economia liberal.

Em razão disso, os direitos sociais foram associados às vagas diretrizes programáticas. Sem a transformação social suposta por Calamandrei os direitos sociais são letra morta no texto constitucional, cabendo concebê-los não como metas revolucionárias, mas como ponto de partida.

No mesmo sentido, Vezio Crisafulli (1952, p. 118-119) constata a existência nas constituições de sua época de conteúdo social positivo que impõem atuação intervencionista do Estado sobre o âmbito econômico e social, considerando a instituição de um sistema de proteção social fundado em princípios programáticos, como o que estabelece o direito à saúde, exigindo do legislador a adoção das medidas necessárias a realizá-lo no ordenamento jurídico.

Como observa Baldassarre (1997, p. 209-210), a inicial dicotomia defendida desde Calamandrei permaneceu para a maior parte da doutrina italiana, o que explica como decorrência da grande força da tradição, embora acarrete contradições. Assim, os direitos sociais continuam entendidos como direitos a prestações positivas do Estado, contrapondo-se aos direitos de liberdade, que envolvem prestações negativas, de não fazer, assegurando a esfera de livre atuação individual.

partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.”

Karl Löwenstein (1979, p. 400-401) ressalta que o advento dos direitos sociais conduziu à mudança da concepção da relação entre Estado e cidadão. Se as liberdades eram direitos contra o Estado, que era inimigo da autonomia privada, os direitos sociais só podem ser satisfeitos e garantidos pelo Estado, convertendo-o em amigo responsável pelo atendimento das necessidades coletivas⁴³. Tais direitos são pretensões do indivíduo ou de determinado grupo perante o poder público, que deve atuar para satisfazê-los; a despeito disso, sustenta que os direitos sociais não seriam direitos em sentido jurídico, pois não podem ser judicialmente exigidos do Estado antes que sejam institucionalizados pela ação estatal. Essa perspectiva dos direitos sociais como dependentes de legislação futura também foi destacada por Andrea Rovagnati (2009, p. 53) ao analisar a evolução da natureza dos direitos sociais.

Konrad Hesse (2009, 42-46), embora sustente a necessidade de ampliação da concepção das liberdades para abranger, para além de direitos de defesa, direitos de participação e de prestação, mantém a concepção de que os direitos sociais têm estrutura distinta dos clássicos direitos de liberdade e igualdade, pois são referentes a ações do Estado destinadas a realizar os programas por eles expressos, em face do que não admite a sua justiciabilidade.

Lucas Grosman (2008, p. 17-18) se depara sobre a dicotomia, referindo-se à postura tradicional da doutrina em classificá-los como direitos positivos e direitos negativos, referindo-se aos direitos sociais e aos direitos civis e políticos, respectivamente. Corrobora a constatação de que, por ela, os direitos positivos seriam meras aspirações, sem caráter vinculante e não dispendo de garantia jurisdicional.

No âmbito do panorama latino-americano, Albert Noguera Fernández (2010, p. 33) refere à prevalência da aludida dicotomia. Por essa via, os direitos civis não demandam intervenção do Estado para ser realizados, não demandando custos e impondo ao poder público um conjunto de vedações cujo atendimento se dá pela não realização das condutas vedadas. Desse modo, o respeito a tais direitos é gratuito ou, ao menos, corresponde aos gastos necessários para a existência do próprio Estado. De outra parte, os direitos sociais,

⁴³ Assim também considera Konrad Hesse (2009, p. 42) ao considerar que é impositiva a busca pelo Estado da efetividade dos direitos fundamentais, que é condição para a existência da liberdade real. Logo, não é apenas o inimigo potencial da liberdade, mas também o seu defensor e protetor. De forma seminal, entretanto, quanto ao paradoxo do Estado como inimigo e amigo dos direitos fundamentais, a referência de Erhard Denninger (1998, p. 73), ao salientar que os acontecimentos do século XX levaram à constatação de que, preservando-se como potencial inimigo, os Estados são os únicos capazes de defender de forma eficaz a efetividade dos direitos humanos, quando mais diante da expansão dos direitos de prestação.

sendo positivos, demandam importantes despesas econômicas. Essa distinção, segundo o autor, tem como função justificar a exclusão dos direitos sociais das constituições. E, pode-se acrescentar, quando não consiga excluí-los, frustrar a dimensão projetiva e utópica que abrigam ao reduzi-los a meras diretrizes ou a condicioná-los integralmente ao livre talante do legislador.

Christoph Gusy (2003, p. 37), por sua vez, registra que o mais preferido critério distintivo se relaciona aos efeitos jurídicos oriundos dos direitos, adotando a dicotomia, como o faz Galtung (2004, p. 7-8), sendo cada vez mais comum a sua utilização no âmbito acadêmico, na mídia, nas decisões judiciais, alcançando cada vez mais influência e interferência (SUNSTEIN; HOLMES, 2000, p. 39).

Essa perspectiva dicotômica também é notada por Perez-Luño (2006, p. 296-297) que, destacando o tratamento a eles conferido pela doutrina alemã – sobretudo Forsthoff e Schmitt – e francesa, atribui a ambas a origem da distinção dos direitos de liberdade e dos direitos sociais como direitos negativos e direitos positivos, sendo comum conceber-se que os direitos individuais determinem, por si, a esfera de livre atuação individual, enquanto os direitos sociais dependem da intervenção do Estado para satisfação de necessidades fundamentais. Com isso, muitos negavam o seu caráter jurídico, restando, de qualquer forma, ampla margem de discricionariedade para o Estado quanto à conformação dos direitos sociais⁴⁴.

Adentrando na caracterização dos opostos da dicotomia, Cass Sunstein e Stephen Holmes (2000, p. 40), esmiuçando as notas típicas já ressaltadas. Assim, os direitos negativos limitam o governo, protegem a liberdade e a esfera privada e os direitos positivos o exigem ações do governo, voltam-se à igualdade e redistribuem os recursos arrecadados, sendo adotada, inclusive, pela Suprema Corte.

Na doutrina pátria, essa dicotomia tem largo uso, não apenas dentre a doutrina mais clássica. Como já assinalado, Ricardo Lobo Torres (2009, p. 242) enfrenta as críticas postas à aludida distinção entre liberdades e direitos sociais e a reputa útil para delinear as fronteiras entre o *status positivus libertatis* e o *status positivus socialis*.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2006, p. 63-68), ao adotarem as categorias dos *status negativus* e *status positivus*, associa aos primeiros as liberdades, entendidas como

⁴⁴ Baldassare (1997, p. 214-215), partindo da categoria de direitos sociais incondicionados e condicionados, sustenta que o legislador dispõe de discricionariedade na definição do *quantum* com relação aos primeiros e ao *como* e *quando* com relação aos últimos. Em qualquer caso, não dispõe margem para definição do objeto do direito e nem da possibilidade ou não da sua implementação (*quid* e *se*).

direitos de resistência à intervenção estatal, e aos últimos, os direitos sociais, concebidos como direitos a prestações materiais ou normativas.

Apesar de reconhecer a doutrina de Holmes e Sunstein (2000) e de outros que negam a distinção, José Adércio Leite Sampaio (2004, 260-264) mantém-se fiel às gerações, parecendo adotar a dicotomia ora questionada.

Com efeito, malgrado a adesão à dicotomia distintiva corresponda a uma tradição da teoria dos direitos fundamentais, verifica-se que esta tradição reside num preconceito arbitrário resultante, preponderantemente, do paradigma liberal individualista.

Não se justifica, nos quadrantes do constitucionalismo dirigente, virtuoso e global, a manutenção da compreensão de que apenas as liberdades, por serem direitos de defesa, seriam direitos imediatamente exigíveis, enquanto os direitos sociais, por demandarem prestações, ainda que fáticas e normativas, seriam meras diretrizes, ou normas programáticas não vinculantes, ou direitos com déficit de normatividade.

O direito fundamental ao máximo existencial, que não é direito de liberdade, direito político, direito social e nem direito coletivo, mas o resultado da relação simbiótica dos direitos fundamentais como um todo, respalda a rejeição da persistência da dicotomia. A negação da distinção entre liberdades como direitos negativos e os direitos sociais como direitos positivos não implica discordar da existência de deveres positivos e negativos relativos a direitos fundamentais⁴⁵.

Ao contrário, as categorias relativas aos deveres negativos, exigentes de abstenções do poder público, e positivos, que demandam prestações materiais ou normativas, são absolutamente pertinentes. Não podem ser adotados como critérios distintivos entre as categorias de direitos, porque todos os direitos abrigam deveres positivos e negativos.

⁴⁵ Aqui se insere um problema de perspectiva quanto à compreensão dos direitos fundamentais. A usual referência ao conteúdo estrutural dos direitos como sendo negativos ou positivos resulta, em verdade, da natureza dos deveres que devem ser observados para a satisfação do direito. Assim, a referência a direitos positivos se justifica na medida em que haja deveres impositivos de prestações para o Estado. Assim, a preferência pela adoção da terminologia *direitos* ou *deveres* positivos ou negativos poderia ser de somenos relevância, o que não é pertinente. Embora haja um vínculo inextrincável entre o direito e o dever que a ele se associa, a adoção da perspectiva dos direitos pode ensejar a equívoca ideia de que os direitos ensejam relações jurídicas simples, conferindo apenas um tipo de posição jurídica fundamental ao seu titular, relacionada à satisfação específica do respectivo dever. Ora, em verdade os direitos fundamentais consubstanciam direitos vinculados a diversos deveres, positivos e negativos – o que pressupõe a premissa da não correspondência biunívoca entre texto e norma –, dando origem a relação jurídica complexa que possui tantas posições jurídicas conferidas aos seu titular quantos sejam os correlativos deveres. Desse modo, parece mais pertinente, para não obscurecer a compreensão das várias possíveis categorias de deveres, a adoção do viés relativo aos deveres. Uma solução distinta, e também pertinente, é adotar a concepção de direitos fundamentais embasada no entendimento de direitos subjetivos como um supraconceito para posições que sejam bastante distintas, ensejando diferenciações e classificações, como o faz Alexy (2008b, p. 190-191).

Além disso, o fato de se estar diante de um dever positivo não é razão suficiente, de *per si*, para sujeitar a satisfação do direito correlativo exclusivamente às instâncias políticas, ou, ainda, invocar o óbice intransponível da falta de capacidade estatal, fundando-se na propalada reserva do possível.

Desse modo, impõe-se a superação das categorias referentes a direitos negativos e direitos positivos naquilo que representam a dicotomia diferenciadora das liberdades e dos direitos sociais e que tem o condão de relegar a satisfação destes à ampla liberdade de conformação legislativa.

Como já assentado, o máximo existencial vincula-se com todos os direitos fundamentais na medida em que a satisfação suficiente das necessidades básicas – existenciais e de autonomia – vincula-se aos direitos sociais e às liberdades, enquanto que a habilitação para o exercício das capacidades (que é resultado da satisfação suficiente) importa na garantia real da liberdade, tanto no plano individual, como no âmbito político.

Nesse sentido, sustenta a existência de uma interação indivisível entre os direitos fundamentais que propicia o reconhecimento de um feixe de posições jurídicas fundamentais vinculadas aos correlativos deveres, tanto positivos quanto negativos, os quais não podem ter a sua imposição pelas vias da jurisdição constitucional negada aprioristicamente.

Por conseguinte, cabe assentar os fundamentos que respaldam a rejeição da dicotomia, defendendo-se uma concepção de direitos fundamentais como feixe de deveres fundamentais correlativos que compõem relações jurídicas complexas.

3.3.2.2 A superação da distinção: indivisibilidade e pluralidade deôntica

A compreensão da impertinência da adoção da dicotomia como critério distintivo demanda o adequado entendimento sobre a consistência do que sejam os direitos positivos e os direitos negativos.

Embora tais noções já venham sendo utilizadas há anos, desde o advento dos direitos sociais nos textos constitucionais, a devida análise sobre o que são direitos positivos e

direitos negativos coube a Charles Fried (1980)⁴⁶.

Pretendendo associar uma perspectiva estrutural a uma concepção material de fundamentação moral, Fried (1980, p. 108-110) concebe os direitos como categorias morais cuja violação é sempre errada. Assim, corroborando o critério moral que confere embasamento aos direitos fundamentais a partir dos danos advindos pela não satisfação das necessidades básicas, salienta a prioridade da preservação da integridade moral e intelectual.

O conteúdo dos direitos conferidos ao indivíduo não é resolvido pelo reconhecimento do seu valor moral, sugerindo uma noção inicial de direitos positivos como pretensões a bens específicos, ou pretensões a algo⁴⁷.

Dentre os direitos positivos haveria o principal e os derivados. O principal direito positivo é o de justa repartição dos recursos escassos de determinada comunidade política. Os derivados são os direitos a bens específicos, que podem até decorrer de direitos negativos.

Ao contrapor os direitos positivos com os direitos negativos, Fried aponta que, enquanto os primeiros são pretensões a algo, os últimos são direitos a que algo não seja feito a alguém. Daí que os direitos positivos são inevitavelmente condicionados pela escassez dos bens (o algo a que se refere a pretensão). A escassez é um limite para o direito. Os negativos envolvem o direito de não sofrer intromissões proibidas, o que, aparentemente, os exoneraria das limitações advindas da escassez.

Referindo-se à liberdade de expressão como direito oponível ao poder público, nega a pressuposição de que acarrete custos à comunidade, pois, sendo direito negativo, não abrange o direito a ser ouvido.

Outra possibilidade seria considerar que os direitos negativos revelam caráter positivo diante de situações que justifiquem a proteção ao bem jurídico tutelado. Como a proteção envolve um direito a algo, seria direito positivo. Assim, se a liberdade se encontrar em risco diante de ofensas privadas, há a necessidade de proteção, ocasionando custos sujeitos à escassez⁴⁸.

⁴⁶ Cécile Fabre (2000, p. 40) aponta que a distinção entre direitos negativos e direitos positivos teria sido exposta classicamente por Charles Fried, embora se reconheça a utilização das expressões muito antes, adotadas, por exemplo, por Carl Schmitt (1996) após a Constituição de Weimar.

⁴⁷ Os termos utilizados pelo autor são *claims to a particular things*. Pode ser entendido, sem qualquer prejuízo, como a categoria de direitos a algo, a que se refere Alexy (2008b, p. 193), até porque Fried os utiliza de forma fungível com as expressões *claim to something*. Ademais, não exclui as prestações que não envolvam bens específicos, mas um fazer em favor de outrem.

⁴⁸ O exemplo dado por Fried continua sendo a liberdade de expressão que, se ameaça por uma multidão revoltada, impõe que seja reivindicada proteção ao poder público que, assim, terá custos. Esse direito à proteção não é feição positiva da liberdade de expressão – que é direito negativo –, caracterizando o direito a proteção contra ofensas, que é positivo.

Esse direito à proteção, de não sofrer ofensas e danos a bens jurídicos fundamentais, ao contrário do que pode parecer, não confere caráter positivo a qualquer direito negativo.

Em verdade, como considera Fried (1980, p. 11-112), eventuais pretensões à proteção de ofensas a direitos (positivos ou negativos) por particulares não consubstanciam dimensões positivas de direitos negativos, sendo, propriamente, direitos positivos, relacionados com os negativos, mas deles distintos. Assim, o direito à proteção é um claro exemplo de direito positivo, independentemente de que tipo seja o direito para o qual invoca a proteção.

Para corroborar sua tese, Fried analisa o direito à integridade física. Independentemente de haver ou não risco efetivo de ofensas, a sua proteção envolve ruas iluminadas, sistema policial e estrutura judiciária, programas de reabilitação na prisão, dentre outras ações e prestações. Ora, malgrado tais prestações demandem despesas, pelo que seria óbvio reputar a sujeição dos direitos negativos à escassez, essa seria uma impressão equivocada, decorrente da falta de percepção da diferença entre a) o que é feito a uma pessoa e b) o que pode acontecer com ela.

Em outros termos, não há um direito de liberdade diante do risco de assalto; há o direito negativo de não ser assaltado. Esse direito é violado pelo assaltante, mas não pelo poder público, ainda que falhe na tentativa de adoção de todas as medidas para evitar o assalto. O poder público não ofensa o direito negativo de não ser assaltado ao não conseguir evitar a sua ocorrência. Ademais, um direito positivo pode ser enunciado como direito negativo, como a recíproca também é pertinente, o que não altera a consistência categorial dos tipos de direitos⁴⁹.

Para Fried (1980, p. 112-114), isso não significa que o poder público não viole direitos quando falhe em promover a medidas de proteção ou outras prestações correlatas. Há violação de direito de um cidadão específico caso não lhe seja assegurada a justa participação na distribuição da riqueza comunitária, que é o principal direito positivo. A violação jamais se dá diante de um direito negativo, pois não é ele próprio, poder público, que investe contra o bem jurídico, que adota a medida que lhe é vedada, que pratica o comportamento proibido ou que intervém de forma abusiva em âmbito privado. Além disso, a observância de direitos negativos ocasiona um custo maior para o atendimento de direitos positivos.

⁴⁹ Por exemplo, o direito à alimentação pode ser enunciado como direito a não ser privado de alimentação; nem por isso deixa de ser direito positivo.

Assim, realça ser intuitivo que os direitos negativos não estão condicionados pela escassez de bens, pois não envolvem pretensões concorrentes quanto a recursos limitados, referindo-se à proibição de certas ações, como causar dano, roubar, dentre outras. Essa noção não é inteiramente adequada, pois também é custoso satisfazer os direitos negativos.

O que Fried pretende destacar é que, ao contrário do que ocorre com os direitos positivos, é possível observar uma gama de direitos negativos sem chegar a situações impossíveis ou contraditórias, o que não significa que não seja oneroso, como é com relação aos direitos positivos. Estes, por sua vez, não podem ser satisfeitos integralmente diante da constrição imposta pela escassez.

O autor sustenta, então, que a distinção lógica entre direitos positivos e negativos consiste em que apenas os primeiros são *necessariamente* limitados pela escassez. Assim, é moralmente reprovável qualquer dano que resulte de violação a direito negativo – pela adoção da conduta proibida –, mas para que seja moralmente reprovável a não satisfação de um direito positivo é necessário que haja intencionalidade, ou seja, que houvesse a possibilidade de satisfazê-lo, que não estivesse em patamar inacessível em razão da escassez e, mesmo sendo possível, não foi atendido.

Logo, enquanto a violação ao direito negativo é constatada pela conduta proibida, para a ofensa ao direito positivo não basta o não atendimento da pretensão a algo, sendo imprescindível aferir se tal se deu intencionalmente. A intencionalidade remete a verificar se era ou não possível satisfazer a pretensão a algo (FRIED, 1980, p. 113-114).

Diante disso, Fried (1980, p. 122-124) suscita o grave problema da voracidade das necessidades. Com efeito, existem necessidades que se expandem à medida que são satisfeitas, como se dá com as relativas à saúde. Além disso, é importante distinguir as necessidades do que seja extravagância. Essas questões são relevantes porque só é moralmente justificável que alguém tenha direito positivo a algo a partir da intensidade da carga onerosa que será imposta aos demais membros da comunidade. Se a interferência nos direitos deles, ou nos objetivos existenciais, ou quanto à satisfação de suas próprias necessidades, for severa ou excessiva, tal sacrifício não é justificável. Se há ou não excesso e os limites do sopesamento entre a satisfação e os encargos remente à tormentosa questão das escolhas trágicas, tal como compreendidas por Calabresi e Bobbit (1978).

As consequências da concepção de Fried acerca de direitos negativos e positivos são expostas por Cécile Fabre (2000, p. 41) e se coadunam com as já apontadas e fundamentam a oposição à constitucionalização dos direitos sociais, o que já é questão vencida para as ordens constitucionais que os consagram, como a brasileira. A despeito disso,

repercutem nas condições de efetividade e justiciabilidade dos direitos sociais, ensejando sobretudo que seja refutada a aludida dicotomia.

Considera, então, que o critério da necessidade não pode ser utilizado isoladamente para aferir a justificção moral de determinado direito, positivo ou negativo, pois é preciso avaliar os custos no âmbito dos encargos que pode acarretar, até porque seria grotesco bastar-se com a capacidade de desenvolver um plano de vida e ignorar a capacidade de realizá-lo.

Essas penetrantes e instigantes questões e análises suscitadas por Fried são extremamente importantes para, diversamente dele, rejeitar a distinção entre liberdades e direitos sociais como negativos e positivos, respectivamente, percebendo que todos envolvem abstenções de condutas específicas e prestações; ou seja, são, concomitantemente, direitos positivos e negativos.

Com efeito, não é pertinente a excessiva parcelização dos direitos negativos, com o aparente esquecimento de que, no mais das vezes, não basta que o poder público se abstenha de realizar a conduta que lhe é vedada. Se o direito à proteção é direito positivo, só existe em face da necessidade de resguardar o bem jurídico tutelado pelo direito negativo e, portanto, compõe o seu conteúdo normativo.

A excessiva compartimentalização dos direitos leva à fragilidade da compreensão da amplitude da sua tutela, inviabilizando a devida apreensão do seu conteúdo material e indicando proximidade com a metodologia cartesiana de redução às últimas partes; entretanto, perde-se o foco da complexidade e desvirtua-se o que é necessariamente complexo num falso simples, com equívocos graves como os referentes aos direitos sociais serem exclusivamente sujeitos à reserva do possível, ou, mais sinteticamente, à escassez de recursos.

Observe-se que Fried não nega que seja custoso respeitar os direitos negativos; é custoso e muito, sobretudo quando se pondera os ônus e encargos que acarreta para a satisfação dos direitos positivos. É inconcebível a separação entre os direitos de proteção e os direitos que visa a proteger, pois consubstancia posição jurídica componente do conteúdo material de tais direitos.

A compreensão global do feixe de posições e deveres pertinentes a um direito ainda é relevante por possibilitar a aproximação da complexidade acerca dos ônus para a sua satisfação, notadamente diante do caráter expansivo das necessidades e do referencial da satisfação suficiente, que não pode perder de vista a coerência e a consistência dos níveis de prestação atingidos com relação ao sistema de direitos fundamentais como um todo.

Desse modo, não se pode, pela perspectiva do pensamento complexo – pressuposto à afirmação do direito fundamental ao máximo existencial – conceber que as liberdades sejam direitos negativos e que sejam atendidas quando não Estado não adote as condutas que importam em sua violação. Não se está adotando uma concepção restrita das liberdades, pois não se limitam a impedir a adoção da conduta contrária, exigindo do Estado que obste lesões dele próprio, pelos seus agentes, e de terceiros.

O Estado não respeita a liberdade de locomoção sem assegurar que o exercício da liberdade de reunião não inviabilize totalmente a circulação daqueles que não estão e nem desejam estar envolvidos na manifestação.

Da mesma forma, não há direito à intimidade se inexistem normas que resguardem esse bem jurídico fundamental e nem meios jurídicos para reprimir eventuais lesões.

Dessarte, não é constitucionalmente adequada, a partir de uma compreensão da teoria dos direitos fundamentais voltada a sua efetividade, que baste aos direitos negativos a adoção da conduta proibida para identificar a sua lesão; ora, a não adoção dos deveres positivos quando possível – o que remete à complexa questão da escassez e dos custos suportados pela comunidade, a ser objeto de análise oportuna – acarreta lesão às liberdades.

Além das objeções já suscitadas, a dicotomia suscitada pela doutrina referida e fundamentada por Charles Fried conduz à rejeição de uma característica substantiva do sistema multinível de proteção da pessoa humana, que resulta da própria dimensão normativa desses direitos.

Não se trata de mero elemento qualificador, pois é nota típica que é imperativa pela natureza normativa dos direitos e que resulta do entrelaçamento recíproco propiciado pelo feixe de posições subjetivas e de deveres que compõem o conteúdo estrutural. Essa característica é a indivisibilidade, afirmada no âmbito do direito internacional e amplamente reconhecida doutrinariamente, estendendo-se aos direitos fundamentais.

Assim, há mútua implicação entre a concepção das categorias que dão compostura ao conteúdo estrutural dos direitos e a impositiva nota típica da indivisibilidade. A parcelização desejada por Fried mediante a defesa da dicotomia nega a indivisibilidade, que é elemento fundamental na rede de interconstitucionalidade tecida em torno e por força da convergência normativa das várias ordens jurídicas quanto aos direitos humanos e fundamentais. Ora, o fato de considerar possível não violar direitos negativos, independentemente, da limitação de recursos é, por si só, questionável. Sob a perspectiva que ora se afirma, é insustentável.

Como anunciado, inicialmente o recurso à defesa da indivisibilidade foi argumento retórico utilizado pela doutrina e pelo Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas para mitigar os efeitos jurídicos da adoção de duas convenções distintas para os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais.

A cisão formal, que se estendeu para uma cisão do regime jurídico e dos mecanismos de fiscalização, tentava ser superada pela sustentação de que os direitos humanos são indivisíveis.

Em razão disso, a indivisibilidade dos direitos civis e políticos e dos direitos econômicos, sociais e culturais foi reconhecida no plano internacional por força da Proclamação de Teerã adotada na Conferência de Direitos Humanos de 1968⁵⁰ e pela Declaração de Viena formulada na Conferência de Direitos Humanos de 1993⁵¹.

A primeira, ainda sem o suficiente distanciamento histórico e no auge da Guerra Fria, limita-se a afirmar a impossibilidade de realização dos direitos civis e políticos sem que haja o exercício dos direitos sociais, erigindo a indivisibilidade como elemento fundante de uma nova compreensão dos direitos humanos; a segunda, por sua vez, ressalta a universalidade e agrega à indivisibilidade a interdependência e a inter-relação, que nada mais são do que aspectos da indivisibilidade.

Como aponta Carlos Karim Zazueta Vargas (2011, p. 1), a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação constituem-se em dogmas no âmbito dos discursos sobre direitos humanos.

⁵⁰ Conforme seu item 13, *in verbis*: “Como os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta impossível. A realização de um progresso duradouro na aplicação dos direitos humanos depende de boas e eficientes políticas internacionais de desenvolvimento econômico e social”.

⁵¹ Consoante o seu item 5, *in verbis*: “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais”.

O que importa ressaltar é que a característica da indivisibilidade é imposição normativa decorrente da compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.

O sentido normativo da indivisibilidade provém do princípio da solidariedade, pois a comunidade política deve compartilhar as responsabilidades pela satisfação suficiente dos direitos fundamentais pela ampliação dos níveis de prestação, independentemente de se tratar de liberdades, direitos políticos, direitos sociais ou direitos tipicamente coletivos. E apenas a superação da dicotomia é que viabiliza a indivisibilidade.

Fundamenta-se, sobretudo, na dignidade da pessoa humana, que não pode ser assegurada de forma parcial ou incompleta, à vista do entrelaçamento complementar e protetivo entre liberdade e igualdade, ensejando tanto a liberdade real como a igualdade material. Diferentemente do que defendido por Charles Fried, uma concepção ampla e potencialmente rica da liberdade não autoriza a dicotomia (FREDMAN, 2008, p. 67), só pertinente para aqueles que reduzem a sua complexidade e, em razão disso, chegam a um falso simples, consistente em que haja liberdade com a não-intromissão do Estado.

Isso é corroborado quando Sandra Fredman (2008, p. 67) expõe as várias interações que, necessariamente, existem entre liberdades e direitos sociais e entre aquelas e os direitos políticos com relação aos direitos sociais⁵², como também o faz Flávia Piovesan (2010, p. 9-10), em doutrina abaixo transcrita, *in verbis*:

[...] a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos, culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.

Dessume-se, então, que é elemento central para a compreensão do conteúdo estrutural dos direitos fundamentais, exprimindo-se no conteúdo estrutural do direito fundamental ao máximo existencial que, como sustentado, é o resultado da relação simbiótica entre os direitos fundamentais, associando-se tanto às necessidades quanto às capacidades.

Como ambas – satisfação suficiente das necessidades e habilitação para as capacidades – têm valor moral significativo e as capacidades só podem ser desenvolvidas a partir das necessidades que, por sua vez, têm como meta não a satisfação pura e simples, mas

⁵² Assim, a inexistência de direitos sociais impede o devido exercício dos direitos civis, ou das liberdades, exemplificando com as liberdades de expressão e de reunião, que pouco representariam para quem está com fome ou é desabrigado. Já os direitos políticos e as liberdades podem repercutir no processo político em favor de medidas que reduzam a pobreza.

o desenvolvimento das ditas capacidades, evidencia-se a indivisibilidade, tal como afirmado por Martha Nussbaum (2007, p. 288) que, após considerar distorcida a distinção entre direitos de primeira e de segunda dimensão, assevera abaixo, *in verbis*:

O enfoque das capacidades insiste nos aspectos materiais dos bens humanos, ao dirigir nossa atenção para o que as pessoas são realmente capazes de ser e fazer. Todas as liberdades básicas se definem como capacidades para fazer algo. Não podem ser consideradas como garantidas se as privações econômicas ou educacionais fazem com que as pessoas sejam incapazes de atuar realmente de acordo com as liberdades que se lhes reconhecem sobre o papel. Deste modo, o enfoque sublinha a interdependência entre as liberdades e a ordem econômica⁵³.

Sem que as necessidades existenciais sejam satisfeitas – do que são incumbidos os direitos sociais –, não é possível desenvolver as capacidades humanas – que viabilizam o pleno exercício das potencialidades relativas à liberdade real. Necessidades e capacidades, por sua vez, almejam, conjuntamente, a auto-realização e a plena autonomia. Daí a necessidade de conceber ambas as categorias como indivisíveis e, assim também, os respectivos direitos.

Para que sejam promovidas a auto-realização e a plena autonomia, além do reconhecimento da indivisibilidade, torna-se necessária a afirmação do direito fundamental ao máximo existencial que, dando embasamento normativo à teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada, é condição de possibilidade para a sua efetividade. Embora ideia reguladora, não se circunscreve a tal posição, ensejando o desenvolvimento de mecanismos e referenciais jurídicos que projetam os direitos fundamentais para além do mínimo e em direção à satisfação suficiente.

Se o direito fundamental ao máximo existencial comporta uma relação simbiótica entre os direitos fundamentais, também projeta os deveres fundamentais em caráter complementar e interdependente.

Assim, a compreensão da indivisibilidade impõe desnudar outras duas características que estão com ela intimamente relacionadas e que são conjuntamente atribuídas aos direitos humanos pela mencionada Declaração de Viena, que são a interdependência e a inter-relação. A questão é bem enfrentada por Daniel Whelan (2010, p. 3-9).

⁵³ Em tradução livre. No original, “El enfoque de las capacidades insiste en los aspectos materiales de los bienes humanos, al dirigir nuestra atención hacia lo que las personas son realmente capaces de ser y de hacer. Todas las libertades básicas se definen como capacidades para hacer algo. No pueden considerarse garantizadas si las privaciones económicas o educativas hacen que las personas sean incapaces de actuar realmente de acuerdo con las libertades que se les reconocen sobre el papel. De este modo, el enfoque subraya la interdependencia entre las libertades y el orden económico”.

O autor se debruça, inicialmente, sobre a interdependência, admitindo ser a menos complexa das três características, até por ser usualmente referida na literatura sobre direitos humanos. A interdependência significa que o exercício de um direito demanda o gozo de outros direitos, sejam ou não da mesma categoria. Como a liberdade de reunião demanda a liberdade de expressão, também demanda a existência de direitos políticos e de direito à educação, inferindo-se a interdependência entre tais direitos, civis, políticos e sociais. A interdependência demonstra a transcendência das categorias de direitos e não enseja maiores problemas, a não ser que um dos direitos envolvidos na relação de dependência recíproca seja concebido como injusticiável. Já a inter-relação remete à forma como os direitos tem sido expressamente institucionalizados.

A noção de indivisibilidade seria a mais problemática para o autor. Embora não reconheça, pode ser daquelas noções que são mais facilmente sentidas do que explicadas. A ideia imediata consiste em impossibilidade de divisão, de cisão, de separação⁵⁴. Como aponta Whelan, a imagem da indivisibilidade pode ser bastante expressiva e simbólica, como a da Santíssima Trindade para os católicos, que é indivisível. Ou decorrente da natureza de um poder, como a soberania para Bodin e Hobbes.

Diferentemente da interdependência e da inter-relação, que operam a partir de um vínculo recíproco e mútuo entre dois elementos que mantêm sua identidade e funcionalidade autônoma, a indivisibilidade só concebe a unidade, pois a existência de mais de um revela divisão, frustrando a potencial que só se perfaz na indivisão. Desse modo, “A afirmação de que duas grandes categorias de direitos humanos são indivisíveis [...] carrega consigo um idêntico sentido simbólico”⁵⁵, que foi sendo construído durante anos.

Não obstante isso, Whelan (2010, p. 207) sugere a adoção da interdependência e da inter-relação sobre a noção de indivisibilidade partindo do pressuposto fático e real de que os direitos estão divididos em dois pactos, tendo sido mal empregada esta expressão. Outra possibilidade seria conceber-se a indivisibilidade com o sentido de almejar uma restauração à unidade de regime jurídico atinente aos direitos civis e políticos e aos direitos econômicos, sociais e culturais, sem consecução até o momento, ao que o autor não adere.

⁵⁴ Corroborando a tentativa de superar a cisão dos pactos e dos respectivos regimes jurídicos adotados para cada categoria, que se reflete na ausência de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, que estariam sujeitos a realização progressiva em consonância com as condições políticas e econômicas. Sobre a análise da distinção dos regimes, Ellie Palmer (2009, p. 19-21).

⁵⁵ Tradução livre. No original, “The claim that two grand categories of human rights are indivisible [...] carries no less symbolic meaning.”

Para ele, a indivisibilidade é uma tentativa, originária da Declaração Universal de Direitos Humanos, de contemporizar direitos incompatíveis, pois enquanto os direitos civis e políticos assumem o Estado como inimigo, limitando-o, os direitos econômicos, sociais e culturais o tornam amigo numa visão paternalista que incumbe ao Estado a satisfação das necessidades básicas (2010, p. 212-213). Daí que aceitar a indivisibilidade é admitir o paradoxo de o Estado ser, concomitantemente, amigo e inimigo, adotando uma perspectiva paternalista.

Ora, não é pertinente o entendimento de Whelan em oposição à indivisibilidade como nota típica dos direitos humanos e fundamentais. A circunstância do Estado revelar-se como amigo e como inimigo, acentuado alhures e reconhecido por Hesse (2009, p. 42) e Denninger (1998, p. 73) não leva a qualquer contradição, resultando da má compreensão do autor sobre essa aparente contradição.

Com efeito, enquanto as liberdades concebem o Estado como inimigo, o destaque dado é quanto às tendências opressivas decorrentes do abuso do poder político. Nada indica como deve ser o poder político direcionado, mas impõe como ele não deve ser exercido. Só que a questão do seu direcionamento não pode ficar em branco. Assim, o Estado é amigo no que respeita à necessidade de direcionamento da política em favor da satisfação das necessidades e da habilitação das capacidades. São dimensões e faces distintas do Estado e da política que ficam gravadas com relação à relação inimigo-amigo dos direitos humanos e fundamentais. Como se não bastasse, poderiam ser entendidas essas duas faces do Estado a partir da dialética da complementariedade, em reforço à indivisibilidade que lhe confere tais faces.

Além disso, o suposto paternalismo nada mais é do que o nome dado por Whelan, firmemente ancorado em paradigmas liberal-individualistas, às concepções solidaristas e comunitárias de convivência social. Como registra Isabel Moreira (2007, p. 231), a igualdade contemporânea se desamarrou de vínculos paternalistas e não é incompatível com a liberdade, “[...] antes se lhe associa, na promoção de um novo conceito de direitos fundamentais” à vista da insuficiência do antigo, complacente com o surgimento e o agravamento da questão social. Como os direitos de liberdade, os direitos sociais também visam à autonomia, só que mediante a garantia das condições existenciais que são imprescindíveis para o seu exercício. Não se deveria sequer insistir nas teses que negam a compatibilidade desses direitos.

O valor do reconhecimento da indivisibilidade é evidenciado pelas suas funções. Primeiramente, evita que o movimento geracional dos direitos possa conduzir à errônea percepção de eventual cisão ou de sujeição e subordinação das subsequentes com relação às

anteriores. Em segundo lugar, afasta a viabilidade da dicotomia, sustentando a necessidade de reconhecimento do mesmo *status* normativo e do mesmo regime jurídico às categorias de direitos humanos e fundamentais. Em terceiro, tendo como premissa a indivisibilidade, pode-se identificar uma relativa redução quanto à indeterminação estrutural relativa ao conteúdo material de alguns direitos fundamentais. Em quarto, é premissa *sine qua non* para a afirmação e a potencialidade do direito fundamental ao máximo existencial, que vincula de forma indelével e finalística a satisfação suficiente das necessidades básicas como imperativo de efetividade dos direitos sociais pela desmercantilização solidária e a habilitação ao pleno desempenho das capacidades tidas como liberdades.

Assim, afigura-se que a noção de indivisibilidade é mais significativa que as demais, abrangendo-as e superando-as, sendo fundamental para reforçar a superação da dicotomia ora enfrentada, permitindo constatar que a associação entre liberdades e direitos negativos e direitos sociais e direitos positivos não se justifica, o que já era percebido há muito pela doutrina.

Talvez o primeiro juspublicista a ter essa ilação tenha sido Georges Burdeau (1948, p. 19-21) em obra seminal sobre os direitos fundamentais, dedicando atenção até então incomum aos direitos sociais nos idos de 1948. A esta altura se iniciava a segunda fase do constitucionalismo social, marcada pela instauração do Estado Democrático de Direito, adotando as inspirações do novo modelo constitucional a própria Constituição francesa de 1946, através do seu preâmbulo, e a Constituição italiana de 1948. As demais experiências eram do período entre-guerras, que são a Constituição de Weimar de 1919, a espanhola de 1931 e a da então existente União Soviética⁵⁶ de 1936, o que confere maior importância às reflexões de Burdeau.

O juspublicista francês parte da constatação da socialização da liberdade, conduzindo à superação da sua concepção individual para abrigar uma dimensão social, tornando-se uma liberdade coletiva⁵⁷. Afirma que

Individual, a liberdade é, com relação ao Estado, um poder negativo; limita sua ação, contém suas pretensões, sintetiza as restrições exigidas pelo liberalismo. Socializada, ela se torna, ao contrário, uma força exigente, pois

⁵⁶ Não se deteve o autor na Constituição mexicana, também precursora do constitucionalismo social juntamente com a de Weimar.

⁵⁷ Não no sentido atualmente atribuído às liberdades coletivas, como a liberdade de reunião, que é direito individual de exercício exclusivamente coletivo, mas no sentido de que a liberdade passava a ser funcionalizada no contexto social, sendo suportada e sustentada pela coletividade que respalda as ações do Estado voltadas a assegurá-la.

os diversos grupos tendem a obter do Estado as intervenções favoráveis aos seus membros⁵⁸.

Como os grupos postulam direitos relativos ao indivíduo concreto, e não mais o indivíduo abstrato, tem forte conteúdo reivindicador, pelo que o papel do Estado não se limita mais à abstenção, cabendo-lhe intervir sistematicamente para promover os direitos individuais em consonância com o bem comum, devendo assegurar a subsistência, o emprego, a assistência, ou seja, a segurança social do indivíduo. Aos direitos relativos a obrigações negativas associam-se as obrigações positivas.

Desse modo, identifica tanto a origem dos direitos sociais como direitos positivos, mas pontua que as próprias liberdades mantêm um vínculo indissolúvel que tais direitos, comportando, elas próprias, caráter positivo e prestacional ao serem socializadas.

Assim, apesar de defesa do caráter positivo ou prestacional de todos os direitos fundamentais, abrangendo as liberdades e direitos políticos, tenha ganhado destaque com o estudo de Cass Sunstein e Stephen Holmes (2000), pode-se considerar que, provavelmente, desde Burdeau a dicotomia para fins de distinção e classificação dos direitos já era rejeitada.

Saliente-se ser comum, para corroborar a existência de deveres positivos quanto às liberdades, a referência à necessidade do Estado proteger e garantir o seu exercício; de outra parte, também é reconhecido que os direitos sociais têm caráter negativo, exemplificando-se com o direito de greve, que não depende de prestação do Estado, afeiçoando-se mais a uma típica liberdade, e ao dever de não violar ou intervir indevidamente no bem jurídico fundamental resguardado pelo direito social.

Antes mesmo dos americanos se voltarem à defesa da positividade de todos os direitos fundamentais, Giuseppe de Vergottini (2004, p. 231) e Pablo Lucas Verdú (2000, p. 148-149), dentre outros, sustentavam a superação da dicotomia.

Além disso, Henry Shue (1996) e van Hoof (1984, p. 97-110), ainda na década de 1980, divergiam sobre a dicotomia, também sustentada no plano internacional entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais a partir da consagração dos respectivos pactos internacionais.

Segundo Shue (1996, p. 35), partindo da defesa de que os direitos à subsistência e segurança e algumas liberdades são direitos básicos⁵⁹, que consistem em direitos morais,

⁵⁸ Tradução livre. No original, “Individuelle, la liberté est à l’égard de l’État une puissance négative; elle limite son action, borne ses prétensions, bref le contraint au libéralisme. Socialisée, elle devient au contraire une force exigeant, car les divers groupes tendent à obtenir de l’État des interventions favorables à ses membres».

reconhece a tendência de que os direitos à subsistência sejam subestimados e menos valorizados do que os direitos à segurança individual, embora não haja dúvidas de que os direitos à saúde, alimentação, moradia, água potável e ar despoluído sejam imprescindíveis.

Muito dessa tendência decorre justamente da distinção entre os direitos à segurança como negativos e os direitos de subsistência como positivos, passando a refutar essa diferenciação.

Observa que o núcleo do direito à segurança individual consiste em evitar que terceiros adotem determinadas condutas, o que não auxilia a compreensão o conteúdo do direito em si, não permitindo perceber as instituições que são necessárias para assegurá-lo, além de não conter a estrutura do direito como um todo. Assim, “A proteção aos ‘direitos negativos’ requer medidas positivas”⁶⁰, sujeitando-os também às constrições da escassez. Não é impossível que um programa de assistência alimentar seja menos custoso do que um programa antidrogas destinado a reduzir crimes a ela relacionados (SHUE, 1996, p. 39).

Diante disso, Shue (1984, p. 83-84) defende a existência de três tipos de deveres relacionados a direitos básicos, que seriam os deveres de a) evitar a privação, b) de proteção e c) de auxílio. Assim, defende uma tipologia tripartite de deveres interdependentes.

Já van Hoof, divergindo de Bossuyt, para quem os direitos sociais seriam direitos de 2º nível diante da diferença estrutural com relação aos direitos civis e políticos, considera ser insustentável a persistência da dicotomia se rigidamente concebida. Tanto existem direitos civis e políticos que requerem a intervenção do Estado, como o devido processo legal, como existem direitos sociais que não demandam prestações positivas.

Assim, rejeita as conclusões de Bossuyt a partir da diferença estrutural⁶¹, que ora também se rejeita e que explicam, juridicamente, o distinto regime jurídico previsto pelos dois

⁵⁹ Para o autor, direitos básicos são os que respaldam pretensões minimamente razoáveis a serem suportadas pela humanidade. Assim, consistem em direitos que são básicos porque são essenciais para o exercício e gozo de todos os outros direitos (SHUE, 1996, p. 19).

⁶⁰ Em tradução livre. No original, “The protection of ‘negative rights’ requires positive measures.”

⁶¹ Para Bossuyt, segundo van Hoof, a) os direitos sociais devem ser implementados imediatamente, enquanto os direitos econômicos, sociais e culturais devem ser progressivamente realizados; b) os primeiros devem ser integralmente respeitados, os últimos, apenas parcialmente; c) aqueles são universais; esses têm caráter seletivo. Hoof discorda dessas conclusões quanto às consequências, registrando que a análise da Convenção Europeia de Direitos Humanos permite infirmar a pertinência das

pactos internacionais, dissimulando a real contraposição ideológica, adrede aludida. O mais grave é que a dicotomia tem sido utilizada para criar uma aparente antítese entre as liberdade e os direitos sociais.

Desse modo, van Hoof sustenta, então, a natureza dinâmica dos direitos humanos e a conseqüente necessidade de um paradigma teórico alternativo à vista das progressivas e intensas mudanças sociais que afetam os níveis de implementação dos direitos humanos, denotando o crescimento da interdependência, defendendo a existência de quatro tipos de obrigações positivas, que seriam, na falta de melhores termos, a) a obrigação de respeito, b) a obrigação de proteção, c) a obrigação de garantia, e d) a obrigação de promoção, que teriam caráter programático. Essas obrigações positivas seriam comuns a todos os direitos humanos, quer se tratem de direitos civis e políticos, quer de direitos econômicos, sociais e culturais.

Em razão disso, constata a unidade entre direitos civis e políticos e os direitos sociais, pois nem sempre os primeiros consistem apenas em obrigações negativas e de proteção, destacando-se a indivisibilidade e interdependência entre cada categoria de direitos, abrigo também obrigações de garantia e de promoção, exemplificando com a liberdade de expressão, que não exige apenas a proibição de censura. De outra parte, os direitos sociais também não são apenas relacionados a obrigações positivas, havendo, em verdade, várias camadas de obrigações.

De fora parte tais contribuições, o tema alcançou destaque a partir das reflexões já aludidas de Cass Sunstein e Stephen Holmes (2000). Os autores investigam e sustentam a existência de custos orçamentários para que os direitos possam ser garantidos, inclusive em favor de direitos tipicamente negativos – e, como tal, supostamente isentos de custos –, como a segurança individual, a integridade física e a propriedade.

considerações de Bossuyt. Salienta que muitos direitos previstos pela Convenção têm a sua efetividade dependente do dinamismo dos mecanismos de supervisão, com um contínuo aumento dos graus de proteção mediante progressiva adaptação dos Estados. Da mesma forma, reconhece que há direitos que podem ser objeto de reserva, o que negaria a necessária integralidade da sua observância. Sustenta, ainda, que não há a universalidade pretendida, pois alguns direitos são previstos especificamente para determinados grupos.

Com efeito, Sunstein e Holmes (2000, p. 36-38) traçam os fundamentos do tradicional entendimento que sustenta a dicotomia entre os direitos de liberdade e dos direitos que, usualmente, demandariam, e só estes, recursos. Como se considerava que os direitos não podem investir o cidadão em pretensões voltadas a recursos públicos, negava-se a própria consistência jurídica deles⁶², demonstrando a futilidade da distinção, malgrado seja atrativa (SUNSTEIN; HOLMES, 2000, p. 39-40).

Assim, reconhecendo a antipatia dos norte-americanos às ações estatais, observam que eles “estariam aptos a exercer poucos ou mesmo nenhum dos seus direitos e garantias constitucionais”⁶³ se não houver um governo eficaz (SUNSTEIN; HOLMES, 2000, p. 14-20).

Desse modo, a esfera privada é sustentada, e até mesmo criada, conforme a concepção que sustentam, pelas ações do poder público⁶⁴. E se os direitos dependem das ações do governo e essas ações custam, os direitos, conseqüentemente, também custam dinheiro. E essa análise dos doutrinadores americanos restringe o sentido dos custos apenas à dimensão do peso ou do gravame orçamentário que os direitos acarretam para que sejam garantidos ou protegidos, envolvendo a manutenção do sistema policial, de bombeiros, do poder judiciário e de outras instituições, sem considerar os custos privados e os custos sociais que imponham⁶⁵.

Logo, como salientam,

Direitos não podem ser protegidos ou realizados sem recursos e suporte do poder público. Isso é igualmente verdadeiro tanto para os velhos direitos, como para os novos os direitos, direitos dos americanos antes e depois do *New Deal* de Franklin Delano Roosevelt. Tanto os direitos ao bem-estar como a propriedade privada têm custos públicos. O direito de liberdade

⁶² Referem-se a dois precedentes da Suprema Corte. O primeiro, o conhecido caso *Roe*, firmou o entendimento pelo direito constitucionalmente assegurado de qualquer mulher realizar aborto. Pelo segundo, caso *Maher*, a Suprema Corte negou que o Estado deva propiciar ou garantir as condições necessárias para um aborto seguro.

⁶³ Em tradução livre. No original, “[...] would enjoy few or none of their constitutionally guaranteed individual rights.”

⁶⁴ Ao que se associa a concepção de Natalino Irti sobre a natureza do mercado, tendo-o como um *locus artificialis* e não *naturalis*, sendo constituído pelo direito de acordo com decisões políticas. Evidencia-se, pois, o custo da existência e da própria manutenção do mercado, quer num economia de livre mercado, quer nas que ainda são mais intensamente planificadas. Aliás, o custo financeiro e orçamentário do mercado tem-se revelado intenso desde a crise econômica global de 2008, que parece não ter sido adequadamente suprimida e, ou retornou em 2011/2012, ou a crise contemporânea que assola os países da União Europeia (sobretudo da zona do euro) é apenas projeção daquela anterior. E os custos são intensos, como se verá, pelos aportes que tem sido feito pelos governos para preservação dos respectivos mercados financeiros e do sistema monetário. Evidentemente que pela vinculação que guardam com a própria vida das pessoas, por mais ou menos excluídas que estejam desses mercados, os efeitos que a derrocada de empresas e bancos ocasionariam justificam a intervenção dos Estados e da comunidade internacional, desde que não se trate de mero refinanciamento da dívida. Nesse sentido, o Relatório da Organização das Nações Unidas (2011) pontua o decréscimo na promoção dos objetivos do Milênio em razão da crise econômica global, sendo os mais pobres, países e pessoas, os que mais sofrem.

⁶⁵ E essa restrição é feita diante da reconhecida ambigüidade e polêmica da expressão *the cost of rights – o custo dos direitos* –, que intitula o estudo em língua inglesa.

contratual não tem menos custos públicos que o direito de assistência à saúde e o direito à liberdade de expressão não custa menos do que uma moradia decente. Todos os direitos envolvem reivindicações ao erário público.⁶⁶

A liberdade não pode ser assegurada pela limitação das intervenções estatais, posto que nenhum direito consiste simplesmente em não ser incomodado pelo poder público. Todos os direitos consubstanciam pretensões a prestações (SUNSTEIN; HOLMES, 2000, p. 44) e, em razão disso, demandam custos, ao que adere Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 232) ao admitir que qualquer direito implica custos ao Estado.

Essa constatação é fundamental, pois se dever implica poder, já que o que não se pode não se deve, como reconhecem, a existência de meios institucionais mais predispostos a assegurar as liberdades do que os direitos sociais decorre de decisão política e não de fatalista inexorabilidade. Embora de extrema relevância, foi e continua sendo negada a dimensão positiva da liberdade e os custos que acarreta.⁶⁷

Corroboram sua tese pela verificação de que países com governos fracos ou com regimes instáveis, como Ruanda, há pobreza dos próprios direitos, pois a incapacidade do poder público atuar se reflete na inexistência dos direitos que porventura sejam atribuídos ao povo, não tendo custos.

Os únicos direitos que não demanda custos são os que não existem ou existem apenas em âmbito retórico ou textual, sem pretensões de conversão à realidade do contexto, pois só existem quando são suportados pelo orçamento do poder público. Diante disso sobressai não apenas a importância da questão da legitimidade dos responsáveis pela alocação dos recursos públicos no âmbito do orçamento diante das várias demandas relativas aos direitos fundamentais, mas também à legitimidade da própria alocação, envolvendo a decisão sobre quanto a comunidade política pode gastar, o que afeta decisivamente a extensão da proteção e da realização dos direitos fundamentais.

Como se depreende da aludida doutrina, a decisão por não gastar ou gastar menos com medidas necessárias à determinado direito – seja qual for – pode acarretar custos orçamentários indiretos, custos econômicos diretos ou indiretos e, sempre, custos humanos economicamente inestimáveis. Não obstante isso, a dicotomia ainda enseja grande atração,

⁶⁶ Em tradução livre. No original, “Rights cannot be protected or enforced without public funding and support. This is just as true of old rights as of new rights, of the rights of Americans before as well as after Franklin Delano Roosevelt’s New Deal. Both the right to welfare and the right to freedom of contract has public costs no less than the right to health care, the right to freedom of speech no less than the right to decent housing. All rights make claims upon the public treasury”.

⁶⁷ As razões para tanto são sugeridas por Sunstein e Holmes (2000, p. 24-31).

como apontado com a doutrina que a mantém, pois os direitos negativos impedem a ação do Estado e dão mais liberdade; os direitos positivos, ao exigirem intervenção do Estado, retiram liberdade.

Tal discurso, como reconhecem, abriga um significativo peso ideológico em favor do Estado Liberal, não sendo um discurso politicamente inocente, pois, em se dando prevalência aos direitos negativos – como tem sido o caso nos Estados de economia capitalista –, a partir dele se conformam questões significativas atinentes ao modo da política e ao modelo do governo. O Estado de tendência liberal se sustenta por baixa carga tributária, porquanto a satisfação das necessidades fica a cargo do mercado, inviabilizando a desmercantilização das condições existenciais.

Assim, têm o mérito de embasar a rejeição da dicotomia e de demonstrar que as liberdades também estão condicionadas pela escassez de recursos na medida em que exigem ação estatal, desautorizando, portanto, a concepção demasiadamente estreita – e, como tal, imprestável – de Charles Fried, já referida, ao defender que é categoricamente possível realizar uma liberdade sem ações positivas que a sujeitem à escassez, enquanto o mesmo não ocorre com os direitos positivos.

Os autores colacionam, ainda, o orçamento americano de 1996 com as rubricas e os respectivos recursos, confirmando-se significativa alocação de recursos na manutenção do sistema judiciário, nos mecanismos de fiscalização da ordem econômica, na proteção dos direitos de propriedade, na defesa nacional e em programas, além de alguns direitos sociais. O próprio orçamento atesta o caráter positivo e custoso das liberdades, salvo em se adotando a concepção de Fried, de todo injustificável.

Ademais, a justificativa da dicotomia para favorecer as liberdades e conter o poder estatal não é pertinente, pois, constatando-se que todos os direitos são positivos – e também negativos, embora não destaquem tal aspecto –, percebe-se que a garantia e tutela dos direitos sempre coloca governo diante de governo (SUNSTEIN; HOLMES, 2000, p. 53). No mesmo sentido, Roberto Bin (1992, p. 103) assevera que existe um aspecto negativo dos direitos positivos – o que afirma ser pacífico –, assim como um aspecto positivo dos direitos negativos – o que é mais controverso⁶⁸.

⁶⁸ Exatamente para evitar essa aparente contradição de aspectos positivos em direitos negativos e aspectos negativos em direitos positivos é que se busca sustentar o direito fundamental como direito subjetivo entendido como supraconceito que abriga várias modalidades de deveres, sendo o próprio direito tanto negativo, como positivo.

A contenção do poder estatal demanda poder estatal da mesma forma que a desmercantilização objetivada pelos direitos sociais e potencializada pela afirmação do direito fundamental ao máximo existencial conduz a que o poder econômico e os poderes privados em geral sejam contidos por instancias estatais.

Logo, os direitos fundamentais, negativos e positivos, investem o titular num contrapoder que o habilita demandar pelas vias institucionais pertinentes – usualmente o judiciário – a contenção das manifestações de poder que podem sujeitá-lo a riscos de graves lesões.

Albert Noguera Fernández (2010, p. 34-35) não admite a dicotomia. Primeiro por considerar discutível que o reconhecimento dos direitos civis e políticos não acarretem custos para o Estado, concluindo que nem todos os direitos civis são negativos e exemplificando com o direito à tutela judicial efetiva e o direito ao voto, por implicar a organização do processo eleitoral. Assim, para manter a coerência os que sustentam a diferenciação também deveriam se opor a que os direitos civis e políticos positivos sejam consagrados nos textos constitucionais. Ademais, ainda que os direitos sociais acarretem maiores custos, tal circunstância não justifica que não seja garantida a sua plena eficácia⁶⁹.

Outros doutrinadores contemporizam a dicotomia e, reconhecendo a pluralidade da tipologia de deveres negativos e positivos concernentes tanto às liberdades como aos direitos sociais, optam por manter a clássica – tanto quanto equivocada – distinção, como é o caso de Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 61).

Tendo em vista a doutrina pátria, cabe referir à sistematização de Flávio Galdino (2005, p. 181-198) quanto as várias posições adotadas atinentes à dicotomia das liberdades e dos direitos sociais referida aos respectivos deveres. Assim, há o modelo teórico da indiferença, que desconhece o caráter prestacional e o respectivo custo; o modelo do reconhecimento, que admite a existência de direitos a prestações, mas nega a justiciabilidade imediata; o modelo teórico da utopia, que iguala os direitos positivos e negativos, desprezando, contudo, os custos; modelo teórico da verificação dos limites, em que se mantém a dicotomia e se realça o problema dos custos, condicionando-se a efetividade dos direitos sociais à chamada reserva do possível; modelo teórico dos custos dos direitos, em que há a superação da dicotomia, correspondendo às concepções de Sunstein e Holmes.

⁶⁹ Exemplifica com a decisão proferida pela Suprema Corte no caso *Hamilton v. Love*, em que se analisava as condições de centros de detenção nos Estados Unidos, com superpopulação e insalubridade. Ao julgar o caso, a Suprema Corte entendeu que o respeito aos direitos civis não é gratuito e, apesar disso, a insuficiência de recursos não pode justificar a ofensa de um direito civil.

Posiciona-se Galdino (2005, p. 152-153) pela persistência da dicotomia para fins de classificação ao entender que remanesce utilidade, pois permite identificar a linha histórica de evolução do Estado e quais os direitos são justiciáveis de imediato e quais não o são.

Ora, as razões expostas por Ana Carolina Lopes Olsen e por Flávio Galdino não convencem, mais parecendo a conhecida e obsequiosa condescendência com a tradição, ainda que advinda de preconceitos arbitrários de matiz ideológica indevassável.

Com efeito, não pode ser útil qualquer classificação que parta de pressuposições incompatíveis com uma teoria dos direitos constitucionalmente adequada. Para a linha evolutiva do Estado e dos direitos fundamentais, basta a referência às sucessivas categorias de direitos, pois as liberdades outrora negativas, ao sofrerem a socialização mencionada por Burdeau⁷⁰, tornaram-se também positivas e, como tais, demandando custos.

De outra parte, o mero caráter de ser um direito positivo, que exija determinada prestação para sua satisfação, podendo ser liberdade, direito político, direito social ou direito coletivo, não é suficiente para indicar a sua imediata justiciabilidade, o que exige perscrutar o conteúdo estrutural do direito – a partir das várias categorias que devem compor os seus deveres negativos e positivos – e, de forma mais ampla, o seu conteúdo material.

Já Gustavo Amaral (2001, p. 81-82) defende que a identificação dos direitos sociais como positivos é artificial, pois existem os que são meramente negativos, como os de sindicalização e greve. A liberdade de expressão e de credo, por sua vez, independem de qualquer ação estatal; outros, como a assistência social, exigem prestações. Assim, prefere decompor o conteúdo de cada direito em séries de pretensões, com conteúdo positivo e negativo, baseando-se no modelo desenvolvido por Alexy.

Ingo Sarlet (2009, p. 168-207) também adere à caracterização do conteúdo estrutural conforme o modelo desenvolvido por Alexy, da mesma forma que Leonardo de Farias Duarte (2011, p. 83-106).

O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido não apenas o caráter prestacional dos direitos sociais, mas também a indivisibilidade destes com as liberdades e os direitos políticos, conferindo a estes um caráter também prestacional.

Com efeito, dentre as decisões que abrigam esse entendimento cabe destaque a proferida no Agravo Regimental interposto no Agravo em Recurso Extraordinário nº 639337,

⁷⁰ Como também registra Isabel Moreira (2007, p. 245).

sob e relatoria do Ministro Celso de Mello que, tratando do direito das crianças até cinco anos de idade de atendimento em creches e pré-escola, explicitou, no voto condutor do acórdão que

[...] quando os órgãos estatais competentes, **por descumprirem** os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, **vierem a comprometer**, com tal comportamento, **a eficácia e a integridade** de direitos individuais e/ou coletivos **impregnados** de estatura constitucional. (Destaque no original).

Nesse julgado a Corte expressamente referiu-se à doutrina de Sunstein e Holmes (2000), como também o fez, de forma mais trabalhada no acórdão do Agravo na Suspensão de Liminar nº 47, após a audiência pública atinente ao direito à saúde, em que o Relator, Ministro Gilmar Mendes, então presidente, asseverou no voto condutor do acórdão que

Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização.

Ora, depreende-se que o Supremo Tribunal Federal tem a exata percepção da impertinência da dicotomia e da função depreciadora sobre o caráter jurídico dos direitos sociais na medida em que atribui apenas a estes a sujeição à reserva do possível.

A situação não é distinta no que se refere ao âmbito do constitucionalismo global, como se verifica da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. Como observa Alastair Mowbray (2004, p. 4), a Corte costuma reconhecer a necessidade dos Estados-parte implementarem medidas de proteção – e, como tais, positivas – para salvaguardar direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos. Apenas no que respeita ao direito à vida, Mowbray (2004, p. 7-41) identifica uma série de julgados em que a Corte define os contornos do feixe de deveres positivos que lhe dão compostura. Assim, medidas de proteção contra ameaças de ofensa à vida por parte de terceiros, o fornecimento de serviços e tratamentos médicos e o dever de investigar assassinatos são deveres positivos decorrentes do direito à vida, típico direito individual e de contornos tradicionalmente negativos.

Da mesma forma, a proibição da tortura, também prevista expressamente pela Constituição Federal, embora imediatamente decorrente do direito à vida e do direito à integridade física, demanda, segundo a Corte Europeia de Direitos Humanos, que os Estados-parte promovam medidas que assegurem aceitáveis condições de detenção para os presos, como disponibilizem adequada assistência médica e investiguem denúncia de maus-tratos pelos agentes públicos (MOWBRAY, 2004, p. 48-64).

Um dos julgados significativos da Corte Europeia de Direitos Humanos, e que bem explicita a existência de deveres positivos relacionados à proteção de típicos direitos

individuais, tanto liberdades, quanto garantias, é o caso *Ilascu e outros vs. Moldávia e Rússia*. Neste caso quatro cidadãos originários da Moldávia foram à Corte sustentar a violação de direitos previstos na Convenção pela Moldávia e pela Rússia por violências e abusos de várias ordens sofridos em parte do território da Moldávia que se autodenomina República Moldava da Transnístria, tendo proclamado sua independência em 1991, sem o reconhecimento pela comunidade internacional.

A Corte admite que a determinação do escopo das obrigações positivas dos Estados deve se orientar pela justa ponderação entre o interesse geral e os interesses individuais, a diversidade de situações dos Estados-parte e a pertinência das escolhas quanto aos meios, prioridades e recursos, cabendo-lhe verificar se as medidas adotadas foram suficientes para o cumprimento mais efetivos de tais obrigações. Embora não lhe caiba indicar as medidas que devem ser adotadas, se constatar que foram insuficientes ou inadequadas, deve determinar a extensão do que poderia ser feito adequadamente ou a mais para a efetiva proteção dos direitos violados.

No que respeita, especificamente, ao sistema regional de proteção dos direitos humanos que concerne ao Brasil, à vista da adesão da à Convenção Americana de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, sediada na Costa Rica, reconhece a origem de deveres positivos, de caráter prestacional, nos direitos e liberdades individuais e não apenas nos direitos sociais, como se verifica em trecho da Resolução de 30 de novembro de 2005 relativa à medidas provisórias adotadas no Caso das Crianças e Adolescentes Privados de Liberdade no “Complexo da Tatuapé” da FEBEM, *in verbis*:

14. Que a obrigação do Estado de proteger a todas as pessoas que se encontrem sob sua jurisdição compreende o dever de controlar as atuações de terceiros particulares, obrigação de caráter *erga omnes*. Nas circunstâncias do presente caso, a Comissão informou que vários dos feridos nos incidentes dentro do Complexo do Tatuapé foram vítimas da violência produzida pelos próprios internos do centro, e que a morte do adolescente Jonathan Felipe Guilherme Lima supostamente se produziu em mãos de seus companheiros da Unidade 39 da FEBEM.

15. Que o Estado deve assegurar a garantia dos direitos reconhecidos na Convenção Americana nas relações interindividuais dos jovens internos, ademais dos efeitos próprios das relações entre as autoridades dos centros de internação e governamentais com ditas pessoas. A tal efeito, deve utilizar todos os meios possíveis para reduzir ao máximo os níveis de violência. A respeito, esta Corte considera que o direito à vida e o direito à integridade pessoal “não só implicam que o Estado deve respeitá-los (obrigação negativa), senão que requerem também que o Estado adote todas as medidas apropriadas para garanti-los (obrigação positiva), em cumprimento de seu dever geral estabelecido no artigo 1.1 da Convenção Americana”.

12. Essa obrigação apresenta modalidades especiais no caso de crianças e

adolescentes, a respeito dos quais a condição do Estado de garantidor de direitos obriga-lhe a prever as situações que possam conduzir, por sua ação ou omissão, à afetação de direitos.

Desse modo, verifica-se que, com relação ao direito à vida e à integridade física, a Corte afirma a necessidade de adoção de obrigações positivas destinadas a protegê-los, reiterando o quanto já afirmado acerca da superação da sobredita dicotomia.

Aliás, talvez não tenha sido suficientemente analisada a circunstância da chamada reserva do possível ter se originado do precedente *Numerus Clausus I* da Corte Constitucional alemã⁷¹ que, embora concernente específica e diretamente ao direito à educação, envolvia no caso concreto a projeção do direito à liberdade de profissão, em face do que foi aduzida e apreciada a pretensão. A Corte Constitucional alemã explicitou que, como tem reiteradamente ressaltado, “[...] esses direitos fundamentais não são simplesmente direitos de defesa do cidadão contra o Estado”⁷², sustentando que o direito de escolher a profissão perde todo o seu valor sem a capacidade para exercê-lo (KOMMERS, 1997, p. 284).⁷³

Ora, diante deste precedente⁷⁴, surgido em razão de pretensão escudada na liberdade de profissão, que deveria assegurar a possibilidade de aceder ao curso universitário necessário ao exercício da profissão escolhida, já deveria ter ficado extirpado de qualquer

⁷¹ Apesar disso, Luís Fernando Sgarbossa (2010, p. 128-130) defende haver antecedentes da afirmação jurisprudencial da reserva do possível, pois a racionalidade que lhe é ínsita – obrigação de realização de prestações conforme seja possível – já era comum no século VI, condicionando a caridade e a filantropia aos recursos disponíveis e se materializando no brocardo *nec ultra vires* ou *secundum vires*, ficando consignada nos anais do II Concílio de Tours, bela cidade francesa, em 576 d.C. no seguinte texto: *Ut unaquaque civitas pauperes et egenos incolae alimentis congruentibus pascat secundum vires*, cuja tradução é “Toda comunidade deve nutrir convenientemente seus habitantes pobres ou necessitados, na proporção de suas forças.” Além disso, teria sido a principal razão jurídica – embora as ideológicas fossem as verdadeiramente prevaletes, como exposto – para justificar a cisão dos documentos normativos internacionais relativos aos direitos civis e políticos e aos direitos econômicos, sociais e culturais.

⁷² Em tradução livre. Em Donald Kommers (1997, p. 284), “[...] that basic rights are not merely defensive rights of the citizen against the state.”

⁷³ O precedente conhecido como *Numerus Clausus I* é detalhadamente explicado por Kommers (1997, p.281-282), como também por Luís Fernando Sgarbossa (2010, p. 133-141). O sistema educacional alemão fora cunhado pelas reformas promovidas por Humboldt no século XIX, sendo tradicionalmente elitista e hierarquicamente organizado. Reformas políticas implementadas em 1960 transformaram a educação superior num sistema de massa, havendo sendo quase triplicado o número de universitários entre 1950 e 1970 e, em fins dos anos de 1970, alcançava quase um milhão de estudantes. Esse aumento crescente levou a que algumas universidades adotassem mecanismos para limitar o número de estudantes admitidos em áreas como Direito, Medicina, Farmácia, dentre outros. Até os anos sessenta bastava a conclusão dos nove anos de Ginásio para ter o título (denominado de *Abitur*) que habilitasse o estudante a ingressar no curso superior. Nos fins dos anos 1960 foi instituído o sistema de *numerus clausus* que representava um limite para o número de ingressos em determinado curso superior. A partir daí, muitas universidades passaram a ranquear os pretendentes conforme o seu desempenho registrado no *Abitur*. Os que não ingressavam aguardavam em lista de espera. O precedente surgiu em razão do sistema de reenvio em que estudantes que desejavam ingressar no curso de Medicina das Universidades de Hamburgo e Munique ficaram em listas de espera, tendo invocado a liberdade de profissão para invalidar a novel regulamentação perante tribunais administrativos, que suscitaram o reenvio da questão à Corte Constitucional.

⁷⁴ A *ratio decidendi* desse precedente se consolidou em julgados sucessivos.

dúvida o caráter positivo das liberdades.

Esse aspecto é tido por Alexy (2008, p. 438) como decisivo para que a decisão fosse proferida como o foi, relacionando-se ao reconhecimento da necessidade de exaustão da capacidade das instituições de ensino superior em receber novos alunos.

Poder-se-ia concluir, desde então, que as liberdades demandam prestações – como no precedente restou explícito – e que os direitos fundamentais são indivisíveis, rejeitando-se a vetusta e injustificável dicotomia e, por via de consequência, constando-se que tanto as liberdades, como os direitos sociais, sujeitam-se à reserva do possível⁷⁵.

Logo, não há qualquer respaldo para a preservação da dicotomia entre direitos de liberdade e direitos sociais com base numa diferenciação estrutural em direitos negativos e direitos positivos, respectivamente, visando a sujeitar os direitos sociais à reserva do possível e conferir-lhes a nota da indeterminação.

Os direitos fundamentais constituem o seu conteúdo estrutural de forma complexa, integrado pela tessitura de relação jurídica de direito fundamental multideôntica, em que sobressaem, para cada direito, um feixe de posições subjetivas de vantagens ligadas a uma dupla dimensão de deveres fundamentais de distintas feições, tanto negativas, quanto positivas.

Há uma restrição imposta à adoção desta concepção complexa e bidimensional dos direitos fundamentais por Lucas Grosman (2008, p. 20-24), que nega a utilidade da superação desta distinção estrutural para sustentar a justiciabilidade dos direitos sociais no que respeita à dimensão positiva, asseverando que “[...] a ambiciosa postura segundo a qual todos os direitos implicam os mesmos níveis de deveres estatais é conceitualmente débil e estrategicamente duvidosa”⁷⁶. Ressalta, de qualquer sorte, que a demanda por gastos públicos não é exclusiva dos direitos sociais, havendo tanto no que se refere aos direitos civis, quanto aos direitos políticos, referindo-se ao estudo de Cass Sunstein e Stephen Holmes (2000). Diante disso, superar a dicotomia apenas agrega todas as prestações positivas, independente do direito a que se refiram, sob as mesmas restrições relativas a custos e às ressalvas quanto a sua justiciabilidade. De forma distinta de Grosman, Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 241) sustenta que os direitos sociais demandam muito mais custos que as liberdades, quer porque a

⁷⁵ No precedente em questão a demanda foi rejeitada, sendo considerada legítima a restrição ao acesso aos cursos superiores porque constatada a impossibilidade fática de ampliar ainda mais o número de vagas nas universidades, como será adiante analisado de forma mais detida.

⁷⁶ Em tradução livre. No original, “[...]la ambiciosa postura según la cual todos los derechos implican los mismos niveles de deberes estatales es conceptualmente débil y estrategicamente dudosa”.

estrutura estatal relativa às prestações que lhe dizem respeito já está razoavelmente predisposta, como por ser muito mais cara a criação das condições para a efetividade dos direitos sociais, notadamente porque cada direito social exige suas próprias condições, não sendo compartilhadas entre todos, como se dá com as liberdades.

Em verdade, não parece que a circunstância das liberdades e dos direitos políticos, no que abriguem deveres positivos que demandem custos, sujeitarem-se às condições e capacidades orçamentárias seja razão para infirmar a superação da dicotomia. Ao que se afigura, Lucas Grosman subestima o valor de demonstrar que não são apenas os direitos sociais que se condicionam à reserva do possível, o que, por si só, já é extremamente significativo tanto no âmbito do processo político, para compreensão e percepção da comunidade aberta de intérpretes de direitos fundamentais, como no desenvolvimento de mecanismos e técnicas de garantia e efetividade, dentre os quais se insere o direito fundamental ao máximo existencial.

Afastar o discurso da dicotomia representa rejeitar o fatalismo natural quanto à supostamente atávica incapacidade de os direitos sociais serem efetivados, pois só e apenas eles estaria sujeitos à reserva do possível. Permite compreender que o maior ou menor nível de implementação de deveres relacionados às liberdades, aos direitos políticos ou aos direitos sociais decorre, preponderantemente, de decisão política, e não da natureza das coisas ou dos próprios direitos em questão.

No plano do desenvolvimento de mecanismos e vias de garantia dos direitos fundamentais, no que respeitem a deveres positivos, a rejeição da dicotomia leva a desnudar um novo horizonte de possibilidades interpretativas a partir da realidade, tendo em vista as necessidades, materializando adequadamente o pensamento do possível.

Com efeito, é indubitável que a compreensão dos direitos fundamentais como direitos indivisíveis e a reflexão acerca dos mecanismos tradicionais de tutela das liberdades pode e deve enriquecer sobremaneira as possibilidades das vias de garantia dos direitos sociais, quer judiciais, quer extrajudiciais, quer por atores não-estatais. Além disso, permite ainda reforçar a plena justiciabilidade dos direitos sociais no que respeita aos deveres negativos, desde logo exigíveis.

Cabe ressaltar, contudo, que a circunstância dos direitos que contiverem deveres positivos insatisfeitos ou atendidos insuficientemente pelo poder público não obsta em caráter absoluto a pertinência da tutela jurisdicional como via de garantia da efetividade de tais direitos e, se admitida, não se circunscreve necessariamente ao que é tido como mínimo vital.

Isabel Moreira (2007, p. 233-234), por sua vez, admite a diluição das fronteiras

entre liberdades e direitos sociais, estando ambos sujeitos à reserva do possível por exigirem custos, sugerindo que a diferença está na maior indeterminação dos direitos sociais e no seu direcionamento para o futuro, o que confere aspectos específicos a serem sopesados diante da limitação de recursos.

Assim, se para levar os direitos a sério é necessário levar a escassez a sério (SUNSTEIN; HOLMES, 2000, p. 94), ao menos todos devem ser levados a sério no mesmo patamar e com a mesma potencialidade normativa. É necessário levar a sério, também, os custos humanos (HÄBERLE, 2003c, p. 156), sociais e orçamentários (FERRAJOLI, 2007, p. 68) pela não implementação dos direitos fundamentais fundada na escassez. É necessário, ainda, levar a sério que nem todos os deveres negativos provenientes de direitos sociais são caros, como induz Pisarello (2007, p. 60-61).

Reconhecendo a todos os direitos, além da dimensão positiva e custosa, um caráter distributivo, Pisarello realinha a questão fundamental sobre a limitação de recursos ao considerar que não se busca garantir os direitos mais caros, mas decidir quais são as prioridades e como se dirigem os recursos exigidos para satisfazê-las.

Outrossim, é possível buscar medidas menos custosas para realizar direitos fundamentais aparentemente caros, o que exige o empenho da capacidade reflexiva, sobretudo pelo desenvolvimento de mecanismos ou esquemas de cooperação do poder público com a iniciativa privada, ou, ainda, por políticas públicas que transfiram parcela do ônus da implementação de determinados direitos à iniciativa privada, quer por força da sua responsabilidade social, quer em razão da própria eficácia horizontal dos direitos fundamentais, apta a horizontalizar os deveres positivos⁷⁷.

⁷⁷ Como ocorreu, por exemplo, com o advento da Lei nº 7.737/2004, do Estado do Espírito Santo, que atribuiu o direito à meia entrada em locais públicos de cultura, esporte e lazer aos doadores regulares de sangue. Tal medida, ao mesmo tempo que promove o lazer e a cultura, que são direitos fundamentais, viabiliza a expansão dos recursos relativos a doação de sangue, tornando-o menos escasso e, por essa via, ampliando o possível da reserva sem que sobre poder público se projetem custos significativos. Já a iniciativa privada arcaria com os ônus da meia entrada, o que se justifica a partir dos princípios que conformam e legitimam a intervenção do Estado sobre a ordem econômica, na forma do art. 170 do texto constitucional. Suscitada a sua

inconstitucionalidade, foi rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal em acórdão assim ementado: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.737/2004, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. GARANTIA DE MEIA ENTRADA AOS DOADORES REGULARES DE SANGUE. ACESSO A LOCAIS PÚBLICOS DE CULTURA ESPORTE E LAZER. COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E O DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ECONÔMICO. CONTROLE DAS DOAÇÕES DE SANGUE E COMPROVANTE DA REGULARIDADE. SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE. CONSTITUCIONALIDADE. LIVRE INICIATIVA E ORDEM ECONÔMICA. MERCADO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. ARTIGOS 1º, 3º, 170 E 199, § 4º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Muito ao contrário. 2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. 3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da "iniciativa do Estado"; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. 4. A Constituição do Brasil em seu artigo 199, § 4º, veda todo tipo de comercialização de sangue, entretanto estabelece que a lei infraconstitucional disporá sobre as condições e requisitos que facilitem a coleta de sangue. 5. O ato normativo estadual não determina recompensa financeira à doação ou estimula a comercialização de sangue. 6. Na composição entre o princípio da livre iniciativa e o direito à vida há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 7. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 3512, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 15/02/2006,

Firmada a necessária superação da dicotomia que tinha pretensão de distinguir os direitos de liberdade dos direitos sociais, sendo mais conforme a compreensão constitucionalmente adequada da teoria dos direitos a distinção material, já exposta, cabe adentrar na análise das categorias que podem compor o conteúdo estrutural dos direitos fundamentais.

Com efeito, sendo os direitos fundamentais positivos e negativos quanto aos deveres que ensejam e reconhecendo-se a impertinência de um modelo simplista de relação jurídica, à vista do feixe de posições subjetivas de vantagem e dos aludidos deveres, carece a teoria da adequada categorização dos elementos potencialmente integrantes do conteúdo estrutural. Há um caráter multideômico nas normas de direitos fundamentais e uma dupla dimensão dos deveres fundamentais que devem nortear a identificação das categorias propostas.

Não obstante a percuciente análise empreendida, Sunstein e Holmes⁷⁸ limitam-se a asseverar o caráter positivo de todos os direitos⁷⁹ e a sua conseqüente dependência de recursos públicos, não procedendo a uma tentativa de categorização dos deveres correlativos aos direitos, embora admitam que os direitos custam porque os suas garantias são custosas. E as garantias são necessárias para assegurar que os deveres correlativos sejam cumpridos. Apesar disso, não suscitam quaisquer categorias de direitos ou deveres que possibilite compreender o conteúdo estrutural dos direitos fundamentais, diversamente de van Hoof e Shue.

Enquanto Shue sustenta uma divisão tripartite dos deveres, que seriam relativos à a) evitar a privação, b) de proteção e c) de auxílio, van Hoof defende a existência de uma divisão quadripartite das obrigações, compostas pelos deveres de a) respeitar, b) proteger, c) garantir e d) promover⁸⁰. Matthew Craven (1995, p. 110), por sua vez, adota a concepção tripartite, concebendo a existência dos deveres de respeito, proteção e realização, ressaltando

DJ 23-06-2006 PP-00003 EMENT VOL-02238-01 PP-00091 RTJ VOL-00199-01 PP-00209 LEXSTF v. 28, n. 332, 2006, p. 69-82)

⁷⁸ A doutrina pátria introduziu as reflexões dos autores através, principalmente, dos estados de Gustavo Amaral (2001) Flávio Galdino (2005).

⁷⁹ O que pode ser estendido também quanto ao caráter negativo, que não é restrito às liberdades, estendendo-se aos demais direitos fundamentais.

⁸⁰ Também adotada, dentre outros, por Isabel Moreira (2007, p. 247).

a importância da dissecação da natureza dos deveres por ensejar o quadro analítico que possibilite a percepção clara das atribuições do poder público, além de respaldar a rejeição da inconsistente dicotomia.

Asbjorn Eide (2001, p. 23), aderindo ao Comentário Geral nº 12 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais reputa que haveria as obrigações de a) respeitar, b) proteger e c) realizar, sendo que esta pode se dar tanto pela c.1) facilitação, como pela c.2) satisfação, também seguida por Christian Courtis e Víctor Abramovich (2002, p. 31). Palmer (2009, p. 23), partindo da concepção de Shue, defende existirem os deveres de a) respeito, b) proteção e c) promoção, enquanto Sandra Feldman (2008, p. 73-84), dedicando-se apenas aos deveres positivos, os concebe como a) de proteção e de b) realização.

Malgrado todas essas possibilidades sejam pertinentes e bem embasadas, afigura-se que os modelos mais explicativos e mais extensos quanto à adequada compreensão do conteúdo estrutural dos direitos fundamentais, comportando as dimensões negativa e positiva que todos eles possuem, são os suscitados por Robert Alexy (2008b) e por Cécile Fabre (2000), que podem ser tidos como complementares ou até mesmo intercambiáveis.

Desse modo, passa-se à análise da caracterização dos direitos fundamentais a partir das categorias jurídicas relativas a direitos subjetivos e aos deveres.

3.3.2.3 Direitos subjetivos e deveres

Um dos temas mais clássicos na teoria do direito, usualmente explorado pelo direito civil, é o relativo à caracterização, noção e natureza do direito subjetivo. Usualmente contraposto à noção de direito objetivo, entendido como ordenamento jurídico positivado, seria o direito subjetivo a sua outra face, resultante da projeção no mundo fenomênico dos efeitos jurídicos do direito objetivo, cabendo a este a função de atribuir tais direitos e a eles vincular os correlativos deveres.

Embora clássica a noção e o embate pela sua compreensão, não se pode dizer que não tenha superado desafios e críticas.

Jean Dabin (2008, p. 5-17), em lição clássica, suscita as oposições desenvolvidas à noção de direito subjetivo pelas diferentes perspectivas teóricas de Leon Duguit e de Hans Kelsen.

Para Duguit (2005, p. 4-12) é preciso romper com o paradigma individualista do direito, que não resiste ao fortalecimento dos laços e do ligame social, que denotam a solidariedade. O homem isolado não mais existe, estando condenada a doutrina individualista e, com ela, os seus referenciais de um direito ideal e absoluto. Com base na solidariedade social, sustenta a emergência do paradigma do direito social, consistente na compreensão da ordem jurídica a partir da coletividade para o indivíduo, do direito objetivo para o direito subjetivo. A regra de ouro da conduta individual no âmbito de uma sociedade em que prevalece a solidariedade social, quer por similitude, quer por dependência, é a de que não se deve fazer nada que cause prejuízo à solidariedade social e se deve fazer todo o que, por natureza, seja preciso para realizar e desenvolver a solidariedade social, atualizando os brocardos *alterum non laedere* e *suum cuique tribuere*.

Nesse sentido, o direito subjetivo nada mais é do que a projeção do direito objetivo, fundando-se na solidariedade social. O direito subjetivo seria funcionalizado aos deveres, sendo as faculdades que permitem o seu cumprimento. Assim, consiste no direito de executar os atos que o direito objetivo lhe atribua na qualidade de obrigações de cooperação com a solidariedade social. É a existência do direito objetivo que obriga o indivíduo a desempenhar certas funções na sociedade, do que resulta a titularidade de direitos subjetivos.

Já Kelsen, de acordo com os paradigmas de sua teoria pura (1997), concebe o direito subjetivo como feixe de normas que se individualizam em determinado sujeito, conferindo-lhe poderes. Há uma objetivação individual e concreta da norma geral e abstrata.

De fora parte tais oposições, é conhecida a querela firmada entre a teoria da vontade e a teoria do interesse na definição da noção de direito subjetivo. Ambas as teorias, desenvolvidas por Windscheid e por Ihering, respectivamente, são detidamente analisadas por Jean Dabin (2008, p. 56-72). Para o primeiro, direito subjetivo seria o poder da vontade, concedidas e limitadas pelo direito objetivo. Para o segundo, direitos subjetivos são interesses juridicamente protegidos.

Jean Dabin (2008, p. 80-93), após analisar as teorias da vontade, do interesse e as fórmulas ecléticas, define o direito subjetivo como *appartenance-maîtrise*. Ou seja, direito subjetivo é o vínculo de pertença que se estabelece entre o sujeito e o objeto, qualificando o objeto que pertence ao sujeito. Essa relação de pertencimento é qualificada, quanto ao sujeito, pela sua condição de mestre ou senhor sobre a coisa que lhe pertence. Assim direito subjetivo

consubstancia o poder ou domínio sobre uma coisa que pertence a determinado sujeito, consoante a concepção de Jean Dabin.

Já Orlando Gomes (1996, p. 107-109), após recorrer à noção clássica de que o direito objetivo é a *norma agendi* e o direito subjetivo é a *facultas agendi*, que se implicam mutuamente, retrata a controvérsia clássica sobre sua conceituação, agregando os elementos da teoria da vontade e da teoria do interesse, concebendo-o como interesse protegido pela ordem jurídica mediante poder atribuído à vontade. Procedendo a uma análise do conceito, destaca a pretensão, que seria elemento típico do direito subjetivo e que consubstancia o poder do titular do direito de exigir a ação ou omissão devida por quem deva praticá-la ou abster-se, não existindo nos direitos potestativos e nem nos direitos relativos ao estado das pessoas.

Percebe-se, pois, que a noção de direitos subjetivos, embora devesse ser desenvolvido pela teoria do direito por ser uma categoria que ultrapassa os lindes do direito civil, radica fundamentalmente em construções de civilistas, sendo mal adaptada quando transposta para o direito público e vinculando-se à exigibilidade de prestações de cunho patrimonial, que são economicamente apreciáveis e que pertencem ao comércio privado.

O mesmo ocorre com a noção de obrigação. Antunes Varela (2000, p. 52) define o dever jurídico como necessidade imposta pelo direito objetivo de uma pessoa observar comportamento que lhe é imposto, consubstanciando ordem, comando, injunção, e sendo categoria mais ampla que obrigação. Esta seria a própria relação jurídica em que alguém pode exigir da outra parte a realização de uma prestação (VARELA, 2000, p. 62).

Orlando Gomes (1967, p. 152), perscrutando a origem da reflexão sobre a noção de obrigação desde o Direito Romano, chega à mesma associação de obrigação como relação jurídica, tendo como fonte negócios jurídicos, mas nunca decorrem imediatamente da lei.

Observa-se que a noção de obrigações está vinculada às relações jurídicas estabelecidas em derredor de direitos subjetivos, relacionando-se à existência da pretensão de exigir a conduta devida pelo obrigado.

Tentando inserir o tema no âmbito da teoria do direito, Juan Ramón de Páramo (2000, p. 367) define o direito subjetivo como pretensão ou faculdade atribuída a um sujeito ou a uma classe de sujeitos diante de outro sujeito ou outra classe de sujeitos aos quais é imposta a prestação normativa correlata.

O conteúdo do direito é a conduta que pode ser exigida pelo seu titular. Esta exigência é possível em razão do direito objetivo e pode provir do direito constitucional, do direito infraconstitucional e das disposições contratuais. Não obstante isso, expõe as dificuldades encontradas por esta concepção e as várias matizes conferidas ao sentido de

direito subjetivo, que teria sido diluído pelo realismo de Alf Ross (PÁRAMO, 2000, p. 368-375).

De qualquer sorte, os direitos subjetivos vêm usualmente relacionados à aptidão de exigir o cumprimento de determinada conduta, associando-se, assim, a um poder jurídico e a um dever de fazer, não fazer ou dar.

Em verdade, tendo em vista o direito objetivo e a estrutura das normas jurídicas atributivas de direitos subjetivos, depreende-se que sempre decorrem de disposições que conferem permissões ou impõem proibições e obrigações. As permissões concernem a conferir ao sujeito o poder jurídico de executar determinada conduta, estando apto a exigir que eventual impedimento por terceiro seja, por ele ou por outrem, em seu nome, desfeito. Da mesma forma, as proibições e obrigações centram-se na imposição de um dever. Malgrado seja possível que exista um dever sem o respectivo direito, é impossível existir um direito em seu sentido próprio se não houver ao menos um direito correlato.

O mais comum, entretanto, em vista da complexidade usualmente existente nas relações jurídicas, é a existência de mais de um dever referido a um direito específico pertencente a determinado titular. Isto ocorre mesmo nos casos dos chamados direitos potestativos, nos quais há, pela ordem jurídica, a imposição de sujeição da outra parte ao *status* jurídico pertinente ao seu titular.

Desse modo, haveria, do lado do titular do direito, uma permissão para impor determinada situação jurídica a outra parte, que estaria proibida de se conduzir em sentido oposto ao que deve se sujeitar. Não obstante isso, pela origem civilista concernente ao tema, o direito subjetivo tem sido construído sobre a convicção de que se refere à exigência do cumprimento de obrigações de fazer, não fazer ou dar que tenham conteúdo ou expressão pecuniária.

Logo, tendo em vista a inserção da noção de direito subjetivo no âmbito das categorias relacionadas aos direitos fundamentais, exurgem dois obstáculos para utilização da noção tradicionalmente desenvolvida

A primeira é que, no mais das vezes, nem sempre há conteúdo ou expressão econômica quanto à prestação devida no âmbito dos direitos fundamentais e, quando há, não é o fator preponderante para a afirmação do direito.

A outra consiste em direitos que sejam, ou estejam, destituídos de pretensão, ou seja, cujas respectivas obrigações ou os deveres correlativos são destituídos de exigibilidade. Essa carência de pretensão coloca em dúvida a própria consistência jurídica de tais direitos, com só ocorrer com a maioria dos direitos econômicos, sociais e culturais para aqueles que

lhes negam a justiciabilidade. Sem que o titular possa exigir judicialmente a prestação concernente ao dever correlativo, não haveria distinção entre tais direitos e direitos exclusivamente morais, carecentes de vinculação jurídica.

Não obstante isso, Páramo (2000, p. 379-380) registra que os direitos subjetivos também podem ser tidos como razões para a ação, o que não é equivocado, mas envolve uma perspectiva mais ampla da compreensão do direito subjetivo no âmbito da ordem jurídica.

A noção de dever jurídico no âmbito da teoria do direito é investigada por Juan Carlos Bayón (2000, p. 323-325), indagando sobre a eventual existência de distinção entre as dever e obrigação. Com efeito, após considerar muitos utilizam os termos indistintamente e outros que negam a viabilidade da utilização da expressão ‘dever’, passa a sustentar a diferenciação entre ambas as noções sob a perspectiva do maior grau de complexidade. Assim, enquanto o dever impõe uma modalidade mais elementar de vínculo normativo, a obrigação envolve modalidade normativa mais complexa, sendo integrada por distintas classes de deveres.

Diante disso, verifica-se a complexidade da compreensão constitucionalmente adequada das noções de direito subjetivo, dever e obrigação em função da teoria dos direitos fundamentais.

De qualquer sorte, direito subjetivo é o elemento agregador de deveres ou obrigações que envolvem as condutas devidas para a sua satisfação. Embora se reconheça a pertinência da utilização indistinta de obrigação ou dever, e embora a primeira tenha já uso consagrado na seara tributária, a tradicional concepção em derredor de si envolve usualmente prestações de conduto economicamente apreciável, o que, como referido, não ocorre sempre com relação aos comportamentos necessários à observância de direitos fundamentais, da mesma forma que se dá com o entendimento tradicional em torno de direito subjetivo. Entretanto, diferentemente da expressão ‘direito subjetivo’, com relação à obrigação há outro termo, igualmente significativa, mas que não contém nas concepções em torno de si a associação necessária com prestações de feição pecuniária.

Rejeita-se, por tal razão, a expressão ‘obrigação’, preferindo-se ter como deveres as prestações relacionadas aos direitos fundamentais, sendo o seu conteúdo as abstenções ou as ações, quer se trate da dimensão negativa, quer se trate da dimensão positiva de

determinado direito fundamental⁸¹.

O caráter multideontico da norma de direito fundamental consiste em que não, usualmente, o enunciado normativo de um direito dá ensejo à construção de uma ou mais normas que exprimem vínculos de permissão, obrigação⁸² e proibição.

Os modais deonticos de permissão e obrigação podem revelar-se no conteúdo estrutural do direito fundamental conferindo-lhe dimensão positiva, ou seja, referindo-se a prestações de fazer ou dar. Já o modal de proibição concerne à dimensão negativa dos direitos fundamentais, impondo prestações de não fazer ou, simplesmente, abstenções.

Tal raciocínio é pertinente se tais normas de direito fundamental forem reconduzidas ao direito fundamental como princípio⁸³ ou como regra. O caráter normativo de um princípio, enquanto mandado de otimização, pode ser entendido no sentido de que algo deve ser proibido, permitido ou obrigado na maior medida do que seja juridicamente ou faticamente possível. No que respeita às regras, a estrutura hipotético-condicionante induz que a consequência normativa esteja associada à hipótese mediante qualquer um dos modais deonticos.

Em se tratando da norma de direito fundamental, o caráter multideontico consiste em envolver mais de uma modalidade de dever-ser. O processo de construção interpretativa, mediante a reflexão hermenêutica e o pensamento do possível, origina-se em enunciados normativos que geralmente só fazem menção ao próprio bem jurídico-fundamental tutelado. A interpretação deve conduzir à projeção da potencialidade normativa mediante a impressão do sentido ao enunciado constitucional a partir da realidade, suscitando as possibilidades no contexto do que seja necessário.

Daí que um mesmo dispositivo constitucional, como o direito à liberdade de reunião, abrigado pelo art. 5º, inciso XVI, pode ensejar a respectiva norma do direito fundamental à liberdade de reunião que congrege, concomitante e concorrentemente, permissões, obrigações e proibições. E todos eles tanto em se portando como princípio, circunstância em que deverão ser otimizados na condição de dever-se ideal, ou como regras.

⁸¹ Outro argumento que pode ser alegado em favor da expressão 'deveres' ao invés de 'obrigação', e que não teria caráter exclusivamente literal, é a própria referência do texto constitucional aos deveres fundamentais intitulando o Capítulo I do Título II.

⁸² Nada obsta a utilização desta expressão enquanto uma das categorias deontica, não se confundindo com a sua projeção com relação à conduta respectiva exigida por certo direito,

⁸³ Cabe assinalar que os princípios, por terem caráter normogenético, ou seja, fundamentarem a existência de normas, que podem ser outros princípios ou regras. Exemplifica-se com o princípio do contraditório que nada mais é do que projeção sobre o processo do princípio da igualdade.

Assim, pode ensejar a) a permissão para realização de passeatas, eventos desportivos, espetáculos artísticos, manifestações políticas, investindo um grupo de pessoas em tal faculdade e cada membro individualmente; b) a proibição de o poder público cercear a participação de quem desejar no evento; c) e a obrigação do poder público viabilizar a ocorrência da manifestação ou do evento, impedindo que obstáculos causados por terceiros inviabilizem o exercício do direito. Todos esses modais são reconduzidos à norma de direito fundamental da liberdade de reunião e podem ser concebidos *prima facie*, como também, a depender das condições e especificações da realidade, em caráter definitivo⁸⁴.

O mesmo pode ocorrer em se tratando de direito social, como o direito à saúde. Pode-se identificar, exemplificativamente, a) a permissão para alguém se recusar a se submeter a determinado tratamento de saúde; b) a proibição de terceiros utilizarem-se de técnicas ou procedimentos experimentais em seres humanos, sem a observância das regras de ética médica; c) a obrigação do poder público prover medidas de prevenção à doenças de grande incidência e capilaridade.

Constate-se que o enunciado constitucional respeitante à previsão de determinado direito enseja a construção interpretativa da norma de direito fundamental que comporta, quer como princípio, quer como regra, um caráter multideôntico. E tal se dá porque, como já indicado, embora não se possa cindir texto e norma, não há correspondência biunívoca entre eles.

Riccardo Guastini (2005, p. 25-26) distingue dispositivo e norma, concebendo esta como “[...] todo enunciado que constitua o sentido ou significado atribuído (por qualquer um) a uma disposição (ou a um fragmento de disposição, ou a uma combinação de disposições, ou a uma combinação de fragmentos de disposições)”

Canotilho (s.d., p. 1.203-1.206) defende três tipos de relação entre texto e norma, que são de disjunção, de conjunção e de sobreposição, sendo, ainda, possível haver normas sem dispositivo e dispositivo sem normas. Severino (2003, p. 27-29), por sua vez, considera que de várias disposições pode resultar uma norma; que de várias disposições combinadas pode exsurgir mais de uma norma; e, ainda, que pode não advir nenhuma norma de uma ou mais disposições⁸⁵.

⁸⁴ A permissão cederá se a reunião for convocada para a noite em localidade em que haja hospital, à vista de tal condição levar à precedência do direito à saúde sobre a liberdade de reunião.

⁸⁵ Divergindo de Canotilho quanto a esta última relação. Para ela seria relativa aos costumes, enquanto o constitucionalista luso a invoca para os princípios

Em síntese, é possível que o enunciado normativo relativo a determinado direito fundamental, interpretado ou não conjuntamente com outros dispositivos constitucionais ou de direitos humanos e enriquecido com a migração das ideais e sentidos constitucionais oriundos dos outros quadrantes do constitucionalismo global, origine uma norma de direito fundamental a que possam ser reconduzidas outras, dela decorrentes, e que comporte uma multiplicidade indeterminada, *a priori*, de permissões, proibições e obrigações.

E, como afirmado, as permissões e as obrigações constituem, em regra, deveres positivos, enquanto as proibições voltam-se à deveres negativos. Logo, evidencia-se que as normas de direitos fundamentais consubstanciam relações jurídicas de direito fundamental extremamente complexas à vista de possuir um conteúdo estrutural com um feixe de potenciais posições subjetivas de vantagem e de deveres fundamentais que se entrelaçam na tutela da pessoa humana.

Conclui-se pela existência de múltiplos deveres relativos à observância de um direito fundamental, com base na sua positivação constitucional e em consonância com a tessitura da rede multinível de proteção da pessoa humana. São esses deveres fundamentais que são objeto dos modelos de categorização do conteúdo estrutural dos direitos humanos e fundamentais sugeridos por Shue, van Hoof, Eide e Christian Curtis e Víctor Abramovich, Palmer, Sandra Feldman e, na doutrina brasileira, Ingo Sarlet, Ana Carolina Olsen, Vírgílio Afonso da Silva (2009, p. 72-79) e Paulo Gilberto Cogo Leivas (2006, p. 83-85), que aderem às categorias sugeridas por Robert Alexy (2008b), embora dando prevalência à face do direito sobre a do dever.

Se a existência de multiplicidade de deveres e da sua dupla dimensão, tanto negativos como positivos, já estão devidamente firmadas, ainda não está a compreensão em derredor do direito subjetivo.

Além dos problemas e dificuldades para a compreensão do sentido constitucionalmente adequado de direito subjetivo, como a tradicional civilista fundando seu conceito, a vinculação à exigibilidade judicial, o caráter pecuniário, dentre outros, há de se reconhecer, em parte, as ressalvas suscitadas por Hohfeld (2008, p. 25-26) e extensivas,

constitucionais, que propiciam a abertura do texto. Seria o caso do devido processo, que não estava abrigado pela Constituição portuguesa até a quarta revisão constitucional, sendo fundado a partir de um conjunto de disposições.

também, à noção de deveres. Para ele um dos grandes óbices para a compreensão e adequada solução dos problemas jurídicos decorre da utilização dos termos direitos e deveres para designar as categorias mais díspares possíveis. Em razão disso, Hohfeld (2008, p. 28-85) concebe as relações jurídicas fundamentais através de um esquema de opostos e correlativos, sendo também utilizado por Alexy (2008b, p. 209-217).

Embora tanto Hohfeld como Alexy se debrucem sobre essas relações jurídicas fundamentais a partir da perspectiva analítica, que não é adotada diante da preferência pela reflexão hermenêutica, as categorias relacionais sugeridas podem auxiliar a compreensão do caráter multideontico e da dupla dimensão dos direitos fundamentais, possibilitando cunhar uma noção constitucionalmente adequada de direito subjetivo.

Hohfeld aponta os opostos como sendo a) direito e não-direito, b) privilégio e dever, c) poder e impotência, e d) imunidade e sujeição. Já os correlativos seriam a) direito e dever; b) privilégio e não-direito; c) poder e sujeição, e d) imunidade e impotência.

Diante disso, sugere que o critério para conter o uso indiscriminado da expressão 'direito' – que compõe o direito subjetivo – é a existência do seu correlativo, que é o dever. Não haverá direito se não existir o correlativo dever. O privilégio é associado à liberdade e tem como seu correlativo o não-direito, sendo atribuído à relação jurídica estabelecida em torno das liberdades.

Já os poderes envolvem a aptidão de alguém de alterar determinada relação jurídica independentemente do concurso de vontade da outra parte, que se encontra sujeita à correlativa sujeição.

Finalmente, as imunidades configuram a negação da sujeição, tendo como o seu correlativo a impotência, e sendo a liberdade de alguém quanto ao poder jurídico de outrem.

Ora, malgrado a intenção de especificar e designar de forma distinta os vários possíveis conteúdos de uma relação jurídica, não se afigura possível e nem útil circunscrever a noção de direito subjetivo apenas à existência do correlativo dever. Com efeito, o que Hohfeld denomina de privilégio nada mais é do que o direito de atuar ou não de uma certa forma, sem intromissão de terceiros; haveria, então, um dever destinado a todos numa sujeição passiva universal que se singulariza quando materializada a ofensa.

Depreende-se, pois, um dever de abstenção vinculado às liberdades. Também o poder e a imunidade podem ser melhor compreendidas também como direitos, sendo, no primeiro caso, a clássica noção de direito potestativo. Já a imunidade, como o próprio autor induz, exprime também a liberdade, só que de um poder jurídico, ou seja, a não sujeição a direito potestativo.

Ao invés de adotar as distinções suscitadas por Hohfeld, que são pertinentes para explicar as várias manifestações e feições de direitos subjetivos e deveres, tem-se como possível reconduzi-las à noção de direito subjetivo e do seu correlativo dever. Saliente-se que, embora as distinções sejam pertinentes, não há utilidade e nem pertinência em diluir o sentido de direito subjetivo e de direito potestativo em tais categorias e relações.

Logo, é melhor compreender o direito subjetivo como categoria apta a abarcar posições subjetivas de vantagem que, numa relação jurídica complexa, vinculam-se aos correlativos deveres, que podem ser negativos e positivos⁸⁶.

Nesse sentido, torna-se importante a análise sobre o modelo sugerido por Alexy (2008b, p. 180-193), que reconhece de logo a dificuldade de conceituar direito subjetivo, questão de extrema relevância para a prática jurídica, pois “Saber quanto uma norma jurídica confere direitos subjetivos é uma questão que tem importância prática, sobretudo sob o aspecto processual”. Esta importância prática é ainda mais latente em se tratando de normas de direitos fundamentais e, mais ainda, de direitos sociais, à vista do inadequação da teoria dos direitos fundamentais fundada no paradigma liberal-individualista, que lhes nega tal natureza.

Após admitir que a discussão sobre direitos subjetivos pode se orientar por questões normativas, empíricas e analíticas, ressalta a importância do problema normativo acerca da identificação da aptidão de uma norma conferir direito subjetivo, sobretudo porque o teor literal do texto pode remeter a uma imposição de obrigações ou de deveres ao Estado sem que disso decorra a possibilidade de determinado sujeito ter um direito à realização dessa ação estatal específica. Ao contrário dos direitos subjetivos, que necessitam dos deveres correlativos, é possível que existam deveres sem estarem ligados a direitos⁸⁷.

Desse modo, Alexy percebe que os direitos subjetivos são associados a distintas perspectivas que conduzem a confusões ou embaraços quanto a sua conceituação. Associando-os a relações jurídicas que portam posições, concebe que “[...] é possível distinguir entre (a) razões para direitos subjetivos, (b) direitos subjetivos como posições e

⁸⁶ Em corroboração ao entendimento adotado por Alexy (2008b, p. 192) que expressamente reflete sobre ser preferível ou não uma noção mais ampla de direitos subjetivos, concluindo no mesmo sentido apresentado no texto.

⁸⁷ No que concerne aos direitos fundamentais, suscita-se que a dimensão objetiva respalda a existência de deveres para o Estado sem que o indivíduo, necessariamente, esteja investido na aptidão de proceder à exigência do cumprimento das condutas devidas. Haverá a pretensão de exigibilidade do dever se a dimensão objetiva fundamentar direito subjetivo, que é exatamente a questão examinada por Alexy. Assim, a despeito de ser deveras significativo o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos sociais, não se pode descuidar ou ignorar a dimensão subjetiva, que é fundamental para a sua realização por suscitar a tutela jurisdicional.

relações jurídicas e (c) a exigibilidade jurídica dos direitos subjetivos”.

Entre esses sentidos, a maior dificuldade se estabelece entre direitos subjetivos como relações e posições jurídicas e a sua exigibilidade. Ao se debruçar sobre tal relação a fim de examinar a pertinência de associar o direito subjetivo com sua exigibilidade como nota típica, Alexy⁸⁸, acertadamente, sustenta que

Não parece ser imprescindível que se fale em direitos somente se estiver presente a capacidade jurídica para sua exigibilidade, por exemplo, por meio de uma demanda judicial. Embora seja possível definir o conceito de direito subjetivo dessa maneira, uma tal definição estipulativa não apenas não reflete o uso corrente da linguagem, como também não seria frutífera para o conhecimento dos sistemas jurídicos.

Diante disso, e aderindo à necessidade de uma noção-base de direito subjetivo, que permita abarcar as várias posições e deveres que são comumente associados à sua noção, em reconhecimento até ao uso corrente da expressão pela comunidade aberta de intérpretes dos direitos fundamentais, Alexy concebe a sua adoção como supraconceito, ainda que se projete sobre posições bastante distintas, que devem ser devidamente compreendidas.

Como antecipado, adere-se ao conceito amplo de direito subjetivo, dissociando-o da necessária vinculação com a característica da exigibilidade, o que não significa que os direitos fundamentais não devam ser justificáveis e nem a aceitação dos direitos sociais como insusceptíveis de ser judicialmente garantidos.

Com efeito, o sistema jurídico deve se voltar progressivamente ao reforço da efetividade dos direitos fundamentais pela implementação de mecanismos judiciais de garantia, a despeito do reconhecimento de outras vias de sua realização, inclusive pelo processo político e pelas formas de participação popular.

Daí ser preciso distinguir quando não há a exigibilidade pela compostura específica da posição subjetiva de vantagem ou do dever correlato, ou quando a sua carência decorra da ausência de vias jurídicas aptas a garantir a exigibilidade, caso em que se depara com uma lacuna, como observado por Ferrajoli (2002, p. 43)⁸⁹, que deve e pode ser enfrentada a partir da reflexão doutrinária e da prática jurisprudencial.

Na primeira hipótese estaria a situação de pretensão de alguém, com base no direito à moradia, para que o Estado lhe forneça casa própria, que não pode ser judicialmente

⁸⁸ Diversamente, Martin Borowski (2003, p. 148), observa que na qualidade de posições jurídicas, os direitos fundamentais de prestação são direitos subjetivos se for possível a exigibilidade judicial.

⁸⁹ Da mesma forma que Alexy, Ferrajoli (2002, p. 59) sustenta que os direitos subjetivos são expectativas positivas ou negativas (prestacionais ou de abstenção) titularizados por força da atribuição normativa. Essas expectativas consubstanciam garantias primárias, reforçadas pelas garantias secundárias que concernem ao dever de sancionar ou declarar a nulidade das violações a tais direitos.

exigida pela própria natureza da obrigação. Nada impede que o Estado promova, no âmbito das políticas habitacionais voltadas para famílias de baixa renda, construção de casas populares para serem doadas, mas não é possível exigir judicialmente tal fornecimento. Não se trata, pois, de um defeito ou da insuficiência das garantias secundárias, utilizando a expressão de Ferrajoli.

No segundo caso estariam as pretensões de exercício de direitos fundamentais que se encontrem obstadas por ausência de disciplina legal, como era o caso, até o advento da Lei nº 12.506/2011, do aviso prévio proporcional. Em tais situações, a inexistência do mandado de injunção representaria uma lacuna do sistema quanto às vias de garantia de efetividade dos direitos que necessitam, *a priori*, de desenvolvimento legislativo; além disso, mesmo havendo garantias secundárias, a equivocada compreensão em torna da sua consistência e potencialidade, que prejudique a sua prática, pode manter a existência da lacuna, embora formalmente preenchida, como também ocorreu por muito tempo com o mandado de injunção⁹⁰.

Nesse sentido, para Alexy (2008b, p. 193) a noção de direito subjetivo constitucionalmente adequada consubstancia um sistema de posições jurídicas fundamentais composta por uma tríplice divisão em direitos a algo, liberdades e competências. A cada uma dessas posições que compõe as categorias de direitos que podem ser reconduzidas ao direito subjetivo como supraconceito Alexy atribuía a denominação de direitos.

Assim, o direito à saúde, o direito ao voto e a liberdade de expressão, por exemplo, seriam direitos subjetivos entendidos como supraconceito congregador e agregador de um feixe de posições subjetivas de vantagem associadas a deveres fundamentais, sendo cada uma dessas posições um direito que especifica o conteúdo do direito-base.

Alexy (2008b, p. 194-203) prossegue na perspectiva analítica dissecando cada uma dessas categorias de direitos – direitos a algo, liberdades e competências – em outros direitos que lhe dão ainda mais especificação.

Os direitos a algo teriam como objeto a ação do destinatário. Essas ações podem ser positivas, através de prestações, ou negativas, mediante abstenções. Assim, os direitos a

⁹⁰ Até o julgamento dos Mandados de Injunção nºs 688, 708 e 712, o Supremo Tribunal Federal entendia que o mandado de injunção não se destinava a garantir o exercício do direito dependente de regulação infraconstitucional, ensejando a mera certificação da mora. Após evoluções pontuais, a Corte entendeu pela possibilidade de suprimento da omissão até que o Congresso Nacional edite a respectiva disciplina normativa. Nos casos referidos se tratava do direito de greve dos servidores públicos, previsto pelo art. 37, inciso VII, da Constituição Federal, tendo sido julgado procedentes os *writs* para ordenar a aplicação extensiva da Lei nº 7783/89, Lei Geral de Greve.

algo comportariam, segundo Alexy, os direitos a ações negativas e os direitos a ações positivas. Aqueles são os tipicamente denominados direitos de defesa e, por sua vez, abrangem a) os direitos ao não-embaraçamento de ações, b) os direitos à não-afetação de características e situações, e os direitos à não-eliminação de posições jurídicas. Já os direitos a ações positivas concernem a direitos a prestações em sentido amplo que consistem em a) ações positivas fáticas, que são os direitos a prestações em sentido estrito e b) direitos a ações positivas normativas.

Assim, dedicando-se à estrutura dos direitos a ações positivas ou direitos a prestação em sentido amplo, Alexy (2008b, p. 444) sustenta que podem ser divididos em a) direitos à proteção, b) direitos a organização e procedimento e c) direitos a prestação em sentido estrito. As duas primeiras categorias respeitam a prestações normativas e a última consiste em prestações fáticas. Os direitos a prestação em sentido estrito seriam os direitos fundamentais sociais (ALEXY, 2008b, p. 499).

Todos esses seriam direitos a prestações por consistirem na exigência de uma ação do Estado, sendo a contrapartida dos direitos de defesa, que demanda uma ação negativa, consoante doutrina de Alexy (2008b, p. 428).

Aos direitos a algo se associam as liberdades, que podem ser liberdades não protegidas, que decorrem de associação entre normas permissivas de fazer e normas permissivas de não fazer, consubstanciando uma alternativa de ação, e liberdades protegidas, cuja proteção é “[...] constituída por um feixe de direitos a algo e também por normas objetivas que garantem ao titular do direito fundamental a possibilidade de realizar a ação permitida, visando a assegurar a liberdade fática (ALEXY, 2008b, p. 228-234).

As competências, por sua vez, conferem poder jurídico ao seu titular (ALEXY, 2008b, p. 235-247).

Logo, sistematizando as noções desenvolvidas, Alexy defende a existência do direito fundamental de base – liberdade de expressão, direito ao voto, direito à moradia – como direito subjetivo entendido como supraconceito por abrigar vários outros direitos mediante as posições subjetivas conferidas aos titulares vinculadas aos correlativos deveres. Esses outros direitos são direitos a algo, liberdades e competências.

Embora a doutrina de Alexy seja pertinente e todas as categorias e sub-categorias se justifiquem, afigura-se que a excessiva compartimentalização pelo excesso de categorias causa o risco de se perder a dimensão de completude da tutela constitucional concernente a determinado direito fundamental.

Outrossim, a referência a direitos como projeções do direito subjetivo como

supraconceito causa o risco de diluir o sentido normativo imediato proveniente do próprio direito fundamental, sem prejuízo de se reconhecer que dele derivem outros direitos fundamentais por especificação e fundamentação, como já analisado.

Desse modo, prefere-se adotar uma categorização dos direitos fundamentais que não enseje tantas compartimentalizações, fundando-se mais na identificação dos deveres fundamentais derivados das exigências de observância de determinado direito.

Todos os direitos fundamentais, por comportarem os deveres correlativos a prestações positivas, normativas ou materiais, e a abstenções, com variável justiciabilidade conforme a natureza da prestação devida, caracterizam-se como direitos subjetivos, quer dirigidos contra o poder público, quer contra os particulares.

Assim, os direitos fundamentais são direitos subjetivos, conferindo a esta expressão contornos que a dissociem de qualquer caráter pecuniário e que não exijam a plena justiciabilidade de todos os deveres que lhes sejam concernentes. Não obstante isso, tendo em vista o caráter multideôntico sustentado e a dupla dimensão que comportam, afigura-se difícil, senão impossível, que um direito fundamental não comporte, dentre todos os deveres que possam potencialmente ser associados, a possibilidade de exigir o cumprimento de um ou alguns deles.

Desse modo, em maior ou menor intensidade, a depender da especificação do conteúdo estrutural conforme a natureza dos deveres correlatos e do caso concreto, todos os direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais, são justiciáveis.

Martin Borowski (2003, p. 148-152) se debruça sobre a justiciabilidade dos direitos que denomina de prestação, salientando que o problema é identificar se tais direitos podem fundamentar pretensões jurídicas, havendo três teses, quais sejam: a) Os direitos não são subjetivos em nenhum caso; b) os direitos são subjetivos em casos evidentes, tratando-se de normas meramente objetivas; c) os direitos são direitos subjetivos em todo o seu âmbito de validade. Rejeita a primeira tese, posto que tanto a doutrina quanto a jurisprudência reconhece que, a partir dos casos concretos, os direitos de prestação conferem posições jurídicas fundamentais aos cidadãos.

Salienta que, quanto à segunda tese, o problema seria definir como identificar as situações em que seriam direitos e seriam normas objetivas, pois a noção de evidência não deixa de ser problemática, indicando a opção da ponderação para realizar a identificação. Assim, seria direito subjetivo se na ponderação se reveste de maior peso que os demais direitos e bens opostos; se, ao contrário, os demais forem mais relevantes, o direito seria mera norma objetiva; não obstante isso, aponta críticas e falhas dessa tese.

Defende a adoção da terceira tese, de que os direitos são sempre direitos subjetivos, o que corrobora o que se vem de afirmar no sentido de sustentar uma noção supraconceitual de direito subjetivo.

Divergindo dos modelos e das categorias propostos por Alexy, não por reputá-las impertinentes, mas por opções mais condizentes com os pressupostos aos quais se adere e por opção metodológica, afigura-se ser possível identificar que os direitos humanos e fundamentais comportam seis categorias básicas de deveres fundamentais, investindo o titular em distintas posições subjetivas de vantagem. Duas deles concernem a deveres negativos e as outras quatro, a deveres positivos.

Dentre as sugestões lançadas por Shue, van Hoof, Eide há uma inter-relação que permite conceber um modelo mais completo do feixe de deveres fundamentais susceptível de preencher o conteúdo estrutural dos direitos, o que foi proposto por Cécile Fabre (2000).

Para Fabre (2000, p. 42) os direitos chamados negativos não impõem apenas deveres negativos, pois exigem de terceiros que auxiliem o gozo desses direitos, como também demandam recursos. Além disso, reputa arbitrário consagrar nas constituições apenas direitos negativos, porquanto para o seu integral respeito é necessário o reconhecimento de direitos que demandem recursos. Haveria, ainda, o direito negativo a que o Estado não prive as pessoas dos recursos que dispõem atinentes às condições materiais de existência.

Dessarte, adotando as contribuições e reflexões analíticas de Alexy, bem como as categorias propostas pelos doutrinadores colacionados, procede-se à compreensão do conteúdo estrutural dos direitos como componente pela dimensão negativa, integrada pelos a) deveres de respeito e b) de não interferência, e pela dimensão positiva, composta pelos deveres de a) proteção, b) promoção, c) satisfação e d) garantia, cabendo adentrar na apreciação de cada uma delas.

3.3.2.4 Os deveres negativos

Os deveres negativos relativos ao conteúdo estrutural dos direitos fundamentais exigem abstenções ou omissões quanto à adoção de determinado comportamento. Em outros termos, veiculam proibições quanto à realização de determinada conduta pelos obrigados,

estando franqueado o exercício de outras condutas que não sejam a vedada. Cabe salientar que a presente análise parte da concepção dos deveres como correlativos de direitos que são razões *prima facie*, enunciando-se os deveres com a mesma qualidade de princípios que, no caso concreto, podem ser afastados.

Como exposto, Henry Shue, seriam relativos a evitar a privação que acarrete dano à pessoa, enquanto van Hoof, da mesma forma que Eide, indica que se trataria do dever de respeitar o bem jurídico tutelado pelo direito fundamental. Para Hoof o sentido do dever de respeito é o mesmo que sustentado por Shue quanto à evitar a privação.

Não obstante a existência de uma única categoria relativa à dimensão negativa dos direitos fundamentais, afigura-se necessário agregar outra que também envolve dever de abstenção.

Assim, pode-se considerar que a dimensão negativa dos direitos fundamentais comporta dois tipos de deveres negativos, que são o a) dever de respeito, tal como já anunciado, e b) o dever de não interferência na autonomia individual.

O dever de respeito concerne, exatamente, na imposição do poder público não lesar o bem jurídico protegido pelo direito fundamental em questão, abstendo-se de adotar qualquer conduta que ocasione dano, prejuízo ou violação de qualquer forma ou por qualquer meio. Todas as outras condutas que não acarretem dano, prejuízo ou violação ao bem jurídico em questão estão permitidas, na forma das competências conferidas ao Estado.

Em se tratando da liberdade de reunião, o dever de respeito impede que o poder público adote qualquer medida que causa constrangimento, obstáculo ou impeça o seu exercício, como proibir de forma desarrazoada a sua ocorrência no local aberto ao público para o qual foi designada. Não poderia, também, impedir o acesso dos interessados a participar da manifestação ou limitar a duração de modo a torná-la infrutífera. Em se tratando do direito à moradia, não seria legítimo ao poder público tributar excessivamente os imóveis que se destinam à moradia e nem realizar expropriações sem indenização, salvo casos excepcionais⁹¹.

Da mesma forma, agentes públicos não podem adentrar na residência, sem

⁹¹ Como o previsto pelo art. 243 da Constituição Federal, *in verbis*: “Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias”.

consentimento do morador, ressalvadas as hipóteses que são legitimadas pelas constituições⁹². Obras públicas não podem, deliberadamente, acarretar dano a imóveis destinados à residência. A retirada compulsória de pessoas de suas casas, todavia, é legítima, desde que a permanência no imóvel acarrete risco de vida⁹³. A mesma dimensão negativa, quanto ao dever de respeito, pode ser identificada quanto aos direitos políticos, não sendo lícito ao Estado impedir o acesso às urnas eleitorais, durante o pleito, de qualquer cidadão.

Cécile Fabre (2000, p. 46) defende que o dever de respeito seria dirigido não apenas ao Estado, mas também aos particulares, que ficariam impedidos de adotar quaisquer condutas que causem danos, prejuízos ou violações ao bem jurídico tutelado por determinado direito fundamental. Isso se daria, segundo a autora, independentemente do direito privado disciplinar a projeção da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, provindo diretamente da sede constitucional. Trata-se, em verdade, da questão atinente à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, não havendo qualquer óbice à afirmação do dever negativo de respeito vincular o Estado e os particulares, constringendo e sujeitando os poderes privados (NIPPERDEY, 2012, p. 61).

Além do dever de respeito, impõe-se reconhecer o dever de não interferência na autonomia individual. A autonomia individual concerne ao âmbito de autodeterminação do ser humano quanto ao modo de ser, pensar e existir, projetando o seu plano de vida. O pleno exercício da autonomia individual depende da aptidão do desenvolvimento das capacidades humanas.

No que respeita especificamente ao dever de não intromissão, ora sustentado, a sua consistência exige que o poder público e os particulares se abstenham de interferir, intervir ou se intrometer na forma como o indivíduo elege suas escolhas e opções pessoais, não podendo sofrer qualquer constrição em como, por exemplo, exercer ou não os direitos fundamentais.

Enquanto o dever de respeito concerne, diretamente, à preservação da integridade do bem jurídico fundamental tutelado por um dado direito, o dever de não interferência remete à esfera de livre deliberação individual, a como o indivíduo viverá, gozará dos direitos

⁹² No caso da Constituição brasileira, o art. 5º, inciso XI, admite a entrada de agentes públicos e até mesmo terceiros no domicílio, sem o consentimento do morador, desde que em caso de desastre, para prestar socorro, flagrante delito, e, apenas durante o dia, por ordem judicial.

⁹³ Nesse caso é importante destacar, sobretudo, o caráter complementar da tutela dos direitos fundamentais, pois se o direito à vida demanda a retirada compulsória dos habitantes diante de risco de desabamento, não há como deixá-los ao relento, devendo o poder público providenciar provisoriamente algum abrigo em atenção ao direito à moradia.

e exercerá suas capacidades.

Desse modo, a liberdade de reunião não pode sofrer qualquer interferência do poder público, ou de particulares, quanto à determinação da finalidade e aos objetivos da manifestação, pois são matérias sujeitas à estrita deliberação do grupo que deliberar pela sua convocação⁹⁴. Em corroboração ao que se vem de afirmar destaca-se a decisão do Supremo Tribunal Federal que, julgando a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 187, entendeu por não ser possível ao Estado, ainda que por força de decisão judicial, impedir a realização de manifestações públicas em favor da descriminação de determinada substância entorpecentes, salientando que “[...] embora esse direito possa ser restringido em períodos de crise institucional, ao Estado não seria permitido, em período de normalidade, inibir essa garantia, frustrar-lhe os objetivos ou inviabilizá-la com medidas restritivas” (INFORMATIVO 631 STF).

O dever de não interferência é nítido no âmbito do direito ao voto, pois não pode o cidadão sofrer qualquer intromissão indevida, quer pelo Estado, quer por particulares, sobre a deliberação da destinação do seu voto.

Também quanto aos direitos sociais é possível perceber o dever de não intervenção. Ainda quanto ao direito à moradia, o poder público não pode interferir, guardada a observância das normas técnicas e de desenvolvimento da utilização do solo urbano, com a compatibilidade do plano diretor, no local de residência de determinada pessoa e nem sobre a decisão de alguém de colocar ou não o seu imóvel para aluguel com fins residenciais⁹⁵. Também o particular não pode exigir que o imóvel lhe seja alugado se assim não desejar o proprietário.

A fim de evitar as distinções pormenorizadas por Alexy, cabe ressaltar que os dois deveres negativos abrangem tanto abstenções materiais como jurídicas, comportando o impedimento de edição de leis e atos normativos que inflijam danos ou violações aos bens jurídicos fundamentais tutelados, bem como que cerceiem ou restrinjam indevidamente a autonomia individual.

Dessarte, a dimensão negativa dos direitos fundamentais comporta os dois tipos de deveres fundamentais, sendo que o dever de respeito e o dever de não interferência na

⁹⁴ Como assinalado, os deveres apresentados encerram caráter *prima facie*, sendo possível que não se confirmem diante do caso concreto e de eventual colisão. Assim, legítimo o impedimento de reunião com objetivos discriminatórios, racistas e preconceituosos.

⁹⁵ Neste caso há, em verdade, uma zona de confluência do direito à moradia com o direito de propriedade. O direito à moradia repercute porque bem pode ser o caso do particular residir em parte do imóvel e refletir sobre a locação da outra parte, ou mesmo independente de nele residir.

autonomia individual dirigem-se tanto ao poder público, quanto aos particulares.

Ademais, tais deveres, por não demandarem, de *per si*, prestações materiais do poder público⁹⁶, não demandam custos e são razoavelmente passíveis de identificação quanto à conduta lesiva. Ora, como vedam ações que atentem contra o bem jurídico fundamental tutelado pelo direito e que interferiam na autonomia individual, a constatação da conduta contrária a tais deveres é possível.

Em razão disso, não se afigura pertinente qualquer oposição à plena justiciabilidade dos direitos fundamentais quanto a tais deveres negativos, podendo ser direitos civis, políticos ou sociais.

A constatação da plena justiciabilidade de tais deveres negativos é extremamente relevante para desfazer o preconceito arbitrário da ausência de justiciabilidade dos direitos sociais. Embora quando se lhes negue tal caráter o foco seja relativo às prestações positivas, que demandam custos, a usual negação da justiciabilidade era propalada de forma geral, ampla e irrestrita, o que já se tem como equivocado na seara de uma teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada.

Nesse passo, o direito fundamental ao máximo existencial, embora se refira à ampliação do nível de prestação concernente à satisfação suficiente das necessidades existenciais, relaciona-se com os deveres negativos de forma indireta, pois a extensão contínua das prestações⁹⁷ que reforçam os deveres negativos acaba por viabilizar, também, a efetividade deles próprios.

Diante de tais razões, os deveres negativos não estão fora espectro normativo do direito fundamental ao máximo existencial, podendo-se concluir que é, também, condição de possibilidade para a observância efetiva dos deveres negativos decorrentes de direitos fundamentais.

Firmados os deveres negativos que compõem a dimensão negativa dos direitos fundamentais, cabe proceder à apreciação da dimensão positiva, com os deveres que lhe são correlatos.

⁹⁶ Atente-se que o dever de respeito é reforçado pela prestação normativa consistente em editar normas que sancionem ou desestimulem condutas lesivas ao bem jurídico fundamental pelo próprio Estado e pelos particulares. Essa prestação corresponde ao dever de proteção e, embora se associe ao dever de respeito, advém do próprio direito fundamental enquanto direito subjetivo. Logo, cabe esse esclarecimento, pois há o reforço dos deveres negativos por alguns deveres positivos, mas tal se dá não por força daqueles, mas em virtude do direito fundamental correlato.

⁹⁷ Essas prestações que reforçam os deveres negativos são as de tutela e as de garantia, como será devidamente explicado.

3.3.2.5 Os deveres positivos

Já se foi o tempo em que os direitos fundamentais eram tidos apenas como direitos de defesa ou negativos por exigirem apenas abstenções do poder público. Como exposto, todos os direitos fundamentais comportam dimensões negativas e positivas que se manifestam nos deveres correlativos tanto no sentido da imposição de abstenções, como de prestações normativas e materiais.

A importância da adequada compreensão dos deveres positivos para a efetividade dos direitos fundamentais é patente, sendo o âmbito específico de projeção da normatividade do direito fundamental ao máximo existencial, posto que demanda uma prestação geral consistente no dever do poder público ampliar progressiva, contínua e gradualmente, os níveis essenciais de prestação a fim de atender ao referencial da satisfação suficiente das necessidades básicas. Por essa via, destina-se a habilitar o ser humano ao pleno exercício das capacidades, assegurando a desmercantilização das condições existenciais e, concomitantemente, a auto-realização e a autonomia com bem-estar ou mediante vida decente.

Ainda é relevante análise dos deveres positivos para demonstrar que nem todos são refratários à justiciabilidade, sendo possível associar pretensões à exigibilidade judicial da prestação devida pelo poder público a muitos desses deveres, a depender das circunstâncias do caso concreto e do que se afigura como necessário e possível, ou seja, a partir do pensamento do possível, instrumental imprescindível nesta seara.

Recordando as categorias sugeridas pela doutrina e já antecipadas, Henry Shue (1984, p. 85-86) defende como deveres positivos aqueles relativos à proteção e ao auxílio⁹⁸, criticando os outros modelos teóricos por não contemplarem o dever de auxílio aos necessitados, que seria o mais urgente dos deveres positivos diante de situações de grave privação suportadas por centenas de milhões de pessoas em todo o mundo no que diz respeito,

⁹⁸ Que pode ser bem adequado à categoria prevista pela Constituição Federal de 1988 como elemento componente do sistema de proteção social que consubstancia a seguridade social. Essa categoria é a assistência social aos desamparados, como se depreende da confluência dos arts. 6º e 203 do texto constitucional.

sobretudo, à alimentação. O dever de assistência seria um dever de restauração diante das falhas de outros deveres que resultaram na situação de desamparo ou de privação extrema.

Não obstante isso e a despeito da significativa defesa feita por Shue quanto ao dever de assistência – que é fundamental para um dos seus alegados direitos básicos, que é o de subsistência – não é pertinente a resistência a enquadrar o dever de assistência dentro de uma das categorias de deveres sugeridas por van Hoof e por Eide.

Para Eide, aderindo ao Comentário Geral n° 12 do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, os deveres positivos seriam de proteção e de realização, subdividindo-se este último em facilitação (ou promoção) e satisfação. Já van Hoof alega que haveria os deveres de proteção, garantia e promoção.

Da mesma forma como ocorrido com os deveres negativos, vislumbra-se uma parcial possibilidade de intercambiar tais categorias sem prejuízo para o sentido e para a adequada compreensão do feixe de deveres positivos que compõem a dimensão positiva dos direitos fundamentais.

Desse modo, o dever de proteção é uma constante nos três modelos apresentados, enquanto o dever de auxílio de Shue pode ser inserido, de forma mais ampla, nos deveres de realização ou garantia.

De qualquer forma, é necessário desenvolver adequadamente as categorias relativas aos deveres positivos, que podem ser abrangidas em quatro tipos distintos, tal como desenvolvidos por Cécile Fabre (2000, p. 46), a despeito de acentuar o foco na natureza positiva ou negativa dos direitos.

Assim, sustenta haver um a) direito positivo contra terceiros que devem propiciar os meios materiais para a promoção de um dado interesse; b) o direito positivo contra o Estado para que lhe propicie os meios materiais para promoção de dito interesse; c) o direito positivo destinado a particulares para que protejam o indivíduo de ofensas por terceiros se houver ameaça de dado ou ofensa quanto à promoção do interesse; d) direito positivo de proteção contra o Estado para que proteja o indivíduo de ações de terceiros propiciada pela falha de outros deveres fundamentais; e) o direito positivo em face do Estado para que sejam realizadas etapas contínuas em direção à realização dos direitos positivos quanto aos bens materiais que evitem a privação e dos direitos de proteção em face de possíveis lesões de terceiros.

O detalhado elenco de Cécile Fabre merece categorização mais adequada sem perder a perspectiva da complexidade que orienta a interação dos deveres negativos e positivos ou, como prefere a autora, a complementaridade entre as aludidas dimensões.

Nesse sentido, a dimensão positiva dos direitos fundamentais abrange quatro tipos de deveres positivos ou prestacionais, que são os deveres de a) proteção, b) promoção, c) satisfação e d) garantia. O dever de assistência, invocado por Shue, situa-se no dever de satisfação, pois não se diferencia deste pelo fato de os beneficiários serem pessoas necessitadas.

Analisando a consistência jurídica do sentido de cada categoria de dever fundamental, os deveres de proteção envolvem prestações normativas e consistem na imposição de o poder público instituir normas que previnam, sancionem e reparem lesões e ofensa aos bens jurídicos tutelados por determinados direitos. Logo, trata-se de um específico dever de legislar para proteger, pelas vias da instituição de um regime jurídico protetivo, determinados bens jurídicos fundamentais. Essa proteção se dá tanto perante o próprio poder público, quanto por terceiros.

O dever de proteção atua em reforço aos deveres negativos, caso estes se encontrem ameaçados ou não sejam observados. O regime jurídico protetivo deve ser estabelecido pelo legislador com o sentido dissuadir ou reparar e punir lesões a bens jurídicos resguardados por direitos fundamentais.

Em corroboração ao que se vem de afirmar, Martin Borowski (2003, p. 144-145) salienta que “O característico dos direitos fundamentais de proteção é que um bem protegido por normas de direito fundamental como direito de defesa também é protegido das ameaças provenientes de outros cidadãos ou de outros sujeitos de direito internacional”⁹⁹.

O dever de proteção é perceptível quanto a todos os direitos fundamentais, compondo, necessariamente, o conteúdo estrutural e sendo preenchido com as especificidades de um caso concreto.

De qualquer sorte, tem-se a constatação do dever de proteção concernente ao conteúdo estrutural das liberdades, dos direitos políticos e dos direitos sociais, como se depreende pelo recurso à liberdade de reunião, o direito ao voto e o direito à moradia¹⁰⁰.

A liberdade de reunião é objeto do dever de proteção, devidamente exercido pelo legislador, mediante a existência das normas penais que punem ofensas à integridade física e moral. Com efeito, o embaraço à liberdade de reunião pode consistir em irrogar ofensas

⁹⁹ Em tradução livre. No original, “Lo característico de los derechos fundamentales de protección es que un bien protegido por normas de derecho fundamental como derecho de defensa, también se protege de las amenazas provenientes de otros ciudadanos o de otros sujetos de derecho internacional”.

¹⁰⁰ Procedimento similar para demonstrar a fragilidade da classificação tradicional de normas constitucionais (SILVA, 2000) é adotada por Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 231-238).

morais ou físicas aos participantes de determinada manifestação visando a dissuadi-los em seu prosseguimento ou mesmo obstar o seu início. Os crimes que tutelam a honra e a integridade física servem, então, à proteção de ofensas oriundas tanto de agentes públicos, como de particulares. Além disso, sujeitam-se as ofensas às normas civis de reparação de danos materiais e morais e, tratando-se de agente público, sujeitando-se o Estado à responsabilidade objetiva, na forma do art. 37, §6º, do texto constitucional..

Quanto ao direito ao voto, é cediço a existência de um intenso regime de proteção à liberdade e à personalidade do voto, notadamente diante do passado de práticas clientelistas e coronelistas adotadas nos pleitos eleitorais, podendo consubstanciar crimes eleitorais e acarretar a perda do mandato de quem for eleito fazendo uso de expedientes que interfiram na autonomia individual relativa à deliberação do conteúdo do voto.

O direito à moradia, por sua vez, é farto em normas que protegem o respectivo bem jurídico, havendo desde a invocação da *ultima ratio* do direito penal, com o crime de invasão de domicílio, até as normas de direito civil que resguardam a propriedade e a posse, pois podem se referir à tutela de imóvel residencial.

Da mesma forma, as normas de locação imobiliária que limitam a denúncia vazia, previstas pela Lei nº 8.245/91, e as que definem o bem de família, tornando-o impenhorável, com as ressalvas previstas pela própria Lei nº 8.009/90. Quanto a esta proteção específica, erige-se contra os credores do devedor que reside no imóvel com sua família, sem depreciar o direito à satisfação do crédito que, por ser direito patrimonial, não pode se superpor à feição específica do direito à moradia, no caso concreto.

A percepção da relevância deste regime jurídico para a proteção do direito à moradia diante de ofensas por credores¹⁰¹ é tamanha que a própria noção de família tem sido reconstruída jurisprudencialmente para estendê-lo até mesmo para o indivíduo que resida sozinho¹⁰².

¹⁰¹ Saliente-se que a ofensa não está em si na cobrança, mas no direcionamento da cobrança no sentido de expropriar o único imóvel em que o devedor reside com sua família, o que levaria, no mínimo, à redução da sua condição de moradia, sendo constrangido, provavelmente, a se mudar para imóvel distinto e que, possivelmente, ao invés de próprio seja alugado. Tais circunstâncias são inequívocas reduções do estágio de gozo do direito à moradia que representam ofensa susceptível de resistência pela instituição de regime jurídico protetivo, como ocorrido com a sobredita Lei nº 8.009/90.

¹⁰² Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pode ser ilustrada com a ementa seguinte, *in verbis*: “CIVIL - BEM DE FAMÍLIA - QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA - SÚMULA 7 - DEVEDOR SOLITÁRIO - CONFIGURAÇÃO POSSIBILIDADE.

- A impenhorabilidade do bem de família é questão de ordem pública pode ser argüida até o fim da execução, mesmo sem o ajuizamento de embargos do devedor.

Dessume-se, pelo quanto ilustrado, que os direitos comportam deveres positivos concernentes à exigência de prestações normativas¹⁰³ destinadas a instituir normas que resguardem a pessoa humana de ofensas a direito seu por conduto do Estado ou de particulares, vindo em reforço dos deveres negativos. Os deveres de proteção, ademais, projetam a eficácia normativa dos direitos fundamentais sobre âmbitos específicos do ordenamento jurídico, como o direito civil, o direito penal, o direito eleitoral. Todos eles integram-se ao regime jurídico protetivo dos direitos fundamentais, que não está sediado exclusivamente nos textos de direito internacional e nos textos constitucionais. É a ordem jurídica conformada em favor da proteção dos direitos fundamentais, o que representa um dever constitucionalmente embasado para o Estado.

O dever de proteção, por se tratar de uma prestação normativa, não acarreta custos diretos para o seu atendimento, mas projeta custos sobre a esfera privada em razão das restrições instituídas pelo regime protetivo, além de poder implicar restrições a liberdades; de qualquer sorte, a princípio, é um dever isento da constrição da reserva orçamentária.

Malgrado a ausência ou a pouca expressividade dos custos, por envolver atividade tipicamente normativa, os deveres de proteção podem se sujeitar à exigibilidade judicial se possível for a constatação de omissão inconstitucional, quer total, quer parcial, não sendo de excluir o cabimento do mandado de injunção¹⁰⁴, sobretudo com o resgate do seu dimensionamento constitucional.

Logo, em tais condições é possível antever a justiciabilidade dos direitos sociais sob a perspectiva do desatendimento, parcial ou total, dos deveres de proteção, cabendo

- A revisão da destinação familiar do imóvel penhorado implica reexame de prova, que não se admite, nessa instância, pela incidência da Súmula 7.

- É impenhorável, por efeito do preceito contido no Art. 1º da Lei 8.009/90, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário.”

(REsp 222.823/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/11/2004, DJ 06/12/2004, p. 281).

¹⁰³ Antecipe-se que o dever de prestação envolve exclusivamente prestações normativas. O dever de promoção abriga as prestações normativas e materiais, da mesma forma que o dever de garantia. O dever de satisfação, embora tenha destacadas as prestações materiais que o caracterizam, podem caracterizar a exigência de prestações normativas.

¹⁰⁴ Apesar de o art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal prever o cabimento do *writ* quando a falta de norma regulamentadora inviabilize o exercício de determinado direito fundamental, há de se conferir sempre interpretação extensiva ao cabimento dos remédios constitucionais, inclusive por força de uma interpretação adequada e compatível com os deveres de garantia provenientes dos direitos. Assim, pode-se entender que a carência ou insuficiência de regime protetivo acaba por inviabilizar o exercício do direito ao não conter adequadamente os riscos de lesões e violações por terceiros ou pelo próprio Estado por disposições preventivas e sancionatórias, dando azo à impetração.

avaliar se há inconstitucionalidade por omissão parcial ou total e, diante disso, desnudar as possibilidades para suprir a lacuna¹⁰⁵.

Além do dever de proteção, há o dever de promoção, que também é positivo, consistente na exigência de que o Estado adote políticas públicas, edite leis e desenvolva ações materiais destinadas a facilitar, ensejar, viabilizar o acesso e o gozo de determinado direito fundamental por parte do próprio indivíduo. No dever de proteção a prestação não implica a satisfação imediata do direito com o fornecimento do bem demandado pelo sujeito, ocorrendo, em verdade, a adoção de série de medidas e ações que viabilizem ou que habilitem o próprio indivíduo a aceder e exercer determinado direito.

Também esse dever fundamental de prestação está relacionado, potencialmente, com todos os direitos fundamentais, sejam eles as liberdades, os direitos políticos e os direitos sociais.

Quanto à liberdade de reunião, pode-se identificar que a ocorrência do dever de promoção diante da realização de espetáculos públicos subvencionados pelo Estado¹⁰⁶. Nesse caso, tem-se uma prestação material do poder que satisfaz o direito social ao lazer, mas que consiste num estímulo para a agregação de pessoas em torno de um mesmo objetivo, promovendo a liberdade de reunião. Pode ser entendida, também, como medida de promoção a realização de audiências públicas sobre temas relevantes e de interesse público, capazes de motivar a mobilização e a realização de manifestações públicas.

O direito ao voto é um âmbito promissor no que respeita ao reconhecimento do dever de promoção que dele decorre. O desenvolvimento tecnológico que possa assegurar a autenticidade, a pessoalidade e a liberdade do voto pela via digital é, indubitavelmente, medida de intenso estímulo ao voto. A necessidade de deslocamento para o domicílio eleitoral é um obstáculo para que eleitores em trânsito participem do pleito. Assegurado o acesso e o voto digitais, talvez de nem tão longínqua perspectiva, haveria uma facilitação ao seu exercício por parte dos cidadãos.

Já quanto aos direitos sociais, os deveres de promoção têm especial relevo, posto que, quando representam custos, usualmente são muito inferiores aos que estariam ligados à satisfação direta de um direito fundamental. Em se tratando do direito à moradia, pode-se ilustrar com os programas do poder público para construção de moradias para famílias de

¹⁰⁵ O contraponto desse dever de proteção, quando susceptível de ser demandado judicialmente, é o direito à legislação, com os contornos detalhados por Dirley da Cunha Júnior (2004).

¹⁰⁶ Cabe recordar que o direito à reunião não tem apenas conotações políticas, podendo envolver várias finalidades e objetivos, como artísticos, desportivos, culturais, religiosos, dentre outros.

baixa renda, com juros subsidiados e condições favorecidas de financiamento se comparadas às que são usualmente disponibilizadas pelo mercado financeiro. Além disso, o Sistema Financeiro de Habitação consubstancia o resultado de um dever de promoção mediante a prestação normativa que o instituiu e que, em razão de intenso dirigismo contratual e estipulação de juros mais reduzidos, facilita, enseja, estimula a aquisição de casa própria.

Como se pode inferir, os deveres de promoção ora remetem a prestações materiais, ora a prestações normativas¹⁰⁷, podendo demandar ou não custos, mas sempre em patamar inferior, quando for o caso, daqueles que teria se estivesse satisfazendo o direito. Por isso, há uma tendência cada vez maior de ampliar as condições de promoção dos direitos fundamentais através do reconhecimento da potencialidade normativa desta categoria de deveres positivos.

Por ser de conformação intensamente política, não se pode afirmar, peremptoriamente, que o dever de promoção de determinado direito seja judicialmente exigível. Apesar disso, nada impede que seja aferido o nível de prestação defasado com relação ao referencial da satisfação suficiente. No caso, não se trataria da satisfação suficiente da necessidade em si, mas de um nível de promoção do direito fundamental em questão que, efetivamente, possa estimular e fomentar o acesso e o gozo por conduto e esforço do próprio indivíduo. Medidas de promoção que sejam insuficientes ou inadequadas não se justificam e são desarrazoadas, autorizando a decretação de inconstitucionalidade.

Dentre todos os deveres positivos, o mais desafiador é, certamente, o dever de satisfação, posto que compreende as prestações materiais do Estado voltadas à fornecer o bem jurídico relativo a determinado direito. É quando o próprio Estado, às suas expensas, satisfaz o direito fundamental, fornecendo os bens necessários ao atendimento das respectivas necessidades existenciais. Os deveres de satisfação são, usualmente, os merecedores das críticas dirigidas aos direitos sociais e que afirmam não serem justiciáveis. Como as respectivas prestações demandam, em regra, somas significativas de recursos públicos, encontram-se sujeitas à liberdade de conformação política do legislador.

Não se pode, entretanto, sobrelevar os deveres de satisfação, relativos a prestações materiais, para, tendo-os exclusivamente em vista, alegar que os direitos sociais não são justiciáveis.

¹⁰⁷ O que também é reconhecido por Alexy (2008b, p. 428-429) ao sustentar que existem direitos que são integrados por um feixe de posições que importam prestações fáticas e prestações normativas, qualificando todos os que se caracterizam por tais tipos de prestações como direitos a prestações. Pelas razões expostas, e ainda que haja o correlato direito, prefere-se focar na perspectiva do dever.

Como exposto, todos os deveres negativos são justiciáveis, inclusive os relativos aos direitos sociais. Da mesma forma, os deveres de proteção e promoção podem ser, a depender do caso concreto. Essa também é a regra quanto aos deveres de satisfação, porquanto podem, a depender do caso concreto, ensejar a tutela jurisdicional que vise a exigir o seu cumprimento. Essa questão, entretanto, será adiante abordada, cabendo registrar que podem existir vários meios de implementação dos deveres positivos de satisfação, alguns mais custosos, outros menos custosos, sendo possível, inclusive, compartilhar a responsabilidade pela sua prestação com a iniciativa privada, à vista da eficácia horizontal, repartindo os respectivos custos¹⁰⁸.

Ora, nem sempre se pode pensar, mediante um raciocínio simplista, que a tutela diante do descumprimento do dever de satisfação acarrete uma prestação insustentável financeiramente ao Estado. Além de envolver situações que demandam a avaliação da justiça material da alocação orçamentária e da eficiência das políticas públicas adotadas, a financeirização da existência humana não pode tolher a potencialidade normativa dos direitos fundamentais.

Outrossim, como referido incidentalmente, é patente que o desatendimento do dever de satisfação de determinados direitos fundamentais pode acarretar custos mais graves e severos. Assim, se os direitos sociais demandam custos quanto a sua satisfação, no mais das vezes a insatisfação das respectivas demanda também o geram. É o caso de não disponibilizar tratamento de saúde a determinado indivíduo que venha a ensejar o agravamento da doença, antecipando a sua aposentadoria em razão de invalidez e tornando-o dependente do sistema de proteção social quando poderia estar em plena atividade laboral. Ademais, a escassez de recursos, concernente às limitações da capacidade orçamentária do Estado, sujeita-se à configuração após a observância do art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que exige dos Estados-parte a destinação do máximo de recursos disponíveis para a realização progressiva desses direitos. Daí a pertinente observação de Madia D'Ongia (2011, p. 203) de que não se pode colocar no mesmo plano da finalidade (satisfação dos direitos sociais) os meios disponíveis (eficiência econômica e equilíbrio financeiro).

¹⁰⁸ Ao se acentuar que o dever de satisfação caracteriza-se por prestações materiais se tem como pressuposto que, no mais das vezes, decorrem de permissivos legais diante da vinculação do poder público ao princípio da legalidade. Daí que o dever de satisfação encerra, direta e imediatamente, prestações materiais; todavia, estas pressupõem e advêm de prestações normativas na medida em que a satisfação só pode ocorrer dentro do marco jurídico definido legalmente, salvo se houver omissão normativa, o que remete à questão do controle da inconstitucionalidade por omissão.

Com relação aos direitos fundamentais, não é possível identificar, em regra, a ocorrência de deveres de prestação relativos à satisfação diante dos direitos civis e das liberdades por se relacionarem com o gozo de um *status* ou uma alternativa de ação que é pertinente apenas ao próprio sujeito. O Estado não pode se substituir ao titular do direito para exercer em seu lugar e em seu favor quaisquer liberdades ou direitos políticos. Evidentemente, como assinado, pode o Estado fornecer-lhe qualquer bem que seja necessário ao exercício de liberdades específicas; ao fazê-lo, haveria o cumprimento de um dever positivo de promoção e não de satisfação. Há, contudo, exceções. A liberdade de informação, no que concerne à liberdade de ser informado, envolve o dever positivo de o Estado prestar ao cidadão as informações que dizem respeito ao interesse público e à administração pública. Trata-se, no caso, de típica liberdade que é realizada a partir do comportamento ativo do Estado.

Essa ausência é particularmente clara em se tratando da liberdade de reunião, pois o poder público pode até divulgar a manifestação, estimular a participação, subvencionar a organização, mas o exercício do direito depende apenas dos particulares, que devem se agregar em torno de objetivo comum em local aberto ao público, sem armas e para fins pacíficos e não discriminatórios. Todas as medidas aludidas, que poderia ser adotadas pelo Estado, seriam de caráter promocional, não se confundindo com o dever de satisfação do direito respectivo.

A mesma observação pode ser dirigida com relação aos direitos políticos, pois envolvem sempre o gozo de um *status* ou a realização de conduta que independem de qualquer ação estatal. O direito ao voto não pode ser satisfeito pelo Estado por não concernir a qualquer bem que lhe possa substituir. Medidas eventualmente efetivadas para viabilizar o seu exercício se inserem dentre os deveres de promoção e se estiverem relacionadas à proteção dos deveres negativos decorrerão dos deveres de proteção.

Assim, conclui-se que o ambiente típico para os deveres de satisfação é o relativo aos direitos econômicos, sociais e culturais, ou simplesmente direitos sociais. Com relação à moradia, especificamente, as possibilidades de reflexão atinentes ao dever de satisfação são bastante eloquentes, investindo-se do pensamento do possível.

Não é possível confundir o dever de satisfação do direito à moradia com a existência de casa própria. Da mesma forma, não é viável restringir o seu cumprimento ao fornecimento de residência para os que dela necessitem ou que subsistem em locais manifestamente inadequados. Tais medidas seriam excessivamente onerosas e não teriam aptidão à universalidade e nem seriam coerentes com o nível de prestação do sistema de

direitos fundamentais. Não obstante isso, em cumprimento ao dever de satisfação, o Estado deve ser compelido a fornecer, temporariamente, abrigos àqueles que necessitem em prédios públicos, escolas ou até mesmo em estabelecimentos com tal desiderato. Ou, ainda, a assumir o pagamento de aluguéis ou diárias, assegurando por si a moradia.

Logo, não há respaldo para excluir, de forma peremptória e apriorística, a justificabilidade dos direitos sociais, ainda que respeitante aos deveres de satisfação, sendo dependente da avaliação do caso concreto integrada pela dimensão normativa do direito em questão e regida pela reflexão hermenêutica associada ao pensamento do possível.

Nessas condições será possível aferir o atendimento ou não do referencial da satisfação suficiente dos níveis essenciais de prestação, tanto no que respeita especificamente aos deveres de satisfação, como aos demais deveres positivos¹⁰⁹, corroborando-se a assertiva de que todos os direitos sociais são, em alguma medida, justiciáveis. No que se refere aos deveres positivos, a possibilidade de que sejam judicialmente exigíveis existe com relação a todos eles, tendo como critério a satisfação suficiente. Esse referencial perpassa todos os deveres positivos, embora possa haver especificações relativas a cada um deles, autorizando, por exemplo, falar-se de proibição de insuficiência (CANARIS, 2003, p. 56-65) ou de proteção deficiente (BOROWSKI, 2003) quanto aos deveres de proteção¹¹⁰, mas não para além deles.

Resta apenas a análise do dever positivo de garantia, que é a quarta categoria componente da dimensão positiva dos direitos fundamentais e que tem a relevante função de propiciar as vias para que sejam efetivados os demais deveres, negativos e positivos, caso não baste a imposição normativa proveniente do texto constitucional e das ordens jurídicas regional e global.

O dever de garantia se relaciona a prestações normativas e fáticas destinadas a

¹⁰⁹ Daí não se confundir o referencial da satisfação suficiente com os deveres de satisfação, posto que ele se estende sobre todos os deveres positivos como critério de sujeição à justiciabilidade dos direitos sociais. Assim, a satisfação suficiente deve ser aferida quanto aos deveres de proteção, de promoção, de satisfação e de garantia. Apesar disso, pode se apresentar com feições mais específicas com relação a cada categoria desses deveres, sendo mais conhecido, entretanto, na seara dos deveres de proteção e recebendo a denominação e a caracterização do princípio de proibição de insuficiência ou vedação de proteção deficiente. A vedação de insuficiência, entretanto, é inadequada como critério destinado a indicar a satisfação suficiente de todas as categorias de deveres positivos fundamentais por ter sido cunhado tendo em vista os deveres de proteção. Em conformidade com Borowski (2003, p. 174-182), a vedação de proteção deficiente é a projeção quanto aos direitos de prestação do princípio da proporcionalidade. Só que, admitindo uma estrutura comum quanto a todos os direitos de prestação, sustenta a compreensão da proibição de proteção deficiente como aplicável para além dos direitos de proteção. Como visto, prefere-se a adoção de deveres em relação a direitos e a extensão de categoria desenvolvida apenas para os deveres de proteção, pois é inadequada para os demais deveres positivos.

¹¹⁰ Aos quais Canaris prefere denominar como imperativos de tutela.

instituir e prover processos, órgãos, instituições, e, em geral, mecanismos variados que sirvam à assegurar o cumprimento efetivo da prestação concernente a determinado dever que componha o conteúdo estrutural dos direitos fundamentais. Abrange, então, as vias processuais, a criação de órgãos e instituições, além de outros possíveis mecanismos, que sirvam a promover o cumprimento dos deveres fundamentais.

Clara é a correta percepção de Tribe (1999, p. 372) ao salientar a necessidade de contenção do que Alexy (2008b, p. 470-471) denomina euforia procedimental geral ao defender que o aperfeiçoamento do processo decisório, pelas vias processuais, é radicalmente indeterminado e incompleto e que a temática processual não determina quase nada a menos que sejam específicas as suas proposições e que seu conteúdo seja complementado por uma teoria de direitos e valores substantivos.

Com efeito, especialmente em vista do caráter dirigente, emancipatório e libertário da Constituição Federal, “o que é enigmático é que alguém possa dizer, diante dessa realidade, que a constituição seja ou deva ser predominantemente preocupada com o *processo* e não com a *substância*.¹¹¹”.

Logo, não se pode perder de vista que o dever de garantia, entendido como garantia de processos devidos e adequados à efetivação dos direitos e de órgãos e instituições idôneas a tanto, é instrumental à realização do direito fundamental no que respeita ao cumprimento dos seus demais deveres.

O conteúdo do dever de garantia possui dois componentes específicos, que são os deveres de processo e os de organização¹¹²¹¹³. O dever de processo abrange tanto a) prestações normativas diante da necessidade de criação de processos que estejam aptos a assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, ou, ao menos, a adaptar os vários regimes processuais existentes, à vista das exigências do devido processo legal e da duração razoável do processo, como b) quanto “[...] direitos a uma determinada ‘interpretação e aplicação concreta’ de normas procedimentais”, como sustenta Alexy (2008b, p. 474), o que pode ser

¹¹¹ Em tradução livre. No original, “What is puzzling is that anyone can say, in the face of this reality, that the Constitution is or should be predominantly concerned with *process* and not *substance*”.

¹¹² Que, como Alexy (2008b, p. 470) pontua, são expressões extremamente imprecisas e ambíguas.

¹¹³ Prefere-se a referência a processo do que a procedimento, posição esta adotada por Alexy (2008b, p. 472-474), embora sem divergência substancial. Adota-se quanto ao sentido de processo a doutrina de Elio Fazzalari (1986) que concebe o processo como “[...] procedimento de que participam (ou são aptos a participar) aqueles em cuja esfera jurídica se destina a desenvolver os efeitos do ato final”. Essa participação se dá em contraditório, ou seja, em igualdade de condições de todos as partes, enquanto possíveis afetados pelo ato final. Reiterando essa concepção de processo, Fazzalari (2006, p. 33). Tradução livre. No original, “[...] procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) anche coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a svolgere effetti”.

enquadrado como prestação material.

Já o dever de organização envolve tanto a adequada criação, manutenção e desempenho de instituições e órgãos, como a efetividade da própria função que desempenham de assegurar a realização dos deveres relativos aos direitos fundamentais.

Além disso, Alexy (2008b, p. 483-484), admitindo a dificuldade de perscrutar de forma exaustiva as várias formas e conteúdos dos direitos a procedimento e organização – conforme a perspectiva por ele adotada –, limita-se a propor algumas categorias. Duas delas são adotadas na composição do dever de garantia, que são os deveres de processo e de organização. No seu modelo, acrescenta as competências de direito privado e a formação da vontade estatal.

Ora, a formação da vontade estatal está abrigada pelo sentido que se atribui ao conteúdo de processo, não se restringindo ao âmbito judicial e administrativo, estendendo-se sobre o processo eleitoral, o processo arbitral e até mesmo o processo negocial típico do direito privado e que precede, por exemplo, a celebração de contratos.

Quanto aos deveres de processo, o dever de garantia corresponde em parte ao que Häberle trata como *status activus processualis* e que, em verdade, pelo modelo teórico sustando, é integrante da dimensão positiva pertinente a todo e qualquer direito fundamental.

Como já assinalado, e consoante o modelo de Ferrajoli (2001, p. 45-46), pode-se considerar que existem garantias primárias, que correspondem aos deveres concernentes aos direitos fundamentais em si, que compõem o seu conteúdo estrutural, sejam eles negativos, sejam positivos, e as garantias secundárias, que são os deveres – definidos por competências – de aplicar as sanções e decretar a nulidade por ofensa aos direitos fundamentais em descumprimento dos deveres que lhe são correlatos.

As garantias secundárias são justamente o conteúdo do dever de garantia, que demanda, em regra, prestações normativas do Estado, mas pode conter prestações materiais. Tais prestações concernem na instituição de vias e mecanismos processuais que sejam aptos a efetivar o cumprimento dos deveres correlatos aos direitos fundamentais.

A inobservância do dever de garantia quanto a determinado direito, pela ausência da previsão de mecanismos, vias, processos e, em sentido mais amplo, de instituições habilitados a prevenir o seu descumprimento ou a sancionar sua violação torna os direitos fundamentais desassistidos meros direitos de papel, na expressiva palavra de Ferrajoli (2001, p. 48). Essa carência consubstancia lacuna que desafia a efetividade dos direitos fundamentais. Certamente, a carência de garantias só pode provir de uma constituição que não

almeje passar de uma folha de papel (LASSALLE, 1998, p. 37), constituindo direitos exclusivamente de papel.

Desse modo, deve-se conferir a maior extensão possível ao dever de garantia diante da necessidade de que seja tecida não apenas uma rede de direitos fundamentais pela convergência e pelo entrelaçamento das ordens jurídicas nacionais, regional e global, mas também uma rede de garantias dos direitos humanos e fundamentais. É quanto a este dever, pertinente à dimensão positiva de todos os direitos fundamentais, que se coloca a tormentosa, dramática e recorrente questão pontuada de forma clássica por Bobbio (1992, p. 25) quanto ao imperativo de buscar a proteção e a efetividade dos direitos da pessoa humana.

E em se tratando de direitos sociais, Bobbio (1992, p. 63) é até mais incisivo ao reconhecer que “[...] à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil” e que “Os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade”. Isso se agrava pela pertinente constatação de Ferrajoli (2001, p. 50) de que o surgimento dos direitos sociais e, posteriormente, dos deveres jurídicos a eles associados¹¹⁴, não se fez acompanhar das respectivas garantias.

Essa dificuldade de proteção dos direitos sociais, associada à menor sensibilidade quanto às práticas lesivas e às violações a esses direitos, torna ainda mais premente o apuro da reflexão em derredor do dever de garantia, exigindo imaginação para enfrentar os desafios que se colocam na efetiva proteção dos direitos humanos, como sugere Bobbio (1992, p. 37).

Por isso que Häberle (2002, p. 197) associa o reforço do aspecto jurídico-material dos direitos básicos do Estado Social – a que denomina prestacional – pela inclusão de procedimentos específicos. Só que a concepção que desenvolve a título do *status activus processualis*, embora deveras importante, configura apenas uma das várias e múltiplas partes ou possibilidades de concretização do dever positivo de garantia.

Com efeito, Häberle (2002, p. 198-199) defende a necessidade de vinculação do Estado Social com os direitos a que se dirige mediante uma reserva processual de prestações, comportando múltiplas relações jurídicas prestacionais de planificação, direção, fomento e direcionamento. Essa via processual habilita a ampliação das possíveis prestações em favor dos cidadãos.

¹¹⁴ Como afirmado, durante muito tempo foi negado aos direitos sociais caráter jurídico; só com a parcial superação deste mito é que se passou a atribuir-lhes a aptidão para ensejar deveres jurídicos relativos à promoção do seu conteúdo.

Com isso ocorre a transmutação da reserva de lei para a reserva processual¹¹⁵ em que as medidas adotadas para viabilizar as prestações dos direitos devem ser precedidas de processos em que haja participação ativa dos seus destinatários, impedindo que as políticas públicas e o regime jurídico respectivo sejam impostos pelos governantes, provindo da própria comunidade aberta de intérpretes dos direitos fundamentais. Ora, como ressalta Jim Ife (2010, p. 124), se os direitos destinam-se às necessidades – à satisfação suficiente das necessidades –, ambos se interpenetram e os direitos só podem ser mensurados e compreendidos a partir das necessidades.

Diante disso, necessidades e direitos não podem receber qualquer compreensão *a priori*, devendo ser construídas a partir do contexto da realidade, de acordo com o que se afigura necessário e de acordo com as possibilidades que advenham. Assim, a participação processual da comunidade obsta que necessidades e direitos sejam entendidos como portadores de um sentido determinado e constante.

Além da participação pelas vias processuais, que devem se manifestar no âmbito da elaboração e formulação das leis e políticas públicas – relativas ao conteúdo específico dos deveres de proteção, promoção, satisfação e, por metalinguagem, de garantia –, Häberle também registra a participação no que denomina concretização processual dos direitos fundamentais, que seria medida prévia a conflitos, destinando-se a evitar a sua consumação.

Evidentemente que tais vias de participação consubstanciam mecanismo de garantia dos direitos fundamentais, cumprindo um dos deveres decorrentes do dever de garantia, que é a criação de processos idôneos a assegurar e promover a efetividade dos direitos fundamentais pela adequada exigibilidade das prestações e abstenções pertinentes.

Assim, o dever de garantia, que perpassa todos os direitos fundamentais, consubstancia fundamento para o reconhecimento da progressiva processualização das ações e prestações estatais, entendida esta processualização como direito fundamental. Em outros

¹¹⁵ Häberle (2002, p. 199) define a reserva de lei como reserva processual no sentido de que o poder público só poderá atuar no que respeita a direitos básicos quando atingidos determinados parâmetros processuais mínimos. É o que se verifica quanto às exigências necessárias para a aprovação do plano diretor municipal. A Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) prevê, no seu art. 40, §4º, requisitos a serem seguidos para assegurar a higidez do processo legislativo do plano diretor, exigindo a garantia da participação popular mediante a garantia da publicidade, o reconhecimento da liberdade de se informar e, principalmente, a realização de audiências públicas e debates. Ora, nada mais representa do que a reserva processual, projeção do *status activus processualis*, quanto ao plano diretor, a fim de viabilizar que a comunidade participe da ordenação da cidade, tornando-a apta à realização da sua função social.

termos, o dever de garantia embasa o direito fundamental à processualização das políticas, ações e prestações do Estado.

Não obstante isso, o dever de garantia tem um espectro muito mais amplo do que a necessidade de instituir processos que assegurem a participação popular na elaboração, na concretização e na própria garantia dos direitos fundamentais, abrangendo a criação, manutenção e efetividade de instituições e órgãos¹¹⁶ que se destinem a promover e assegurar a observância dos deveres negativos e positivos.

Nesse passo, cabe analisar o relacionamento do dever de garantia com os direitos de liberdade, com os direitos políticos e com os direitos sociais, mantendo os direitos até então utilizados na ilustração do que se está defendendo.

A liberdade de reunião exige órgãos públicos que assegurem a sua realização, tutelando os deveres negativos. Assim, a polícia e órgãos de ordenação municipal são imprescindíveis para que o direito seja exercido em caso de violação ao dever de respeito. Outrossim, como exposto quando da referência à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187, devem existir vias processuais aptas a invalidar e rechaçar condutas ofensiva do próprio Estado, exigindo tanto a organização de poder judiciário independente e as vias da provocação da jurisdição constitucional.

O direito ao voto, por sua vez, demanda tanto a adoção de processos que assegurem a sua liberdade e pessoalidade, o que deve ser o desiderato do processo eleitoral em sentido amplo, como a instituição da Justiça Eleitoral.

O direito à moradia, por sua vez, pode demandar tanto a existência de vias processuais adequadas para sancionar a inércia administrativa ou omissão inconstitucional, como a predisposição de órgãos que se destinem a promover outros deveres fundamentais com ele relacionados.

Após o elenco dos deveres negativos e positivos, consubstanciando seis categorias de deveres fundamentais correlatos a direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos, afigura-se que o modelo proposto se adequa mais ao que sugerido por Cécile Fabre (2000, p. 45-47).

Adotando o que denomina como tese da complementaridade em rejeição à dicotomia, e tendo em vista a promoção da autonomia e do bem-estar, sustenta que há direitos negativos contra o Estado e contra particulares para que não causem danos à autonomia ou ao

¹¹⁶ Adote-se um sentido mais largo do que o defendido por Alexy (2008b, p. 490-496).

bem-estar, e, da mesma forma, direitos positivos contra o Estado e os particulares a proteger o indivíduo quanto à autonomia e ao bem-estar, provendo os meios e recursos para adquirir, manter e exercê-los, adotando etapas para realizá-los na medida do possível.

Além dos deveres negativos e positivos aduzidos, cabe acrescentar outras duas categorias, sobremaneira relevantes, que se superpõem aos deveres negativos e positivos, embora seja uma relativa a dever negativo e outra referente a dever positivo.

Esses dois últimos deveres gerais que encerram a proposta de categorização do conteúdo estrutural dos direitos fundamentais consoante o direito ao máximo existencial consistem no dever de não discriminação negativa e no dever de discriminação positiva, respaldando-se no princípio da igualdade.

Ora, no cumprimento de quaisquer deveres negativos e positivos, correlatos a determinado direito fundamental, o Estado não pode adotar medidas discriminatórias que excluam deliberada e arbitrariamente ou incluam indevidamente certa categoria de sujeitos.

Assim, os deveres negativos concernem a todos os sujeitos, não podendo o poder público negar o respeito e a não interferência a qualquer pessoa, da mesma forma que não pode excluir alguém das medidas adotadas a título de proteção, promoção ou satisfação de determinado direito fundamental, ou incluir indevidamente em condições mais restrita relativas a algum desses deveres.

Para que sejam vedadas tais exclusões, é necessário se revelem como discriminação negativa, não se justificando a exclusão ou a inclusão ou sendo desarrazoadas consoante os critérios sustentados e utilizados por Celso Antônio Bandeira de Mello (1999). Se, porventura, estiverem presentes tais justificativas que respaldam o tratamento diferenciado, quer para inclusão, quer para exclusão de certa categoria de pessoas, exsurge o dever prestacional de discriminação positiva, que pode ser de caráter normativo – que é mais usual – ou até mesmo material.

Devidamente expostas as categorias que respaldam a compreensão constitucionalmente adequada do conteúdo estrutural dos direitos fundamentais, dando compostura aos deveres correlatos, confirma-se a tese de que são direitos subjetivos, inclusive os direitos sociais. Como comportam a justiciabilidade com relação a alguns dos deveres respectivos, a despeito da exigibilidade judicial ter sido excluída como elemento integrante da definição de direito subjetivo, mesmo em se mantendo essa características como nota típica os direitos sociais não poderiam ter negada sua condição de direitos subjetivos.

Restou substancialmente rechaçada a dicotomia entre direitos negativos e positivos, afirmando-se a dupla dimensão de todos os direitos fundamentais e o respectivo carácter multideôntico.

Assim, a conformação dada ao conteúdo estrutural dos direitos fundamentais é importante para que o direito fundamental ao máximo existencial possa produzir os seus efeitos ampliativos dos níveis de prestação social até a satisfação suficiente das necessidades existenciais com relação aos deveres positivos e, por via de consequência, reforçando as condições de efetividade dos deveres negativos.

Para a percepção sobre como se projeta a eficácia do direito fundamental ao máximo existencial sobre os direitos fundamentais, é preciso que seja tratada a natureza normativa desses direitos, sobressaindo a dupla natureza de princípios e regras, com maior detença nos direitos sociais.

Por essa análise pretende-se rejeitar a ideia de que os direitos sociais tenham natureza normativa distinta das liberdades e dos direitos políticos e, ainda, conformar a teoria dos direitos à recepção dos direitos sociais com o mesmo *status* normativo dos demais direitos fundamentais.

3.4 NATUREZA NORMATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais passaram por severos questionamentos acerca da sua natureza jurídica desde a sua origem nas declarações de direitos até a contemporaneidade. Firmada a condição de serem expressos por normas jurídicas fundamentais, adveio o problema da natureza de tais normas, sendo assentada a pressuposição do neoconstitucionalismo e da teoria dos princípios para a afirmação do direito fundamental ao máximo existencial e, por consequência, da teoria dos direitos constitucionalmente adequada aos paradigmas e referenciais exigidos por este direito.

Desse modo, pelo recurso à doutrina de Ronald Dworkin, Robert Alexy e outros foi sustentado que os direitos fundamentais revelam-se, sobretudo, como princípios normativos, sendo um tipo de normas.

Enquanto princípios, caracterizam-se como mandados de otimização que exigem que a realização do seu conteúdo material seja realizado na maior medida do que seja possível de acordo com a situação fática e em consonância com a ordem jurídica. O âmbito das possibilidades jurídicas é conformado pelos princípios que, eventualmente apresentem-se em colisão.

Já que os direitos projetam-se, *prima facie*, ao máximo sua potencialidade normativa, nada mais natural do que haver choques entre os respectivos conteúdos materiais, o que exige a adoção de critérios que possam resolver a colisão e que é distinto daqueles tradicionais critérios de solução de antinomias, que seriam aplicáveis para as regras, embora não se exclua que também elas possam se sujeitar aos mecanismos de solução de colisão, sujeitando-se à lei de ponderação e, eventualmente, à fórmula do peso.

Por serem princípios os direitos fundamentais são razões *prima facie* para a ação, que podem ser afastados em situação de colisão se não prevalecerem as condições de preferência que justifiquem a prevalência da consequência jurídica por eles abrigada em detrimento daquela exigida pelo outro princípio colidente.

Por isso que, ao prevalecerem através da existência de condições de precedência, os direitos que eram *prima facie* tornam-se definitivos, sustentados pela regra que advém da formulação da lei de colisão, ao fixar as aludidas condições de precedência. Não obstante isso, como visto, Alexy reconhece que as regras também encerram um caráter *prima facie*, só que reforçado pelos princípios formais que fixam o dever de observância das normas introduzidas pelas autoridades competentes.

Nesse sentido, já que eles consubstanciam mandados de otimização, a vinculação ao dever de otimizar, nas condições especificadas, poderia revelar que são tais mandados, em verdade, regras. Alexy (2010b, p. 41) resolve essa aparente contradição sustentando a distinção entre mandados que devem ser otimizados e mandados de otimizar. Como mandados de otimizar, os mandados de otimização expressam um dever definitivo e, então, um dever real. Já como mandados que devem ser otimizados exprimem um dever ser ideal. Como dever ideal, é abstrato e ainda não relacionado com as possibilidades limitadas da realidade e da ordem jurídica (ALEXY, 2010b, p. 43).

Assim, os mandados de otimização se situam em um meta nível com relação aos mandados que devem ser otimizados. O que é impositivo é tanto a otimização e o objeto a ser otimizado, ou seja, a respectiva norma. Há uma relação de mútua implicação entre o dever ideal e o mandado de otimização, sendo os dois lados da mesma realidade.

De outra parte, os direitos fundamentais, malgrado precipuamente princípios, podem se apresentar, também, como regras. Aparecendo como princípios, os direitos fundamentais consubstanciam direitos *prima facie*; prevalecendo as condições de precedência que indiquem a pertinência da consequência jurídica exigida por determinado direito ao caso concreto, passam a se configurar como direitos definitivos.

Na medida em que os direitos fundamentais apresentam-se como princípios e os princípios são orientados pelo dever ideal de otimização, afigura-se a renovação do sentido e da feição programática das normas constitucionais, pois cada direito vai conter ínsito em si um programa dirigido ao poder público de promovê-lo ao máximo possível, sempre ultrapassando o estágio de implementação existente em determinado momento e exigindo a transformação da realidade social pela realização de prestações de diversas ordens.

Nessas condições, conclui-se que a questão da força normativa dos direitos fundamentais remete à compreensão do mandato de otimização e das circunstâncias que permitam identificar as condições de precedência não apenas com outros princípios materiais, mas também com princípios formais responsáveis por resguardar as margens de ação, ou a liberdade de conformação do legislador.

Além disso, concebendo-se que também o legislador pode reduzir a indeterminação apriorística dos direitos enquanto princípios fixando, por lei, a sua estimativa sobre eventuais colisões de direitos, procede, ele próprio, o seu juízo de prognose de acordo com o sopesamento, estabelecendo direitos que sejam definitivos por via legislativa.

Nesses casos, a lei sempre procederá à restrição de algum direito em favor de outro, antecipando e tornando impositiva a solução da colisão conforme estimado democraticamente como correta. Tem-se, então, uma restrição legislativa ao direito que deve ceder, o que conduz à questão concernente aos limites dos limites (ALEXY, 2008b, p. 297), ou ao conteúdo essencial dos direitos que não pode ser devassado.

A compreensão dos limites dos limites como conteúdo essencial demanda a adoção de determinada perspectiva acerca do conteúdo material dos direitos fundamentais e da própria noção de conteúdo essencial, trazendo a lume a proporcionalidade¹¹⁷ e explicitando a defasagem da tradicional doutrina tecida em derredor da eficácia das normas

¹¹⁷ Não se desconhece a controvérsia acerca da natureza normativa da proporcionalidade, potencializada pela doutrina de Humberto Ávila (2006, p. 121-124); não obstante isso, essa controvérsia ultrapassa o interesse quanto à afirmação do direito fundamental ao máximo existencial, justificando o seu não enfrentamento e aderindo à posição original de Alexy que, segundo Virgílio Afonso da Silva (ALEXY, 2008b, p. 10), autoriza a sua caracterização como máxima, a despeito de vez por outra se utilizar a referência a princípio da proporcionalidade.

constitucionais, como salienta com propriedade Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 229-230) em respeitosa contrariedade à tese de José Afonso da Silva (2000) em torno das normas constitucionais¹¹⁸. Nesse âmbito de proteção dos direitos fundamentais mediante a garantia do conteúdo essencial entram em cena a proibição de excesso e a proibição de retrocesso social.

Não obstante isso, a doutrina não costuma se dedicar a outra possível relação entre legislador e a vinculação dos direitos fundamentais. Se, de um lado, quando a lei restringe excessivamente um direito fundamental pode ser tida como inconstitucional, à vista do recurso ao arsenal teórico e metodológico disponível, associado às garantias existentes, o mesmo não ocorre quando a lei não desenvolve ou desenvolve insuficientemente – em omissão inconstitucional total ou parcial – os direitos fundamentais no sentido da ampliação dos níveis de prestação com eles relacionados.

Em razão disso, todo o instrumental teórico concernente aos direitos fundamentais ocupa-se em propiciar elementos que resguardecam os direitos fundamentais de restrições indevidas, arbitrárias, desarrazoadas e desproporcionais, mas não são adequados e nem pertinentes quando o problema não seja de restrição, mas de falta de ampliação¹¹⁹.

A proibição de excesso, a proporcionalidade e o conteúdo essencial não se prestam para, em sentido contrário, fornecer elementos que possibilitem desenvolver ampliativamente a proteção constitucional resultante dos direitos fundamentais. Para isso, como já assinalado, é preciso fincar as bases dogmáticas, metódicas e axiológicas para sustentar o dever de progressiva, contínua e processual extensão dos níveis essenciais de prestação relativos até o referencial da satisfação suficiente objetivando não o conteúdo essencial entendido como mínimo, mas o conteúdo essencial ótimo.

Por conseguinte, a natureza normativa dos direitos fundamentais deve ser entendida sob a perspectiva de que se deve potencializar a sua transição de direitos *prima*

¹¹⁸ Com efeito, na medida em que a adoção da teoria dos princípios leva a admitir a possível introdução de restrição a qualquer direito fundamental, pois a imposição legislativa de uma solução de colisão importa na institucionalização de uma ponderação em restrição ao direito fundamental oposto, fica superada a oposição entre normas constitucionais de eficácia plena e normas constitucionais de eficácia limitada. Ademais, observa Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 230-231) que toda norma de direitos fundamentais pode, consequentemente, ser regulada por lei e alguns devem sê-lo, partindo da perspectiva da correspondência – ou da difícil distinção – entre regulação e restrição.

¹¹⁹ Nesse passo, o problema decorre, também, de diferentes perspectivas. Como será exposto, Alexy, Borowski, Lúcia Clérico e Virgílio Afonso da Silva adotam a teoria ampla do suporte fático do direito fundamental, levando ao pressuposto de que toda intervenção – que, quanto aos deveres positivos, envolve abstenção da prestação – é restrição. Essa concepção, entretanto, obscurece a aptidão projetiva dos direitos fundamentais, justificando que sejam compreendidos também não apenas a partir da perspectiva das restrições, mas das ampliações das respectivas prestações. Häberle (2003, p. 231) teve a percepção desta necessidade ao sustentar que seria impositivo buscar propostas teóricas dirigidas à ampliação da dimensão de tutela dos direitos fundamentais, estendendo o seu raio de ação.

facie para direitos definitivos, com a passagem da dimensão de princípios para a de regras, justificando a asserção de Häberle (2003b, p. 86) de que todo direito quer ser uma regra. Essa transição deve ser acompanhada, no mais das vezes, da progressiva ampliação da tutela constitucional pelo alargamento do conteúdo material, diante da vinculação ao conteúdo essencial ótimo orientada pelo referencial da satisfação suficiente.

Dessarte, uma teoria constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais que eleve os direitos sociais ao *status* que lhe é devido tem de ser desenvolvida não apenas pela perspectiva da restrição de direitos, mas também da ampliação real e concreta desses direitos, trazendo novos instrumentais que são o referencial o referencial da satisfatoriedade suficiente, com os seus elementos componentes, e o conteúdo ótimo. Assim, enquanto as restrições remetem para a proporcionalidade e para o conteúdo essencial como conteúdo mínimo, a ampliação coloca em questão a satisfação suficiente e o conteúdo ótimo¹²⁰.

Antes de adentrar nesta controvérsia e propor tais elementos metódicos para a compreensão constitucionalmente adequada, procede-se a superação da concepção dos direitos fundamentais conforme a clássica teoria das normas constitucionais, malgrado caiba preservar a dimensão programática que é inerente a todos eles.

3.4.1 Direitos fundamentais como princípios e como regras

Os direitos fundamentais estiveram durante anos relacionados com a tipologia clássica da classificação das normas constitucionais, originária de Thomas Cooley (1999, p. 74-75), que as definia como *mandatory provisions* e *directory provisions*, ou, em vernáculo, disposições mandatórias e disposições diretórias, passando, posteriormente, a qualificá-las (COOLEY, 2002, p. 215) como normas auto-executáveis (*self-executing*) e não auto-executáveis (*not self-executing*). Essa doutrina foi trazida para o Brasil por Ruy Barbosa a partir do estudo empreendido sobre a doutrina e a jurisprudência norte-americana ao proferir

¹²⁰ Não se ignora o desenvolvimento do princípio da proibição de insuficiência, ou de proteção deficiente, (BOROWSKI, 2003, p. 162-163), mas, como já aludido, a sua pertinência circunscreve-se aos deveres de proteção, tendo sido desenvolvido por Canaris (2003, p. 56-65) no âmbito da fundamentação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

parecer sobre litígio envolvendo os limites interestaduais entre os Estados de Paraná e Santa Catarina, Ruy Barbosa (1915, p. 159)¹²¹.

A essa altura, os direitos fundamentais, limitados às liberdades e aos direitos políticos ainda sem a garantia do sufrágio universal, eram associados às normas auto-executáveis, pois, em regra, bastavam-se a si para serem observadas, tendo sido superada a já mencionada doutrina da regulamentação das liberdades. Mesmo assim, não por isso os direitos fundamentais então existentes possuíam significativa efetividade.

Com o advento do constitucionalismo social, trazendo consigo os direitos sociais e as normas programáticas, que qualificavam muitos daqueles direitos, surgiu necessidade de nova reflexão em torno desta realidade distinta que se apresentava e que foi, por muito tempo, mal compreendida.

Enquanto as normas programáticas tinham a sua natureza jurídica negada, como sustentado por Schmitt, os direitos sociais padeciam do mesmo mal, mal este que repercutiu até a contemporaneidade.

A primeira corrente doutrinária que buscou sustentar, em alguma medida, a juridicidade das normas programáticas foi proveniente do constitucionalismo italiano, com Gaetano Azzariti (1951, p. 97-111) e, sobretudo, Vezio Crisafulli (1952), considerando que

“[...] as normas constitucionais programáticas representam a fixação, na Constituição do Estado, de determinadas diretivas políticas que teriam podido, também, hipoteticamente, ser estabelecidas de tempos em tempos pelos órgãos competentes, mas que, pela sua importância,

¹²¹ Afirmou o constitucionalista baiano que “Nos arestos e tratados americanos é vulgar e inconcussa a noção de que, ao passo que muitas disposições constitucionais, mas não as disposições constitucionais em sua maioria, são, digamos assim, auto-executáveis, isto é, se executam de si mesmas, se executam imediatamente, se executam independentemente de qualquer desenvolvimento legislativo (self-executing, self-enforcing, self-acting, self-operating dispositions), outras, primeiro que venham a entrar em ação, demandam a interferência do legislador, para se revestirem da forma prática e terem, nos preceitos que ele ditar, um diretório geral, uniforme e permanente aos seus executores”.

são subtraídas a cada eventual oscilação e mudança dos critérios por esses próprios órgãos”¹²².

A introdução dessa nova compreensão sobre as normas constitucionais foi introduzida por Pontes de Miranda e Meirelles Teixeira (1991), ganhando destaque com obra de José Afonso da Silva (2000) produzida em 1967.

Da mesma forma que Crisafulli, atribui José Afonso da Silva uma série de efeitos decorrentes das normas programáticas, mas não admite que delas possam advir direitos positivos. Nesse toada, aos direitos sociais não restava muita perspectiva.

Por anos prevaleceu a aludida concepção, com as contribuições relevantes pela sua associação ao dirigismo constitucional e pelas teses desenvolvidas por Canotilho (1994). A doutrina nacional e estrangeira se debruçava sobre as normas programáticas, associando a elas os direitos sociais. Rolando Pina (1973), Micheli Gaslini (2002) e, principalmente, Roberto Bin (1998, p. 263-283) dedicaram-se ao tema, ganhando respaldo a possibilidade de supressão judicial de omissão inconstitucional e o controle mais incisivo da liberdade de conformação do legislador com a aferição da pertinência de seu juízo de prognose.

A questão sofreu, em sede doutrinária, significativa mudança a partir do estudo de Paulo Pimenta (1999, p. 143-144)¹²³, que propõe classificação das normas programáticas em que uma das espécies corresponde às normas programáticas declaratórias de direitos. Tais normas se caracterizam por enunciados de direitos sem a especificação da forma de sua realização ou concretização. Mesmo assim, reputa que vinculam todos os órgãos públicos a respeitar os respectivos direitos, ainda que sem advento de disciplina infraconstitucional, como os arts. 6º, 196, 205, da Constituição Federal.

Divergindo de Crisafulli, Paulo Pimenta (1999, p. 172-174) admite que as normas programáticas embasem não apenas direitos subjetivos de defesa, estendendo-se a respaldar o reconhecimento de direitos subjetivos positivos como “[...] faculdade de exigir a prática de determinado comportamento, consistindo, também, na possibilidade de exigir que o titular do dever jurídico não se comporte de maneira contrária”.

Analisando, posteriormente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do

¹²² Em tradução livre. No original, “[...] le norme costituzionali programmatiche rappresentano la fissazione, nella Costituzione dello Stato, di determinate direttive politiche, che avrebbero potuto, anche, in ipotesi, essere stabilite di volta in volta dagli organi competenti, ma che per la loro importanza, sono state sottratte ad ogni eventuale oscillazione e mutamento di criteri degli organi stessi”.

¹²³ As outras espécies seriam a) normas programáticas em sentido estrito; b) normas programáticas meramente definidoras de programas, e c) normas programáticas definidoras dos fins organizacionais, econômicos e sociais do Estado.

Superior Tribunal de Justiça, Paulo Pimenta (2009, p. 197-200) constata que a inicial resistência ao entendimento de que as normas programáticas podem ensejar prestações positivas vem sendo superado, concluindo que a eficácia das normas programáticas defendida pela doutrina moderna vai ganhando progressiva adesão.

Esse percurso histórico focado na evolução do entendimento sobre as normas programáticas é particularmente significativo para sustentar a ruptura com interpretações e concepções equivocadas em derredor das normas programáticas e da sua associação com os direitos sociais, que apenas depreciam o seu *status* constitucional.

O advento da teoria dos princípios torna incompatíveis os paradigmas em que se funda com as categorias desenvolvidas em derredor da classificação das normas constitucionais quanto à eficácia, como já demonstrado¹²⁴.

Não obstante isso, não parece que a categoria das normas programáticas esteja defasada ou não possa ser inserida no contexto do dirigismo constitucional por princípios. Evidentemente que a expressão está desgastada por décadas de mau uso e errônea interpretação, o que exige a refundação do seu sentido, exigindo-se a mesma virada histórica e de sentido que, àquela época, foi dada pelos estudos de Crisafulli.

Em outros termos, é possível a preservação da categoria das normas programáticas, pois persistem nas constituições contemporâneas as características que as qualificam, mas para sua legitimidade científica e prática deve ser inserida no âmbito compreensivo da teoria dos princípios.

A relevância desta refundação, em parte já constatada por Paulo Pimenta (2009), é notável em se tratando dos direitos fundamentais, e não apenas dos direitos fundamentais sociais. Com efeito, é cediço que o caráter programático esteve sempre ligado aos direitos sociais, embora a estes não se reduzisse. Era possível constatar normas que fixavam metas e finalidades para o Estado, encarregando-lhe da transformação da realidade como tarefa, a tradução do dever-ser sobre o ser para que venha a ser socialmente mais justo e solidário.

¹²⁴ Em síntese, se os direitos são princípios e estes, como mandados de otimização, são dotados de eficácia normativa nas condições fáticas e jurídicas existentes. A eficácia não é qualidade ínsita à norma. Assim, ao mesmo tempo em que não dependem necessariamente da lei para que projetem as consequências jurídicas exigidas pelo seu conteúdo material de acordo com determinado caso concreto, a lei não é a única condição para tanto, se o for. Isso desautoriza a categoria das normas constitucionais de eficácia plena como bastantes em si. Outrossim, na condição de direitos *prima facie*, os direitos fundamentais são sempre restringíveis, o que afasta a pertinência das normas constitucionais de eficácia contida. Resta ver se as normas programáticas ainda se justificam enquanto categoria normativa específica. Sobre tais incompatibilidades, novamente Virgílio Afonso da Silva (2009).

Nessa condição estão as normas decorrentes do art. 3º da Constituição Federal¹²⁵, como também do art. 3º da Constituição italiana¹²⁶, art. 9º, nº 2, da Constituição espanhola¹²⁷, sendo manifestamente programática.

Não obstante isso, a qualificação como programática não pode mais ser aquela anteriormente consagrada, relativa à eficácia das normas constitucionais como subespécie das normas de eficácia limitada.

A persistência da norma programática como categoria jurídica só se justifica tendo em vista o seu caráter acentuadamente finalístico destinado a impor ao poder público a transformação da realidade para promoção do programa nela contido. Logo, as normas programáticas se adequam integralmente ao sentido de princípios constitucionais, pois se expressam mediante mandados de otimização, consubstanciando deveres ideais e razões *prima facie*. Em síntese, as normas programáticas nada mais são do que princípios, a despeito da discordância de Dworkin (1999), que assim só concebem as normas pertinentes a direitos individuais, como registrado.

As normas programáticas, enquanto normas especificamente voltadas à afirmação de objetivos políticos, constituindo materialmente parcela da política enquanto direção comunitária da coletividade, não se circunscrevem, entretanto, à condição de assinalar objetivos abstratos e gerais ao Estado.

Com efeito, é possível vislumbrar normas programáticas instituidoras de direitos fundamentais a partir da compreensão constitucionalmente adequada de dispositivos constitucionais, como é o caso do art. 7º, inciso IV, do texto constitucional¹²⁸ que, ao tratar do

¹²⁵ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹²⁶ Art. 3º - Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem discriminação de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais. Cabe à República remover os obstáculos de ordem social e econômica que limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do País.

¹²⁷ Art. 9º. [...]. 2. Corresponde aos poderes públicos promover as condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos em que esteja integrado sejam reais e efetivas; remover os obstáculos que impeçam ou dificultem sua plenitude e facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social.

¹²⁸ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]. IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

salário mínimo, estabelece que deverá ser bastante para atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família. Logo, a Constituição Federal além de estabelecer o direito ao salário mínimo, confere-lhe uma linha diretiva que o associa intrinsecamente à persecução do objetivo assinalado de que seja suficiente para atendimento das necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família. Nesse caso, o caráter programático da norma é inferido interpretativamente do próprio dispositivo constitucional.

Mesmo assim, não parece estar esgotado o feixe de relações entre normas programáticas e texto constitucional. Embora haja grande resistência doutrinária à manutenção desta categoria, mais pelo peso do seu nome e pela carga de ineficácia que carrega, deve ser preservada a partir da apreensão de relação de mútua implicação entre as normas programáticas e os princípios constitucionais. Se outrora afirmado que as normas programáticas são princípios, pode-se constatar que há em cada princípio uma dimensão de programa. O programa de cada princípio é, justamente, a realização do ideal para que apontam finalisticamente, tratando-se de um programa vinculante pelo seu caráter *prima facie*.

Desse modo, todos os direitos fundamentais, na medida em que se caracterizam, *a priori*, como princípios, encerram uma dimensão programática ao modo das típicas normas programáticas, posto que vinculam o Estado à promoção do dever de otimizar a tutela constitucional a que se referem, o que significa o direcionamento de um programa de sempre ultrapassar o estágio atual de efetivação de determinado direito. Em razão disso Rafael de Asís (2000, p. 69), imputando à caracterização dos direitos fundamentais como limites encerra vários paradoxos, observa que não demandam apenas abstenções, exigindo atuações positivas.

Esse caráter positivo, que é comum a todos os direitos fundamentais, é reforçado pela dimensão programática que possuem, pois visa a expandir o atendimento dos deveres prestacionais necessários a assegurar as liberdades, os direitos políticos, os direitos sociais e os direitos coletivos.

Os direitos fundamentais como princípios e como programa visam, como um todo, pelo sistema de direitos fundamentais, à transformação da realidade, exigindo que o Estado, progressivamente, assegure maior âmbito de liberdade, de igualdade e de solidariedade. Assim, são normas que trazem consigo o desiderato de serem cada vez mais implementadas, ultrapassando ao estágio concreto e presente de atuação de si mesmas, o que consubstancia um programa, ainda que o objetivo assinalado seja interno ao próprio direito. A liberdade de expressão nunca basta a si tal como exercida em dado momento histórico, pois sempre visará a ultrapassar aquele estágio, ampliando as condições que ensejem cada vez

mais o seu livre exercício, o que pode ser estendido a qualquer outro direito.

Tal aspecto é importante para o direito fundamental ao máximo existencial, porquanto além de ser exprimir ele próprio um programa vinculante – como os demais direitos fundamentais – o caráter programático que portam os direitos fundamentais é mais um fundamento para a sua afirmação na medida em que denota o dever do poder público enviaar, continuamente, os esforços no sentido de promover a ultrapassagem do estágio de realização alcançado no presente.

George Kent (2005, p. 87) corrobora o que se vem de afirmar ao defende que direitos sempre implicam objetivos, embora objetivos nem sempre estejam associados a direitos. O objetivo indica uma direção da ação e os direitos humanos devem ser entendidos como expressões de objetivos globais de justiça.

Ademais, é pela via da dimensão programática que é possível associar os direitos fundamentais às utopias jurídicas, pois cada programa exprime sempre um projeto finalisticamente orientado à melhoria daquilo a que se refere e, conseqüentemente, contém uma crítica continuamente atualizada das condições de vida existentes. A utopia é traço ineliminável dos direitos humanos e fundamentais, sendo responsável por inspirar revoltas, revoluções e insurreições sob o sonho de que aquele distante projeto poderia, algum dia, ser realizado.

Essa é a pretendida refundação das normas programáticas, exaltando o seu caráter utópico e associando-as a todos os direitos fundamentais – e não apenas àqueles em si mesmos programáticos, reconhecendo-lhe a natureza normativa de princípio, com as potencialidades e ônus decorrentes.

Assentado o caráter programático e afastado o preconceito arbitrário em torno de serem os direitos sociais programáticos – não só eles, mas todos, abrigando um programa efetivamente vinculante –, cabe adentrar especificamente na compreensão das normas de direitos fundamentais como princípios e como regras, ou seja, como mandado de otimização e razões *prima facie* ou como mandados e razões definitivos, ou, ainda, como princípios e regras.

Os direitos fundamentais apresentam-se, inicialmente e *a priori*, com natureza normativa principiológica, consubstanciando mandados de otimização. Enquanto tais, devem ser efetivados na maior medida possível tendo em vista as condições fáticas e jurídicas existentes. Uma vez conformado determinado direito fundamental a tais possibilidades e vindo a prevalecer sobre outros direitos eventualmente em colisão, de acordo com as condições de precedência que sejam identificadas e conforme a lei da ponderação, chega-se

ao direito definitivo.

Assim, os direitos fundamentais comportam a dupla dimensão de princípios e regras, pois são direitos *prima facie* que tendem a se tornar direitos definitivos, só não ocorrendo se outro direito vier a prevalecer, afastando-o.

Sempre ao ser concretizado o direito fundamental transita de princípio à regra, propiciando a sua determinação conforme o caso concreto e aos demais em que persistam aquelas condições de precedência.

Em se tratando de direito fundamental ainda *prima facie*, o seu conteúdo material é composto por todas as condutas, estados e posições subjetivas de vantagem advindas dos deveres correlatos que lhe possam ser atribuídos, além de suas condições de precedência. Enquanto *prima facie*, os direitos fundamentais têm um caráter manifestamente expansivo e agregador, visando a estender indefinidamente a tutela que lhe é pertinente em favor da pessoa humana. A concretização vai conter tal amplitude e implica, em verdade, uma restrição; as restrições a direitos fundamentais, embora inexoráveis, justificam-se apenas na medida em que sejam razoáveis e proporcionais.

Logo, nem sempre a conduta ou o estado que compõe o conteúdo material amplo do direito vem a ser concretizada em dado caso, pois poderá sofrer uma restrição que o afaste. Toda restrição representa uma intervenção do poder público, quer seja proveniente de lei, quer seja oriunda de decisão judicial. Nesse sentido, cabe observar, com Alexy (2008b, p. 281) que

Princípios de direitos fundamentais exigem a proteção mais abrangente possível dos bens protegidos, como, por exemplo, a proteção mais ampla possível da liberdade geral de ação, da integridade física ou da competência para alienar a propriedade. Por isso, uma restrição a um bem protegido é sempre também uma restrição a uma posição *prima facie* garantida por um princípio de direito fundamental.

Desse modo, considera Alexy que restrições a direitos fundamentais são normas que limitam uma posição *prima facie* de direito fundamental, dependendo da existência de razões condicionantes oriundas das limitações fáticas ou da prevalência de outro princípio. Para tanto, pouco importa se o texto constitucional estabelece, ele próprio, restrições¹²⁹, ou se defere à lei a sua estipulação de forma ampla¹³⁰ ou, ainda, se o faz de forma específica e qualificada¹³¹. Tais restrições, ainda que constitucionalmente previstas, podem ser superadas pela pressão expansiva do direito *prima facie* caso não subsista fundamentação que respalde a

¹²⁹ Como é o caso da liberdade de reunião, prevista no art. 5º, inciso XVI, da Constituição Federal, que é expressamente condicionada à prévia comunicação à ao poder público.

¹³⁰ Como a assistência religiosa, constante do art. 5º, inciso VII, da Constituição Federal.

¹³¹ É o caso da liberdade de profissão, consagrada pelo art. 5º, inciso XIII, do texto constitucional.

restrição.

A título de ilustração cabe recorrer à liberdade de reunião. Mesmo a Constituição Federal exigindo o prévio aviso à autoridade competente, a ocorrência espontânea e instantânea de manifestação popular em local aberto ao público por fato repentino que gere comoção e cujo ajuntamento de pessoas não traga substancial prejuízo ao exercício de outros direitos fundamentais desautoriza a dissolução da reunião apenas por não ter sido comunicada.

Desse modo, podem existir restrições que não sejam previstas pelas constituições e pelas leis, como restrições previstas podem ser afastadas a depender da conformação do caso concreto.

E cada restrição é uma intervenção no conteúdo material ou no âmbito de proteção do direito¹³², tal como considera Alexy (2008b, p. 302-307) e, seguindo o mesmo entendimento, Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 70-74) e de Martin Borowski (2003, p. 66-70), o que importa na adoção da teoria externa dos limites aos direitos fundamentais (ALEXY, 2008b, p. 208), pressupondo a concepção do suporte fático amplo¹³³, doravante denominado conteúdo material amplo¹³⁴.

¹³² Pieroth e Schlink (2008, p. 65) consideram como sinônimas as expressões ingerência, limite, limitação, restrição, afetação, redução e delimitação. Como será ressaltado adiante, grasse divergência ao menos quanto à equiparação de delimitação, limitação e restrição diante do modelo teórico desenvolvido pela teoria interna. Já quanto às noções de conformação e concretiza, considera que não podem ser equiparadas às anteriores, pois designam a situação em que os direitos fundamentais permanecem com o âmbito de proteção intacto. Distinguem, ainda, a noção de regulação, que seria quando o legislador detalha o direito, sendo-lhe vedado reduzir a sua esfera de proteção (PIEROTH; SCHLINK, 2008, p. 67-68).

¹³³ A teoria externa é a pressuposta pela compreensão das normas de direitos fundamentais como princípios e, conseqüentemente, a ela subjaz a adoção do suporte fático amplo, ou conteúdo material amplo, o que também é defendido e constatado por Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 139). Diversamente, a teoria interna baseia-se no entendimento de direitos fundamentais como regras, visando a conferir-lhes proteção absoluta e relacionando-se ao conteúdo material restrito.

¹³⁴ A pertinência da expressão suporte fático é questionável. Com efeito, embora assentado na doutrina, até por conduto da obra de Pontes de Miranda, a expressão recebeu ressalvas da doutrina, notadamente no âmbito do direito tributário, à vista da sua imprecisão e da possível confusão com a ocorrência no mundo fenomênico e a respectiva prescrição jurídica. Daí o porquê de Geraldo Ataliba (1998) introduzir a expressão “hipótese de incidência”. Esta expressão é inviável para designar o que os autores que adotam a teoria externa denominam como suporte fático amplo, pois a referência à hipótese leva a se pressupor uma estrutura hipotético-condicionante típica das regras. Observe-se que Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 74) o concebe como “[...] os elementos que, quando preenchidos, dão ensejo à realização do preceito da norma de direito fundamental”. Depreende-se, então, outro problema, que ultrapassa os contornos de uma simples questão terminológica. A adoção da concepção da existência de um suporte fático por ser entendida como representativa da internalização da separação positivista entre norma e fato. Como visto, a reflexão hermenêutica pertinente descortinar a unidade fundamental entre compreensão, interpretação e aplicação. Rejeita-se, portanto, qualquer perspectiva que defenda a ocorrência de enquadramento dos fatos à norma, conforme o modelo de subsunção. Em razão disso, a utilização da expressão eventual de “suporte fático” neste estudo deve ser compreendida como referente ao conteúdo material do direito, envolvendo a interação entre as condutas, posições, deveres e respectivo bem jurídico, como a dimensão fática a ela referida, que é construída interpretativamente a partir do texto em cotejo com a realidade. Desse modo, suporte fático amplo ou conteúdo material amplo remete a todas as condutas,

Para Alexy, a teoria externa se sustenta na existência do direito em si sem qualquer limite, e do direito restringido e limitado, ou seja, há o direito *prima facie* e o direito definitivo. O direito *prima facie* tem caráter principiológico e o definitivo tem estrutura normativa de regra, pois já firmada a sua concreta possibilidade de aplicação em determinado caso mediante a observância da lei do sopesamento. O direito *prima facie* decorre da adoção do conteúdo material amplo, que “[...] inclui no âmbito de proteção de cada princípio de direito fundamental tudo aquilo que milite em favor de sua proteção” (ALEXY, 2008b, p. 322), sujeito às intervenções que são restrições externas ao próprio direito¹³⁵.

O conteúdo material amplo remete, por sua vez, à intervenção que pode ser sofrida e é externa ao próprio direito. Já a teoria interna¹³⁶ advoga que o direito desde sempre está relacionado com determinado conteúdo e, nesse sentido, pressupõe o conteúdo material (ou suporte fático) restrito, posto configurado com todas as potenciais restrições. O direito é tal enquanto limitado.

Nesse sentido, Borowski afirma que a teoria externa defende a existência de dois objetos jurídicos distintos, que são o direito *prima facie* e, como tal, ainda ilimitado, e a intervenção do Estado expressiva da restrição ao direito. A associação de ambos conduz ao direito definitivo e limitado. A tais elementos Virgílio Afonso agrega a fundamentação constitucional da intervenção, sem a qual esta não se justifica. Já a teoria interna remete à visão de que desde o início já existe o direito com todas as limitações que lhe são inerentes, não havendo direito para além deste conteúdo.

Nesse passo, cabe esclarecer a necessidade de adequação de tais categorias à reflexão hermenêutica adotada como pressuposto. Não devem ser concebidas as esferas da interpretação e da aplicação como distintas e nem a norma. Em razão disso, há ressalvas postas ao modelo explicativo de Alexy (2008b, p. 308) que conduz à perquirição da adequação das circunstâncias do caso concreto ao suporte fático do direito e de sua respectiva restrição, bem típico ao modelo positivista da estrutura da norma jurídica. A única distinção com relação ao modelo positivista é que, neste caso, por se tratarem de direitos que portam natureza principiológica, o conteúdo material – por ser amplo – estaria sempre em aberto, da mesma forma que a intervenção restritiva. Apesar disso, pode-se antever que a estrutura

deveres, posições subjetivas e expressões do bem jurídico tutelado em conexão com as situações que já compõem os preconceitos acerca da aplicação do direito.

¹³⁵ Embora Alexy, recorrendo ao cotejo do suporte fático amplo e do suporte fático estrito, associa ao primeiro a cláusula de restrição e, por essa via, a admissibilidade da intervenção.

¹³⁶ As teorias interna e externa se originaram da querela acerca da reflexão sobre o abuso de direito, como aponta Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 127-128).

assinalada por Alexy e adotada pelos demais autores representa a tentativa de aproximar o princípio da estrutura hipotético-condicionante ao relacioná-lo com a noção de suporte fático.

Logo, tentando adequar à reflexão hermenêutica as categorias desenvolvidas pela doutrina, independentemente de se adotar a teoria externa ou a teoria interna, a operação atinente à identificação das condições de aplicação de determinado direito é realizada conjuntamente com sua aplicação, tornando possível formar uma *tradição* de sentido em torno daquele direito que compõem o horizonte hermenêutico necessário para afirmação do seu conteúdo material.

Desse modo, e retornando à questão suscitada, firma-se o entendimento de que a teoria externa pressupõe a concepção de conteúdo material amplo, com os limites sendo externos ao próprio direito, e o direito *prima facie* portando, por isso, um caráter expansivo; a teoria interna, por sua vez, remete ao suporte fático restrito.

A teoria interna é defendida de formas variadas e sempre bem fundadas, encontrando assento na doutrina de Häberle (2003b, p. 52-56) ao desenvolver a sua teoria institucional¹³⁷. Segundo ele, os limites admissíveis aos direitos são aqueles conforme a sua essência, servindo-se, inclusive, da ponderação para identificá-los, defendendo que se deve afastar toda reminiscência da ideia de que os limites provêm de fora, compondo, desde sempre, o conteúdo do direito. Sustenta a necessidade de atualização do conteúdo do direito limitado, afastando as críticas de conservadorismo quanto à concepção de conteúdo material restrito, que são apontadas por Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 95-96).

A doutrina é seguida por Martínez-Pujalte (1997, p. 48-50), para quem a grande questão hermenêutica é a determinação do âmbito juridicamente tutelado, que é composto pelos limites internos e imanentes que os direitos fundamentais apresentam e que decorrem da sua própria natureza. Assim, os direitos fundamentais seriam absolutos, porque ilimitáveis, mas não ilimitados. São concebidos como já limitados e, já limitados, não se sujeitam a qualquer outra restrição. Por isso, uma vez conformado o seu conteúdo material, são ilimitados por não poderem sofrer mais qualquer intervenção.

Müller (2007) também adota a teoria interna, da mesma forma que Jorge Reis Novais (2003, p. 309-313), que destaca a crítica suscitada contra a teoria externa, tida como fundada numa concepção anacrônica da liberdade como negativa, individualista, liberal e

¹³⁷ Embora com matizes próprias, Häberle chega parte dos mesmos pressupostos e chega às mesmas conclusões da teoria interna, seguindo caminhos e fundamentos distintos. Assim, nada mais seria do que uma especificação burilada das variantes de uma teoria interna, como reconhece Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 137).

subjetiva, registrando que a teoria interna se funda numa relação de imanência entre conteúdo e limites, de modo que todos os limites são internos e inseparáveis para com a lei conformadora e a lei delimitadora. Assim, a diferenciação entre direito *prima facie* e direito definitivo perde o sentido (NOVAIS, 2003, p. 315), sendo qualificada como âmbito de proteção e âmbito de garantia efetivo.

O principal problema que desautoriza a adesão à teoria interna é a exclusão apriorísticas de condutas, sentidos e posições subjetivas, como deveres correlatos, que poderiam compor o conteúdo material do direito. Como afirmado, podem haver restrições expressas pela própria constituição que venham a ser afastadas por não subsistirem as razões que as embasam, como podem surgir inumeráveis restrições em razões das possível conexões e soluções de colisões entre direitos fundamentais em suas respectivas dimensões *prima facie*.

Diante de tal controvérsia e de acordo com as premissas firmadas, a teoria externa é a mais adequada com a concepção principiológica dos direitos fundamentais¹³⁸, reconhecendo que o conteúdo material é, necessariamente, aberto, sendo a ele referidos tanto as posições subjetivas, os deveres correlatos e as condições de precedência.

Outrossim, a rejeição da teoria interna também se legitima pela impossibilidade de conteúdos que sejam extraídos da essência dos direitos, como pelo risco efetivo de poder lesar à exclusão do espectro de tutela de determinado direito condutas que estivessem por ele abrigadas.

Diante disso, adota-se a teoria externa, com os temperamentos sugeridos, com a defesa do conteúdo material amplo e aberto, expansivo, e rejeitando-se a teoria interna, para a qual os direitos fundamentais já são conformados com suas próprias restrições, que são imanescentes, relacionando-se com a defesa de um conteúdo material restrito.

A adoção da teoria externa poderia levar à conclusão de que haveria maior extensão para a previsão pelo legislador de restrições aos direitos, o que é um equívoco, pois os limites estabelecidos pela lei devem ser justificados e fundamentados, ou seja, razoáveis proporcionais. Assim, toda lei é restritiva e demanda uma ponderação do legislador, que ao editá-la, antecipa a solução de uma colisão, evitando que o juiz a resolva.

A lei será sempre restritiva tendo em vista o cotejo do direito *prima facie* com o

¹³⁸ É o que conclui Alexy (2008b, p. 278) ao salientar que a opção pela teoria interna ou pela teoria externa implica no posicionamento sobre a concepção atinente às normas de direitos fundamentais como regras ou como princípios. Este também é o entendimento de Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 138),

direito *definitivo*, ou o conteúdo material abstratamente considerado e o que será concretizado. Isso se dá porque, como assinalado, o caráter *prima facie* envolve um conteúdo material amplo, abrigando todas as condutas, deveres e posições subjetivas de vantagens, além das potenciais condições de precedência, que lhe sejam referidas. Logo, é ilimitado e expansivo. Qualquer lei que vier a tratar desse direito estará limitando-o e tornando-o definitivo, pois excluía condutas, deveres e condições que sejam tidas como desarrazoadas ou desproporcionais.

Ainda que a lei pretenda apenas regular o direito, não o restringindo expressamente, ao regulá-lo e especificá-lo estará sujeitando-o a restrições quanto a sua amplitude, exercício e extensão *prima facie*, que serão contidas e limitadas¹³⁹.

A teoria interna levaria a resultado distinto. Como se constata com Häberle (2003b, p. 168-171), o legislador tem duas funções distintas com relação aos direitos fundamentais, que são as de limitação e de conformação. Afirma o constitucionalista alemão que o texto das disposições sobre direitos fundamentais deixa patente a necessidade de que necessitam de limitação e de conformação e precisão do conteúdo, asseverando que

As garantias dos direitos fundamentais têm, por isso, um duplo conteúdo. De um lado, implicam a proibição de ofender o direito fundamental – enquanto que são limites para o legislador –; por outro lado, contêm mandado dirigido ao legislador de conformar cada direito fundamental em particular – no que são objetivo da legislação, conferem um encargo jurídico-constitucional para o legislador¹⁴⁰.

Assim, a doutrina que adota a teoria interna sustenta que dois tipos de atuação o legislador poderá ter diante do direito fundamental. A lei que tratar de um direito poderá tanto limitá-lo quanto configurá-lo ou delimitá-lo.

Nesse sentido, Juan Carlos Gavara de Cara (1994, p. 159-161), ao defender que as leis têm a função de desenvolvimento dos direitos fundamentais, acentua que dela podem-se originar leis instituindo limites e leis configurando-os.

Também Martínez-Pujalte (1997, p. 38) sustenta a necessária distinção entre as funções de limitar e regular os direitos, fulcrando-a na dicção do art. 53.1 da Constituição espanhola e considerando esta última como mais ampla do que a limitação.

¹³⁹ Martin Borowski (2003, p. 96-97) repete quase impossível que uma configuração de direito fundamental realizada por lei não implique em restrição, ao que adere Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 100-102).

¹⁴⁰ Em tradução livre. No original, “Las garantías de los derechos fundamentales tienen, por ello, doble contenido. De un lado, implican la prohibición de lesionar el derecho fundamental – en cuanto que son límites para el legislador –; por otro lado, contienen el mandado dirigido al legislador de conformar cada derecho fundamental en particular – en tanto son objeto de la legislación, contienen un encargo jurídico-constitucional para el legislador.

Pode-se concluir, portanto, que a única aptidão da lei com relação aos direitos fundamentais, em se tratando da teoria externa, é limitá-los, não dependendo, para tanto, de expressa autorização constitucional; de outra parte, a teoria interna confere a lei o desenvolvimento de direitos fundamentais, quer para limitá-los, quer para configurá-los, regulá-los, disciplinar o seu exercício¹⁴¹.

Da distinta posição da lei com relação aos direitos fundamentais pode ser compreendida a aludida carência de reflexão atinente a sua necessária função ampliativa. De acordo com os referenciais da teoria externa, jamais poderia qualquer lei ampliar o conteúdo de um direito, pois a sua dimensão máxima e expansiva compõem o seu conteúdo material amplo enquanto direito fundamental *prima facie*. Ao ser regulado, necessariamente comportará menor conteúdo material, pelo que não se poderia, adequadamente, sustentar a função ampliativa, e não apenas restritiva, da lei quanto aos direitos fundamentais.

Ademais, diversamente da limitação, que não é imposta, a função ampliativa dos direitos pela lei corresponde ao exercício de um dever constitucional proveniente, justamente, do direito fundamental ao máximo existencial. A circunstância da limitação não ser imposta não significa que não seja necessária, mas que pode ser procedida casuisticamente pelo juiz quando da solução dos conflitos que se submetam a julgamento. A função de ampliação, diversamente, é dever constitucional cujo desatendimento consubstancia inconstitucionalidade por omissão total ou parcial.

Em tais condições, a adesão à teoria externa levaria à inconsistência quanto ao direito fundamental ao máximo existencial, pois não é possível sustentar o dever do legislador ampliar o nível de proteção do direito fundamental, posto que toda lei sempre é restritiva de direito e não ampliativa.

Ora, como sustentar a ampliação dos níveis de prestação dos direitos fundamentais para além do mínimo se, em verdade, as leis sempre impõem restrições e apenas restrições. O conteúdo essencial, a proporcionalidade e a proibição de excesso se justificam exatamente na medida em que servem à contenção da função restritiva pertinente à lei. A categoria da ampliação legislativa de direitos seria impertinente, pois o direito já comporta,

¹⁴¹ Pelo que parece, mesmo sem o saber, a doutrina que defende a necessária disciplina infraconstitucional para o exercício de determinado direito, como os que sustentam a existência de normas constitucionais de eficácia limitada (SILVA, 2000) adotam a teoria interna. Não obstante isso, sendo possível entender que especificar e precisar o conteúdo consubstanciam, também, restrições e que tais condições são, no mais das vezes, exigências para o exercício de alguns direitos, pode a teoria externa abrigar as exigências relativas à disciplina infraconstitucional de direitos fundamentais que condicionam a sua eficácia. Como já assinalado, tais categorias atinentes à eficácia das normas constitucionais não são mais compatíveis com os quadrantes atuais do constitucionalismo.

em sua dimensão *prima facie*, todas as condutas, os deveres correlatos e posições subjetivas de vantagem; não depende da lei para tanto. Em se tratando da teoria interna, esta função seria desempenhada pela lei de configuração ou de delimitação.

Não obstante disso, embora seja deveras importante o reconhecimento do direito fundamental *prima facie*, habilitando a realização da ponderação e exigindo a reflexão sobre as razões que fundamentam a restrição de um determinado direito, a efetividade exige que o direito se projete sobre a realidade com um âmbito de proteção cada vez mais extenso.

Desse modo, é preciso ter uma perspectiva distinta quanto à efetividade dos direitos fundamentais que não a restrita à relação entre direito *prima facie* e direito definitivo, cuja passagem se dá a partir das condições fáticas e jurídicas que delimitam sua aplicação.

Assim, a afirmação do direito fundamental ao máximo existencial se projeta mediante e exigência de ampliação, contínua, progressiva, gradual e processual dos níveis de prestação dos direitos fundamentais a partir da caracterização do direito definitivo e não tomando-o na sua conformação *prima facie*.

Com efeito, concerne ao que é, em dado momento, efetivamente garantido, exigindo a expansão no curso do tempo, do âmbito de proteção concretamente existente dos direitos enquanto direitos definitivos. Em se tratando das limitações fáticas, a condição dos direitos serem, *a priori*, mandados de otimização e possuírem dimensão programática exige que haja uma progressiva aproximação entre os conteúdos materiais *prima facie* e definitivo, ou seja, da progressiva correspondência entre posições subjetivas de vantagem e deveres correlatos pertinentes ao direito *prima facie* e ao direito definitivo.

A satisfação suficiente do nível de prestação dos direitos é vista, então, apenas a partir do cotejo entre o âmbito de proteção em abstrato e o âmbito de proteção em concreto.

Essa compreensão, que visa a estabelecer a relação entre estágios de realização de um mesmo direito em sua feição definitiva ao largo do tempo – o que é exigido pelo caráter gradual e processual de efetivação dos direitos fundamentais – permite alterar a compreensão da função do legislador com relação aos direitos fundamentais.

Se, no que respeita ao direito *prima facie*, a lei sempre vai corresponder à imposição de restrições, como explicitado, assim não será com relação aos direitos definitivos tendo em vista a análise da evolução dos níveis de prestação. Tendo em vista essa relação temporal de cotejo e impositiva ampliação do âmbito de proteção concreto dos direitos fundamentais enquanto direitos definitivos, vislumbra-se que cabe ao legislador, efetivamente, proceder ao desenvolvimento dos direitos fundamentais definitivos.

Em síntese, o direito fundamental ao máximo existencial conduz a que os níveis

de prestação sejam ampliados tendo em vista a conformação progressiva dos direitos fundamentais definitivos, exigindo a ampliação do seu âmbito de proteção.

Observe-se que esta perspectiva já é reconhecida quando se trata da defesa da proibição de retrocesso social, só que neste caso para assegurar que o âmbito de proteção concreto, concernente aos níveis de prestação já garantidos, não sejam reduzidos; ao se propor o direito fundamental ao máximo existencial altera-se o sentido da pressão normativa que, ao invés de consubstanciar uma proteção de resistência ao quanto já implementado, consubstancia uma pressão normativa de projeção ampliativa desses níveis de prestação.

Desse modo, é possível conceber que a lei possui a função de desenvolvimento dos direitos fundamentais, entendida não no sentido proposto por Gavara de Cara (1994, p. 182) que restringe à configuração como concretização e a por em prática os direitos, que implicaria um reforço pela especificação do seu conteúdo, sem o que não careceriam de significado constitucional.

Defende-se, ao invés, uma compreensão da lei, quer isoladamente, quer no âmbito de políticas públicas, como responsável por viabilizar a ampliação da proteção efetiva, do âmbito de proteção concreto, dos direitos fundamentais através da extensão dos níveis essenciais de prestação¹⁴².

Logo, há a ampliação dos níveis essenciais de prestação quando estendida a proteção real e efetiva prevista legalmente a situações, condutas e deveres – ou extensão dos deveres – até então não abarcadas. Projeta a ampliação sobre todos os deveres positivos e, indiretamente, também dos deveres negativos, pois o direito fundamental ao máximo existencial relaciona-se com estes de forma indireta. A extensão contínua das prestações reforça os deveres negativos e, por essa via, viabilizam, também, a efetividade das posições subjetivas de vantagem respectivas.

Há a extensão do âmbito de proteção concreto dos direitos definitivos com o enriquecimento do seu conteúdo material definitivo pelo reforço e alargamento dos deveres positivos mediante a agregação de outros deveres ou pela extensão dos já efetivamente assegurados, conferindo novas ou mais amplas posições subjetivas de vantagem.

A título de ilustração, cabe expor proposições que demonstram o alargamento do âmbito de proteção efetivo de determinados direitos a partir da ampliação dos níveis de prestação, recorrendo, novamente, à liberdade de reunião, ao direito ao voto e ao direito à

¹⁴² Nesse passo ganha contornos a compreensão do que sejam os níveis essenciais de prestação, que será objeto de detida explicação.

moradia.

Pode-se considerar que há o alargamento do âmbito de proteção efetivo da liberdade de reunião pela ampliação de qualquer dos deveres positivos correlativos, entendida como reconhecimento de novos deveres ou extensão dos já existentes. Assim, a previsão da realização de audiências públicas como condição para determinadas deliberações do poder público é fator de alargamento da promoção da liberdade de reunião ao ensejar mais motivação para a mobilização em manifestações públicas, como também a mais intensa subvenção do Estado quanto a espetáculos artísticos, culturais e desportivos, em torno dos quais se dá a reunião¹⁴³.

Da mesma forma, a extensão dos deveres positivos relativos mais especificamente a outros direitos podem repercutir no âmbito de proteção efetivo da liberdade de reunião – o que se justifica pela já afirmada indivisibilidade dos direitos fundamentais. Seria o caso, por exemplo, do aumento pelo Estado do acesso às informações públicas aos cidadãos. Se a prestação dessas informações corresponde ao dever positivo de satisfação quanto à liberdade de informação, consubstancia dever de promoção quanto à liberdade de reunião, pois a maior transparência do poder público é elemento de estímulo e fomento para manifestações públicas que, de outro modo, sem o acesso a tais informações, não ocorreria, relacionando-se a outros objetivos.

Também quanto ao direito ao voto é possível identificar a relevância do alargamento do âmbito de proteção efetivo pela ampliação dos níveis de prestação. Foi o que ocorreu quando a Constituição Federal estendeu aos analfabetos o direito ao voto. Tratou-se do aumento do nível de prestação do dever de promoção quanto ao direito ao voto na medida em que foi retirada a vedação para o seu exercício pelos analfabetos. A supressão de vedações ao exercício de um direito também equivale a deveres de promoção.

Além disso, a implementação dos meios de democracia digital, com a possibilidade de consulta e deliberação pelas vias de comunicação eletrônica, correspondem a prestações materiais do poder público relacionadas ao dever de promoção pela facilitação do exercício do voto, independentemente da localidade em que se encontre. Outra medida, relacionada ao dever de garantia, seria a ampliação da Justiça Eleitoral para zonas distantes do país. Todos esses exemplos ilustram como é possível, mediante lei ou prestações materiais – que em boa parte dependem de lei diante da estrita vinculação da administração pública à

¹⁴³ Cabe recordar que não se restringe a liberdade de reunião a manifestações de cunho político e reivindicatório, abrangendo também objetivos culturais, desportivos, artísticos, religiosos e culturais.

legalidade – o alargamento do conteúdo efetivo de proteção de um direito político, entendido como direito definitivo.

A mesma possibilidade ocorre quanto aos direitos sociais. Em se tratando de direito à moradia, a ampliação dos programas de construção de casa própria para aquisição subsidiada exprime o alargamento do âmbito de proteção pela ampliação do respectivo nível de prestação. Assim também medidas como aluguel subsidiado, ampliação do controle da função social da propriedade urbana, medidas que estimulem a locação de imóveis para fins residenciais, equivalem ao desenvolvimento do direito à moradia para contemplar ações, condutas, medidas, e deveres que até então não eram abarcados.

Desse modo, vislumbra-se que, nesta perspectiva, essencial para a compreensão da impositiva gradualidade e progressividade dos níveis de prestação dos direitos fundamentais, a lei não apenas restringe direitos, estando apta a promover o desenvolvimento da sua normatividade pela agregação específica de conteúdos até então não abrigados pela conformação definitiva.

Além das situações que ilustraram a caracterização da ampliação dos níveis essenciais de prestação, vários outros podem ser dados. O aumento do prazo de licença maternidade dos cento e vinte dias previstos pelo art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal para cento e oitenta dias, na forma da Lei nº 11.770/2008, que instituiu o Programa Empresa Cidadã, conferindo benefícios fiscais aos empregadores que aderirem ao programa e concederem a prorrogação do prazo da licença originária por mais sessenta dias. Constitui-se em medida que se relaciona com o dever de promoção correlato ao aludido direito.

Também importaria em alargamento do âmbito de proteção efetivo a redução da jornada de trabalho, constitucionalmente prevista pelo inciso XIII do art. 7º do texto constitucional em oito horas diárias e quarenta e quatro semanais para quarenta horas semanais, sendo objeto da Proposta de Emenda Constitucional 231/95. Trata-se de prestação normativa destinada a satisfazer de forma mais ampla o direito ao descanso do trabalhador e, ao mesmo tempo, corresponde a medida atinente ao dever de promoção no que se refere ao direito ao trabalho, viabilizando a criação de mais postos de trabalho para suprir a necessidade de serviço com a redução da jornada, havendo evidentes efeitos pecuniários.

Outra medida típica de ampliação é o aumento anual do salário mínimo, exigido pelo art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal, que corresponde a prestação normativa concernente ao dever de proteção, pois a majoração do parâmetro torna ilícitas as condutas que a ele não se adequem.

Verifica-se, pois, que não é incomum que a lei, ou outro ato normativo idôneo,

venha a alargar o âmbito de proteção efetivo de determinado direito. Para tanto, estende as prestações, normativas ou materiais, referentes a algum dos deveres positivos – proteção, promoção, satisfação e garantia – que lhe são correlatos, visando a atingir o nível de prestação suficientemente satisfatório para atendimento das necessidades existenciais e de autonomia. Essa extensão dos níveis de prestação se dá pela contemplação de direitos outros, decorrentes do direito fundamental em questão, ou posições subjetivas de vantagens, deveres correlatos, condutas e sentidos até então não abrigados pelo âmbito de proteção efetivo, embora abrigados pelo direito *prima facie* em razão do conteúdo material amplo.

Pode-se considerar que as leis que se prestam a tal função, ampliativa do âmbito de proteção efetivo de um direito pela extensão dos níveis de prestação, podem ser designadas como leis de desenvolvimento, posto que projetam a normatividade dos direitos fundamentais *prima facie* e, assim, os desenvolvem na realidade, conferindo-lhes reforço.

Aliás, esse caráter de reforço das leis com relação aos direitos fundamentais já foi há tempos destacado em doutrina que não parece ter repercutido o quanto seria devido. Celso Bastos e Carlos Ayres de Britto (1982, p. 70) já defendiam a possibilidade de o legislador disciplinar matérias relativas a direitos consagrados constitucionalmente no sentido de alargar o benefício constitucional conferido ao cidadão, posto que algumas regras constitucionais instituem apenas uma mínima proteção, mesmo exigindo um tratamento mais vantajoso e protetivo em sede infraconstitucional.

Assim, consideram que a legislação infraconstitucional pode promover o reforço ou liberalização do direito, assegurando novas situações subjetivas e ampliando o esquema de proteção fundamental, associando-se a norma constitucional à lei infraconstitucional que lhe confere uma estrutura mais favorável, além do mínimo originário, não ocorrendo integração, mas identidade de conteúdo material (BASTOS; BRITTO, 1982, p. 75). Essas leis seriam relativas à disciplina infraconstitucional de normas constitucionais qualificadas como reforçáveis.

Essa doutrina representa, no plano da qualificação das normas constitucionais e da sua relação com a lei, a aptidão de o legislador promover não apenas restrições, mas ampliações dos níveis de prestação relativos aos direitos fundamentais, o que exige o cotejo temporal dos estágios do âmbito de proteção efetivo de um direito fundamental enquanto direito definitivo.

Saliente-se que em situações de ampliação que envolvam colisões de direitos fundamentais, a ampliação de um direito será acompanhada da restrição do direito colidente, o

que nem ocorre sempre. As prestações relativas aos deveres de satisfação podem acarretar apenas ônus orçamentário ao erário, sem colidir com qualquer outro direito fundamental. Da mesma forma, medidas de promoção que se utilizem da técnica indutiva para estimular ou desestimular condutas relativas a direitos fundamentais – como o mencionado Programa Empresa Cidadã – praticamente não acarretam restrição a direitos, ou a restrição é insignificante.

Mesmo nos casos em que a ampliação acarreta uma restrição de outro direito colidente, para que a medida se legitime deverá haver um enriquecimento global do sistema de direitos fundamentais, à vista da necessária observância da coerência com o nível geral de prestação dos direitos. Além disso, por ser a restrição instrumental ao alargamento do âmbito de proteção efetivo, prevalece a função ampliativa ou de desenvolvimento. É o caso da redução da jornada de trabalho, que limitará mais a livre iniciativa do empregador para visando a ampliar o descanso e promover o direito ao trabalho, aspectos que se superpõem à mera restrição.

Outrossim, nem toda restrição legal ocorre em função da ampliação do nível de prestação relativo a algum dever positivo. Isso só acontece se houver a agregação de novas condutas, posições subjetivas, deveres e sentidos que sejam abrigados em razão da restrição. Se a colisão se situar entre direitos fundamentais e se resolver pela lei com a prevalência de um deles como direito definitivo em consonância com o âmbito de proteção que já lhe era atribuído, não promove a lei, nesse caso, qualquer ampliação.

Diante disso já se antevê a total impertinência do direito fundamental ao mínimo vital, posto que dissonante da dimensão utópica, projetiva e principiológica dos direitos fundamentais, manifestamente incompatível com o *status* jurídico assegurado aos direitos sociais no âmbito do sistema multinível de proteção da pessoa humana. É chegada a hora de se buscar a ultrapassagem da realidade, com a compreensão do dever de desenvolvimento ampliativo dos direitos fundamentais pelos poderes públicos, precipuamente pelo legislador, e da sua extensão aos poderes privados por força da eficácia horizontal que possuem.

A reflexão crítica a partir do direito fundamental ao máximo existencial permite constatar, então, a insuficiência dos paradigmas e bases da teoria dos direitos fundamentais tradicional, como exposto até o momento, mesmo com as contribuições propiciadas pela teoria dos princípios. A preocupação e o foco comum têm sido na concepção dos direitos fundamentais como limites ao poder público e, mais ainda, na contenção das possibilidades de restrição a tais direitos. Os Estados constitucionais europeus, de onde provieram as categorias e a sistematização da teoria dos direitos fundamentais, não enfrentaram as mesmas agruras

pertinentes aos efeitos e consequências da questão social. Para eles não é tão substantiva a desmercantilização das condições existenciais, explicando, sem justificar¹⁴⁴, que deixem a promoção das condições dignas e decentes de vida ao processo político-democrático.

Assim, olvidam a necessária e impositiva busca da direção oposta, voltada à garantia jurídico-constitucional do máximo existencial, habilitador das capacidades humanas. A tanto não podem mais ter desatenção sequer os países europeus à vista do regime jurídico concernente ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e ao imperativo de sua progressiva e gradual realização.

No caso dos Estados latino-americanos, é mais do que imperativo jurídico, consiste em imperativo humanístico, moral e comunitário, juridicizado pela afirmação moral e constitucional do direito fundamental ao máximo existencial.

Ancora-se, ainda, no princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, postulado hermenêutico que se integra ao âmbito do horizonte hermenêutico de que provém o texto constitucional, legitimando-se sobremodo. Com efeito, destacada é a asserção de Luís Roberto Barroso (2004, p. 246) de que a ideia de efetividade traduz a mais notável preocupação do constitucionalismo recente, referindo-se à preferência aos pontos de vista que “[...] levem as normas a obter a máxima eficácia ante as circunstâncias de cada caso”, ao tratar do princípio da efetividade, ganhando foros de autonomia com Manoel Jorge e Silva Neto (1999, p. 36-37).

O constitucionalista baiano, ao reputar que o princípio da máxima efetividade não tem apenas uma relação de correspondência lógica com os direitos, esclarece que “[...] qualquer postura do aplicador que não tome por ponto de partida a concretização da garantia fundamental representa, sem dúvida, não apenas um erro casso para desnudar o conteúdo do preceito constitucional; é um atentado mesmo contra a própria razão ontológica”, razão esta referida à dimensão republicana do Estado Democrático de Direito.

Essa perspectiva conta com a adesão de Carlos Ayres Britto (2003, p. 198), para quem é preciso reconhecer à norma constitucional o máximo de eficácia conforme a sua formulação linguística, sua logicidade, sua história e sua teleogia.

Nesse sentido, o direito fundamental ao máximo existencial impõe, justamente, ao poder público que promova progressiva, contínua e processualmente, da forma explicitada, a ampliação dos níveis essenciais de prestação concernentes aos deveres positivos, a fim de

¹⁴⁴ Em razão da natureza contramajoritária dos direitos fundamentais.

alcançar o referencial da satisfação suficiente das necessidades existenciais e de autonomia para, assim, habilitar o ser humano ao pleno desenvolvimento de suas capacidades, assegurando-lhe a auto-realização e a autonomia.

Nesse passo, coloca-se o problema da existência ou não, e em que medida, do dever do legislador ampliar o nível de prestação atingido quanto a deveres positivos correlatos a determinado direito fundamental. Se os direitos fundamentais são vinculantes, não há liberdade do legislador para dispor ou não sobre a extensão do seu âmbito de proteção efetivo; apesar disso, não se pode negar a discricionariedade ou liberdade de conformação do legislador.

Essa questão será objeto de reflexão no momento oportuno. Não obstante isso, é preciso reconhecer que a estagnação dos níveis de prestação equivale à violação do direito fundamental ao máximo existencial. A ampliação das prestações relativas aos deveres positivos de proteção, promoção, satisfação e garantia é impositiva e pode ocorrer por diversos e diferenciados meios, alguns mais custosos do que outros, outros mais eficientes. A eleição de como implementar a extensão do âmbito de proteção, usualmente, sujeita-se à discricionariedade do legislador, embora potencialmente submetida ao juízo de prognose e, evidentemente, à aferição da correspondência com o referencial da satisfação suficiente.

Dentre várias medidas igualmente admissíveis, todas aptas a desenvolver o direito fundamental em questão, algumas podem ficar a cargo do juízo discricionário do legislador. Novamente a título de ilustração, a instituição de um tipo penal reforçar os deveres negativos concernentes à intimidade pode estar no âmbito da liberdade de conformação caso não se identifique que do dever de proteção advém um dever de criminalizar a conduta. Outra possibilidade, concomitante ou concorrente, seria a criação de um órgão público para monitorar práticas de invasão da intimidade pelas vias virtuais. Outras medidas poderiam ser de adoção obrigatória pelo legislador, por se afigurarem as mais adequadas ao referencial da satisfação suficiente.

Desse modo, quanto ao direito à moradia, é possível a adoção de uma série de medidas para reforçá-lo e ampliá-lo enquanto direito definitivo, como o aumento do número de abrigos populares para os desabrigados. Ou a construção de casas a serem doadas a famílias de baixa renda. Ou, ainda, o aumento das áreas urbanas cujos imóveis só possam ser destinados à finalidade residencial, além de renda concedida para viabilizar aluguel de imóvel. O legislador poderia adotar qualquer dessas quatro medidas, mais de uma ou todas elas para ampliar o direito definitivo à moradia. O problema é se alguma delas seria obrigatória, se é livre para escolhê-la e as consequências de não adotar nenhuma, mantendo-se

inerte, ou adotar a que se revele, posteriormente, ineficiente.

Ainda que tais problemas sejam mais detidamente enfrentados adiante, urge antecipar que o legislador e o poder público não podem se manter inerte diante de situações que demonstrem a necessidade de extensão dos níveis de prestação, sempre a partir do cotejo do real, do necessário e do possível.

Nas hipóteses suscitadas quanto ao direito à moradia¹⁴⁵, seria impositivo o aumento do número de abrigos, pois não a necessidade de dar morada em caráter emergencial é imperativo. Entretanto, como não basta e nem corresponde ao suficientemente satisfatório, dentre as três medidas restantes seria também obrigatório, constituindo a conduta exigida pelo dever de promoção, a concessão da renda para locação de imóvel residencial, por um determinado prazo. É intuitivo que a concessão de renda para locação é medida que atende de forma mais satisfatória as exigências do direito à moradia do que disponibilizar abrigos populares.

Já a definição de áreas na zona urbana como exclusivamente para uso residencial e a construção de moradias para doação a famílias de baixa renda podem consistir em medidas sujeitas, *a priori*, à liberdade de conformação do legislador. E isso, na primeira hipótese, em razão do seu impacto para a comunidade, sendo medida de significativa repercussão no direito fundamental à propriedade. Só ao legislador, a princípio, cabe estimar politicamente a conveniência e oportunidade da medida e a sua adequação tendo em vista o sistema de direitos fundamentais como um todo ou, ao menos, a coerência e o equilíbrio da intensidade de proteção entre os direitos envolvidos.

No segundo caso, o impacto do custo da medida, associada a sua necessária projeção universal e igualitária, a exigir a adoção de critérios pertinentes para os beneficiários, justificaria deixá-la ao livre juízo do legislador. Não apenas em razão da chamada reserva do possível, mas também a necessidade de equilíbrio e coerência com o nível de prestação do sistema de direitos fundamentais e de que sejam fixados critérios para a doação potencialmente isonômicos diante das necessidades constatadas.

Nada impede que o legislador utilize todas as medidas ou agregue a estas outras. Não pode é manter-se inerte e nem conformar-se com a disponibilização de abrigos, que só são suficientemente satisfatórios em condições excepcionais de cataclismos. De qualquer modo, os meios a serem escolhidos, em regra, situam-se na sua liberdade de conformação.

¹⁴⁵ E com as limitações decorrentes da ausência de circunstâncias fáticas precisas e definidas.

A inércia da administração pública e do legislador, ou o desatendimento do referencial de satisfação suficiente podem ensejar o controle jurisdicional que assegure a justiciabilidade dos direitos para além do mínimo vital.

De qualquer sorte, depreende-se a necessidade de adaptação e adequação do paradigma liberal da teoria dos direitos fundamentais para que possa abrigar, em igual *status* jurídico-normativo, os direitos sociais, justificando o desenvolvimento de categorias e elementos instrumentais aptos à promoção da sua efetividade.

Desse modo, vislumbra-se que a natureza normativa dos direitos fundamentais é, precipuamente, principiológica, sendo mandados de otimização que portam uma dimensão programática e, nessa condição, apresentam-se como direitos *prima facie*, com conteúdo material amplo e que têm pretensão de tornar-se regra, ou seja, direitos definitivos.

Sustenta-se a ampliação dos níveis essenciais de prestação quando estendida a proteção real e efetiva prevista legalmente a situações, condutas e deveres – ou extensão dos deveres – até então não abarcadas. Projeta a ampliação sobre todos os deveres positivos e, indiretamente, também dos deveres negativos, pois o direito fundamental ao máximo existencial relaciona-se com estes de forma indireta. A extensão contínua das prestações reforça os deveres negativos e, por essa via, viabilizam, também, a efetividade das posições subjetivas de vantagem respectivas.

Se a teoria dos direitos fundamentais assim caracterizada adota a teoria externa, concebendo sempre a lei como restritiva dos direitos fundamentais, natural que todo o esforço reflexivo se volte para desenvolver categorias aptas a conter excessivos do legislador que possam afetar demasiadamente o conteúdo de um direito.

Diante disso, as noções de proporcionalidade, proibição de excesso e conteúdo essencial são instrumentais que estão predispostos a controlar a atividade legislativa sob a perspectiva restritiva dos direitos fundamentais – única que possui.

Tal aspecto obnubila a mesma necessidade de desenvolvimento de um arsenal teórico e metodológico que sirva como efeito propulsor e projetivo quanto à lei, impedindo a estagnação pela inércia legislativa ou administrativa do estágio, do grau ou da intensidade de implementação dos direitos fundamentais.

Logo, nenhuma das noções assinaladas – proporcionalidade, proibição de excesso e até o conteúdo essencial, entendido como conteúdo mínimo indevassável – pode ser razoavelmente trabalhada, adaptada ou aprimorada para a aferição e o controle da atividade. Em verdade, tem-se que desenvolver novas noções que possam, sob a inflexão e a projeção normativa do direito fundamental ao máximo existencial, proceder ao controle do

desenvolvimento legislativo dos direitos fundamentais, ou seja, da função ampliadora das prestações materiais e normativas decorrentes dos deveres positivos correlatos.

Desse modo, para melhor compreender a inadequação e as condições de afirmação de novas categorias e noções que sirvam como elementos teóricos e metódicos para o controle da ampliação legislativa dos direitos fundamentais, quanto a sua omissão total ou parcial, cabe proceder, inicialmente, à análise das restrições dos direitos relacionadas com a proteção erigida pelo conteúdo essencial.

Após, procede-se à apresentação de noções que serão mais bem delineadas quando perscrutada a consistência e a potencialidade normativa do direito fundamental ao máximo existencial. Diversamente do que ocorre com as restrições, objetiva-se demonstrar ser imprescindível substituir o conteúdo essencial mínimo ou nuclear pelo conteúdo essencial ótimo, ficando aquele restrito à proteção dos direitos diante de leis restritivas. Enquanto o conteúdo essencial mínimo é compreendido a partir da proporcionalidade, o conteúdo essencial ótimo é concebido em consonância com o referencial da satisfação suficiente.

3.4.2 Restrições dos direitos fundamentais e seu conteúdo essencial

As restrições aos direitos fundamentais podem advir tanto de disciplina legal, quanto da solução de litígios pelo judiciário quando envolvam diretamente colisão de direitos fundamentais e, ainda, pela administração pública no seu proceder relativo à consecução do interesse público.

Em quaisquer circunstâncias e independentemente de quais sejam os responsáveis pela restrição a ser imposta¹⁴⁶, os direitos fundamentais não podem ser esvaziados, havendo limites que devem ser observados.

A categoria que enseja a identificação dos limites às restrições impostas aos direitos fundamentais e que se destaca principalmente quando tais restrições são estabelecidas legalmente consiste no conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

¹⁴⁶ As colisões se estabelecem entre direitos fundamentais idênticos, com outros direitos fundamentais ou com bens coletivos, como aponta Alexy (2008a, p. 57-62).

O conteúdo essencial dos direitos fundamentais em face de leis restritivas tem função acentuadamente defensiva, constituindo uma barreira além da qual o legislador não pode intervir, não se legitimando nenhuma intervenção que afete o núcleo do direito, posto que o desvirtuaria ou lhe retiraria toda a potencialidade protetiva, garantista, libertária e emancipatória.

Assim, deduz-se logo a importância da adequada compreensão do que seja o conteúdo essencial para uma teoria dos direitos constitucionalmente adequada, em razão do que não faltam teorias enveredando sobre vários aspectos do que seja e da sua caracterização normativa.

Consiste, ainda, numa garantia aos direitos fundamentais que congrega em torno de si unanimidade e dissonância. Tanto os adeptos da teoria interna como os da teoria externa, já referidos, destacam a relevância do conteúdo essencial na proteção dos direitos fundamentais em razão da competência restritiva do legislador. A dissonância se firma exatamente sobre a sua consistência jurídica e sua significação constitucional no âmbito do sistema de direitos fundamentais.

De qualquer sorte, é uma noção que logrou êxito, sendo imprescindível em face dos riscos provenientes do exercício arbitrário, abusivo e desmesurado da função legislativa em detrimento da proteção constitucionalmente conferida à pessoa humana.

Esse êxito é confirmado pela previsão em várias constituições de regras constitucionais destinadas a conter a extensão da competência do legislador para restringir os direitos, com expressa referência ao conteúdo essencial ou com o recurso a ele de forma implícita.

Assim, o art. 19.2 da Constituição alemã¹⁴⁷, ao disciplinar as restrições aos direitos fundamentais, prevê que jamais serão atingidos em sua essência, ou seu conteúdo essencial. Seguindo a experiência constitucional alemã, a Constituição portuguesa de 1976 consagra o conteúdo essencial como limite à ação legislativa restritiva dos direitos em seu art. 18.3¹⁴⁸, enquanto a Constituição espanhola de 1978 o faz em seu art. 53.1¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Artigo 19. (1) Na medida em que, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental possa ser restringido por lei ou em virtude de lei, essa lei tem de ser genérica e não limitada a um caso particular. Além disso, a lei terá de citar o direito fundamental em questão, indicando o artigo correspondente.

I. Os direitos fundamentais

(2) Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência. (3) Os direitos fundamentais também são válidos para as pessoas jurídicas sediadas no país, conquanto, pela sua essência, sejam aplicáveis às mesmas. (4) Toda pessoa, cujos direitos forem violados pelo poder público, poderá recorrer à via judicial. Se não se justificar outra jurisdição, a via judicial será a dos tribunais ordinários.

¹⁴⁸ Artigo 18.º Força jurídica.

Embora a Constituição brasileira tenha sido muito influenciada pela experiência constitucional desses países, nada dispõe acerca dos limites às leis restritivas de direitos, o que não inibe o seu reconhecimento por se fundar na própria consistência jurídica e normatividade dos direitos fundamentais.

Assim, a ausência de previsão constitucional do conteúdo essencial como garantia de proteção dos direitos fundamentais em nada prejudica a ideia de que o legislador não dispõe de livre trânsito para restringi-los.

Dentre as constituições mais recentes e afinadas com o modelo constitucional adotado pelo constitucionalismo brasileiro, dirigente, emancipatório, cooperativo e virtuoso, situa-se a Constituição Sul-Africana de 1996, que consagra indiretamente a garantia do conteúdo essencial em seu art. 36¹⁵⁰, prestando adesão à respectiva teoria relativa, que o assemelha à proporcionalidade.

Logo, constata-se que o conteúdo essencial participa do horizonte do constitucionalismo instaurado com o pós-guerra, associando-se à percepção de que a lei não representa necessariamente uma garantia dos direitos, distanciando-se da tradição liberal e racionalista que embasava o mito do legislador racional e o exaltava. Com a compreensão de que a função legislativa pode ser exercida de forma arbitrária, desmedida e desarrazoada, projetando-se tais vícios como violações dos direitos fundamentais, operou-se tanto a afirmação das vias difusa e concentrada de controle de constitucionalidade, como o desenvolvimento de garantias destinadas a conter os excessos do poder legislativo, inclusive na restrição que possa impor aos direitos fundamentais. Dentre tais garantias se insere a preservação do conteúdo essencial.

Nesse contexto, é preciso apurar a noção do conteúdo essencial. O seu sentido

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais

¹⁴⁹ Artigo 53.

1. Os direitos e liberdades reconhecidos no Capítulo Segundo do presente Título vinculam a todos os poderes públicos. Só por lei, que em todo caso deverá respeitar seu conteúdo essencial, poderá ser regulado o exercício de tais direitos e liberdades, que se tutelarão de acordo com o previsto no artigo 161, 1, a).

¹⁵⁰ Artículo 36. Limitação dos direitos. 1. Os direitos na Declaração de Direito só podem ser juridicamente limitados quanto a sua aplicação geral na medida em que seja a limitação razoável e justificável no âmbito de uma sociedade aberta e democrática baseada na dignidade humana, igualdade e liberdade, levando em conta todos os fatores relevantes, incluindo a) a natureza do direito; b) a importância do objetivo da limitação; c) a natureza e extensão da limitação; d) a relação entre a limitação e seu objetivo; e e) o meio menos restritivo para realizar o objetivo.

jurídico não deve ser confundido com as propostas teóricas atinentes à afirmação do direito fundamental ao mínimo vital¹⁵¹. Embora o direito ao mínimo vital seja concebido como correspondente às prestações mínimas, ao conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, indispensáveis à subsistência, afigura-se apressada a sua vinculação com o conteúdo essencial. Não obstante isso, Canotilho (s.d., p. 518) parece aderir à equiparação das duas noções ao refletir se os direitos econômicos, sociais e culturais devem assegurar “[...] um *núcleo essencial* como condição do mínimo de existência (núcleo essencial como *standard mínimo*)”. Assim, defende a existência do caráter universal do núcleo básico de direitos sociais, que seriam direitos assegurados a todos, exemplificando com a renda mínima garantida, com as prestações da assistência social básica e com o seguro-desemprego.

As noções não podem ser equiparadas porque o conteúdo essencial consiste na proteção de todo e qualquer direito fundamental em face de restrições a direitos, notadamente as provenientes de leis. Já o direito ao mínimo vital relaciona-se apenas aos direitos sociais, tendo a função, para os seus defensores, de demarcar o âmbito de justiciabilidade, além de afastar a atividade tributária do Estado (TORRES, 2009, p. 35).

Logo, as funções e a amplitude das duas noções são distintas, embora haja uma interpenetração, pois o mínimo vital corresponde parcialmente ao conteúdo essencial, entendido como conteúdo mínimo, dos direitos sociais, definido por Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 205) como tudo aquilo que pode ser realizado na medida das condições fáticas e jurídicas existentes, o que discrepa do sentido desenvolvido pela doutrina que o adota (TORRES, 2009)¹⁵².

De qualquer forma, a assimilação das duas categorias traz o efeito nocivo de evitar a percepção por parte da doutrina de que o conteúdo essencial não pode ser referencial para aferição das condições de justiciabilidade dos direitos sociais e nem como critério para o controle da ampliação dos níveis de prestação quanto aos deveres positivos.

Nesse sentido, reafirma-se que o conteúdo essencial só se presta como defesa e contenção dos direitos fundamentais em face de medidas restritivas, oriundas ou não de leis, o que se estende às categorias que lhe dão apoio e sustentação. E nessa condição, serve apenas com relação à preservação da dimensão negativa dos direitos fundamentais diante de medidas restritivas, que não podem adentrar no respectivo conteúdo essencial.

¹⁵¹ O que é corroborado por Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 204) ao sugerir cautela na associação do conteúdo essencial ao mínimo vital.

¹⁵² Em outros termos, o que Virgílio Afonso da Silva trata como mínimo vital leva à negação do mínimo vital pelos seus adeptos.

Já o controle do alargamento do âmbito de proteção efetivo pela extensão das prestações pertinentes aos deveres positivos não pode se orientar pela noção de conteúdo essencial.

Para a devida compreensão desta distinção fundamental, cabe afastar as associações e aproximações equivocadas feitas pela doutrina quanto às restrições das liberdades e dos direitos sociais.

Com efeito, Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 76-77) admite que o modelo proposto para o suporte fático amplo presta-se para o trato da dimensão negativa das liberdades públicas, ou seja, às posições subjetivas derivadas dos correlatos deveres negativos, passando a refletir se é viável diante dos deveres positivos.

Recorde-se que o suporte fático amplo é composto pelo âmbito de proteção e pela intervenção estatal, justificada pela fundamentação da sua prevalência. O âmbito de proteção, em se tratando das posições subjetivas correlatas aos deveres negativos, refere-se a bens protegidos, que são ações, características, situações ou posições de direito ordinário.

A intervenção, por sua vez, é supraconceito que exprime ações estatais que acarretam embaraço, afetação ou eliminação (ALEXY, 2008b, p. 303). Em outros termos, o âmbito de proteção abriga as condutas, posições, características e sentidos relacionados ao bem jurídico-constitucional resguardado, visando a constituir uma esfera de proteção. O seu conteúdo é sempre concernente ao sujeito de direito. Já a intervenção é uma ação estatal que se projeta sobre qualquer das feições da tutela *prima facie* do respectivo bem jurídico-constitucional.

Apurando a noção, Alexy (2008b, p. 303) afirma as leis de intervenção, formuladas tanto diante do direito *prima facie*, como do direito definitivo. A primeira expressa que “Todas as medidas que sejam intervenções em um bem protegido por um direito fundamental são *prima facie* proibidas pelo direito fundamental”, enquanto a segunda se detém na transição para a condição de direito definitivo, exprimindo que “Todas as medidas que sejam intervenções em um bem protegido por um direito fundamental e que não sejam justificadas por uma restrição, são definitivamente proibidas pelo direito fundamental” (ALEXY, 2008b, p. 306).

Desse modo, o âmbito de proteção demarca a esfera de livre atuação do indivíduo *prima facie*, enquanto a intervenção concerne à ação estatal dirigida a afetar essa esfera. Tais noções são pertinentes apenas com relação aos deveres negativos correlatos a determinado direito fundamental, não sendo prestáveis os esforços para adaptá-las às posições subjetivas correlatas aos deveres positivos.

Se restrições são normas que limitam posições fundamentais *prima facie* decorrentes de um direito fundamental (ALEXY, 2008b, p. 281) e consistem em intervenções no âmbito de proteção do direito *prima facie* mediante adoção de ações estatais *prima facie* proibidas, esse modelo não é propício para as dimensões do direito que exigem deveres positivos. Isso justifica a empreitada de Alexy (2007, p. 66-77) de alterar os termos da ponderação em colisões envolvendo direitos sociais, passando a proteção a ser exigente de prestações estatais e a intervenção a consubstanciar abstenções ou ações estatais insuficientes.

A restrição legítima se daria pela fundamentação da intervenção como resultado da ponderação. A ponderação seria estruturada conforme gradações distintas atribuídas à a) intensidade de proteção relativa à determinada prestação e à b) intensidade da intervenção motivada pela abstenção ou pela insuficiência da prestação, ou seja, “[...] o impacto que tem a omissão da medida de proteção sobre o direito”¹⁵³, recorrendo, então, aos elementos componentes da proporcionalidade.

Do mesmo modo, e prosseguindo na reflexão acerca da pertinência deste modelo, Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 76-78) propõe a sua adaptação aos direitos prestacionais¹⁵⁴ e, especificamente, aos direitos sociais nos moldes de Alexy. O âmbito de proteção composto pelos deveres positivos envolve, naturalmente, ações estatais, quer normativas, quer materiais. Já quanto aos deveres negativos, exige abstenções.

Quanto às intervenções, se com relação à dimensão negativa dos direitos elas expressam ações estatais, no que respeita à dimensão positiva, relacionam-se com omissões estatais. Em outros termos, se uma determinada ação estatal necessária à realização de um dos deveres vinculados à dimensão positiva de um direito fundamental (âmbito de proteção) e se a abstenção ou insuficiência da ação estatal (intervenção) não é fundamentada constitucionalmente em dado caso concreto, não se justifica a restrição, devendo ser cumprido o respectivo dever positivo.

Também Borowski (2003, p. 180-181) tenta adaptar o modelo do suporte fático amplo para fazer face ao problema da dimensão positiva dos direitos fundamentais. Sustenta que é possível identificar um modelo geral para os direitos de prestação, que são direitos restringíveis, como os de defesa, cabendo distinguir o âmbito de proteção (suporte fático) e a

¹⁵³ Em tradução livre. No original, “[...] el impacto que tiene la omisión de la medida de protección sobre el derecho”.

¹⁵⁴ Pela concepção ora adotada, já que todos os direitos são negativos e positivos em razão da opção do supraconceito agregador dos vários deveres fundamentais, melhor seria conceber sua adaptação às posições subjetivas correlatas aos deveres positivos ou à dimensão positiva dos direitos fundamentais.

intervenção (restrição), que só se justifica a partir de uma fundamentação constitucional. Já quanto à aos direitos de prestação, o esquema seria distinto o abaixo explicitado:

[...] se uma ação estatal x representa a realização do objeto da otimização de um princípio que é direito fundamental de prestação, e esta conduta ainda não foi efetivada pelo Estado, então esta omissão se caracteriza como intervenção no âmbito do direito fundamental de prestação¹⁵⁵.

Em síntese, diferentemente do que se dá quanto à dimensão negativa dos direitos fundamentais, em que a restrição importa numa ação estatal sobre o conteúdo material do direito, restringindo o seu âmbito de proteção *prima facie* e conduzindo ao âmbito de proteção efetivo, a dimensão positiva dos direitos fundamentais seria restringida quando caracterizada omissão ou prestação insuficiente do Estado quanto ao conteúdo material do direito, restringindo, igualmente, o âmbito de proteção.

Ora, é nesse contexto que se insere a compreensão adequada do conteúdo essencial. Observa-se que este modelo equipara incoerência de prestações (ou sua insuficiência) a restrições, exatamente por ter em vista o cotejo do direito *prima facie* com o direito definitivo. Haveria, realmente, restrição no conteúdo material do direito *prima facie* com relação ao do direito definitivo. Essa proposta, entretanto, não é adequada o suficiente para subministrar condições de controle quanto ao impositivo alargamento dos níveis essenciais de prestação.

Com efeito, o que importa para a dimensão positiva dos direitos fundamentais não é apenas o cotejo entre sua projeção *prima facie* e a sua caracterização como direito definitivo. Partindo da afirmação do direito fundamental ao máximo existencial, a utilidade e a valência da categoria do direito *prima facie* se justificam na medida em que exerce pressão normativa, por remeter a um dever ideal, reforçada pelo caráter programático pertinente a todos os direitos, quanto à necessária ampliação dos níveis essenciais de prestação, motivando o alargamento do âmbito de proteção efetivo.

Se os direitos fundamentais convergem sobre a inflexão e a projeção normativa do direito fundamental ao máximo existencial, o importante é aferir se o estágio de implementação de um determinado direito atende ao referencial da satisfação suficiente, que projeta o âmbito de proteção efetivo possível. Assim, o cotejo não se estabelece entre direito

¹⁵⁵ Em tradução livre. No original, “El supuesto de hecho de los derechos fundamentales de prestación puede esquematizarse como sigue: si una acción estatal x representa la realización del objeto de optimización de un principio que es un derecho fundamental de prestación, y esa conducta aún no ha sido llevada a cabo por el Estado (Ux), entonces mediante esa omisión se presenta una intervención en el ámbito de protección del derecho fundamental de prestación”.

prima facie e direito definitivo, mas entre o direito definitivo e a possibilidade de alargamento do seu âmbito de proteção efetivo, aferido através do critério da satisfação suficiente.

Tem-se, pois, a projeção temporal do direito definitivo, aferindo-se se o grau de implementação revelado por ele é o possível ou se houve uma estagnação ou uma progressão insuficiente. Em síntese, suscitaria a questão da relação entre o direito definitivo real e o direito definitivo possível.

Havendo correspondência entre o direito definitivo real e o direito definitivo possível, há o atendimento da satisfação suficiente. Se não houver, significa que o direito *prima facie* está sendo traduzido como definitivo de forma insatisfatória ou insuficiente, pois as condições da realidade tornam necessária a passagem para o estágio exigido pelo direito definitivo possível.

Por conseguinte, não é adequada a transposição do modelo de suporte fático amplo, concernente às restrições dos direitos fundamentais no que respeita à dimensão negativa que portam, para a sua dimensão positiva quando se tem em vista a necessidade de ampliação dos níveis essenciais de prestação, tal como sugerido por Alexy, Borowski e Virgílio Afonso da Silva. Diversamente, Jorge Reis Novais (2003, p. 247) trabalha com um conceito amplo de restrição, referindo-se às atuações ou omissões estatais que, “[...] eliminando, reduzindo, comprimindo ou dificultando as possibilidades de acesso ao bem jusfundamental protegido e a sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito”, ou, ainda, “[...] enfraquecendo os deveres e obrigações, em sentido lato, que dele resultam para o Estado”, afetando o conteúdo de um direito fundamental. Tendo em vista esse sentido amplo, até poderia ser admitida a associação entre não-ampliação das prestações relativas aos deveres positivos e restrição.

Não obstante isso, é o próprio autor quem reconhece as manifestações de restrições mais relevantes e significativa operam no âmbito dos direitos negativos de liberdade quando afetam posições de vantagem dos particulares, malgrado reconheça a pertinência de sua aplicação aos direitos sociais e dos direitos positivos, obtemperando que, nesses casos, não haveria suporte suficiente para proceder ao controle das restrições. Isso se explica justamente pelo enfrentamento da questão pela perspectiva das restrições, com as respectivo instrumental garantista, ao invés do desenvolvimento da perspectiva a partir da não-ampliação.

Logo, há duas possibilidades de interpretação do intento de transposição. Ou simplesmente se ignora que a efetividade dos direitos fundamentais exige a ampliação dos níveis essenciais de prestação quanto aos deveres positivos, ou dentre os sentidos abrigados

pela noção de restrição está a de não-ampliação. O problema é o sentido de restrição não é visto no sentido dinâmico-temporal das possibilidades necessárias diante do real. É temporalmente concebida de forma estática. Em razão disso, as duas possibilidades são pertinentes para explicar a transposição do modelo, mas ambas estão equivocadas, como demonstrado.

Isso explica e reforça o porquê de não ser possível utilizar as categorias doutrinárias e as instâncias metódicas desenvolvidas em torno das restrições aos direitos fundamentais quanto a sua dimensão negativa. Restrição jamais pode ser concebida como ausência de ampliação¹⁵⁶, conforme a perspectiva teórica adotada. E intervenção não se confunde com abstenção ou prestação insuficiente. Se os deveres positivos devem ser progressivamente ampliados para melhor satisfazer a dimensão prestacional dos direitos fundamentais, não há razão para se inserir a categoria da restrição.

Daí que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais seja uma categoria que, no âmbito da teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada – e que internalize a potencialidade normativa do direito fundamental ao máximo existencial –, deve ficar circunscrita ao problema dos limites legítimos das restrições postas pela lei, pela administração pública ou pelo juiz. Aplica-se, sobretudo, às leis restritivas de direito, referindo-se à dimensão negativa dos mesmos, mas não às omissões ou prestações insuficientes quanto à necessidade jurídica de leis ampliativas.

Se pode objetar que não é possível negar a existência de leis restritivas de direitos sociais. Esta asserção é verdadeira em se tratando de leis que restrinjam a dimensão negativa dos direitos sociais, caso em que se aplica o conteúdo essencial e todo o respectivo instrumento para conter excessos do legislador.

Quanto aos deveres positivos, uma lei que aparentemente os restrinja está, em verdade, contendo a ampliação dos níveis essenciais de prestação pela exclusão específica de uma ou mais prestações ou redução. Embora em sentido comum se possa dizer que houve restrição à dimensão positiva de determinado direito fundamental, juridicamente, conforme o modelo proposto, houve a negativa de alargamento do seu âmbito de proteção efetivo, o que só se legitima se a prestação não se adequar ao perfil do direito definitivo possível. Esse direito definitivo possível é aferido nas condições reais e necessárias, conforme o referencial

¹⁵⁶ Em sentido contrário, mas coerente com as premissas teóricas por ele adotadas, mas que não são adequadas para a compreensão da dimensão positiva dos direitos fundamentais, o entendimento de Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 204), defendendo a possibilidade da utilização do conceito de restrição, mas com as devidas adaptações.

da satisfação suficiente.

A título de ilustração, cabe invocar o direito à saúde e o tratamento de moléstia grave no exterior. A existência de vedação legal ao tratamento de moléstia grave no exterior se caracteriza como manutenção do nível da respectiva prestação, com os tratamentos já cobertos, sem sua ampliação para enriquecer o conteúdo material e alargar o âmbito de proteção efetivo. Neste caso, a despeito de haver uma restrição do direito *prima facie* em cotejo com o direito definitivo, conforme propostas de Alexy, Borowski e Virgílio Afonso da Silva, não é esta a perspectiva exigida para a compreensão constitucionalmente adequada dos direitos sociais diante da afirmação do direito fundamental ao máximo existencial.

Com efeito, só seria possível conceber a restrição em se procedendo a uma aferição estática e não dinâmico-temporal e projetiva do nível de implementação dos direitos sociais. Como o que interessa para a dimensão positiva dos direitos fundamentais não é tanto a ausência de restrição, mas a ampliação possível dos níveis essenciais de prestação, não se legitima o reconhecimento da ocorrência de restrição.

Resta, entretanto, um âmbito em que pode ter aplicação a noção de restrição quanto à dimensão positiva dos direitos fundamentais. Trata-se, especificamente, das situações em que o legislador regride, retrocede, retorna a uma etapa anterior e inferior do âmbito de proteção efetivo de um direito definitivo, colocando-se o problema do retrocesso das prestações estatais.

Ora, em se tratando de retrocesso de prestações estatais, é possível conceber a ocorrência de restrição à dimensão positiva pelo regresso a um patamar já ultrapassado, aplicando-se a categoria do conteúdo essencial e o instrumental a ele associado. Em casos como tais, há o âmbito de proteção composto pelas prestações já incorporadas e a intervenção do Estado, entendida como ação estatal que afeta, prejudica ou por qualquer forma regride o estágio de implementação alcançado. Se a intervenção encontrar fundamentação constitucional, justifica-se o retrocesso, mas nunca sem regredir até afetar o conteúdo essencial relativo à específica prestação afetada. Depreende-se o dever negativo de não-retrocesso com a sobredita caracterização.

Logo, em caráter geral, o conteúdo essencial como limite das restrições a direitos fundamentais se aplica à preservação da dimensão negativa e, no que concerne à dimensão positiva, apenas diante das leis e atos que imponham regresso ao estágio do âmbito de proteção efetivo já ultrapassado. Especificamente quanto aos direitos sociais, o conteúdo essencial tem assento com relação aos deveres negativos que lhes conformam. Além disso, aplica-se em face de medidas que causem regresso ao nível de proteção social.

Devidamente extremada a noção de conteúdo essencial com relação ao mínimo vital e regularmente fixada a sua delimitação, impõe-se adentrar na análise da categoria em si mesma, além dos instrumentais que lhe dão suporte.

Como aludido, sobre o conteúdo essencial grassa grande divergência doutrinária sobre uma plêiade de teorias que buscam caracterizá-lo, havendo as teorias objetiva e subjetiva e absoluta e relativa. Além disso, Messineo (2010, p. 66) aponta o surgimento de dúvidas e perplexidades acerca da pertinência e da utilidade do conteúdo essencial enquanto garantia protetiva dos direitos fundamentais.

De forma simular, Martínez-Pujalte (1997, p. 37) registra que tanto a teoria absoluta como a teoria relativa acabam contrapondo o conteúdo essencial à finalidade que o justifica, pois implicam na relativização da proteção dos direitos fundamentais diante de leis restritivas de direitos; não obstante isso, a sua consagração doutrinária e, inclusive, jurisprudencial não autorizam que se lhe negue a utilidade.

Os estritos lindes do estudo não permitem grandes digressões atinentes a tais divergências doutrinárias, cabendo apenas fixar o entendimento em torno da estrutura e da compreensão do conteúdo essencial.

O registro dessas teorias é feito por Alexy (2008b, p. 296), relacionando-se as teorias subjetiva e objetiva quanto à situação em que se projeta o conteúdo essencial e as teorias absoluta e relativa quanto a sua própria caracterização e consistência jurídica. Observe-se que o sentido até então propugnado para o conteúdo essencial é ser limite das restrições, sobretudo legislativas, aos direitos fundamentais. Nesse sentido, consubstancia um conteúdo mínimo ou núcleo indevassável dos direitos com relação à atividade restritiva do legislador. Recorde-se que a restrição legal só se legitima se amparada constitucional, o que depende da pertinência do sopesamento realizado pelo legislador mediante determinada lei.

Assim, a teoria subjetiva associa a proteção conferida pelo conteúdo essencial ao resguardo de posições individuais e, por isso, subjetivas de vantagem, preservando-se o seu mínimo (ALEXY, 2008b, p. 297). Já a teoria objetiva vincula a proteção conferida pelo conteúdo essencial às normas constitucionais consagradoras dos direitos fundamentais (MARTÍNEZ-PUJALTE, 1997, p. 33-34). Essas teorias pressupõem a dupla dimensão dos direitos fundamentais, portando, ao mesmo tempo, uma dimensão subjetiva e uma dimensão objetiva, pondo-se a questão da aplicação do conteúdo essencial a uma delas.

Martínez-Pujalte, divergindo da opção disjuntiva que decorre da opção por uma ou outra teoria, estende o conteúdo essencial à proteção de ambas as dimensões dos direitos fundamentais, aderindo ao entendimento proposto por Konrad Hesse (1998, p. 268), abaixo

transcrito, *in verbis*:

[...] se sob o núcleo absolutamente protegido dos direitos fundamentais deve ser entendido o núcleo dos direitos fundamentais como direitos subjetivos ou aquele de sua qualidade como garantias de conexões de funções objetivas, não se deixa, já por causa da correlação estreita entre ambos, responder no sentido de um ou-ou, mas também não no de um não-só-mas-também¹⁵⁷.

Esta é a posição também adotada por Prieto Sanchís (2003, p. 231-231), concluindo que nada impede manter os dois enfoques sobre a proteção do conteúdo essencial, defendendo que deve se referir ao direito fundamental em sua totalidade.

Os direitos fundamentais possuem um caráter multidimensional quanto à sua eficácia, posto que detêm eficácia objetiva, subjetiva, vertical e horizontal. Ao que concerne à operatividade do conteúdo essencial, não há como dissociar a dimensão subjetiva da dimensão objetiva, posto serem complementares.

Logo, não se afigura posição a compreensão das teorias objetiva e subjetiva, pois parte do pressuposto da possível dissociação das duas dimensões dos direitos fundamentais, o que é absolutamente injustificável, cabendo reconhecer a extensão do conteúdo essencial como garantia em face de leis restritivas em todas as dimensões eficaciais dos direitos fundamentais, em caráter complementar. Essa posição não inibe o caráter protetivo das posições subjetivas que sejam asseguradas pela dimensão subjetiva de um direito, mas a ela agrega a extensão da garantia aos direitos fundamentais enquanto normas¹⁵⁸.

Outra controvérsia consiste não tanto no objeto da proteção do conteúdo essencial, mas em sua consistência jurídica e caracterização. O sentido comum é que constitui barreira protetiva ao núcleo mínimo e indevassável dos direitos fundamentais, não se legitimando qualquer intervenção estatal em seu conteúdo, sob pena de ocasionar escavações internas (HESSE, 1998, p. 264-265) que desnaturam o próprio direito.

A questão que se coloca é saber se todo direito tem um conteúdo nuclear essencial e indevassável, constante, ou se o conteúdo essencial, entendido como conteúdo mínimo, é mutável. Na primeira hipótese se está diante da teoria absoluta; na segunda, a teoria relativa.

Assim, Prieto Sanchís (2003, p. 232-233) considera que a teoria absoluta se assenta na proteção de uma parte do direito fundamental, responsável por definir o seu sentido

¹⁵⁷ Embora a tradução não leve a esta conclusão, certamente não houve muita precisão, pois Martínez-Pujalte (1997, p. 36) aponta que não seria pertinente a alternatividade, mas a complementariedade da proteção do conteúdo essencial quanto à dimensão objetiva e quanto à dimensão subjetiva. Assim, certamente não seria pertinente o esquema ou-ou, senão o esquema não-só-mas-também.

¹⁵⁸ Assim, a posição de Alexy (2008b, p. 297) quanto à necessidade de tutela de posições individuais não é rejeitada pela perspectiva de extensão e complementariedade das teorias subjetiva e objetiva.

e significado na cultura jurídica e que não pode ser sacrificada, sob pena de desnaturá-lo. Já a teoria relativa só admite restrições quando sejam justificáveis e na medida em que a legitime a respectiva fundamentação constitucional. Não haveria um núcleo duro e constante, sendo variável o espectro do conteúdo essencial, a depender do caso, dos princípios colidentes e do peso da argumentação que legitime a restrição.

E a relatividade consiste exatamente na variação do conteúdo essencial do direito, pois é fixado como resultado do sopesamento havido entre direitos em colisão (ALEXY, 2008b, p. 296), sendo o que resta. Diante disso, Alexy conclui que o critério para preservação ao conteúdo essencial é a compatibilidade da restrição com a proporcionalidade, o que leva a uma variação caso a caso (MESSINEO, 2010, p. 57).

Desse modo, os direitos fundamentais, segundo Messineo, apresentam distintos graus de resistência às restrições legislativas, variando conforme o nível do interesse contraposto e com o nível de implementação que a medida restritiva pretende conferir a este interesse, em estrita conformidade com a teoria relativa.

Analisando a prática jurisprudencial da Corte Constitucional alemã, Alexy (2008b, p. 298-299) identifica a adesão à teoria absoluta. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também tem julgados que indicam a adoção da teoria absoluta do conteúdo essencial, embora seja comum a referência e invocação da proporcionalidade.

Assim, adotando a teoria absoluta, cabe colacionar a significativa ementa do julgado abaixo, *in verbis*:

I. Contraditório e ampla defesa: art. 5º, LV, da Constituição: conteúdo mínimo. **A garantia constitucional da ampla defesa (CF, art. 5º, LV) tem, por força direta da Constituição, um conteúdo mínimo essencial, que independe da interpretação da lei ordinária que a discipline (RE 255.397, 1ª T., Pertence, DJ 07.05.2004).** II. Recurso extraordinário: improcedência das alegações de violação à garantia da ampla defesa: desprovemento. 1. Alegação de que a defesa não teve tempo hábil para estudar os autos corretamente afastada pelo acórdão, em face das peculiaridades do caso. 2. Substituição de testemunhas da acusação: pedido justificado: decisão recorrida suficientemente motivada: ausência de violação do art. 93, IX, da Constituição. 3. Júri: inquirição de testemunhas: não se computa como testemunha a ser inquirida no plenário, a leitura de depoimento prestado anteriormente. 4. Júri: falta de intimação de uma das testemunhas arroladas pela defesa, residente fora da Comarca, para depor em Plenário: nulidade que, acaso existente, para ela concorreu a defesa. [...]. 3. Concessão de habeas corpus de ofício, para que o Tribunal a quo proceda a nova fixação da pena, reduzindo-a, como entender de direito.

(RE 427339, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 05/04/2005, DJ 27-05-2005 PP-00021 EMENT VOL-02193-03 PP-00578)¹⁵⁹.

No caso, a Corte considerou que a ofensa ao contraditório seria direta e não reflexa por atingir o seu conteúdo mínimo, independentemente de qualquer disciplina legal, entendendo pela admissão do recurso extraordinário que, não sendo provido. Apesar desse precedente com específica menção ao conteúdo essencial, é comum a invocação da proporcionalidade. Logo, se o conteúdo essencial, para a teoria relativa, corresponde à proporcionalidade, constata-se que o Supremo Tribunal Federal ora adota uma, ora segue a outra teoria.

Borowski (2003, p. 98-99) adere ao posicionamento de Alexy, considerando ser mais adequada e viável a teoria relativa, para a qual a determinação do conteúdo essencial ocorre pela aplicação da proporcionalidade em sentido amplo¹⁶⁰. A partir daí, Borowski introduz sua tese de que a proporcionalidade com relação às restrições da dimensão negativa dos direitos fundamentais apresenta-se como proibição de excesso e, em se tratando de medidas restritivas da dimensão positiva, caracteriza-se como proibição de proteção deficiente, que é o mesmo que proibição de insuficiência¹⁶¹.

Embora a teoria relativa seja a mais pertinente, sendo pressuposta pela teoria dos princípios, as ilações de Borowski e de Alexy despertam controvérsias.

Humberto Ávila (2006, p. 133-137) nega que a proporcionalidade se traduza na proibição de excesso, pois este limite não coloca em causa qualquer relação entre meio e fim, dependendo apenas da ocorrência ou não de excessiva restrição a direito. Nega que seja possível uma restrição sustar um mínimo de eficácia aos direitos fundamentais, recorrendo a julgados do Supremo Tribunal Federal para embasar o seu entendimento e concluindo que o método de controle exigido pela proibição de excesso é distinto da proporcionalidade. Diante disso, pode-se inferir que o conteúdo essencial, para Ávila, envolve o respeito à proibição de

¹⁵⁹ Destaques ausentes no original.

¹⁶⁰ Também é o entendimento de Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 197), salientando que restrições que passam no teste da proporcionalidade estão em conformidade com o conteúdo essencial.

¹⁶¹ Afirma Borowski (2003, p. 98-99) que “[...] a forma de aplicação da proporcionalidade é algo que se determina de acordo com a estrutura que este tem em função de cada uma das funções dos direitos fundamentais, ou seja, na forma de proibição de excesso quando se trata de direitos de defesa, e na forma de proibição de proteção deficiente quando se trata de direitos de prestação”. Em tradução livre. No original, “[...] Ahora bien, la forma de aplicación del principio de proporcionalidad es algo que se determina de acuerdo con la estructura que éste tiene en cada una de las funciones de los derechos fundamentales, es decir, en la forma de interdicción de exceso, cuando se trata de los derechos de defensa, y en la forma de prohibición de protección deficiente, cuando se trata de los derechos de prestación”.

excesso, que não se confunde com a proporcionalidade¹⁶².

De outra parte, Canaris (2003, p. 67) defende a autonomia da proibição de insuficiência quanto à proporcionalidade, eis que “Uma transposição, sem modificações, do estrito princípio da proporcionalidade, como foi desenvolvido no contexto da proibição de excesso, para a concretização da proibição de insuficiência, não é, pois, aceitável”, sem que negue a possibilidade de utilização de elementos da proporcionalidade, como é comum em todos os casos que demandam ponderação.

Esses questionamentos foram suscitados com o intento de demonstrar a impertinência da assimilação da proporcionalidade à proibição de excesso quanto à dimensão negativa e à proibição de insuficiência quanto à dimensão positiva dos direitos fundamentais. De qualquer sorte, adere-se ao entendimento de que a proporcionalidade é o critério indicativo do conteúdo essencial. O mesmo já não se pode dizer quanto à proporcionalidade e a proibição de insuficiência, à vista da distinção estrutural da dimensão positiva dos direitos fundamentais. Ainda que a proibição de insuficiência envolva aspectos da proporcionalidade, a esta não se reduz e nem é viável transformar a proporcionalidade pela inserção de outros elementos a serem estimados, pois aí deixa de ser a proporcionalidade para ser algo distinto que exige, também, a proporção.

De outra parte, não têm a proibição de insuficiência a extensão para orientar o controle sobre a suficiência ou ausência de desenvolvimento da dimensão positiva dos direitos fundamentais pelas leis, posto referir-se especificamente às prestações normativas oriundas dos deveres de proteção ou imperativos de tutela, como prefere Canaris (2003, p. 59-65).

De fora parte isso, no que respeita, especificamente, à dimensão positiva, já foi sustentada a impertinência da invocação da categoria de conteúdo essencial diante da rejeição da noção de restrições a direitos sociais pela ausência de prestação da conduta devida. A aferição do conteúdo essencial, conforme o modelo proposto, implica uma análise temporalmente estática do nível de implementação dos direitos, o que não é compatível com a natureza vinculante da dimensão positiva.

A vinculação projetada pela dimensão positiva dos direitos fundamentais sobre as prestações devidas não exige que elas não sejam restringidas, nem demanda despertar a função defensiva do conteúdo essencial. Tanto pela natureza das posições subjetivas firmadas

¹⁶² Ao suscitar esta questão, parece que Ávila acaba por abrigar a teoria absoluta, por defender a existência de um mínimo que, constante ou não, deve ser preservado mesmo que a proporcionalidade autorizasse a restrição. Talvez seja a sua concepção aderente ao que Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 188-189) trata como conteúdo essencial absoluto-dinâmico.

com os deveres positivos correlatos¹⁶³, como por força da tutela multinível dos direitos econômicos, sociais e culturais, a teor do já citado art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a vinculação decorrente da dimensão positiva exige a ampliação das prestações exigidas pelos deveres correlatos. Evidentemente que a ampliação absorve a não-restrição. Não é possível ampliar e restringir, porquanto a ampliação é oposta à restrição e, por sua vez, abriga necessariamente a não-restrição. Conter os riscos de excessivas restrições pela função defensiva do conteúdo essencial não leva a reconhecer o caráter impositivo da ampliação dos níveis de prestação. E esta é a necessidade que decorre do direito fundamental ao máximo existencial.

Nesse sentido, a categoria do conteúdo essencial dos direitos, entendida pela sua função defensiva, só não é absolutamente imprestável com relação à dimensão positiva dos direitos fundamentais em razão da sua aptidão diante de medidas que visem ao retrocesso do nível de prestação atingido, como já explicado.

As prestações exigidas pelos deveres positivos não podem ser vistas isoladamente a partir do cotejo do direito *prima facie* com a conformação do direito definitivo.

O que importa, antes, é a perspectiva mais ampla e mais relevante quanto à aferição da progressiva, gradual, contínua, persistente e processual ampliação dos níveis essenciais de prestação pelo alargamento do âmbito de proteção efetivo. Para isso, a análise tem de ser feita pelo cotejo do direito definitivo real e o direito definitivo possível de acordo com o referencial da satisfação suficiente¹⁶⁴.

Depreende-se, pois, que o conteúdo essencial e a proporcionalidade são categorias inaplicáveis à dimensão positiva dos direitos fundamentais, tornando imperativa a reflexão em torno de outros referenciais e modelos, adiante expostos.

O desenvolvimento de uma teoria da constituição constitucionalmente adequada não pode admitir, portanto, o convívio com a extensão do conteúdo essencial a âmbitos que lhe são impertinentes.

Adotada a perspectiva complementar entre as teorias subjetiva e objetiva, bem como a teoria relativa do conteúdo essencial, delimitada a sua noção, diferenciando-o do

¹⁶³ Jean Jacques Pardini (2006, p. 71) afirma que os direitos positivos – ou a dimensões positivas dos direitos – encerram uma natural gradualidade, pois demandam a progressiva ampliação das prestações exigidas pelos deveres positivos correlatos. No mesmo sentido, Franco Modugno (2007, p. 42) também destaca a gradualidade como elemento invocado pela Corte Constitucional italiana na ponderação atinente às prevalência ou não da exigência de prestações positivas diante do equilíbrio orçamentário.

¹⁶⁴ Nesse sentido, cabe estender aqui a advertência de Canaris, já aludida, no sentido de que a defesa de outra categoria, diversa da proporcionalidade – a satisfação suficiente – não leva à rejeição de considerações concernentes à proporção da ação ou da omissão estatal.

mínimo vital, e situada sua aplicação ao âmbito da tutela da dimensão negativa dos direitos fundamentais e da dimensão positiva apenas quanto como critério da proibição de retrocesso, o conteúdo essencial revela a função de defesa em face das leis e medidas restritivas de direitos fundamentais.

É preciso, então, voltar à atenção quanto à tutela jurídico-constitucional da dimensão positiva dos direitos, no que se inserem as relativas aos direitos sociais, levando ao controle da ampliação dos direitos fundamentais pelas leis de desenvolvimento a partir de outro sentido de conteúdo essencial.

Se quanto à dimensão negativa dos direitos fundamentais se destaca o conteúdo essencial como conteúdo mínimo indevassável, quanto à dimensão positiva sustenta-se o conteúdo essencial ótimo, cuja proteção é exigência da inflexão normativa do direito fundamental ao máximo existencial.

Assim, passa-se à apreciação do controle sobre a ampliação dos direitos fundamentais – que ocorre pelo aumento dos níveis essenciais de prestação – e da proteção que lhe é conferida pelo conteúdo essencial ótimo.

3.4.3 Ampliação dos direitos fundamentais e seu conteúdo essencial ótimo

Os direitos possuem uma dimensão positiva, composta por deveres e prestações normativas e materiais que se destinam à proteção, promoção, satisfação e garantia dos bens jurídicos fundamentais tutelados.

Diversamente da dimensão negativa, que abriga os deveres negativos de respeito e de não-interferência, que demandam abstenções das condutas proibidas, a dimensão positiva coloca o estado ideal de plena satisfação dos direitos que deve ser progressiva, gradual e processualmente promovida.

Em razão disso, e por força da natureza das prestações referidas às posições subjetivas de vantagem correlatas aos deveres positivos, além do regramento jurídico multinível existente, à dimensão positiva dos direitos fundamentais e, notadamente, dos direitos sociais, não se coloca tão patente e nítida a questão das restrições, como se dá com a dimensão negativa dos direitos, que visa a assegurar um estado jurídico real composto pela esfera de liberdade normativamente assegurada.

Diante desta distinção, nada mais natural que às posições subjetivas de vantagem associadas aos correlatos deveres negativos se coloque a necessidade de uma garantia de resistência em face das leis e medidas restritivas daquele estado de liberdade jurídica já assegurado normativamente¹⁶⁵.

Quanto às posições subjetivas de vantagem afetadas a um direito fundamental em decorrência da sua dimensão positiva, relacionada a deveres prestacionais, a situação é invertida, pois o *status quo* é sempre parcial, precário e insuficiente na medida em que as prestações se dirigem a um estado ideal que deve ser promovido.

Logo, o importante para a dimensão positiva dos direitos fundamentais, notadamente com relação aos direitos sociais, o problema principal não é tanto a restrição, mas a garantia de ampliação dos níveis essenciais de prestação, como alegado.

Evidentemente que em se firmando o foco na ampliação dos níveis essenciais de prestação, a questão da restrição fica absorvida; ao contrário, em se circunscrevendo, também, a garantia da dimensão positiva em face das leis restritivas, não se estará viabilizando o desenvolvimento de categorias e referenciais metódicos para que as prestações de proteção, promoção, satisfação e garantia, além de não serem restringidas abusiva e excessivamente, sejam progressivamente ampliadas.

Nessa condição é que se afirma a necessidade de cotejo não mais entre o direito *prima facie* e o direito *definitivo*, matizada pela proporcionalidade, para aferir a legitimidade de determinadas restrições; a aferição do controle do desenvolvimento legislativo dos direitos fundamentais se dá pelo cotejo entre o direito definitivo real e o direito definitivo possível, centrando-se a análise na possibilidade de alargamento do âmbito de proteção efetivo pelo enriquecimento do conteúdo material do direito.

Esse enriquecimento do conteúdo material se daria pela agregação de novas prestações relativas a um ou mais dentre os quatro tipos de deveres positivos ou, então, pela extensão e aumento das prestações. Ambas as situações se enquadram na ampliação dos níveis essenciais de prestação.

Nesse passo, busca-se apenas, neste momento, apontar e fundamentar as categorias que se sugere para viabilizar a proteção da dimensão positiva dos direitos fundamentais quanto à impositiva e gradual ampliação dos níveis essenciais de prestação, que

¹⁶⁵ Pode até não ser assegurado de fato pela ausência das condições existenciais que permitam o efetivo gozo desta esfera jurídica de liberdade, o que já envolve o problema do reforço das liberdades pelos direitos sociais, corroborando a sua indivisibilidade.

se constitui num dos deveres que são referidos ao direito fundamental ao máximo existencial e, assim, será objeto de mais apurada reflexão.

Assim, o controle do desenvolvimento da dimensão positiva dos direitos fundamentais exige a afirmação da satisfação suficiente ao invés da proporcionalidade ou da proibição de insuficiência. Além disso, é preciso desenvolver a noção de conteúdo essencial sobre outra perspectiva, não pelo viés da garantia em face das restrições e de sua função defensiva, mas da sua função ofensiva de visar o resguardo do enriquecimento do conteúdo material dos direitos.

Para tanto, impõe-se esclarecer o que se entende por níveis essenciais de prestação, noção que é fundamental para a afirmação do direito fundamental ao máximo existencial.

Com efeito, o essencial quanto à dimensão positiva não é o mínimo, mas a promoção do estado ideal a que se referem os direitos enquanto mandados de otimização e enquanto portadores de caráter programático – no sentido adrede sugerido. Esse estado ideal na satisfação suficiente das necessidades existenciais e de autonomia.

A garantia do mínimo, no mais das vezes, mais não expressa do que a institucionalização do desatendimento das exigências à garantia das capacidades humanas. Se é evidente não ser exigível que alguém, inclusive o Estado, seja obrigado ao impossível, é também patente que entre o mínimo e o impossível há uma margem significativa de distância. Da mesma forma, é inequívoco que o Estado, usualmente, pode mais do que garantir o mínimo, salvo situações excepcionais de crises catastróficas que diluem a sua capacidade de ação.

Nessa margem, algo fica submetido à liberdade de conformação legislativa, mas essa algo não pode afetar, prejudicar ou negar o atendimento das necessidades existenciais na medida em que seja necessário, nas condições reais, a partir das possibilidades existentes.

Desse modo, o espaço de implementação dos direitos acima do mínimo não se encontra sujeito ao livre alvedrio do legislador, justificando sobremodo o desenvolvimento das categorias que possibilitem aferir a adequação ao dever de expansão dos níveis essenciais de prestação, como o conteúdo essencial ótimo, ao invés do conteúdo essencial mínimo, e a satisfação suficiente, ao invés da proporcionalidade.

Os níveis essenciais de prestação tiveram assento na Constituição italiana de 1948 mediante a redação dada ao art. 117.2, alínea 'm', pelo art. 3º da Lei Constitucional nº 03/2001, resultante do poder de reforma, cujo texto segue abaixo:

Art. 117.2. O Estado tem competência legislativa exclusiva nas seguintes

matérias:

.....
m) determinação dos níveis essenciais de prestação concernentes aos direitos civis e sociais que devem ser garantidos sobre todo território nacional

Do sobredito dispositivo legal constata-se o reconhecimento de dois aspectos fundamentais relativos à natureza dos direitos sociais no que respeita aos seus deveres positivos como, mais amplamente, da própria dimensão positiva de todos os direitos fundamentais. O primeiro é o carácter gradual e progressivo de sua implementação, pois a referência à existência de níveis de prestação indica haver intensidades distintas da satisfação dos direitos. Há um nível uniforme, garantido pelo Estado em todo território nacional, sem prejuízo de avanços que sejam assegurados pelas Regiões aos seus cidadãos.

Ademais, a referência ao carácter essencial quanto aos níveis corrobora a tese da importância do alargamento do âmbito de proteção efetivo pelo enriquecimento do conteúdo material, ao invés de se buscar a contenção das medidas restritivas.

Além disso, a essencialidade dos níveis de prestação se justifica pela relação entre eles e o conteúdo essencial dos direitos, o que será mais adiante analisado. Não obstante isso, pode-se antecipar que os níveis essenciais dirigem-se para um patamar superior ao conteúdo essencial mínimo, projetando-se ao que se pode afirmar como conteúdo essencial ótimo.

O outro aspecto fundamental que se depreende do art. 117.2, alínea ‘m’ da Constituição italiana é o reconhecimento de que os deveres de prestações – com os quais se relacionam os aludidos níveis – concernem tanto aos direitos sociais como aos direitos civis. Ou seja, a menção aos níveis essenciais de prestação relativos aos direitos civis e sociais exprime a rejeição da dicotomia sustentada a título de diferenciação entre liberdades e direitos sociais.

É relevante observar que a previsão da Constituição italiana teve como finalidade disciplinar a repartição de competência legislativa quanto à matéria relativa aos direitos civis e sociais, instituindo a exclusividade do Estado quanto à fixação dos níveis essenciais de prestação. Assim, embora surja como critério para delimitação da competência legislativa, a sua função vai muito mais além. A necessidade de que o Estado institua um mesmo nível de prestação com relação a cada dever positivo pertinente aos direitos civis e aos direitos sociais é resultado da inflexão normativa dos princípios da igualdade e da solidariedade social.

Desse modo, a categoria dos níveis essenciais de prestação guarda em si o respaldo da igualdade material e da solidariedade, o que é reforçado por Giovanni Guiglia (2007, p. 2 e 13-15). Como se não bastasse, serve como mecanismo de realização do art. 3º da Constituição italiana, já referido, que impõe ao Estado o dever de remover os obstáculos ao

pleno desenvolvimento da pessoa humana. Para tanto, os direitos sociais devem ser implementados mediante a ampliação progressiva e gradual dos níveis essenciais de prestação até a satisfação suficiente das necessidades existenciais. Nesse ponto, chega-se ao conteúdo essencial ótimo.

Logo, malgrado a redação do dispositivo constitucional possa dar margem ao entendimento de que os níveis essenciais de prestação são um mero critério de distribuição de competência, de matiz essencialmente política¹⁶⁶, consubstancia, em verdade, uma garantia constitucional autônoma, visando à proteção das posições subjetivas derivadas dos correlatos deveres positivos. Ora, sendo expressão da solidariedade e da igualdade material, não poderia ser diferente, possuindo um nítido caráter de garantia; todavia, ao contrário do conteúdo essencial mínimo, não consubstancia uma garantia para a defesa em face de restrições, sendo, antes e principalmente, uma garantia de gatilho, de propulsão, de impulso.

A tal conclusão se chega mediante a interpretação da categoria dos níveis essenciais de prestação a partir da inflexão normativa do direito ao máximo existencial. Não basta que a competências legislativ seja assim repartida; é imprescindível que os ditos níveis, que se encontram na competência do Estado, sejam progressivamente ampliados pelas leis que, assim, cumprem a função de desenvolvimento – e não de restrição – dos direitos fundamentais, enriquecendo o seu conteúdo material. A ausência de leis que viabilizem a satisfação suficiente das necessidades existenciais pode acarretar inconstitucionalidade por omissão total ou parcial¹⁶⁷.

De qualquer sorte, e como será adiante exposto, não é possível confundir os níveis essenciais de prestação com o conteúdo essencial mínimo, que é categoria absolutamente estranha ao contexto, pois, como alegado, não é pertinente nenhuma proteção em face de restrições por ser o desiderato a ampliação. Em função dela é que se firma a natureza garantista dos níveis essenciais de prestação¹⁶⁸.

Se não podem ser confundidos com o conteúdo essencial, especialmente se entendido como núcleo duro ou mínimo protegido, relacionam-se intensamente com uma dimensão esquecida e ignorada quase por completo pela doutrina, com a exceção de Peter

¹⁶⁶ Como sugere Claudia Tubertini (2008, p. 51-52).

¹⁶⁷ Naturalmente é possível que o nível de prestação seja estendido para além daquilo que consubstancia um dever, inserindo-se, neste caso, no âmbito da margem de apreciação ou da liberdade de conformação do legislador.

¹⁶⁸ Como pontua Donato Messineo (2010, p. 201-202), ao expor sua posição sobre questão a ser adiante enfrentada, quanto a não ser possível assimilar o conteúdo essencial aos níveis essenciais de prestação. Observe-se, contudo, que o sentido atribuído ao conteúdo essencial é o que o entende como garantia do mínimo, como, de resto, faz quase toda a doutrina focando-se apenas na sua função de defesa.

Häberle (2003a, p. 322-236), que sustenta possuir o conteúdo essencial uma função ofensiva, além da defensiva, e de Martínez-Pujalte (1997, p. 83-87) que adere a sua doutrina.

O conteúdo ótimo consiste na expressão da função ofensiva do conteúdo essencial, atingido mediante a ampliação progressiva dos níveis essenciais de prestação – conforme o que seja necessário diante da realidade e em consonância com as possibilidades suscitadas numa comunidade aberta de intérpretes dos direitos fundamentais – até a satisfação suficiente das necessidades existenciais.

Por conseguinte, os níveis essenciais de prestação são uma garantia destinada à realização do conteúdo ótimo dos direitos civis e sociais, que, nos termos do direito fundamental ao máximo existencial, possui função ofensiva.

Há, portanto, uma mútua implicação entre as duas garantias que, malgrado distintas, complementam-se diante do escopo comum de promoção do exercício das capacidades humanas que possibilitem a auto-realização e a autonomia. Enquanto os níveis essenciais voltam-se ao conteúdo essencial ótimo, este é o desiderato daqueles, refletindo-se na pressão normativa sobre legislador, por força da função ofensiva, para que alargue o âmbito de proteção efetivo pelo enriquecimento do conteúdo material do direito¹⁶⁹.

Por conseguinte, diante da já constada inadequação das categorias e dos instrumentos já reconhecidos pela doutrina quanto à defesa diante de leis restritivas de direitos, consubstanciados na noção de restrição e de intervenção e no conteúdo essencial mínimo e na proporcionalidade, impunha-se o desenvolvimento de categorias que possam representar uma garantia propulsora, de projeção dos direitos fundamentais, deixando a relação entre direito *prima facie* e direito definitivo para *direito prima facie*, direito definitivo real e direito definitivo possível.

Para tanto, utiliza-se da noção relativa aos níveis essenciais de prestação associada com a construção do conteúdo essencial ótimo, fundando-se na função ofensiva que porta, além do referencial da satisfação suficiente.

Como operam tais categorias e como se caracterizam mais detidamente é o que se almejava enfrentar quando da análise da estrutura normativa e da potencialidade jurídica do

¹⁶⁹ Cabe antecipar, para não nutrir uma impressão equivocada, que a doutrina italiana não costuma trabalhar a compreensão dos níveis essenciais de prestação pela perspectiva ora defendida. Claudia Tubertini (2008, p. 49-53) sustenta que os níveis de prestação abrigam um patamar mínimo, representado pelo conteúdo essencial, que, então, os integra. De forma semelhante, considerando que o conteúdo essencial não se confunde com os níveis de prestação, mas situa-se no seu patamar mais baixo que seja juridicamente legítimo, Michele Belletti (2004, p. 183-184). O que respalda rejeitar esta concepção tradicionalmente construída pela doutrina italiana é a afirmação do direito fundamental ao máximo existencial.

direito fundamental ao máximo existencial, pois é sua afirmação que embasa o dever de ampliação dos níveis essenciais de prestação, conectando a teoria das necessidades com a teoria das capacidades e propiciando uma revisão da teoria dos princípios quando referida não apenas aos direitos sociais, mas à dimensão positiva de todos os direitos fundamentais.

O vínculo entre os níveis essenciais e o conteúdo essencial ótimo se funda no referencial da satisfação suficiente, que não se equipara com a proporcionalidade e nem com a proibição de insuficiência voltada especificamente aos deveres de proteção. A despeito disso, envolve a ideia de proporção e de adequação ou não a um parâmetro de suficiência.

Nessas condições, devidamente caracterizadas as categorias imprescindíveis à garantia de ampliação dos níveis essenciais de prestação para concretização do conteúdo essencial ótimo, cabe encerrar a reflexão acerca da teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada abordado a questão da multidimensionalidade dos direitos fundamentais, o que, mais uma vez, desautoriza a depreciação tecida em desfavor dos direitos sociais, notadamente no âmbito da eficácia horizontal.

3.5 MULTIDIMENSIONALIDADE DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É passada a época em que aos direitos fundamentais se adscrevia apenas a eficácia em face do Estado, sendo direitos oponíveis apenas e tão-somente em face da única instituição repressora da pessoa humana. Mais tarde, mas não muito tarde, percebe-se que também os poderes privados (NIPPERDEY, 2011, p. 61) colocam em risco a existência do ser humano. Logo, ao exercício arbitrário do poder econômico se associava o abuso do poder econômico e o fanatismo religioso, exigindo em contrapartida a reação dos direitos humanos e fundamentais. Se, conforme a já mencionada lição de Bobbio, os direitos nascem quando podem e devem, a necessidade e a possibilidade acarretam o reconhecimento de outras dimensões de eficácia daquela voltada contra o poder público.

A compreensão da extensão das dimensões eficaciais dos direitos fundamentais é importante para a afirmação do devido *status* jurídico dos direitos sociais, pois a superação da concepção dos direitos fundamentais restritos às liberdades e aos direitos políticos se originou

a partir do momento que deixaram de ser concebidos apenas como direitos contra ou em face do Estado para serem tidos, também, como direitos mediante ou através do Estado.

Essa relação defensiva dos direitos fundamentais em face do Estado, detentor do *jus imperium* materializado na soberania, recebeu tradicionalmente a caracterização como eficácia vertical dos direitos fundamentais. Como o Estado não se encontra no mesmo patamar jurídico do titular do direito, sendo-lhe conferidas sujeições e prerrogativas instrumentais à satisfação do interesse público, explica-se a designação desta eficácia originária como vertical.

Não obstante isso, David Capitant (2001, 202-204), corroborando o que se vem de afirmar, pontua o notável incremento dos direitos sociais com a agregação aos efeitos negativos dos efeitos positivos, o que recebeu denominação diferenciada neste estudo, mas que serve à mesma proposta.

Da mesma forma que se expandiram os efeitos positivos – dos quais decorrem as posições subjetivas de vantagem relacionadas aos deveres positivos correlatos – levando ao reconhecimento, segundo Capitant, das garantias institucionais, da eficácia irradiante, da eficácia de desenvolvimento, das obrigações de proteção, e dos direitos prestacionais, originários e derivados, ampliaram-se as dimensões de eficácia dos direitos fundamentais¹⁷⁰.

Além disso, a existência de outras dimensões de eficácia além da vertical é questão que envolve a relação entre as normas constitucionais e a potencialidade jurídica que portam com relação à ordem jurídica, como um todo.

Se os direitos fundamentais era tipicamente voltados contra o poder público era porque investiam o titular em direitos subjetivos de defesa. Daí o reconhecimento, ao lado da eficácia vertical, da dimensão subjetiva, que os concebia como susceptíveis de ensejar o exercício de direitos subjetivos de liberdade.

Não obstante isso, os direitos fundamentais são veiculados mediante normas jurídicas, o que lhes confere um caráter de dimensão objetiva, estabelecendo-se entre as dimensões subjetiva e objetiva a relação entre direito objetivo e direito subjetiva, ou entre a norma atributiva e o direito titularizado.

Essa dimensão objetiva, entretanto, não os constitui apenas como normas jurídicas. Rudolf Smend (1985, p. 228-233) distinguia os direitos fundamentais pela existência de dois aspectos típicos, que conferem sentido ao catálogo de direitos, quais sejam,

¹⁷⁰ Não se pode confundir dimensão eficaz com os efeitos dos direitos fundamentais.

a pretensão de regular uma série de sistemas materiais, de valores, cultural, de bens jurídicos, e a afirmação do caráter nacional desses valores. Assim, reputa que os direitos fundamentais podem vincular o legislador, ou a administração pública, ou os indivíduos ou a todos. Os direitos fundamentais, nessa condição, “[...] são representantes de um sistema de valores concreto, de um sistema cultural que resume o sentido da vida estatal contida na Constituição”¹⁷¹.

Os direitos fundamentais são, então, para Smend, um sistema objetivo de valores que projeta sua eficácia sobre a ordem jurídica, dando fundamento, inicialmente, à dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Detém uma dimensão objetiva materialmente preenchida pelos valores que exprimem.

Essa concepção da associação da dimensão subjetiva com a objetiva foi ganhando amplo reconhecimento, como aponta Hesse (2009, p. 35-37), consagrando-se a ideia de que não são apenas direitos subjetivos, mas princípios objetivos da ordem constitucional, estabelecendo-se uma relação de “[...] remissão e complementação recíprocas”. E essa dimensão objetiva aparece, inicialmente, em função dos caracteres defensivo e negativo dos direitos subjetivos oriundos dos direitos fundamentais, como preceitos negativos de competência legislativa, administrativa e judicial, limitadas por eles.

A mencionada dimensão objetiva teria sido revelada pela “[...] transcendente sentença ditada em 15 de janeiro de 1958 ao resolver o caso Lüth”. Disso se constata a relação simbiótica entre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a eficácia horizontal, consistente na incidência deles, enquanto normas objetivas da ordem jurídica, sobre o direito privado, projetando os seus efeitos nas relações jurídicas travadas e reguladas sob as hostes, sobretudo, do direito civil.

O caso Lüth¹⁷² foi paradigmático por expressar esse reconhecimento por parte do Tribunal Constitucional alemão que do caráter de sistema objetivo de valores concretos advém a projeção dos direitos fundamentais sobre o direito privado. Em razão disso, evidencia-se uma característica já então atribuída, mas cada vez mais contestada, acerca do

¹⁷¹ Em tradução livre. No original, “[...] son representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en Constitución.

¹⁷² O caso Lüth envolvia um litígio entre um diretor de cinema, Veit Harlan, e o próprio Lüth, uma figura expressiva na imprensa de Hamburgo. Lüth era profundo crítico das obras de Harlan, marcadas pelo anti-semitismo, dando origem a um movimento de boicote do público e das empresas cinematográficas ao filme “Amantes Imortais”. O entendimento firmado pela Corte Constitucional alemã considerou que estava o jornalista no mais legítimo exercício da liberdade de expressão, que se estendia também ao direito civil, afastando a decisão das instâncias inferiores, que reputaram a sua conduta ofensiva à disciplina do Código Civil e fixaram a obrigação de indenização pelos danos suportados.

que se pode designar por eficácia irradiante dos direitos fundamentais, decorrendo do objetivo de solidificar a sujeição dos ramos do direito às normas constitucionais (SILVA, 2005, p. 41).

Nesse sentido é a constatação de Hesse (2009, p. 39) de que os direitos fundamentais “[...] influem sobre todo o Direito – inclusive o Direito Administrativo e o Direito Processual – não só quanto tem por objeto as relações jurídicas dos cidadãos com os poderes públicos mas também quando regulam as relações jurídicas entre os particulares”.

Robert Alexy (2003, p. 45) também destaca a importância do caso Lüth, do qual teria decorrido a afirmação de que o catálogo de direitos fundamentais não apenas consagra direitos de defesa, enunciando, também, um sistema de normas que se apresentam como princípios e que, como tais, vinculam a todos os poderes públicos. Alexy identificou, antes de uma eficácia irradiante, o que denominou de ubiquidade dos direitos fundamentais, como se verifica do excerto abaixo, *in verbis*:

Não obstante, ao converter-se em princípios ou valores, os direitos fundamentais podem aparecer por todas as partes, podem ser relevante em qualquer assunto jurídico. Esta circunstância implica a ubiquidade dos direitos fundamentais, ideia que em sua essência logra descrever-se mediante o conceito de expansão em ‘todas as áreas do direito’¹⁷³.

Depreende-se da projeção dos direitos fundamentais sobre a ordem jurídica privada, em virtude da dimensão objetiva, a sua eficácia horizontal, contrapondo-se à eficácia vertical dirigida ao Estado, ou eficácia sobre as relações privadas.

Essa eficácia foi defendida como natural decorrência dos direitos fundamentais enquanto normas objetivas por Nipperdey (2011, p. 51-70), salientando que muitos deles têm especial significação no tráfego jurídico privado, como a dignidade e o livre desenvolvimento da personalidade, de que decorrem a autonomia privada e a liberdade contratual, além da garantia da propriedade, instituto fundamental para o direito privado. Não obstante isso, necessitam os particulares de se conformarem às relações impostas à comunidade como um todo, apontando princípio básico que passa a governar a eficácia horizontal consistente em que “O particular, particularmente o economicamente mais forte, não deve aproveitar ela por conta do mais fraco e não infringir interesses gerais justificados”.

Desse modo, associando o Estado Social com o que denomina mercado social, afirma a projeção dos direitos fundamentais enquanto normas objetivas ao direito privado,

¹⁷³ Em tradução livre. No original, “No obstante, al convertise en principios o valores, los derechos fundamentales pueden aparecer por todas las partes, pueden ser relevantes en cualquier asunto jurídico. Esta circunstancia implica la ubicuidad de los derechos fundamentales, idea que en su esencia logra describirse mediante el concepto de expansión en ‘todas las áreas del derecho’”.

potencializadas pela constituição econômica, concluindo que podem consubstanciar direitos públicos subjetivos e garantias de instituto; entretanto, a vinculação sobre o direito privado advém, exatamente, da condição de serem normas objetivas para o ordenamento jurídico total, produzindo efeitos imediatos sobre as relações privadas. Corrobora-se, pois, a associação entre a dimensão objetiva e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Capitant (2001, p. 245-271) retrata a evolução da compreensão da eficácia horizontal, sendo inicialmente prevalente a ideia de que os direitos fundamentais operam efeitos diretos e imediatos sobre o direito privado, seguindo-se, depois, a contraposição pela defesa de que os efeitos horizontais só poderiam ser indiretos, na forma da lei, sob pena de suprimir o princípio da independência do direito civil com relação aos direitos fundamentais, respaldado por Dürig na autonomia privada, também de sede constitucional. Já a jurisprudência, firmando a aplicação direta e imediata sobre o direito privado na eficácia irradiante dos direitos fundamentais, seguiu para a rejeição desta tese, buscando fundar a eficácia horizontal no reconhecimento dos deveres de proteção, ou imperativos de tutela, conforme sustentado por Canaris (2003, p. 44-45).

Canaris (2003, p. 47-48) critica a adoção pelo Tribunal Constitucional alemão da eficácia irradiante no caso Lüth, considerando-a decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, entendendo que a mesma solução poderia ter sido dada por fundamentos distintos e mais adequados se houvesse o recurso às categorias da proibição de excesso e de imperativo de tutela. A eficácia irradiante “[...] não é um conceito jurídico, mas antes, e tão-só, uma formulação metafórica extraída da linguagem coloquial, e que é correspondentemente vaga”.

Diante disso, analisa as teses da eficácia imediata e da eficácia mediata dos direitos fundamentais perante terceiros. Segundo a eficácia imediata, os direitos fundamentais dispensam “[...] qualquer transformação para o sistema de regras de direito privado, antes conduzindo, sem mais, a proibições de intervenção no tráfico jurídico-privado e a direitos de defesa em face de outros sujeitos de direito privado.” Admite a pertinência da teoria; entretanto “[...] conduz a consequências dogmáticas insustentáveis, pois então amplas partes do direito privado, e, em especial, do direito dos contratos e da responsabilidade civil, seriam guindadas ao patamar do direito constitucional e privadas de sua autonomia” (CANARIS, 2003, p. 53-55).

Distinguindo a eficácia dos direitos fundamentais sobre o legislador de direito privado e sobre os sujeitos de direito privado, nas relações jurídicas por eles travadas, defende a vinculação apenas ao Estado, que deve promover a tutela dos direitos mediante o

atendimento do imperativo de tutela, pelo qual “[...] mantém-se, por um lado, a posição de que apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, já que é também *sobre ele* que recai a obrigação de os proteger” e, por outro, os particulares também sofrem a vinculação jusfundamental, mas de forma indireta, pelas vias de que se utilize o legislador para se desincumbir do dever de proteção. Essa é a teoria, como afirmado, atualmente acolhida pelo Tribunal Constitucional alemão.

No que respeita aos direitos sociais e à afirmação do direito fundamental ao máximo existencial a dimensão objetiva e a eficácia horizontal são particularmente importantes. Como sustentam Pieroth e Schlink (2008, p. 24-25), a dimensão objetiva dos direitos fundamentais respaldou a complementação do *status negativus* dos direitos fundamentais expressos na Constituição alemã pelo *status positivus*.

De forma semelhante, Dieter Grimm (2006, p. 155) afirma a dimensão objetiva como fundamento para a eficácia privada dos direitos fundamentais, os direitos originários a prestações ou direitos de participação, o dever de proteção das liberdades constitucionalmente garantidas, dentre outras variadas consequências.

A despeito disso, é comum atribuir aos direitos sociais apenas e tão-somente a eficácia jurídica enquanto normas objetivas, não ensejando direitos subjetivos que respaldem a exigibilidade das prestações devidas, à vista das características usualmente atribuídas aos direitos sociais com o desiderato de depreciar o seu estatuto normativo. Ora, não é possível se compadecer com tal entendimento. Pelas razões já suscitadas, a dimensão positiva dos direitos fundamentais não pode ser descartada, *a priori*, a exigência judicial do cumprimento dos deveres positivos correlatos. Logo, também aos direitos sociais, naquilo que envolvam prestações positivas, estende-se esta ideia.

Outrossim, em se tratando de direitos fundamentais, a dimensão objetiva tem uma predisposição especial a fundamentar direitos subjetivos, como aludido, propiciando uma complementariedade dos níveis de tutela que podem advir de cada dimensão.

No caso do Brasil, sobretudo, a questão tem de ser enfrentada no sentido de não se reconhecer aos direitos sociais apenas uma dimensão objetiva, confirmando a tese de que sua função primordial não pode ser outra senão fundamentar direitos subjetivos.

Com efeito, é possível firmar até mesmo a existência de uma presunção da existência da dimensão subjetiva a partir da dimensão objetiva de um direito; ou seja a existência de direito fundamental previsto como norma objetiva da ordem constitucional induz a se presumir de que respalda a atribuição, gozo e exercício do respectivo direito subjetivo.

De outra parte, como bem acentua Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 22-23), a discussão acerca da eficácia privada dos direitos fundamentais no Brasil é relativamente esvaziada, pois a Constituição Federal expressamente estende e dirige muitos deles às relações entre particulares, como se verifica pelos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores elencados no art. 7º. Gavara de Cara (2010, p. 30-31) também destaca a natural eficácia privada de alguns dos direitos sociais, voltados especificamente para as relações privadas, exemplificando com a proteção da criança decorrente da proibição do trabalho infantil e forçado.

Desse modo, não constitui novidade afirmar-se no Brasil a eficácia privada ou horizontal dos direitos fundamentais em se tratando, especialmente, dos direitos sociais dos trabalhadores. A questão se coloca para aqueles direitos que, tradicionalmente, são dirigidos apenas em face do Estado ou efetivados através do Estado, o que concerne, senão a todos, a parte significativa das liberdades, dos direitos políticos e dos direitos sociais.

A existência do típico direcionamento de alguns dos direitos fundamentais para os particulares, de qualquer sorte, auxilia a romper o mito e superar o paradigma da circunscrição eficaz dos direitos fundamentais apenas ao Estado.

A superação dessa limitação de eficácia dos direitos fundamentais é importante para potencializar a normatividade do direito fundamental ao máximo existencial, pois, embora não se possa afirmar, em regra, com Cécile Fabre (2000, p. 46-47)¹⁷⁴, que o indivíduo pode demandar prestações positivas de particulares em seu favor, inclusive relacionadas aos deveres de satisfação, os poderes privados devem se sujeitar à esfera de proteção constituída pelos direitos fundamentais, integrada pelo sistema multinível.

Se a existência de direitos sociais dos trabalhadores reforça a defesa da eficácia privada dos direitos fundamentais, a própria conformação do sistema multinível, nos âmbitos regional e global, demonstra que não apenas é real essa possibilidade, mas se configura como inexorável. Os direitos humanos são consagrados não apenas contra os Estados, como se evidencia com a adoção de parâmetros de proteção aos direitos humanos pela Organização Mundial do Comércio¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Sustenta a existência de direitos positivos a exigir dos particulares os bens materiais necessários à satisfação de interesses relacionados à autonomia e à vida decente, como também de que provejam proteção diante de ofensas de terceiros que possam causar risco de grave dano ao aludido interesse.

¹⁷⁵ Matthew Craven (1995, p. 111-113), analisando a natureza das obrigações oriundas do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, insere a discussão atinente à eficácia horizontal dos direitos no âmbito dos deveres de proteção, imputando ao Estado a obrigação de garantir o direito fundamental diante da violação por terceiros. Nesse sentido, “Deve ser entendido que onde o Estado não esteja em condições de

Da mesma forma que os direitos econômicos, sociais e culturais devem ser garantidos nas relações de comércio internacional, diante de atores não-estatais, privados e transnacionais, devem os direitos fundamentais ser projetados em face dos poder econômico e, mais amplamente, dos poderes privados.

Tanto existem direitos relativos à liberdade, como direitos políticos e direitos sociais que têm estendido o seu raio de proteção sobre o direito privado, quer mediante expressa disposição legal, quer independente dela, malgrado as críticas de sobreconstitucionalização da ordem jurídica (BÖCKENFORD, 2006), o que deve ser progressivamente ampliado na medida do necessário para o atendimento do direito fundamental ao máximo existencial.

O que apresenta extrema importância para a garantia da auto-realização e da autonomia individual é que ao direito privado seja dado o sentido conforme as exigências pertinentes às dimensões positiva e negativa dos direitos fundamentais, pois mesmo sem que se admita a eficácia horizontal direta, a eficácia horizontal se produziria mediante a via interpretativa.

Mesmo sem que tal perspectiva seja explicitamente percebida e integrada na compreensão sistemática da multidimensionalidade dos direitos fundamentais, é patente a prática de introjeção da dimensão normativa – positiva ou negativa – dos direitos fundamentais pela interpretação das normas de direito privado. Como a interpretação é o momento de construção das normas, não se confundindo com o texto, há um processo de conformação do direito privado pela ordem constitucional.

Diante disso, parece mal situada a discussão acerca da eficácia direta ou indireta, pois sempre haverá regras de direito privado que possam se cingir ao sentido atribuído pela comunidade aberta de intérpretes de direitos fundamentais¹⁷⁶.

assegurar por si mesmo os direitos, deve regular as interações entre particulares para garantir que os indivíduos não sejam arbitrariamente privados do gozo dos seus direitos pelos outros indivíduos”. Em tradução livre. No original, “It must be assumed that where the State is not in a position to ensure the rights itself, it must regulate private interactions to ensure that individuals are not arbitrary deprived of the enjoyment of their rights by others individuals.”

¹⁷⁶ O que deve ter sido identificado por Canotilho (2001c, p. 109-110) ao destacar a tendência da doutrina e da jurisprudência americana em resolver a questão a partir do entendimento de que a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada depende da verificação da possibilidade de imputar ao Estado, diretamente ou não, a lesão encetada por pessoa privada a direitos fundamentais ou a princípios constitucionais, firmando a doutrina da *state action*.

Assim, os direitos fundamentais estão aptos a incidir manifesta e explicitamente sobre o direito privado, quer mediante interpretação de leis instituídas em proteção à pessoa humana nas várias relações privadas, quer mesmo quando não haja leis que decorram deste desiderato, o que remete, mais uma vez, menos para um problema de legislação e mais para o problema da compreensão do sistema de direitos fundamentais e sua interação com o real e com o necessário.

Logo, o problema é situado muito mais em sede teórica, como se verifica pelas situações descritas por Canotilho (2001c, p. 111-115), expondo cinco casos que envolvem discriminação na venda de imóveis, restrição a direitos das mulheres no mercado de trabalho, a ordem dos contratos, a liberdade de consciência aplicada à ciência, e a liberdade religiosa, de modo que

A 'constitucionalização do direito civil' e a 'civilização do direito constitucional' não dispensam a abordagem de relevantes problemas metódicos como os da unidade da ordem jurídica, da autonomia do direito privado e do direito público, da interpretação do direito privado em conformidade com a Constituição, da aplicação jurídica imediata dos direitos fundamentais pelo juiz e da articulação da observância dos direitos fundamentais com a ordem pública.

As exigências do direito fundamental ao máximo existencial sobrelevam a necessidade da eficácia dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, seja mediante a filtragem e a impressão de sentidos conformes as imposições advindas dos deveres negativos e positivos, seja mediante as possíveis incidências sobre relações privadas a despeito da legislação privada existente.

Esta última situação ficaria muito restrita, senão absolutamente comprimida, se devidamente compreendida e fundada a ordem jurídica consoante as premissas firmadas anteriormente, mediante a reflexão hermenêutica, o pensamento do possível e a adoção do paradigma da complexidade. De acordo com tais referenciais, seriam possíveis soluções adequadas às querelas, concluindo-se que não é possível a inserção em contrato de locação da cláusula que impeça a sua celebração por motivos discriminatórios, emprestando-se às normas

Assim, o cerne da questão envolve a identificação da atuação privada à semelhança de uma *state action*. Já a doutrina e jurisprudência alemãs se dirigem a considerar a questão sob a ótica da irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais para a ordem jurídica civil, expondo Canotilho as diversas etapas expressivas de tal processo. Daí que suscita a questão se esse processo é realmente novo ou se não teria acompanhado os primeiros textos constitucionais.

que regulam a locação o sentido conforme o princípio da igualdade. De igual modo, é inadmissível restringir o acesso ao trabalho de candidatas a emprego que estejam grávidas, pois a pessoalidade e o risco do empreendimento econômico que autorizam o empregador a escolher quem contratar não podem ser interpretados no sentido de estender a sua liberdade de escolher à adoção de critérios discriminatórios, em contrariedade à igualdade entre homens e mulheres.

Diversamente, Gavara de Cara (2010, p. 30-31), embora reconhecendo que alguns direitos se dirigem naturalmente à esfera privada, como ressaltado, observa que, em regra, isso se daria em caráter excepcional, como a igualdade de acesso às escolas particulares vedando quaisquer tipos de discriminações.

Trata-se, portanto, da eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares em que fica em segundo plano a discussão sobre ser ou não dependente de lei. Sempre a legislação privada embasará a prática de atos e negócios jurídicos e, independentemente da existência de disciplina legal específica que desenvolva os direitos fundamentais, nessa condição, deverá receber interpretação constitucionalmente adequada à garantia do máximo existencial.

Até no próprio caso Lüth, já referenciado, tido como precedente fundador da eficácia privada dos direitos fundamentais, a questão poderia ser resolvida sob a perspectiva ora sustentada, posto que bastava conferir a interpretação adequada aos direitos fundamentais ao dispositivo legal do Código Civil alemão para constatar que não houvera base para firmar a responsabilidade civil e o respectivo dever de indenizar. Como visto, enquanto o Tribunal Constitucional alemão entendeu por defender a eficácia direta dos direitos fundamentais àquela época e Canaris conferiu a possibilidade de interpretação diversa para a mesma solução do caso, parece que o problema é mais de metódico e de conformação da hermenêutica e da teoria dos direitos fundamentais.

Dessarte, no sentido ora defendido, todos os direitos fundamentais projetam sua eficácia sobre as relações privadas e sobre o direito privado, à vista da necessária compatibilidade com o sistema de direitos fundamentais. A interpretação conforme não consubstancia apenas uma técnica de decisão no controle de constitucionalidade, mas um imperativo decorrente da supremacia da constituição que deve se situar no âmbito dos preconceitos autênticos em derredor da construção do sentido das normas jurídicas.

Em sede estrita de posituação constitucional, cabe destaque à Constituição Sul-Africana de 1996, que, após prever que a sua declaração de direitos se aplica a toda a ordem

jurídica, dispõe em seus arts. 8.2 e 8.3, ao tratar da aplicação dos direitos fundamentais, que se estendem ao âmbito privado, como se verifica da sua transcrição, *in verbis*:

8. Aplicação

.....
(2) Qualquer dispositivo da Declaração de Direitos vincula pessoas naturais e jurídicas se, e na medida em que, seja aplicável, tomando em consideração a natureza do direito e a natureza do dever imposto pelo direito.

(3) Ao aplicar qualquer dispositivo da Declaração de Direitos a uma pessoa natural ou jurídica nos termos da subseção (2), a corte

(a) em ordem a conferir efeito a direito previsto na Declaração, deve aplicar, ou se necessário, desenvolver, o direito consuetudinário na medida em que a legislação não confira efeito a este direito; e

(b) pode desenvolver regra de direito consuetudinário para limitar o direito, provendo da forma que a limitação esteja em consonância com a seção 36(1)¹⁷⁷.

A aludida Constituição, nos dispositivos transcritos, reflete a migração da ideia constitucional da eficácia privada dos direitos fundamentais, sendo a primeira a expressamente dispor nesse sentido, admitindo que, conforme a natureza do direito ou dos deveres por ele impostos, podem os direitos fundamentais se estenderem ao âmbito privado, cabendo ao juiz, na falta de lei que confira tal eficácia, desenvolvê-la através dos princípios do *common law*. Esse é justamente o sentido ora sustentado, com o reconhecimento da possibilidade de se emprestar interpretação conforme os direitos fundamentais às regras de direito privado, ainda que careçam de leis que assim disponham.

No âmbito jurisprudencial essa imposição normativa de interpretação conforme os direitos fundamentais, exigência inexorável da afirmação do direito fundamental ao máximo existencial, tem-se manifestado em julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

¹⁷⁷ Em tradução livre. No original, “8. Application [...] (2) A provision of Bill of Rights binds a natural or a juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right. (3) When applying a provision of the Bill of Rights to a natural or a juristic person in terms of the subsection (2), a court (a) in order to give effect to a right in the Bill, must apply, or if necessary, develop, the common law to the extent that legislation does not give effect to that right; and (b) may develop rules of the common law to limit the right, provided that the limitation is in accordance with section 36(1).

Quanto ao Superior Tribunal de Justiça, a título de ilustração, cabe suscitar a construção jurisprudencial que tem afastado parte significativa das limitações e dos benefícios contratuais instituídos pelas seguradoras quanto a planos de saúde. Em caso paradigmático, corroborando outros vários, destaca-se o julgamento do Recurso Especial nº 871.825, em que a Corte afasta a exclusão de cobertura de tratamento hepático, com transplante e retransplante de fígado realizados no *Jackson Memorial Hospital*, em Miami, que alcançou o montante de U\$ 967.218,75 (novecentos e sessenta e sete mil, duzentos e dezoito dólares e setenta e cinco centavos)¹⁷⁸, ficando ressaltado, desde a ementa, a natureza fundamental dos direitos envolvidos e titularizados pelo paciente e autor da ação¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Consoante relatório constante do acórdão, a parte “Sustenta que os custos de tratamento hepático e posterior transplante e “retransplante” de fígado aos quais se submeteu em Miami, no Jackson Memorial Hospital, cuja cobertura foi negada pela recorrente, a partir de cláusulas contratuais de caráter nitidamente abusivo, em relação às quais é postulada declaração de nulidade, remontam a U\$ 967.218,75 (novecentos e sessenta e sete mil, duzentos e dezoito dólares, e setenta e cinco centavos), além de outros gastos que se seguiram. Pleiteia indenização por danos materiais e, ainda, compensação pelos danos morais sofridos, porquanto ao sofrimento físico foi acrescentada a dor moral pela incerteza quanto à continuidade do tratamento e, até mesmo, quanto à conservação da vida, pois totalmente dependente, esta, do êxito daquele. Relata que, em maio de 1996, um exame de rotina deu os primeiros indícios de um problema hepático e que desde então, vários tratamentos foram tentados no Brasil, todos sem apresentar resultados satisfatórios, de sorte que foi diagnosticada *cirrose de Laennec*, foi sugerido tratamento específico no *Jackson Memorial Hospital*, sendo que, de início, o recorrido pagou pelos exames e consultas realizados, o valor de U\$ 4.000,00 (quatro mil dólares), em 27/2/1998. Para iniciar seu tratamento, deveria o recorrido submeter-se à política financeira do Hospital, efetuando depósito inicial de U\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil dólares), bem como de U\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil dólares), o primeiro em favor do Hospital e o segundo em favor da Universidade. Assevera que, ante a negativa da seguradora de cobrir tais despesas, vendeu todos seus bens, automóveis e sua empresa. Sua sogra, para auxiliar, vendeu a

casa em que residiam, que era de propriedade sua e das filhas, entregou sua parte para o recorrido e responsabilizou-se quanto ao sustento e manutenção das despesas das netas. Só então, deslocou-se o recorrido, com o estado de saúde extremamente fragilizado, para o início do tratamento, em 3/5/1998, efetuando os depósitos necessários para tanto. Explicitou que o tratamento previa vários procedimentos médico-hospitalares, dentre eles e apenas se fosse necessário, transplante de fígado, o qual ocorreu em 21/5/1998, em caráter de urgência, para salvar-lhe a vida. Teve alta em 29/6/1998, ocasião em que o Hospital e a Universidade passaram a cobrar o saldo devedor que havia ultrapassado o valor dos depósitos, que, naquela ocasião, perfazia o montante de U\$ 332.569,00 (trezentos e trinta e dois mil, quinhentos e sessenta e nove dólares).

Em 14 de julho, necessitou retornar ao Hospital, o mesmo acontecendo no dia 3 de agosto. No dia 16 de agosto, contudo, passou a apresentar problemas de rejeição do órgão transplantado, culminando em novo transplante, no dia 8/9/1998. Por fim, afirma que se encontra prestes a sofrer ação de cobrança por parte do Hospital, tendo sido despojado de todo o seu patrimônio para pagamentos que eram de obrigação da recorrente, desfazendo-se a preço vil de seus bens”. Vislumbra-se, pois, que não se trata de um caso corriqueiro, sendo perceptível o tom dramático que envolve a garantia dos direitos à vida e à saúde.

¹⁷⁹ “Direito civil. Contrato de seguro em grupo de assistência médico-hospitalar, individual e familiar. Transplante de órgãos. Rejeição do primeiro órgão. Novo transplante. Cláusula excludente. Invalidez. O objetivo do contrato de seguro de assistência médico-hospitalar é o de garantir a saúde do segurado contra evento futuro e incerto, desde que esteja prevista contratualmente a cobertura referente à determinada patologia; a seguradora se obriga a indenizar o segurado pelos custos com o tratamento adequado desde que sobrevenha a doença, sendo esta a finalidade fundamental do seguro-saúde. Somente ao médico que acompanha o caso é dado estabelecer qual o tratamento adequado para alcançar a cura ou amenizar os efeitos da enfermidade que acometeu o paciente; a seguradora não está habilitada, tampouco

autorizada a limitar as alternativas possíveis para o restabelecimento da saúde do segurado, sob pena de colocar em risco a vida do consumidor. Além de ferir o fim primordial do contrato de seguro-saúde, a cláusula restritiva de cobertura de transplante de órgãos acarreta desvantagem exagerada ao segurado, que celebra o pacto justamente ante a imprevisibilidade da doença que poderá acometê-lo e, por recear não ter acesso ao procedimento médico necessário para curar-se, assegura-se contra tais riscos. Cercear o limite da evolução de uma doença é o mesmo que afrontar a natureza e ferir, de morte, a pessoa que imaginou estar segura com seu contrato de “seguro-saúde”; se a ninguém é dado prever se um dia será acometido de grave enfermidade, muito menos é permitido saber se a doença, já instalada e galopante, deixará de avançar para a o momento em que se tornar necessário procedimento médico ou cirúrgico que não é coberto pelo seguro médico-hospitalar contratado. A negativa de cobertura de transplante – apontado pelos médicos como essencial para salvar a vida do paciente –, sob alegação de estar previamente excluído do contrato, deixa o segurado à mercê da onerosidade excessiva perpetrada pela seguradora, por meio de abusividade em cláusula contratual. A saúde é um direito social constitucionalmente assegurado a todos, cuja premissa daqueles que prestam tal assistência, deve ser a redução de riscos de doenças, para a sua promoção, proteção e recuperação, seja no plano privado, seja na esfera da administração pública. O interesse patrimonial da seguradora de obtenção de lucro, deve ser resguardado, por se tratar de um direito que lhe assiste, desde que devidamente prestado o serviço ao qual se obrigou, isto é, desde que receba o segurado o tratamento adequado com o procedimento médico ou cirúrgico necessário, que possibilite a garantia da saúde por inteiro, prestado de forma eficiente, integral e com qualidade, conforme assumido contratualmente e estabelecido constitucionalmente. Assegura-se o lucro, desde que assumidos os riscos inerentes à tutela da saúde, tais como expostos na Constituição Federal, que não podem ficar somente a cargo do consumidor-segurado; fatiar a doença, ademais, não é o modo mais correto para obtenção de lucro. Com vistas à necessidade de se conferir maior efetividade ao direito integral à cobertura de proteção à saúde – por meio do acesso ao tratamento médico-hospitalar necessário –, deve ser

Analisando o julgado, depreende-se que a Corte até busca delinear a solução do caso recorrendo às categorias desenvolvidas pelo direito privado quanto a cláusulas abusivas, contrato de adesão e onerosidade excessiva, além de enveredar sobre a causa jurídica do contrato de assistência médico-hospitalar, consistente em “[...] garantir a saúde do segurado contra evento futuro e incerto, desde que esteja prevista contratualmente a cobertura referente à determinada patologia; a seguradora se obriga a indenizar o segurado pelos custos com o tratamento adequado”. Já é perceptível a introjeção da retórica dos direitos fundamentais, anunciando que a solução para a querela seria muito mais orientada pela natureza jusfundamental dos direitos envolvidos do que pelo mero recurso aos dispositivos de direito privado.

Assim, embora afirme que “Na expectativa legítima de obter tratamento médico adequado quando necessário, pagou o prêmio do seguro em dia” e, invocando o direito privado, que “A negativa de cobertura do procedimento cirúrgico – transplante de fígado – apontado pelos médicos como essencial para salvar a vida do paciente, sob alegação de estar previamente excluído do contrato, deixou o segurado à mercê da onerosidade excessiva”, passa a reforçar a retórica dos direitos fundamentais no sentido e legitimar uma interpretação conforme que desautorize a validade da cláusula de exclusão. Evidentemente que, pelas especificidades do caso concreto, não é possível reputar que haveria onerosidade excessiva em desfavor do consumidor, à vista do porte do ônus imputado à seguradora. O decisivo para a solução da controvérsia não é a disciplina privada, mas o caráter jusfundamental dos direitos à vida e à saúde.

E isso se torna patente quando o julgado registra que há uma aparente oposição entre o interesse financeiro da seguradora, que seria o lucro, e a saúde do “quase moribundo”, indicando ser impositiva a coexistência de ambos pela natureza do conflito instalado, pois “A

invalidada a cláusula de exclusão de transplante do contrato de seguro-saúde, notadamente ante a peculiaridade de ter sido, o segurado, submetido a tratamento complexo, que incluía a probabilidade – e não a certeza – da necessidade do transplante, procedimento que, ademais, foi utilizado para salvar-lhe a vida, bem mais elevado no plano não só jurídico, como também metajurídico. Recurso especial conhecido, mas, não provido. (REsp 1053810/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 15/03/2010)”.

saúde é um direito social constitucionalmente assegurado a todos, cuja premissa daqueles que prestam tal assistência, deve ser a redução de riscos de doenças, para a sua promoção, proteção e recuperação, seja no plano privado, seja na esfera da administração pública”.

O *decisum* até parece adotar a tese da *state action* ao pontuar que “Ao propor um seguro-saúde, a empresa privada está substituindo o Estado e assumindo perante o segurado as garantias previstas no texto constitucional”, concluindo, então, de forma peremptória que “[...] em respeito ao fim primordial do contrato de seguro em grupo de assistência médico-hospitalar, individual e familiar, e com vistas à necessidade de se conferir maior efetividade ao direito integral à cobertura de proteção à saúde”.

Logo, a despeito da discussão de qual teria sido a teoria adotada pelo Superior Tribunal de Justiça quando à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, constata-se a irresistível penetração dos direitos fundamentais nas decisões de litígios usualmente sujeitos apenas ao direito privado.

Não obstante isso, na maioria das vezes se identifica uma colisão de direitos, pois, como apontado por Nipperdey (2011), o direito privado tem os seus institutos constitucionalmente garantidos ao serem asseguradas a propriedade e a liberdade em geral. A solução não deve desprestigiar aprioristicamente os direitos que vêm a colidir com as normas de direito privado que regulam as relações entre particulares.

Firma-se, pois, a necessidade de interpretação que, reconhecendo a ubiquidade e a irradiação dos direitos fundamentais, filtre e adequue o direito privado às exigências constitucionais respectivas, o que é especialmente demandado ao se afirmar o direito fundamental ao máximo existencial, que não se dirige somente a vincular o Estado, pois conforma a própria comunidade aberta de intérpretes no que respeita ao livre comércio entre os poderes privados.

Embora referido principalmente ao Estado, o direito fundamental sustentado também se projeta sobre a esfera privada, ensejando deveres dos particulares que não podem ficar alheios às exigências de proteção da pessoa humana em sede comunitária, em que as responsabilidades são compartilhadas.

A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada e nos respectivos atos e negócios jurídicos não pode ser negada – o que importaria negar a própria dimensão objetiva dos direitos – e nem ser condicionada ao advento de legislação que os regule expressamente, à vista da ruptura com os mitos advindos dos paradigmas metódicos inconsistentes, defendidos pelo positivismo.

Entendimento similar ao mencionado julgado do Superior Tribunal de Justiça é identificado em decisão do Supremo Tribunal Federal, cuja ementa segue abaixo, *in verbis*:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 39 DA LEI N. 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003 (ESTATUTO DO IDOSO), QUE ASSEGURA GRATUIDADE DOS TRANSPORTES PÚBLICOS URBANOS E SEMI-URBANOS AOS QUE TÊM MAIS DE 65 (SESSENTA E CINCO) ANOS. DIREITO CONSTITUCIONAL. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. NORMA LEGAL QUE REPETE A NORMA CONSTITUCIONAL GARANTIDORA DO DIREITO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. O art. 39 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apenas repete o que dispõe o § 2º do art. 230 da Constituição do Brasil. A norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pelo que não há eiva de invalidade jurídica na norma legal que repete os seus termos e determina que se concretize o quanto constitucionalmente disposto. 2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

(ADI 3768, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 19/09/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02295-04 PP-00597 RTJ VOL-00202-03 PP-01096)

No caso concreto, a Corte entendeu pela constitucionalidade de dispositivo do Estatuto do Idoso¹⁸⁰ que previa a gratuidade dos transportes coletivos urbanos, repetindo o quanto disposto pelo art. 230, §2º, da Constituição Federal¹⁸¹.

O primeiro aspecto digno de destaque é o prejuízo à efetividade dos direitos fundamentais que advém a adoção da clássica teoria das normas constitucionais quanto à eficácia, pois permite negar a dispositivos constitucionais eficácia até que sejam disciplinados, o que, por interpretações equivocadas acaba sendo estendido para dispositivos que nem dependeriam de desenvolvimento legislativo, como no caso em questão. Ora, bastava o próprio art. 230 do texto constitucional para que fosse assegurado o exercício deste direito aos idosos.

¹⁸⁰ Art. 39. Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares. § 1º Para ter acesso à gratuidade, basta que o idoso apresente qualquer documento pessoal que faça prova de sua idade. § 2º Nos veículos de transporte coletivo de que trata este artigo, serão reservados 10% (dez por cento) dos assentos para os idosos, devidamente identificados com a placa de reservado preferencialmente para idosos. § 3º No caso das pessoas compreendidas na faixa etária entre 60 (sessenta) e 65 (sessenta e cinco) anos, ficará a critério da legislação local dispor sobre as condições para exercício da gratuidade nos meios de transporte previstos no caput deste artigo.

¹⁸¹ Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. § 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. § 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

O outro aspecto é o direcionamento pela própria Constituição aos concessionários de serviço público de transporte coletivos urbanos do direito garantido aos idosos, da mesma forma que se dá com os direitos sociais dos trabalhadores. De fora parte isso, por se tratar de serviço público já haveria maior predisposição a sujeições de regras que mais atendam ao interesse público – manifestado pelos direitos fundamentais – do que ao legítimo interesse do concessionário ao lucro.

De fora parte isso, que por si só já reduziria a importância da discussão sobre ser o julgado significativo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o interesse sobressai pela fundamentação dada pela Corte à decisão de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade.

A relevância do direito assegurado é destacada para a proteção da digna qualidade de vida aos idosos, integrando o âmbito das garantias concernentes ao desenvolvimento do direito fundamental ao máximo existencial, salientando o Supremo Tribunal Federal que “A facilidade de deslocamento físico do idoso pelo uso de transporte coletivo haverá de ser assegurado, como afirmado constitucionalmente, como garantia da digna qualidade de vida para aquele que não pode pagar ou já colaborou com a sociedade em períodos pretéritos”.

Reconheceu, ainda, ser imprescindível para o exercício da liberdade de locomoção pelos idosos, corroborando e manifestando a já constatada indivisibilidade dos direitos fundamentais, notadamente das liberdades para com os direitos sociais.

Nesse sentido, a Corte rechaçou a alegação de inconstitucionalidade por quebra do equilíbrio econômico-financeiro – interesse legítimo, mas de ordem pecuniária – ao entendimento de que não poderia ensejar a inconstitucionalidade da norma, levando, no máximo, à postulação do seu restabelecimento ao ente concedente, desde que devidamente comprovada.

Logo, dessume-se que o Supremo Tribunal Federal abriga o entendimento de ser possível a incidência dos direitos fundamentais nas relações reguladas parcialmente pelo direito público e pelo direito privado – travadas entre o concessionário e o usuário –, cabendo ao particular onerado, se for o caso e se o ônus for excessivo, demandar do poder público a devida compensação. Este posicionamento pode ser estendido a casos outros que não apenas aqueles em que haja expressa disposição constitucional extensiva de direito fundamental ao âmbito dos serviços públicos.

Desse modo, visando à afirmação do direito fundamental ao máximo existencial, a devida conformação da teoria dos direitos fundamentais exige o reconhecimento da

multidimensionalidade eficaz dos direitos fundamentais quanto a todos eles, conferindo-se o mesmo *status* jurídico constitucional aos direitos sociais e às liberdades.

Da mesma forma que àqueles não pode ser conferida apenas a dimensão objetiva, deve-se conferir às liberdades a plena aptidão para incidência nas relações privadas, como sói ocorrer expressamente com parte significativa dos direitos sociais por expressa disposição constitucional, reforçando a implicação mútua e a indivisibilidade entre os aludidos direitos.

Outrossim, e retornando ao enfrentamento das questões postas anteriores, a teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada, os contornos e precisões ora sugeridos, proporciona possíveis respostas à a) indeterminação dos direitos sociais, que não b) têm eficácia apenas programática e objetiva, c) não sendo os únicos condicionados às instâncias políticas e ao estágio de desenvolvimento econômico, porque todos os direitos demandam prestações onerosas ao Estado, d) concluindo-se pelo equívoco de se excluir aprioristicamente a sua justiciabilidade.

Todas essas conclusões sustentam a afirmação do mesmo *status* jurídico-constitucional a todos os direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais e rejeitando qualquer déficit de normatividade que advenha da natureza ou da sua compostura constitucional.

E essa revalorização e ressignificação dos direitos sociais nos quadrantes do constitucionalismo global, dirigente e virtuoso é exigência derivada do direito fundamental ao máximo existencial na medida em que a ampliação dos níveis essenciais de prestação relativos à satisfação suficiente das necessidades básicas relaciona-se mais amplamente com os direitos sociais – sem olvidar a ampliação dos níveis essenciais de prestação pertinente às necessidades de autonomia –, habilitando ao exercício das capacidades humanas – concernentes mais diretamente às liberdades. Mais uma vez, constata-se a manifesta indivisibilidade dos direitos fundamentais.

Por essa via, torna-se possível a efetivação do desiderato típico dos direitos sociais, consistente na desmercantilização das condições existenciais e a promoção do conteúdo do direito fundamental ao máximo existencial, consistente na auto-realização e na autonomia individual, dependentes do bem-estar, ou da digna qualidade de vida.

Diante disso, impõe-se adentrar especificamente na conformação, na caracterização, na estrutura e nas potencialidades normativas do direito fundamental ao máximo existencial, que se insere no âmbito da compreensão da teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada.

4 O DIREITO FUNDAMENTAL AO MÁXIMO EXISTENCIAL

A exposição das premissas e dos referenciais teóricos que conformam a pré-compreensão dos direitos fundamentais e a revisão da teoria dos direitos fundamentais no sentido de conferir-lhe uma conformidade com o texto e com o contexto do constitucionalismo global, dirigente e virtuoso já tornou possível delinear os principais aspectos e fundamentos atinentes ao direito fundamental ao máximo existencial.

Em razão disso, muito da sua compreensão foi antecipado, no que impunha a adoção de determinadas matrizes teóricas que, reciprocamente, respaldam o seu reconhecimento e o fortalecimento da sua potencialidade normativa e, igualmente, no que exigia uma nova caracterização da teoria dos direitos, rejeitando as construções oriundas do seu paradigma tradicional.

Não obstante isso, é necessário adentrar especificamente na caracterização do direito, analisando a sua noção e os respectivos fundamentos, residentes tanto nas ordens constitucionais nacionais instituídas sob as mesmas bases da Constituição brasileira, como no âmbito do constitucionalismo global, em reforço mútuo propiciando pela migração das ideais constitucionais. A fundamentação, além de propriamente dogmática, situa-se no valor moral que o direito apresenta, antecipado quando assinalada a sua conexão tanto com a satisfação das necessidades, como com a habilitação para o exercício pleno das capacidades humanas.

Além disso, importa inserir o direito no âmbito das categorias deônticas sustentadas, possibilitando identificar os elementos típicos dos deveres fundamentais que lhe dão compostura, condição em que se firma a rejeição do mínimo vital e a defesa do conteúdo essencial ótimo, associando-o com o dever de ampliação dos níveis essenciais de prestação mediante o alargamento do âmbito de proteção efetivo pelo enriquecimento do conteúdo material. Insere-se, nesse passo, o cotejo entre o direito definitivo real e o direito definitivo possível, ganhando importância a adoção do pensamento do possível orientado pela reflexão hermenêutica.

A partir de então será preciso perscrutar a projeção da eficácia do direito fundamental ao máximo existencial sobre os poderes legislativo, executivo e judiciário, adentrando na tormentosa questão da possibilidade de constrição judicial das ações e omissões dos órgãos de direção política – legislativo e executivo – e na sua legitimidade diante da fundamentação democrática da liberdade de conformação legislativa e, em menor intensidade, da discricionariedade administrativa.

É imprescindível enfrentar a chamada reserva do possível para conceber se consubstancia, efetivamente, um limite à implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, mas nunca um obstáculo a sua justiciabilidade e a sua efetividade, investigando a seara orçamentária e o problema da justiça da alocação trágica de recursos escassos, cuja escassez, no mais das vezes, é dado um caráter superlativo em razão da falta de vontade política.

Assim, aferindo as relações entre o controle jurisdicional sobre o atendimento ao máximo existencial e a atuação – ou inação – dos demais poderes, inserem-se as questões do ativismo judicial e da judicialização da política.

A carência de garantias destinadas a assegurar a efetividade dos direitos sociais deve ser superada com o desenvolvimento de novas técnicas de decisão ou com novas conformações das técnicas de decisão já existentes no âmbito do controle jurisdicional dos atos – normativos ou não – do poder público, possibilitando solucionar, principalmente, os problemas das decisões individuais com repercussão coletiva e do respeito à margem de apreciação política – liberdade de conformação – acerca dos meios conducentes à consecução da satisfação suficiente das necessidades existenciais.

Com tais propostas, objetiva-se afirmar a necessidade de que seja ultrapassado o paradigma usualmente adotado de limitação ao mínimo vital do controle jurisdicional das ações e omissões estatais quanto à implementação dos direitos sociais. Com efeito, a defesa do mínimo vital, em todas as diferentes concepções em derredor de si, leva a consequências graves que comprometem a efetividade dos direitos fundamentais, baseando-se em pressupostos relativamente insustentáveis e com efeitos deletérios.

Quanto aos pressupostos, o que mais confere respaldo ao mínimo vital resulta da contenção do poder judiciário quanto ao controle dos demais poderes por não ser constituído democraticamente e investir sobre aqueles que o são. Desse modo, quão mais restrita for a sua atuação, mais se estará assegurando a democracia em face do risco de uma forma autocrática de governo dos juízes, tal como advertido no início do século XX por Édouard Lambert (2005).

Esta tese se funda numa premissa que a realidade infirma com constância notável, devidamente identificada por Jackson e Tate (1992, loc. 2543), de que “[...] todas as leis

aprovadas pelas instituições representativas são legítimas, porque são baseadas na ‘vontade do povo’”¹⁸².

Na realidade, as razões que motivam a edição das leis não correspondem àquelas associadas ao sentido normativo da teoria democrática, envolvendo uma plêiade inumerável de fatores, ora ainda legítimos, ora absolutamente ilegítimos. Não é incomum, portanto, que a democracia, entendida apenas como processo, apresente vícios e falhas pela falibilidade das suas próprias instituições, sendo a atuação dos poderes executivo e legislativo também sujeita a grupos de pressão, ao *lobby* e a pequenas minorias que, organizadas, fazem-se ouvir e prevalecer a sua vontade.

Essa constatação é corroborada pela inferência de que a falta de plena implementação dos direitos sociais em muitos países deriva da falta de vontade política e nem tanto da propalada escassez de recursos, levando à reflexão mais apurada sobre a reserva do possível.

E, por sua vez, dentre os efeitos deletérios, o mais grave é o de conferir ao Estado absoluta independência quanto à definição de como e em que medida implementar os direitos fundamentais e, notadamente, os direitos sociais. Como destacado por Matthew (1995, p. 119), assegurar aos Estados a discricionariedade de definir o nível e a extensão de suas obrigações quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais é o mesmo que permitir que definam as suas próprias obrigações. O obrigado definir como e em que medida se encontra obrigado indica a desnaturação de qualquer obrigação ou dever jurídico.

Nesse sentido, a adoção do mínimo vital equivale a reconhecer que, para além do mínimo, não mais passível de justiciabilidade, o próprio Estado é quem define a extensão dos níveis de prestação, não estando obrigado além daquilo que ele mesmo determina. Se os direitos fundamentais devem vincular o poder público, não se pode circunscrevê-los ao mínimo e nem encampar concepções que confirmam ao Estado a ampla possibilidade de frustrar a sua satisfação, exonerando-o da vinculação proveniente dos deveres positivos. Se o Estado pode prover sobre a extensão da satisfação dos deveres que lhe são incumbidos em razão dos direitos fundamentais, não se encontra vinculado a realizá-los para além do mínimo.¹⁸³

A única concepção viável que pode sustentar esta categoria é substancialmente distinta da que vem sendo acolhida, devendo se restringir à condição de limite em face das

¹⁸² Em tradução livre. No original, “[...] all laws passed by ostensible representative institutions are legitimate because they are based on the ‘will of the people’”.

¹⁸³

leis restritivas de direitos, caso em que corresponde ao conteúdo essencial mínimo. Ainda assim, é preferível invocar o conteúdo essencial do que o mínimo vital, pois a proteção em face de leis restritivas pode – e usualmente – deve ser além do que se considere como o mínimo, especialmente diante do princípio da proibição de retrocesso, ou do efeito *cliquet* ou, ainda, do *standstill*¹⁸⁴.

Logo, o que se afigura essencial é estabelecer a noção, os fundamentos e a potencialidade normativa do direito fundamental ao máximo existencial, suscitando a justiciabilidade dos direitos fundamentais para além do mínimo vital e a partir do que o Estado pode e está capacitado a fazer, desqualificando a falta de vontade política e enfrentando as questões relativas à legitimidade democrática e da reserva do possível.

4.1 NOÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO DOGMÁTICA

O direito fundamental ao máximo existencial consiste, em verdade, num direito que se superpõe aos demais direitos fundamentais e aos quais todos podem ser reconduzidos, pois estende sua eficácia normativa sobre o sistema de direitos fundamentais como um todo, embora seja dele parte integrante.

Diante disso, é um direito sincrético, pois exprime a relação simbiótica existente entre os direitos fundamentais, rejeitando a dicotomia entre liberdades e direitos sociais e sustentando, no plano da ciência do direito constitucional, os fundamentos de uma teoria dos direitos inclusiva dos direitos sociais e compreensiva da dimensão negativa e da dimensão positiva de todos eles.

Esse caráter sincrético é perceptível pela relação que o direito em questão mantém com as necessidades e com as capacidades. Exigindo a união no plano da realidade das liberdades – individuais e política – e dos direitos sociais, busca a efetividade do conteúdo ótimo.

¹⁸⁴ Desse modo, a implementação progressiva conduz a níveis de prestação superiores ao que equivaleria ao mínimo vital. Eventual lei restritiva que importe em regresso daquele nível só pode ter a sua constitucionalidade aferida a partir da proibição de retrocesso tendo em vista o nível que já se encontra superior ao mínimo. Assim, o conteúdo essencial mínimo, mesmo se compreendido a partir da proporcionalidade, não se reduzirá, necessariamente, ao mínimo vital.

A satisfação suficiente das necessidades existenciais – propiciada pelos direitos sociais – e a conseqüente habilitação para o pleno exercício das capacidades humanas – pertinente às liberdades individuais e política –, denota e fundamenta, reciprocamente, a indivisibilidade dos direitos, que deve se projetar sobre a realidade institucional do Estado.

Concerne, ainda, à forma como devem ser compreendidos, interpretados e aplicados os direitos fundamentais no âmbito das condições da realidade e de acordo com o que é necessário e com o que se descortina como possível.

Possui um caráter de resistência quanto aos eventuais regressos nas prestações estatais e, mais nitidamente, consubstancia o fundamento para o desenvolvimento progressivo e contínuo dos direitos, concebendo a implementação deles como um processo gradual e contínuo voltado à satisfação suficiente das necessidades existenciais. Essa seria característica de todos os direitos fundamentais e não apenas dos direitos sociais, ao contrário do que enseja, à primeira vista, o cotejo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Como todos os direitos têm uma dimensão programática em razão da natureza aprioristicamente principiológica, sempre podem ser asseguradas as condições que viabilizem o seu exercício de forma mais ampla, independentemente de se tratar de liberdades, direitos políticos, direitos sociais ou quaisquer outros.

Evidentemente que o direito fundamental ao máximo existencial não impõe que o Estado realize o impossível e nem suprime a discricionariedade legislativa ou a liberdade de conformação do legislador, mas consubstancia a imposição de que realize, no que lhe seja possível, a satisfação suficiente das necessidades existenciais e de autonomia, assegurando-lhe o juízo político sobre como proceder para a consecução deste desiderato.

Ao portar uma dimensão utópica, o direito fundamental ao máximo existencial projeta uma pressão normativa sobre a realidade a fim de que haja a progressiva extensão das condições e possibilidades de efetividade dos direitos fundamentais. Não se cinge, então, a exigir que sejam realizados ou garantidas as condições de sua realização nas condições reais e possíveis, porquanto demanda a progressiva ampliação de tais possibilidades, propiciando a extensão do que é possível.

Logo, constata-se que o direito fundamental ao máximo existencial relaciona-se com as categorias antes sustentadas e que devem dar nova conformação à teoria dos direitos fundamentais, que são a a) satisfação suficiente, b) o conteúdo ótimo, c) o âmbito de proteção efetivo, e d) os direitos definitivos reais e possíveis, vinculando as necessidades às capacidades

e, por isso, almejando a desmercantilização das condições existenciais e a promoção da qualidade de vida.

A satisfação suficiente, como já aludido, é entendido como referencial que supera e abrange traços da proporcionalidade, voltando-se ao controle das ações e omissões estatais – preponderantemente normativas, mas não exclusivamente – pertinentes ao desenvolvimento dos direitos fundamentais. Enquanto a proporcionalidade consubstancia o limite das restrições, associando-se com o conteúdo essencial mínimo em face de leis restritivas de direitos, a satisfação suficiente se caracteriza como referencial para o controle da ampliação dos níveis essenciais de prestação relativos à dimensão positiva dos direitos fundamentais, materializando-se no conteúdo essencial ótimo.

A satisfação suficiente, voltada à garantia do conteúdo essencial ótimo, sustenta a ampliação dos níveis essenciais de prestação, conduzindo ao alargamento do âmbito de proteção efetivo pelo enriquecimento do conteúdo material de determinado direito. Em razão disso, sempre deve haver a correspondência mais próxima possível entre a conformação real de um direito definitivo e a potencialidade de que seja alargado o seu âmbito de proteção efetivo, levando ao cotejo entre direito definitivo real e direito definitivo possível.

Evidencia-se que o direito afirmado abriga em si, como será detalhado, a dimensão negativa e a dimensão positiva intrínseca a todos os direitos fundamentais. O seu aspecto mais significativo consiste, como já antecipado, no dever fundamental positivo de o poder público ampliar os níveis essenciais de prestações – normativas e materiais – concernentes aos deveres de proteção, promoção, satisfação e garantia que sejam pertinentes a determinado direito. Este, por sua vez, é um dever positivo que congrega em si todas as categorias componentes da dimensão positiva atribuída aos direitos, sendo, concomitantemente, um dever de proteção, de promoção, de satisfação e de garantia.

Materialmente, o direito fundamental ao máximo existencial demanda a análise do que é requerido diante das necessidades relativas às condições materiais de existência e tendo em vista o desiderato de, desmercantilizando-as, ensejar a auto-realização e a autonomia em condições dignas e adequadas de vida.

Desse modo, o direito fundamental ao máximo existencial dirige-se a assegurar a auto-realização e a autonomia individuais mediante a garantia do bem-estar pela desmercantilização das condições existenciais. Reitere-se que, enquanto a desmercantilização e o bem-estar devem ser propiciados pela projeção do máximo existencial quanto aos direitos sociais, a auto-realização e a autonomia decorrem das capacidades, associando-se à inflexão

do máximo existencial sobre as liberdades e sobre os direitos políticos. Mais uma vez volta-se à constatação da indivisibilidade entre as aludidas categorias de direitos.

A noção de desmercantilização das condições existenciais, significativa de superação do mercado como única e autônoma instância de distribuição justa da riqueza, posto orientar-se para o lucro, já foi detidamente analisada. Consiste na instituição de um sistema de proteção social que possibilite ao indivíduo alcançar as condições materiais de existência sem depender do mercado e sem se sujeitar as suas leis.

Restam as noções de bem-estar, de autonomia e de auto-realização, com relação às quais se pode empreender o delineamento de uma compreensão preliminar, estando todas elas inter-relacionadas.

Como pontua Cécile Fabre (2000, p. 09-10) é impossível identificar um sentido nuclear a partir das diversas noções conferidas à autonomia pela literatura, que ultrapassa os estritos lindes jurídicos. Apesar disso, sugere que o principal sentido remete à capacidade dos indivíduos refletirem e decidirem por si o que pensem sobre as questões que se lhes apresentam, o que pretendem fazer da vida e como executar o plano da vida decente que almejem. Essa perspectiva envolve tanto a existência de aptidão física e mental para desempenhá-la, como também a existência das devidas oportunidades e do acesso a elas para que seja escolhido o plano de uma vida decente. A aptidão mental e física associa-se com a ocorrência de oportunidades adequadas e viáveis. Na aptidão mental insere-se a capacidade de discernimento e reflexão crítica, substancialmente derivadas do processo de formação e de educação.

A partir daí, a autonomia é definida pela autora como a existência das capacidades pessoais (físicas e mentais) e de oportunidades adequadas, elegíveis e acessíveis para refletir, escolher, revisar e perseguir uma dada concepção de boa vida ou vida decente. Em outros termos, de bem-estar.

Essa concepção ampla de autonomia mais se associa com a noção ora defendida de auto-realização e é mais esclarecida com a associação da teoria das capacidades desenvolvidas por Martha Nussbaum (2011) e já abordada.

De outra parte, a vida decente ou vida boa nada mais exprime do que o sentido mais amplo de bem-estar, expressão preferida pela Constituição brasileira no art. 3º, inciso IV, do seu texto. Em outros termos, cabe ao indivíduo decidir sobre como viver, projetar o seu viver da forma que considere relevante e valiosa e procurar realizar esse projeto de vida decente ou vida com bem-estar. Em sentido estrito, entretanto, o bem-estar se circunscreve à

condição de pressuposto para a autonomia, relacionando-se à satisfação das condições materiais de existência.

Diante disso, a fim de extremar as noções sem negar a interação e o inter-relacionamento recíproco, concebe-se a autonomia como capacidade de reflexão e decisão sobre as questões tidas pelo indivíduo com fundamentais para a sua vida.

A auto-realização, como destaca Gewirth (1998, p. 3) é um ideal tradicionalmente exaltado pelas culturas ocidental e oriental, exercendo contínuo fascínio sobre filósofos, psicólogos, teólogos e o senso comum, embora seja concebido de diversas maneiras. Não obstante isso, o sentido comum envolve a concepção de boa e feliz vida humana. Nesse sentido, “[...] auto-realização consiste em exercer a fruição dos mais profundos desejos e das mais valiosas capacidades”¹⁸⁵, culminando com a plena satisfação das aspirações e potencialidades, a fim de que a vida humana seja bem vivida.

E em razão desta concepção Gewirth bem destaca que outras ideias e normas só são valiosos ao servirem, direta ou indiretamente, à auto-realização, no que se insere intensamente o direito fundamental ao máximo existencial, relacionando-se à garantia das condições materiais e de liberdade para o pleno florescimento da personalidade.

Assim, a auto-realização, de forma mais ampla, relaciona-se à aptidão para constituir, buscar e efetivar um projeto de vida mediante o pleno desenvolvimento da personalidade, o que é dependente tanto da desmercantilização das condições existenciais, como da autonomia. A autonomia e a auto-realização derivam da habilitação para o pleno exercício das capacidades humanas, que só pode ser atingida pela satisfação suficiente das necessidades existenciais.

O bem-estar, por sua vez, equivale ao estado pleno de vida do indivíduo, em que se dê o efetivo gozo da auto-realização, quando o ser humano vive plenamente todas as suas capacidades. É antes de tudo um estado a que almeja quando da efetiva consecução da auto-realização.

O desapego e o descrédito da auto-realização com objetivo alçado pela filosofia política é constatado por Gewirth (1998, p. 4) e se associa com a elevação de noções como a do mínimo vital. Como ressalta, o foco da filosofia política se deslocou para a garantia da estabilidade da ordem cívica e da liberdade política, com especial atenção às necessidades e direitos mínimos. Isso teria resultado tanto da pobreza, violência e desordem, como de

¹⁸⁵ Em tradução livre. No original, “[...] self-fulfillment consists in carrying to fruition one’s deepest desires or one’s worthiest capacities”.

problemas morais e filosóficos quanto ao ideal de auto-realização; estes últimos problemas são susceptíveis de solução, segundo a proposta que apresenta, agravando-se a problemática quanto aos obstáculos sociais.

Logo, depreende-se que o direito ao mínimo vital adere, conscientemente ou não, a esta tradição de depreciação da condição humana e da sua capacidade de auto-realização na medida em que confere a esta apenas o acesso a bens mínimos que atendam às necessidades mais elementares e básicas de carácter existencial, fazendo-o sob as alegações já enfrentadas de que os direitos sociais são judicialmente exigíveis, sendo direitos de segunda classe ou de segunda categoria, como sintetizado por Paul O'Connell (2012, p. 1-3) e por toda a doutrina antes mencionada.

Os direitos não se voltariam para a auto-realização e nem para a autonomia e não se destinariam a assegurar o bem-estar que propicie a plena vivência de uma boa vida, cingindo-se às condições relativas a assegurar a sobrevivência.

Já o direito fundamental ao máximo existencial respalda-se justamente na direção oposta, em defesa da garantia da auto-realização, ou das condições materiais e de liberdade que componham os pressupostos para que seja exercida pelo desempenho pleno das capacidades humanas, radicando-se nas mais nobres reflexões da filosofia política (GEWIRTH, 1998, p. 3-4). Ao que se afigura da Constituição Federal de 1988, foi a esta perspectiva que aderiu e não pode dela se distanciar.

A Constituição brasileira privilegia essa compreensão ao associar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária mediante a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais com a promoção do bem-estar, como se depreende em sentido global do art. 3º do texto constitucional.

O bem-estar é como algo que, enquanto *bem* é valioso e como *estar* remete a um estado. Logo, é um estado valioso que deve ser alcançado pelo indivíduo mediante a auto-realização. O seu valor está em que nele se materializa o projeto de vida individual – que deve ser contextualizado comunitariamente –, assegurando não apenas o bem-viver, mas o viver-bem, ou seja, qualidade de vida para que haja uma vida qualificada.

Advirta-se que as noções de bem-estar e de qualidade de vida, que são intercambiáveis sem prejuízo para o que representam, não se sujeitam à financeirização de sua compreensão e mensuração, não podendo ser indicadas por índices estritamente relacionados ao desempenho ou ao crescimento econômico. Como observam Fitoussi, Stiglitz e Sem (2009, p. 228-232), “O conceito de qualidade de vida é mais amplo do que o de produção econômica

ou de nível de vida. Compreende toda uma série de fatores que influem sobre aquilo que importa em nossa vida, sem se limitar ao aspecto puramente material”¹⁸⁶.

Envolveria, para os autores, condições subjetivas de bem-estar e condições objetivas de bem-estar, estas vinculadas às capacidades do indivíduo de agir conforme sua livre escolha diante de possibilidades que sejam por ele descortinadas, e às alocações equitativas de recursos.

Pelo quanto assentado, percebe-se que o direito fundamental ao máximo existencial comporta tanto um sentido estrutural, referido à natureza dos deveres que acarreta, como um sentido material, consistente nos bens jurídicos fundamentais que resguarda. Com isso, pode-se afirmar uma noção do direito fundamental ao máximo existencial que, como já tem sido sustentado, é provisória porque processualmente desenvolvida pela comunidade aberta de intérpretes dos direitos fundamentais, conforme os paradigmas suscitados pela reflexão hermenêutica.

Nesse sentido, o direito fundamental ao máximo existencial consiste no direito à progressiva, contínua, gradual e processual¹⁸⁷ ampliação dos níveis essenciais de prestação até satisfação suficiente das necessidades existenciais, necessária ao bem-estar individual pela garantia da auto-realização e da autonomia.

O caráter processual do direito fundamental ao máximo existencial se relaciona com a dimensão processual da própria Constituição, que se reflete na processualidade do Estado, destacada por Adolfo Posada (1936). A processualidade da Constituição, por sua vez, é realçada com a devida pertinência por Carlos Ayres Britto (2003, p. 195) por força da materialidade prospectiva dos valores que abriga. Essa processualidade da Constituição, que se materializa na dimensão expansiva e progressiva para além do mínimo vital e em direção ao máximo existencial, com a garantia do exercício das capacidades humanas, é concebida ao modo heraclitiano.

¹⁸⁶ Em tradução livre. No original, “Le concept de qualité de la vie est plus large que ceux de production économique ou de niveau de vie. Il comprend toute une série de facteurs influant sur ce qui a de l’importance dans notre vie, sans se limiter à l’aspect purement matériel”.

¹⁸⁷ Pode-se indagar sobre a necessidade de explicitar tais elementos separadamente. A princípio, contínua, gradual, progressiva e processual ampliação poderiam ser substituídas por apenas um destes termos. Apesar disso, prefere-se a ênfase do reforço recíproco das ideais que tais expressões podem, simultaneamente, agregar.

A dinamicidade ínsita à existência humana não alberga e nem se compadece com a estagnação dos níveis de prestação assegurados em dado momento, sendo necessária a perspectiva projetiva. Isso justifica a afirmação do direito fundamental ao máximo existencial, firmando-se em direção ao conteúdo ótimo a partir do cotejo entre direito definitivo real e direito definitivo possível.

Assim, de maneira mais simples, o direito em questão é o direito à ampliação dos níveis essenciais de prestação. É o direito que garante o conteúdo essencial ótimo e que pressiona a ampliação do que é possível ao Estado pela reflexão crítica oriunda da dicotomia entre o direito definitivo real e o direito definitivo possível, refletindo-se no alargamento do âmbito de proteção efetivo pelo enriquecimento substantivo do conteúdo material do direito fundamental. Consiste no direito à auto-realização e à autonomia. Como tal, é projeto utópico-programático-vinculante do viver-bem e do bem-viver ao dirigir-se para o bem-estar numa comunidade solidária, justa e livre.

Essa concepção bem denota o caráter de superposição do direito fundamental ao máximo existencial, pois projeta sua eficácia normativa sobre todos os direitos fundamentais, o que não lhe é exclusivo, sendo traço comum também ao direito fundamental à legislação e ao direito fundamental à efetividade (CUNHA JÚNIOR, 2004).

Além disso, vincula de forma inexorável e incindível a natureza dos deveres que lhe dão compostura com os bens jurídicos fundamentais a que se destinam, ressaltando e exaltando o valor moral que comporta.

Torna-se possível associar o direito fundamental ao máximo existencial com a condição que o princípio da dignidade da pessoa humana goza na ordem constitucional pátria. Da mesma forma que os direitos fundamentais são concretizações parciais da dignidade – o que se estende, naturalmente, ao máximo existencial –, ao direito ora afirmado podem ser reconduzidos todos os direitos fundamentais – e não apenas os sociais – quanto à pretensão de eficácia que possuem como traço intrínseco.

Sustentada a noção do direito fundamental ao máximo existencial, impõe-se fincar os fundamentos de seus referenciais constitucionais e transnacionais, a fim de assentar a sua legitimidade dogmática.

4.1.1 Referenciais constitucionais

O direito fundamental ao máximo existencial encontra sede constitucional em praticamente todas as constituições que adotam o modelo similar ao seguido pela Constituição Federal de 1988, de caráter social e dirigente. Decorre da constatação da incapacidade do mercado em distribuir com justiça a riqueza produzida, o que deveria se orientar, preponderantemente, pelas necessidades e, depois, pelos méritos, e não com base no auto-interesse, consubstanciado no lucro. Além disso, assenta-se esse modelo constitucional na desconfiança em face do legislador em razão da demonstrada inconsistência do processo democrático, nem sempre conduzindo a que a vontade dos representantes exprimam a dos representados.

Como já se pode antever, o direito fundamental ao máximo existencial pode ser firmado a partir de alguns dispositivos da Constituição Federal de 1988 que, compreendidos pela reflexão hermenêutica, ensejam a construção da norma referente ao direito fundamental ao máximo existencial, comportando caráter de princípio.

Com efeito, a afirmação dos princípios republicanos do art. 1º concernentes à dignidade e à cidadania, conjuntamente com os objetivos fundamentais abrigados pelo art. 3º, e com os princípios da prevalência dos direitos humanos e da cooperação entre os povos, previstos pelo art. 4º, são o substrato textual para o direito fundamental ao máximo existencial como categoria do direito constitucional positivo brasileiro.

Não parece legítima qualquer dúvida de que nenhuma interpretação que se confira a tais princípios legitimaria a circunscrição da vinculação dos direitos fundamentais ao direito ao mínimo vital. A cidadania porta muito mais um sentido inclusivo, de participação e inserção de toda e qualquer pessoa no ambiente comunitário. Ser cidadão, nesse sentido, remete à plena aptidão para ser destinatário das prestações estatais e ao gozo da sua condição no âmbito da comunidade política. Tais prestações não podem nem se limitar ao mínimo existencial e nem se estagnar, sem que estejam sujeitas ao controle jurisdicional quanto as suas possibilidades e suficiência.

O princípio da dignidade da pessoa humana reforça essa compreensão proveniente da cidadania, pois envolve, em seu sentido pleno, a garantia das condições para o bem-estar como estágio de auto-realização e autonomia. Apenas pela condição de ser humano advém a necessária imposição de que o Estado não subvalorize a potencialidade das capacidades humanas cingindo-se a garantir o mínimo vital ou a mera sobrevivência, comportando a exigência de que, no que lhe for possível e que não tenha sido implementado por falta de

vontade política ou outros vícios correlatos, haja a constrição jurisdicional tutelando a pessoa humana.

Da mesma forma, a construção de comunidade – mais significativa do que sociedade – livre, justa e solidária remete aos fundamentos axiológicos do direito fundamental ao máximo existencial, associando liberdade, igualdade e solidariedade. A compreensão adequada do art. 3º, inciso I, da Constituição deve indicar que a liberdade tem de ser real e efetiva, verdadeiramente fática e não apenas formal, viabilizada quanto às minorias e aos hipossuficientes pela promoção de medidas juridicamente compensatórias mediante a implementação da igualdade material¹⁸⁸. Em síntese, e expressando o sentido pleno do direito fundamental ao máximo existencial, que corrobora a indivisibilidade dos direitos, impõe-se a garantia da igual liberdade e da livre igualdade.

Para tanto, a solidariedade indica ser necessário que o ligame social seja preservado e que haja a base social para que as expectativas, valores e utopias se projetem nos direitos fundamentais e na introjeção da ampliação dos níveis essenciais de prestação, importando na percepção da responsabilidade de cada um e da comunidade de intérpretes de direitos fundamentais, conjuntamente, na sustentação do projeto em que a liberdade fática, real, inclusiva e igual viceje para todos.

Por essa via, da interpretação constitucionalmente adequada dos aludidos dispositivos, depreende-se que o direito fundamental ao máximo existencial pressupõe a associação inextrincável entre política e liberdade, já referida por Hannah Arendt (2004, p. 38-40) ao buscar o sentido originário da política e concluir que é a própria liberdade¹⁸⁹. Desse

¹⁸⁸ Como observa Paul O'Connell (2012, p. 5), os direitos fundamentais são titularizados por todos os membros da comunidade política, são mais significativos para as minorias, socialmente excluídas.

¹⁸⁹ Para a autora a resposta à pergunta do sentido da política é deveras simples, asseverando que “[...] o sentido da política é a liberdade. Sua simplicidade e concludência residem no fato de ser ela tão antiga quanto a existência da coisa política – é na verdade, não como a pergunta, que já nasce de uma dúvida e é inspirada por uma desconfiança.” Não obstante isso, observa que tal resposta não se apresenta não é mais atual e nem óbvia, havendo uma progressiva depreciação da política, tornando mais complexa a pergunta em razão das experiências vividas, que são substancialmente não-políticas ou antipolíticas, inflamando-se com as misérias causadas pela política no século XX. A pergunta, então, seria se a política ainda tem

modo, como exposto, não há direitos fundamentais que não sejam assegurados pelo Estado, necessitando das prestações que lhes sejam pertinentes.

Diante disso, torna-se premente a reabilitação da política que repercute nas vias democráticas e no resgate do sistema representativo. Quando as vias democráticas falham, segundo a concepção normativa da teoria democrática e da representação popular, os representantes do povo costumam distanciar-se da expressão da sua vontade e, diante disso, o projeto emancipatório e libertário pertinente aos direitos fundamentais deve ser assegurado por outras vias institucionais e não-institucionais, como a jurisdição constitucional.

Logo, a vinculação entre cidadania, dignidade, comunidade livre, justa e solidária deve ensejar o fundamento normativo para afirmação do direito fundamental ao máximo existencial, voltando-se à promoção do bem-estar em que viceje a auto-realização e a autonomia.

algum sentido, levando a dois aspectos. O primeiro consiste nas experiências das formas totalitárias de Estado, que impuseram uma politização total do homem, suplantando a liberdade. Daí a inferência de uma oposição entre política e liberdade, de modo que a existência de uma afasta a outra, justamente a partir da pergunta “[...] se política e liberdade são compatíveis entre si, se a liberdade não começa apenas onde cessa a política, de modo a não existir mais liberdade onde a política não encontra seu fim e seu limite em parte alguma. Talvez, desde a Antiguidade – para o qual política e liberdade eram idênticas – as coisas terem mudado tanto que, nas condições modernas, precisam ser distinguidas por completo uma da outra”. O segundo aspecto advindo da pergunta se relaciona com as possibilidades de destruição do mundo trazidas com a política, envolvendo não somente a liberdade, mas a própria vida, a continuidade da existência humana e, até mesmo, de toda a vida orgânica. Logo, a iminente oposição passa a ser não mais entre política e liberdade, mas entre política e vida, pelo que a pergunta torna duvidosa toda a política e conduz à inclinação de se querer eliminar a política. Evidencia-se, então, que é preciso resgatar o sentido originário da política, o que se reforça com a compreensão do Estado não como inimigo dos direitos humanos e fundamentais, mas como ator fundamental para a sua promoção.

A tais dispositivos e sentidos agregam-se os do art. 4º, incisos II e IX, da Constituição Federal, que, ao preverem a prevalência dos direitos humanos e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, permitem integrar os referenciais oriundos da dimensão transnacional do constitucionalismo.

A prevalência dos direitos humanos denota a necessidade de que sejam sobrelevados, desautorizando apressados juízos que os equiparam a outros interesses, como o equilíbrio fiscal, como ressaltado por Madia D'Onghia (2011, p. 203), ou ao relevo da discricionariedade legislativa e administrativa. Ademais, devem se superpor sobre acirramentos culturais que fragilizem a tutela da pessoa humana.

Já a cooperação entre os povos explicita a solidariedade que deve vicejar entre os membros da humanidade sobre culturas, etnias e quaisquer outras diferenciações, pois o progresso da humanidade demanda a existência do compromisso, explicitado pelo afirmado constitucionalismo global, da garantia de um nível de vida adequado que viabilize a aptidão para o exercício das capacidades.

Os já aludidos dispositivos têm o sentido da amplitude da proteção constitucional aos direitos fundamentais reforçado pela consagração da justiça social e da dignidade como objetivos fundamentais da ordem econômica, como consta do art. 170 do texto constitucional, como do bem-estar e da justiça sociais em sede de ordem social, na forma do art. 193.

A justiça social impregna a Constituição Federal e, como adiante exposto, confere, juntamente com os princípios da dignidade, da igualdade, da liberdade e da solidariedade, a dimensão axiológica ao direito ora afirmado, tanto por ensejar a realização da função dos direitos sociais – que também é pertinente ao máximo existencial – consiste na desmercantilização das condições existenciais, como por habilitar o indivíduo ao pleno exercício das capacidades humanas.

Assim, malgrado não haja expressa disposição constitucional prevendo direito deste jaez, o seu reconhecimento se evidencia pela reflexão hermenêutica sobre os aludidos dispositivos constitucionais, que lhe imprimem intensa dimensão axiológica pelo valor moral que lhe é pertinente.

Atendo-se apenas ao texto constitucional pátrio, a fundamentação para o direito fundamental ao máximo existencial reside nos imperativos de cidadania e dignidade, nos objetivos de construção de comunidade livre, justa e solidária e na promoção do bem-estar de todos, com a impositiva prevalência dos direitos humanos, reforçada pela abertura constitucional à cooperação entre os povos. A interação normativa do sentido proveniente de

cada dispositivo conduz à construção da norma jurídica que respalda o direito fundamental ao máximo existencial¹⁹⁰.

Esse reconhecimento não é restrito à ordem constitucional positiva brasileira, como anunciado, pois é possível identificar elementos que o justifiquem em textos provenientes de outras experiências constitucionais e que adotam o mesmo modelo constitucional.

A Constituição italiana, em seu art. 3^o¹⁹¹, o art. 9^o, n^o 2, da Constituição espanhola¹⁹², o art. 9^o, alínea 'd' da Constituição portuguesa¹⁹³, o art. 39 (1a) da Constituição Sul-Africana¹⁹⁴, o n. 10 do preâmbulo da Constituição francesa de 1946¹⁹⁵, incorporada à Constituição de 1958, de valor jurídico já reconhecido pelo Conselho Constitucional, e o preâmbulo da Constituição americana de 1787¹⁹⁶, são referenciais que permitem afirmar o direito fundamental ao máximo existencial em cada uma dessas ordens jurídicas¹⁹⁷.

A Constituição italiana e a espanhola, com redações muito similares quanto aos dispositivos mencionados, preveem o dever do Estado remover os obstáculos de ordem social e econômica que constroem o pleno exercício das capacidades humanas, o que nada mais

¹⁹⁰ Recorde-se, nesse passo, a adesão ao caráter não-biunívoco entre texto e norma, sendo o direito afirmado consequência da construção de uma norma jurídica oriunda de vários dispositivos constitucionais.

¹⁹¹ Art. 3^o. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem discriminação de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais. Cabe à República remover os obstáculos de ordem social e econômica que limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do País.

¹⁹² Art. 9^o. [...] 2. Corresponde aos poderes públicos promover as condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos em que esteja integrado sejam reais e efetivas; remover os obstáculos que impeçam ou dificultem sua plenitude e facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social.

¹⁹³ Art. 9^o. Tarefas fundamentais do Estado. São tarefas fundamentais do Estado: [...] d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais;

¹⁹⁴ 39 (1) Ao interpretar a Declaração de Direitos, a corte, tribunal ou fórum (a) deve promover os valores que subjazem uma sociedade aberta e democrática baseada na dignidade humana, igualdade e liberdade.

¹⁹⁵ 10. A Nação assegura ao indivíduo e à família as condições necessárias a seu desenvolvimento.

¹⁹⁶ A famosa expressão *We the People* é complementada pela referência à promoção do bem-estar geral: Nós, o povo dos Estados Unidos, com o objetivo de formar uma mais perfeita união, estabelecer a justiça, assegurar a tranquilidade doméstica, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral e assegurar para nós e para os nossos descendentes os benefícios da liberdade, promulgamos e estabelecemos esta Constituição dos Estados Unidos da América.

¹⁹⁷ Evidentemente não é possível cobrir toda a amplitude de textos constitucionais que embasem o direito em questão; não obstante isso, o elenco referido leva à conclusão de que as ordens constitucionais ocidentais, em geral, adotam o mesmo substrato filosófico e axiológico e, conseqüentemente, encerram em si o direito fundamental ao máximo existencial, passível de reconhecimento mediante a construção interpretativa proposta quanto à Constituição brasileira.

representa do que incumbir-lhe dos deveres oriundos da dimensão positiva do direito fundamental ao máximo existencial.

Com efeito, os obstáculos de ordem social e econômica que limitam de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, tal como previsto pelo texto italiano, e remover os obstáculos que impeçam ou dificultem sua plenitude e facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social, como consta da Constituição espanhola, dirigem-se a propiciar o pleno desenvolvimento da pessoa humana, o que depende das condições para que a liberdade e a igualdade sejam reais e efetivas.

Logo, há uma imbricação entre os dispositivos das duas Constituições, ensejando ambos a fundamentação para o reconhecimento do direito fundamental ao máximo existencial por imporem ao poder público a garantia da auto-realização e da autonomia em condições de bem-estar.

A Constituição portuguesa, por sua vez, exige que o Estado promova o bem-estar e a qualidade de vida do povo mediante a igualdade real e a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Ora, bem-estar e qualidade de vida com igualdade real e efetivação dos direitos sociais só pode levar à negação do direito ao mínimo vital e à compreensão de que tais deveres derivam do direito fundamental ao máximo existencial. Assim, para além do dever do legislador conferir operacionalidade prática aos direitos sociais (CANOTILHO, s.d., p. 518-520), não é viável restringir a justificabilidade ao mínimo vital e nem circunscrevê-la aos chamados direitos derivados a prestações, tal como defendido por Canotilho. O constitucionalista português defende a existência dos direitos originários a prestações, que formariam “[...] **um núcleo básico de direitos sociais**”, numa adaptação do *minimum core obligation*, previsto no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, e que seria composto pela renda mínima garantida, pelas prestações da assistência social básica e pelo que, no Brasil, recebe o nome de seguro-desemprego.

Não parece que tal entendimento seja compatível com as exigências previstas pelo art. 9º, alínea ‘d’, que, malgrado se refira apenas a deveres do Estado, encerra os elementos, já abordados, que permitem constatar que não são senão projeções do caráter multideôntico dos direitos fundamentais¹⁹⁸.

¹⁹⁸ Como antecipado e adiante desenvolvido, não é pertinente a adoção do referencial do conteúdo essencial mínimo dos direitos com relação à suficiência ou não da implementação dos direitos sociais, aplicando-se apenas em face de leis restritivas de direitos. Essa noção deve ser superada pela de conteúdo essencial ótimo. Outrossim, assemelhar conteúdo essencial mínimo com os direitos compõem a noção de mínimo vital é estratégia teórica bastante discutível e que não se adota.

A Constituição Sul-Africana, da mesma forma que a brasileira, abriga uma norma constitucional atributiva do direito fundamental ao máximo existencial a partir da consagração do dever de promoção, pelos tribunais, quando não o façam os demais poderes estatais, da dignidade, da igualdade e da liberdade, com os valores de uma sociedade democrática.

A ordem constitucional francesa, pela incorporação do preâmbulo de 1946, exigindo a garantia das condições necessárias ao desenvolvimento do indivíduo e de sua família, confere ao Estado-Providência francês o desiderato de assegurar a auto-realização e autonomia, dependentes da satisfação suficiente das necessidades existenciais, o que demanda a ampliação dos respectivos níveis de prestação, induzindo ao reconhecido do direito em questão.

Até mesmo a Constituição americana, a despeito da tradição liberal e individualista que marca a cultura e a experiência norte-americana, dá guarida à compreensão do direito fundamental ao máximo existencial pela via dos valores expressos no preâmbulo, com a expressa invocação da promoção do bem-estar geral. Evidentemente que o sentido emprestado à referência do bem-estar não é o mesmo dos demais países, à vista de tradições de sentido distintas. Isso, todavia, deriva muito mais de um distanciamento norte-americano do paradigma do constitucionalismo transnacional e global, virtuoso e dirigente e como resistência à migração das ideais constitucionais.

Desse modo, desde que seja respaldada pela respectiva comunidade aberta de intérpretes de direitos fundamentais, é possível constatar a base de positivação para o direito fundamental ao máximo existencial. A ausência de adesão pela vontade dos representados, autênticos intérpretes difusos do texto constitucional, induz a que seja, introjetados os valores que representam a satisfação das necessidades pela desmercantilização das condições existenciais e o pleno exercício das capacidades. Esse processo pode advir tanto pela via da projeção do direito internacional dos direitos humanos, como por força da resistida migração de ideais constitucionais.

No que respeita, mais especificamente, aos países latino-americanos, pode-se identificar a existência de um substrato de problemas e desafios comuns que repercutem, ao menos no âmbito do Mercosul, na explícita adoção de uma dimensão social que se materializa nos respectivos textos constitucionais.

A Constituição da Argentina disciplina detalhadamente o valor jurídico dos tratados, prevendo a possibilidade de integração tanto com outros Estados, como com os Estados latinos, com o art. 75 admitindo a incorporação de normas internacionais que respeitem os direitos humanos. O art. 145 da Constituição Paraguaia prevê que a integração a

uma ordem jurídica supranacional deve garantir a vigência dos direitos humanos, paz, justiça e cooperação. Também o art. 6º da Constituição uruguaia estabelece a formação de uma integração social e econômica.

A dimensão social que se materializa no Mercosul nada mais é do que projeção das constituições nacionais, cujo feixe axiológico resulta do compartilhamento de necessidades e da solidária responsabilidade na sua satisfação. Para tanto, não há como rejeitar a afirmação do direito fundamental ao máximo existencial com assento nas aludidas ordens constitucionais.

No que concerne aos países orientais, tem-se a progressiva expansão do projeto emancipatório e libertário do constitucionalismo quanto àqueles que se mantinham como autênticas autocracias, como se tem visto com a Primavera Árabe, incorporando às demandas por liberdade e direitos políticos as demandas pelos direitos sociais, sendo a fragilidade na satisfação das necessidades existenciais um dos fatores mais significativos para a eclosão da insatisfação popular, não se podendo, em momento de autêntica conturbação revolucionária, proceder a qualquer análise do direito constitucional positivo. Apesar disso, não seria impensável a inferência do abrigo dos valores que dão sustentação ao direito fundamental ao máximo existencial pelo poder constituinte material, conforme noção que lhe confere Jorge Miranda (2002).

Com isso, constata-se que, quer pela via da migração das ideais constitucionais, quer pela via da pressão das instâncias do constitucionalismo global sobre as constituições nacionais, quer pelo próprio amadurecimento da cultura constitucional e pelo evoluir do sentido construído pela comunidade aberta de intérpretes de direitos fundamentais, é possível reconhecer o direito fundamental ao máximo existencial como instância inspiradora do constitucionalismo contemporâneo, podendo encontrar base na grande maioria das constituições que se aproximam, senão adotam, o modelo constitucional dirigente, virtuoso, transnacional e cooperativo.

A leitura constitucional relativa à afirmação do direito fundamental ao máximo existencial não se cinge às ordens constitucionais nacionais, sendo forçosa a sua extensão aos demais âmbitos do sistema multinível, componente do constitucionalismo global em suas duas instâncias transnacionais, como se passa a analisar.

4.1.2 Referenciais transconstitucionais

É possível identificar a existência de referenciais positivados nas demais instâncias componentes do sistema multinível de tutela dos direitos fundamentais que justificam a afirmação do direito fundamental ao máximo existencial em cada uma delas, formando-se a tessitura de uma rede de interconstitucionalidade em derredor da aludida noção.

Assim, a primeira instância transconstitucional é representada pelo constitucionalismo regional, restringindo-se a análise aos quadrantes do Mercosul, já iniciada acima. A dimensão social que deflui dos documentos que delineiam a compostura jurídico-institucional do bloco permite constatar a base para a afirmação do direito fundamental ao máximo existencial.

Para tanto, cabe destacar as discussões e o projeto para uma Carta de Direitos Fundamentais, seguindo-se o Acordo relativo à Seguridade Social, a Declaração Sócio-laboral, a Carta de Buenos Aires sobre Compromisso Social e a Declaração Presidencial dos Direitos Fundamentais dos Consumidores.

Em 1992, antes da consolidação do bloco, houve a tentativa de desenvolvimento do que seria uma Carta de Direitos Fundamentais no Encontro Presidencial de Las Leñas, orientando-se pelas convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Não obstante isso, houve muita resistência dos setores empresariais e dos governos pelo acentuado conteúdo protetivo na seara laboral, inviabilizando a sua adoção com a rejeição do projeto apresentado pelo Conselho de Coordenação Social em 1994¹⁹⁹. A persistência desta lacuna não obsta o pleno reconhecimento da dimensão social do Mercosul e, com ela, do direito fundamental ao máximo existencial.

Destaca-se, dentre os direitos constantes do projeto, a referência do direito à vida associado à plena satisfação das necessidades humanas básicas, o que exprime a rejeição da noção de direito ao mínimo vital, que postula a satisfação mínima das necessidades básicas, o

¹⁹⁹ O projeto explicitava a dimensão social da integração no sentido de formação da comunidade jurídica, política, humana, social e cultural respaldada na solidariedade e que deveria se expressar em intensa cooperação regional. Destacavam-se do seu texto os direitos relativos ao trabalho, com a previsão da promoção do pleno emprego, que deveria ser implementado mediante políticas estatais, como também a liberdade de trabalho e de circulação do trabalhador, a proteção ao trabalho, a igualdade de gênero, e os direitos à estabilidade e promoção no emprego, os direitos a dignas condições de trabalho, ao repouso remunerado, e à justa remuneração. Para além da seara laboral, consagrava o direito à alimentação saudável, o direito à educação, o direito à saúde física e mental, e os direitos culturais. A consagração do direito à vida referia-se à plena satisfação das necessidades humanas básicas, havendo, ainda, a tutela de grupos vulneráveis, como crianças, idosos e deficientes.

que, conforme a concepção que se vem adotando, expressa a insatisfação do direito. Satisfazer minimamente o direito à vida sendo possível ir além é negar a tutela plena, o que não é condizente com a dimensão do respectivo direito.

A consolidação do Mercosul em 1994 como união aduaneira com o advento do Protocolo de Ouro Preto elevou a temática dos direitos sociais diante da necessidade de adoção de medidas mais concretas do que os objetivos de justiça social e melhoria da qualidade de vida, já consagrados pelo Tratado de Assunção e que materializam o substrato suficiente para o reconhecimento do direito fundamental ao máximo existencial na instância transnacional do constitucionalismo regional.

O Acordo Multilateral de Seguridade Social, aprovado em 1997, corrobora o compromisso do bloco para além da dimensão exclusivamente econômica, em consonância com as imposições constitucionais dos Estados-parte, já analisadas²⁰⁰.

O ápice do desenvolvimento da dimensão social do Mercosul se deu com a Declaração Sócio-laboral do Mercosul. Já em seu preâmbulo estão corroborados os objetivos de justiça social e de promoção da melhoria da qualidade de vida constantes do Tratado de Assunção, partindo do compromisso de realização e concretização dos tratados e convenções internacionais sobre direitos sociais já ratificadas pelos Estados-parte. Estabelece a necessidade de ultrapassar a dimensão exclusivamente econômica da globalização, direcionando-se para a instituição de um parâmetro mínimo de direitos relativos ao trabalho no ambiente do Mercosul, o que também não se confunde com a defesa do mínimo vital.

Dos direitos contemplados sobressai a intensa preocupação com as relações laborais, estendendo-se sobre educação e saúde. Nesse passo, a Declaração exprime a preocupação com o objetivo da elevação do nível de vida dos habitantes do bloco ao direcionar a disciplina do pleno emprego.

Não obstante isso, a Declaração não é auto-aplicável, prevendo a obrigação de os Estados-parte adaptarem a legislação interna e, além disso, adotarem as medidas, ações e políticas voltadas à garantia da dimensão social, o que enfraquece a capacidade de construção dos Estados em razão, agravada pela ausência de caráter sancionador do mecanismo de

²⁰⁰ Mais significativos são os direitos estabelecidos pelo art. 6º, relativo às prestações de saúde, assegurando atendimento de qualquer trabalhador e de seus familiares em outro Estado, sujeito apenas à autorização da instituição gestora da saúde no país de origem, que arcará com os custos, e pelo art. 7º, relativo ao compartilhamento da totalização de período de contribuição. O art. 11 prescreve a adoção de mecanismos de transferências de fundos entre os Estados para cobertura de benefícios devidos ao trabalhador e familiares que residam em outro país do Mercosul e o art. 12 veda redução, suspensão ou extinção dos benefícios apenas pelo fato da residência outro Estado-parte.

avaliação e seguimento das obrigações impostas. Como se não bastasse, o art. 25 proíbe a sua aplicação para fins ou em searas comerciais, econômicas e financeiras.

Em razão disso, nega-se-lhe caráter vinculante, emprestando-lhe feição apenas recomendatória (CRUZ, 2006, p. 84-85), não sendo viável suscitar o descumprimento de suas regras como forma de restrição à livre circulação de bens, serviços e capital por considerar que poderia haver um desvirtuamento no sentido de utilizar a Declaração como elemento de barreira não-tarifária.

Quanto à utilização dos direitos sociais como barreiras não-tarifárias, Powell e Pérez (2010, p. 39-42) abordam os argumentos favoráveis e desfavoráveis à sua inclusão nos acordos comerciais regionais. De qualquer sorte, é indubitável que “[...] se os futuros Acordos Regionais incluírem ou não dispositivos acerca de direitos humanos, é evidente que os acordos comerciais irão afetar os direitos humanos em cada Estado-parte”²⁰¹.

A despeito disso, é possível sustentar a vinculação dos Estados-parte aos termos da Declaração por força das imposições constitucionais internas, exigindo que sejam levados a sério os deveres relativos aos direitos sociais, independentemente do âmbito protetivo em que se situem no sistema multinível.

Na Carta de Buenos Aires sobre Compromisso Social, editada em 2000 há a reafirmação da interação e da vinculação entre desenvolvimento econômico – que deve ser justo e equilibrado – a interação regional e a promoção da justiça e equidade social. O necessário crescimento econômico é insuficiente para melhoria da qualidade de vida, erradicação da pobreza e a eliminação da discriminação e da exclusão social, sendo destacado o objetivo pertinente à melhoria da qualidade de vida.

A dimensão social é complementada pela Declaração Presidencial de Direitos Fundamentais do Consumidor, também celebrada em 2000, prevendo a adoção de um patamar mínimo de direitos, não excludente de outros, inclusive previstos pelas legislações nacionais.

Diante disso, e malgrado o caráter não-vinculante e não-sancionatório das disposições que conferem compostura jurídico-institucional ao Mercosul, percebe-se o delineamento das bases normativas para o reconhecimento do direito fundamental ao máximo existencial, residindo nos objetivos de justiça social e de melhoria da qualidade de vida, que pressupõem o compromisso de ampliação dos níveis essenciais de prestação, mediante

²⁰¹ Em tradução livre. No original, “[...] whether or not future RTAs include human rights provisions, it is evident that the trade agreement will undoubtedly affect human rights in that member country”.

esforço solidário e cooperativo, destinando-se ao duplo desiderato de satisfação suficiente das necessidades e de habilitação para o exercício das capacidades.

Evidentemente que a carência de força vinculante prejudica a potencialidade normativa do reconhecimento do direito fundamental ao máximo existencial, mas os referenciais aludidos são reforçados pelas instâncias internacional e nacionais.

O referencial transnacional mais importante para a afirmação do direito fundamental ao máximo existencial e para a sua potencialidade jurídica consiste no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, produzindo efeitos e repercutindo para o enriquecimento do seu conteúdo e da sua estrutura.

Com efeito, o art. 2º, §1º, do Pacto justifica sobretudo a identificação mais adequada dos deveres positivos oriundos do direito fundamental ao máximo existencial, cabendo a sua colação abaixo, *in verbis*:

Artigo 2º

§1. Cada Estado Membro no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Como se verifica do sobredito dispositivo, são impostos aos Estados-parte os deveres positivos necessários a assegurar, progressivamente, o pleno exercício dos direitos abrangidos pelo Pacto, compreendendo as exigências de a) adoção de medidas de caráter econômico e técnico, por si ou mediante cooperação e assistência internacionais, e de medidas legislativas; b) destinação do máximo de recursos disponíveis para sustentar as medidas adotadas; c) que devem ser executadas pelos meios apropriados.

Não poderia ser mais significativo da dimensão normativa do direito humano e fundamental ao máximo existencial, pois enfrenta as questões relativas à liberdade de conformação do legislador e da chamada reserva do possível.

Deflui de forma natural que os direitos previstos no Pacto devem ser progressivamente implementados pelos Estados-parte, o que exige o reconhecimento da imposição da ampliação progressiva, gradual, contínua e processual dos níveis essenciais de prestação até a satisfação suficiente das necessidades existenciais, parâmetro a partir do qual será possível o pleno exercício dos direitos fundamentais. Para tanto, prescreve que o Estado deve adotar as medidas técnicas e econômicas pertinentes, inclusive legislativas, identificar os

meios apropriados para implementá-las e prover a alocação do máximo de recursos disponíveis para tal mister.

Desse modo, infere-se que o legislador têm a sua liberdade de conformação restringida, não tendo âmbito para juízo político acerca do a) direcionamento das medidas a serem adotadas, b) da escolha dos meios mais apropriados; c) da alocação dos recursos públicos; d) da oportunidade de adoção de medidas legislativas.

Quanto ao direcionamento das medidas adotadas, não há opção ou margem de apreciação para o legislador que não seja a da perseguição do pleno exercício dos direitos previstos no Pacto ou, em outros termos, a promoção da desmercantilização das condições existenciais propiciadora da auto-realização e da autonomia. Esse desiderato demanda a progressiva ampliação dos níveis essenciais de prestação até o conteúdo essencial ótimo, alcançado quando da satisfação suficiente das necessidades e levando ao alargamento do âmbito de proteção efetivo pelo enriquecimento do conteúdo material de determinado direito.

Quando aos meios apropriados, cinge-se a margem de apreciação do legislador à opção dentre aqueles que sejam razoavelmente idôneos, não podendo, em seu juízo de prognose, instituir meios que sejam absolutamente inadequados ou que sejam menos apropriados do que outros. Os meios devem ser aptos à efetivação das medidas destinadas à progressiva garantia do pleno exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais. O pleno exercício desses direitos implica na remoção dos obstáculos sociais concernentes às condições materiais de existência que impeçam o pleno exercício das liberdades e dos direitos políticos. Também reside a liberdade de conformação na opção sobre a natureza das medidas a serem adotadas, que podem ser econômicas, técnicas e de outros tipos, como administrativas, educacionais e sociais, conforme dispõe o item nº 07 da Recomendação Geral nº 03, do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, desde que se materializem por meios apropriados.

No que respeita, ainda, à liberdade de conformação, associada à reserva do possível e à questão democrática da escolha trágica da alocação dos recursos públicos, evidencia-se a interpretação que firme a vinculação do legislador em destinar todos os recursos viáveis à sustentação das medidas pelos meios apropriados na extensão que possam ser suportadas. Assim, certamente se produziria uma espécie de ampliação do possível quanto à reserva orçamentária, revelando a capacidade do Estado fazer mais do que tem sido feito. Ressalte-se que a referência a recursos disponíveis não se circunscreve apenas aos de caráter orçamentário, abrangendo todos os tipos e formas de recursos à disposição do poder público, desde os recursos relativos à pessoal, até os pertinentes à infraestrutura. O problema passa a

ser como vislumbrar corretamente quais sejam os recursos disponíveis, o que será adiante abordado.

De qualquer sorte, o enunciado normativo é mais do que suficiente para firmar a norma atributiva do direito fundamental ao máximo existencial, demandando não apenas a satisfação mínima das mínimas necessidades individuais, não somente a disponibilização de recursos, mas a disponibilização do máximo de recursos disponíveis.

Diante disso, constata-se que carece o legislador da liberdade de conformar a alocação de recursos orçamentários como bem lhe aprouver, pois se encontra adstrito a destinar o máximo de recursos disponíveis. E é esse máximo que respalda, sob o aspecto estritamente econômico, e no âmbito do real e do necessário, a possibilidade de ampliação dos níveis essenciais de prestação, à vista do caráter custoso – direto ou indireto – relativo a todos os direitos humanos e fundamentais, por envolverem deveres positivos.

Finalmente, quando se façam imprescindíveis medidas legislativas, não há liberdade de conformação quanto à opção de legislar ou não. Em face do princípio da legalidade e da exigência da legalidade orçamentária, certamente quaisquer medidas apropriadas e a disponibilização do máximo de recursos disponíveis demandem edição de leis. A inação do legislador exprime conduta contrária ao art. 2º, §1º, do Pacto, desde que não se dê justificadamente, por ausência de condições ou de recursos suficientes para adoção de determinada medida.

A devida interpretação deste dispositivo quanto às consequências para a potencialidade normativa do direito fundamental ao máximo existencial serão adiante aprofundadas, propiciando o enriquecimento do sentido, da estrutura normativa e do conteúdo deste direito, cotejado com as disposições acerca da aplicabilidade e da eficácia dos direitos civis e políticos. No presente momento, o desiderato limita-se a firmar a base normativa para o seu reconhecimento, o que parece ter sido suficientemente evidenciado.

De fora parte isso, cabe analisar o sentido que tem sido dado a este dispositivo no sentido de que impõe aos Estados, imediatamente, a garantia do *minimum core content* dos direitos econômicos, sociais e culturais e do *minimum threshold*, ou, em vernáculo, do conteúdo essencial mínimo mediante um patamar mínimo (DOWELL-JONES, 2004, p. 22). A questão será mais desenvolvida ao tratar das concepções sem torno do conteúdo essencial mínimo e do mínimo vital, mas já se antecipa que não se legitima qualquer interpretação que circunscreve a eficácia do art. 2º, §1º, à garantia do mínimo vital a ser assegurado por um patamar mínimo.

Por conseguinte, depreende que o art. 2º, §1º, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é o referencial normativo no âmbito do constitucionalismo global que respalda o reconhecimento do direito fundamental ao máximo existencial também como direito humano, sendo importantes os referenciais que lhe dão conformação para a potencialidade da compreensão do direito em sede do constitucionalismo nacional.

A adoção de medidas de variadas ordens e tipos, inclusive legislativas, a imposição do recurso aos meios apropriados, a exigência de alocação do máximo de recursos disponíveis e o objetivo de progressivamente assegurar o pleno exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais e, por via de consequência, desmercantilizar as condições existenciais para habilitar ao exercício das capacidades humanas, são referenciais que dão compostura jurídica suficiente ao direito – humano e fundamental – ao máximo existencial, resultante da tessitura da rede de interconstitucionalidade em que se estabelece o sistema multinível de proteção da pessoa humana.

Devidamente demonstrados os referenciais constitucionais e transconstitucionais que conferem fundamentação dogmático-positiva ao direito ora afirmado, impõe-se realçar a sua fundamentação moral, já delineada pela associação intrínseca tanto com a função de evitar graves danos à pessoa pela insatisfação das necessidades existenciais, como pela habilitação ao pleno exercício das capacidades humanas.

4.2 FUNDAMENTAÇÃO MORAL: ALÉM DO MÍNIMO VITAL EM DIREÇÃO SOLIDÁRIA À DIGNIDADE, LIBERDADE E IGUALDADE

A fundamentação dos direitos fundamentais já foi devidamente exposta anteriormente²⁰², com incursões efetivadas sobre a justificação axiológica do direito fundamental ao máximo existencial pelo valor moral que comporta. Nessa condição, procede-se apenas ao realce dos aspectos que são pertinentes ao valor do direito ora afirmado, sobressaindo-se seu valor moral da dimensão axiológica proveniente da base dogmática que o respalda. Em outros termos, a dignidade, a igualdade, a liberdade, a solidariedade, o bem-estar e a justiça social servem à fundamentação do direito fundamental ao máximo existencial.

²⁰² Mais especificamente, no sub-item 3.2, a que se remete.

Inicialmente, como assentado em função da encampação da teoria das necessidades e da teoria das capacidades, o valor moral do direito fundamental ao máximo existencial advém da intrínseca função de viabilizar a efetividade dos direitos sociais para garantir a desmercantilização das condições existenciais.

O valor moral consiste em evitar que a pessoa humana fique sujeita aos mecanismos de mercado para satisfação das suas necessidades existenciais, sujeição esta que torna mais comum a ocorrência de graves danos por não conseguir supri-las, pois a distribuição da riqueza propiciada pelas leis de mercado não se orienta pela necessidade e nem necessariamente pelo mérito. Daí não ser possível deixar a pessoa humana dependente da força constrictiva das necessidades, supressora da liberdade, e nem ignorar-se os riscos de que sobrevenham danos graves pela incapacidade de buscar no mercado a satisfação das necessidades, como ressaltado por Ernst Forstoff (1967, p. 55)²⁰³.

Esse entendimento é reforçado por Martha Nussbaum (2007, p. 283), *in verbis*:

Com efeito, as capacidades cobrem o terreno que ocupam tanto os direitos chamados de primeira geração (as liberdades políticas e civis) como os direitos chamados de segunda geração (os direitos econômicos e sociais). E desempenham um papel parecido, o de conferir uma justificação para alguns direitos fundamentais de grande importância que podem servir como base tanto para o pensamento constitucional no nível nacional como para o pensamento sobre a justiça em nível internacional²⁰⁴.

A desmercantilização das condições existenciais, função dos direitos sociais que os qualificam e que é assumida pelo direito fundamental ao máximo existencial, exprime o valor moral deste direito por destinar-se a evitar os danos decorrentes da não-supressão das necessidades existenciais pela ampliação progressiva dos níveis de prestação até a sua satisfação suficiente.

Além disso, não reside o valor moral apenas em evitar graves danos advindos dos efeitos deletérios da insatisfação adequada das necessidades. Em verdade, há uma conexão, fundada na própria indivisibilidade dos direitos humanos e fundamentais, entre a satisfação suficiente das necessidades e a habilitação do indivíduo para o pleno desenvolvimento das suas capacidades, tal como sustentado por Martha Nussbaum (2011).

²⁰³ O juspublicista alemão resalta o relevo do desempenho, pelo Estado, das prerrogativas decorrentes de sua soberania para que o legítimo interesse de lucro, que governa os mecanismos de livre mercado, não se estenda excessivamente e em supressão a instâncias essenciais a viabilizar a procura existencial.

²⁰⁴ Em tradição livre. No original, “En efecto, las capacidades cubren el terreno que ocupan tanto los derechos llamados de primera generación (las libertades políticas y civiles) como los derechos llamados de segunda generación (los derechos económicos y sociales). Y desempeñan un papel parecido, el de aportar una justificación para unos derechos derechos fundamentales de gran importancia para el pensamiento constitucional en el nivel nacional como para el pensamiento sobre la justicia en el nivel internacional.

Ora, o valor da proteção da pessoa humana não consiste exclusivamente em evitar os danos, mas em propiciar o exercício das liberdades de forma efetiva, conferindo-lhe a liberdade fática ou liberdade real. Tal como defende Alexy (2008b, p. 503-506), a liberdade jurídica tem o seu valor potencializado quando se agrega a medidas que assegurem a liberdade real, ou seja, que haja a efetiva possibilidade fática de optar entre as condutas que são permitidas. Os direitos fundamentais, e em especial, os direitos sociais abrigam a garantia das liberdades jurídicas e da liberdade fática, legitimando-se a adoção de medidas que suprimam as necessidades que se lhe apresentam como óbices.

Assim, não tem como negar razão a Alexy ao sustentar que o desenvolvimento livre da dignidade do indivíduo no seio da sociedade pressupõe a liberdade fática, sem a qual se pode reduzir as liberdades jurídicas a fórmulas vazias, destacando que para o indivíduo “[...] a eliminação de sua situação de necessidade é mais importante que as liberdades jurídicas, que a ele de nada servem, em razão dessa situação de necessidade”.

Isso é bem delineado por Forsthoff (1967, p. 48-49) ao salientar que o homem não dispõe mais, por si só, dos bens e meios mais elementares e necessários a sua existência, dependendo de prestações estatais para tanto. Ao contrário do camponês que tinha acesso a água, o indivíduo não o terá senão pela prestação de abastecimento, asseverando que “O indivíduo tão-só vê asseguradas suas possibilidades de existência dentro da solidariedade do grupo social”²⁰⁵.

Logo, ao destinar-se à fundamentação e expansão dos níveis de prestação para além do mínimo vital e em direção à satisfação suficiente das necessidades existenciais, o direito fundamental ao máximo existencial comporta valor moral intenso por evitar danos a bens jurídicos tutelados pela liberdade e pela dignidade e, mais ainda, ao propiciar o pleno exercício pela garantia da auto-realização em condições de bem-estar com a habilitação para o desenvolvimento das capacidades.

Ressalte-se, com Paulo Bezerra (2007, p. 29-30), que a dignidade tem grande força expressiva, sendo o fundamento da existência dos próprios direitos fundamentais, o que vem a corroborar o que ora se sustenta. Ainda com o autor, não se pode distanciar a dignidade da igualdade, pressupostas pelas exigências de novas solidariedades (BEZERRA, 2007, p. 245) para combater as mais recentes desigualdades.

²⁰⁵ Tradução livre. No original, “El individuo tan sólo ve aseguradas sus posibilidades de existencia dentro de la solidaridad del grupo social.”

Da mesma forma, para Martha Nussbaum (2007, p. 289) não basta reconhecer às pessoas o direito à vida, sendo imperativa a garantia de uma vida compatível com a dignidade, que demanda o acesso aos bens relevantes em nível suficientemente adequado. Abaixo desse nível de disponibilidade de tais bens, pertinentes à viabilização das capacidades, há uma negação do direito.

A solidariedade²⁰⁶, por sua vez, consubstancia um vínculo entre os seres humanos e entre estes e a comunidade que deve primar e se orientar pela promoção da verdade e da justiça, desenvolvendo Leon Bourgeois (1902, p. 14-18) a matiz do solidarismo como terceira via, contraposta ao socialismo e ao capitalismo. Além disso, confere à ordem constitucional um caráter dinâmico, transformador, beligerante, sendo elemento fundamental para respaldar a função corretiva do Estado Social quanto às falhas do mercado num sistema econômico capitalista, segundo a concepção de Carlos de Cabo Martín (2006, p. 106-107).

É por isso que Carlos Ayres Britto (2003, p. 218), preferindo a expressão fraternidade, percebe o seu devido encaixe com o que se propõe seja um constitucionalismo global, dirigente e virtuoso, pois seria “[...] o ponto de unidade a que se chega pela conciliação possível entre os extremos da Liberdade, de um lado, e, de outro, da Igualdade”.

Se resta assentada a fundamentação moral na dignidade, na liberdade e na solidariedade, diversa não é a relação para com a igualdade, o bem-estar e a justiça social. A igualdade material é pré-condição para o desenvolvimento das capacidades e a vida digna, que pressupõe o bem-estar.

Não obstante o exposto, afigura-se possível reconduzir toda dimensão moral do direito em questão para o princípio da justiça social. Como se depreende da Constituição brasileira, a justiça social perpassa todo o seu texto, sendo evidenciada pelos objetivos do art. 3º, que se estendem e relacionam com a ordem econômica e com a ordem social, em cujos dispositivos tem assento explícito.

A noção sua tem enfrentado críticas severas, como aponta a Comissão de Justiça Social (1998, p. 40), sendo provenientes das correntes liberais ou neoliberais que almejam a

²⁰⁶ Para Leon Bourgeois (1902, p. 5-7) a palavra solidariedade insere-se paulatinamente no vocabulário político, sendo expressão recorrente de discursos e manifestações públicas, apresentando-se como a renovação do terceiro termo da Revolução Francesa, que era a fraternidade.

prevalência das leis de livre mercado como fator de distribuição da riqueza. Não obstante isso, adverte que a justiça social é noção fortemente compartilhada pela comunidade política, embora seja relativamente indeterminada, ora se referindo à igualdade, ora à necessidade, ora ao mérito, expondo as mais significativas teorias a ele atinentes.

Diante disso, a Comissão (1998, p. 48) sustenta uma concepção de justiça social baseada em quatro princípios que denotam o valor intrínseco de cada ser humano, ecoando profundamente nas visões e concepções de vários povos ao redor do mundo. Esses princípios seriam: a) a igualmente valiosa existência de uma sociedade aberta para todos os cidadãos; b) a titularidade por todos, enquanto cidadãos, a que sejam satisfeitas as necessidades básicas; c) a garantia do mais amplo acesso possível a um leque de oportunidades em função do auto-respeito e da autonomia individual; d) e, finalmente, a redução ou supressão das desigualdades injustas.

Já Joseph Wronka (2008, p. 16) revela profunda indignação com a indiferença não incomum quando à justiça social, perceptível mesmo em países desenvolvidos como os Estados Unidos²⁰⁷. Se o genocídio executado por Saddam Hussein chocou a todos, todos estes demonstram profunda insensibilidade, por exemplo, com os milhões de crianças que vivem em extrema pobreza. Em face disso, defende que a justiça social exprime uma luta pelas condições adequadas de vida da pessoa humana (WRONKA, 2008, p. 24).

Brian Barry (2005 p. 31), analisando o programa Fome Zero, demonstra a estupefação com a grande desigualdade econômica no Brasil, agravada pela austeridade exigida pelo Fundo Monetário Internacional em momentos de crise econômica, a demonstrar a incapacidade do mercado distribuir bem e adequadamente a riqueza socialmente produzida.

Segundo Ricardo Castilho (2009, p. 54), a justiça social é parâmetro condicionante do processo econômico destinado a assegurar a existência digna, enquanto na ordem social se orienta a respaldar políticas públicas que conduzam à garantia da vida boa, ou do bem-estar.

Nesse sentido, constata-se que a justiça social confere valor moral ao direito fundamental ao máximo existencial por demandar ações e políticas estatais que permitam não apenas a satisfação das necessidades existenciais, mas a distribuição socialmente equânime da

²⁰⁷ Nesse sentido, indaga se a existência de quarenta e sete milhões de pessoas sem seguro-saúde, três milhões de pessoas sem moradia e 10 milhões de desempregados nos Estados Unidos consubstancia uma sociedade não muito justa, a justificar a associação dos direitos humanos para tentar resgatar a importância da justiça social. Em se tratando de países em desenvolvimento, como o Brasil, Andreas Krell (2002, p. 50-60) bem retratar problemas sociais indicativos de má distribuição da riqueza.

riqueza produzida. Quanto ao primeiro aspecto, legitima a ideia do direito em questão, pois as ações e políticas estatais mais abrangentes, protetivas e inclusivas, como consequência da ampliação dos níveis essenciais de prestação até a satisfação suficiente das necessidades existenciais, realizam um dos seus ideais.

Logo, percebe-se a imbricação da justiça social, do bem-estar, da dignidade, da liberdade, da igualdade e da solidariedade na impressão de valor moral ao direito fundamental ao máximo existencial, denotando a insuficiência e o desvalor de estratégias e teorias que circunscrevam os direitos humanos e fundamentais à garantia dos mínimos direitos em patamar mínimo, correspondente às noções mais comuns para o direito ao mínimo vital.

Garantir a sobrevivência exprime somente uma ofensa menos intensa ao direito à vida e à integridade do que deixar a pessoa desnutrida ou submetida a tortura à própria sorte, mas não deixa de representar um desatendimento parcial dos direitos se e na medida em que as condições reais tornem possível e, então, necessárias o alargamento do âmbito de proteção efetivo dos direitos fundamentais.

Para que seja viável compreender a insuficiência da defesa do direito ao mínimo vital como categoria dogmática norteadora das estratégias de promoção dos direitos fundamentais, sobretudo dos direitos sociais, é preciso avançar para a análise do conteúdo material e estrutural do direito fundamental ao máximo existencial.

4.3 CONTEÚDO MATERIAL E ESTRUTURA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MÁXIMO EXISTENCIAL

Como todo direito fundamental, o direito ao máximo existencial carece de precisão semântica e estrutural, caracterizando-se pela indeterminação tanto dos deveres que compõem a sua estrutura multideôntica, como das posições subjetivas, condutas ou situações jurídicas e bens jurídicos tutelados.

O enfrentamento de tais indeterminações é fundamental para a compreensão da potencialidade normativa do direito em questão, embora, evidentemente, não se pretenda encapsulá-lo em noções rígidas, à vista da adoção da reflexão hermenêutica como paradigma de compreensão e interpretação.

Diante disso, cabe abordar, inicialmente, a natureza normativa do direito fundamental ao máximo existencial, adentrando na questão de sua caracterização como princípio, como regra, ou como ambos.

4.3.1 Direito fundamental ao máximo existencial como princípio e como regra

A caracterização de um determinado direito fundamental como princípio ou regra é deveras relevante e depende da compreensão da diferenciação entre princípios e regras, como ressalta Robert Alexy (2008b, p. 85-88), considerando que

Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições de direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória das colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico”

A relevância se estende à solução de questões atinentes ao efeito dos direitos fundamentais perante terceiros e à “[...] repartição de competências entre tribunal constitucional e parlamento”, o que está no cerne das condições e possibilidades da realização do direito fundamental ao máximo existencial ao embasar a justiciabilidade dos direitos para além do mínimo vital.

Apesar disso, reconhece não haver critério preciso para distinção entre regras e princípios, constatando falta de clareza e polêmica diante de uma desconcertante pluralidade de perspectivas. Reconhece três teses acerca da diferenciação. A primeira é a que não admite diferenciação. A segunda postula a existência de uma distinção de grau e a terceira considera haver uma diferença qualitativa, sendo a adotada por Alexy (2008b, p. 89-80) ao caracterizar os princípios como mandados de otimização e os direitos que assim se revelem como *prima facie*, enquanto as regras seriam mandados e direitos definitivos.

A dificuldade de identificar se determinado direito fundamental apresenta estrutura normativa de regra é notável, como se pode depreender tanto das observações de Humberto Ávila (2006), como da rejeição às mesmas por parte de Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 56-64), asseverando ser tarefa do intérprete a qualificação de uma norma como princípio ou regra.

De qualquer sorte, como os direitos são efetivados sempre após a ponderação, que leva à identificação das condições de precedência e da lei de colisão, a sua ocorrência empírica sempre se condiciona a sua tradução como regra, passando de direito *prima facie* a direito definitivo, o que é ensejado pela interpretação oriunda da norma-base.

Em se tratando do direito fundamental ao máximo existencial, afigura-se a sua caracterização, também, como mandado de otimização, pois almeja a realização de um estado ideal em que sejam os direitos fundamentais realizados ao máximo.

Para compreender como se opera a normatividade do direito fundamental ao máximo existencial enquanto mandado de otimização, cabe suscitar a tese de Alexy (2008b, p. 500-502) acerca dos distintos tipos de normas atributivas de direitos sociais, conforme os critérios da dimensão subjetiva ou objetiva, do caráter vinculante ou meramente programático²⁰⁸, e de ensejarem direitos e deveres definitivos ou *prima facie*, sugerindo um quadro de oito diferentes variações do grau de vinculação e definitividade de um direito, perpassando pelo caráter meramente objetiva ou pela configuração como direito subjetivo.

Entre a posição 1 e a posição 8 há variação da proteção relativa a determinado direito fundamental, sendo aquela a mais forte e que consubstancia normas vinculantes atributivas de direitos subjetivos definitivos e a segunda a mais fraca, referente normas programáticas de que decorre um dever estatal *prima facie* à realização de prestações.

Assim, um mesmo direito social pode, mediante interpretação, apresentar-se de distintas formas, sendo possível que as normas que decorram da norma constitucional de base se qualifiquem como princípios ou como regras. Outrossim, o próprio Alexy (2008b, p. 141-142) admite ser possível que, para além de qualificar uma disposição de direito fundamental como princípio e regra, concomitantemente, pode ocorrer que as normas também apresentem este caráter duplo quando “[...] na formulação da norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios, que, por isso, está sujeita a sopesamentos”. Assevera que não é suficiente conceber as normas de direitos fundamentais apenas como regras ou princípios, em caráter excludente, porquanto “Um modelo adequado é obtido somente quando às disposições de direitos fundamentais são atribuídos tanto regras quanto princípios. Ambos são reunidos em uma norma constitucional de caráter duplo”.

Concorda-se com Alexy no sentido de que o problema dos direitos sociais não pode ser resumido a uma questão de tudo-ou-nada; entretanto, deve ser compreendido o

²⁰⁸ Conforme as premissas adotadas, não se adere à existência de normas constitucionais destituídas de vinculação ou mesmo a uma redução da vinculação atribuída ao caráter programático que possua.

direito fundamental ao máximo existencial como indicativo do dever positivo de assegurar mais do que o mínimo, pois exige garantir o máximo possível mediante o imperativo da satisfação suficiente das necessidades existenciais.

Como visto pelas considerações iniciais de Alexy, a distinção entre princípios e regras não é por ele destacada como sendo relevante para a definição do controle sobre o nível de ampliação e expansão dos direitos fundamentais, até porque, conforme a sua teoria, qualquer lei sempre implica restrição na medida em que é cotejada com o suporte fático amplo; não obstante isso, a ausência de dimensão temporal é que tolhe essa aptidão da teoria dos princípios, tal como desenvolvida por Alexy e pela doutrina que segue as suas premissas e fundamentos. A consequência dessa deficiência da teoria é a falta da percepção acerca da necessária aferição da suficiência do desenvolvimento dos direitos fundamentais no plano da realidade, enquanto direitos definitivos relacionados a deveres definitivos.

Nesse passo, cabe destacar que o direito fundamental ao máximo existencial caracteriza-se como norma constitucional que porta, potencialmente, a dupla natureza de princípio e regra, além dele próprio ser um direito *prima facie* e um direito definitivo.

Entendido como direito impositivo da progressiva, contínua e gradual ampliação dos níveis essenciais de prestação concernentes à satisfação suficiente das necessidades pelo atendimento dos deveres positivos, essa ordenação pode não ser corroborada no plano fático ou pode ser, caso em que passa a se configurar como direito definitivo.

A importância reside, mais substancialmente, na introdução do elemento temporal para aferição da adequada e suficientemente satisfatória ampliação dos níveis de prestação tendo em vista a necessidade de que a conformação de um direito definitivo seja progressivamente ampliada na sua projeção temporal. A estagnação e o retrocesso, sendo possível a ampliação pelo alargamento do âmbito de proteção efetivo em face da extensão do atendimento dos deveres positivos, consubstancia nítida violação ao direito fundamental ao máximo existencial.

O que é significativo é o cotejo entre o direito definitivo real e a projeção do direito definitivo possível. A correspondência entre ambos indica que o poder público está atuando em consonância com o imperativo do máximo existencial, ampliando até a satisfação suficiente os níveis essenciais de prestação e assegurando o conteúdo ótimo do direito em questão.

Dá se constata que o elemento decisivo para a aferição da conformidade ou não do estágio de desenvolvimento e de implementação de um direito fundamental depende decisivamente do referencial da satisfação suficiente, a ser adiante tratado.

De qualquer forma, constata-se que o direito fundamental ao máximo existencial detém uma dimensão principiológica por encerra um dever ideal de ampliação dos níveis essenciais de prestação, que se torna um dever definitivo se for constatado o distanciamento entre o direito definitivo real e o direito definitivo possível, indicando a ocorrência de omissão inconstitucional total ou parcial ou de omissão administrativa total ou parcial, caso dependa apenas de prestações desvinculadas do desenvolvimento legislativo do âmbito de proteção efetivo.

Essa ampliação do âmbito de proteção efetivo ocorre quando possível a extensão do atendimento de um ou mais deveres positivos, relativos à proteção, promoção, satisfação e garantia, operando o enriquecimento do conteúdo material do direito pela agregação de posições subjetivas, condutas, bens e situações jurídicas até então não abarcadas por determinado direito, como alhures exemplificado.

Portanto, o direito fundamental ao máximo existencial tem natureza dupla de princípio e regra, procedendo-se a sua passagem de direito *prima facie* a direito definitivo mediante a constatação da correspondência ou não entre a conformação concreta e efetiva de um direito definitivo real e a sua projeção como direito definitivo possível, o que se dá a partir da aferição da satisfação suficiente. Em se identificando que, nas condições reais, é não apenas necessário, mas também possível o alargamento de proteção efetivo, o imperativo de ampliação dos níveis essenciais de prestação passa a consubstanciar um dever definitivo, relativo a quaisquer dos deveres resultantes da dimensão positiva do respectivo direito, relacionando-se à garantia do conteúdo essencial ótimo. Assim, como será exposto, esse dever de ampliação pode se firmar quanto a qualquer um dos deveres decorrentes da dimensão positiva dos direitos fundamentais.

Outrossim, quanto à variedade de normas que explicitam distintos graus de proteção a direitos fundamentais, defendida por Alexy, o direito em questão postula o máximo reconhecimento de direitos subjetivos definitivos, negando qualquer categoria normativa relativa a direitos que seja qualificada como não-vinculante. Partindo-se da premissa de que há sempre vinculação, a questão se resume a definir se determinado direito se apresenta, no caso, como direito *prima facie*, que não vai se tornar definitivo, ou como direito definitivo e, ainda, se comporta apenas dimensão objetiva ou se traduz direito subjetivo. Ainda com tais correções, deve-se introduzir a dimensão temporal a fim de permitir a constatação de que o poder público está, ou não, ampliando e assegurando mais amplamente os direitos fundamentais visando à satisfação suficiente das necessidades relacionadas aos deveres positivos.

A aferição da possibilidade de ampliação, ou seja, do déficit quanto à realização do conteúdo essencial ótimo pelo distanciamento do direito definitivo real e o direito definitivo possível é dado pelo referencial da satisfação suficiente, pois, como já demonstrado, não se revela adequada a utilização das categorias pertinentes às leis restritivas de direitos, como a proporcionalidade e o conteúdo essencial mínimo.

É nesse contexto que se evidencia a impertinência da defesa do direito fundamental ao mínimo vital em todas as suas leituras que busquem circunscrevem a justiciabilidade dos direitos sociais apenas às prestações mínimas quanto a direitos mínimos relativos à subsistência, pois obnubila a inexorável dimensão projetiva, utópica e programática de todos os direitos fundamentais, em inextrincável vinculação indivisível.

Diante disso, faz-se mister buscar a devida compreensão acerca dos níveis essenciais de prestação e do conteúdo essencial tendo em vista a necessidade de demonstrar a inconsistência filosófica, axiológica, política e dogmática do direito ao mínimo vital nas leituras que lhe tem sido conferidas, sobretudo pela doutrina pátria, e por aquelas que, em quanto ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, restringem a noção de *minumum core content* e de *minimum threshold* à correspondência com o mínimo vital.

4.3.2 Níveis essenciais de prestação e conteúdo essencial

A estrutura multideôntica do direito fundamental ao máximo existencial demanda a compreensão mais detida da já aludida categoria dos níveis essenciais de prestação, relacionando-a com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e fim de rejeitar qualquer proposta atinente à afirmação do direito ao mínimo vital.

Como demonstrado, os níveis essenciais de prestação correspondem a categoria introduzida pelo direito constitucional italiano quando do exercício do poder de reforma mediante a edição da Lei Constitucional nº 03/2001, que deu nova redação ao art. 117.2,

alínea 'm'²⁰⁹, destinando-se a regular as competências entre o Estado e as Regiões no que concerne às prestações respeitantes aos direitos civis e sociais.

Embora seja um dispositivo constitucional regulando a repartição de competências²¹⁰, explicita o carácter ampliativo da efetividade dos direitos fundamentais e a sua vinculação com o conteúdo essencial. Se cabe ao Estado estabelecer um patamar comum e nacionalmente assegurado de prestações quanto aos direitos civis e políticos, podem as Regiões que tiverem condições ampliarem tais prestações. Logo, esse carácter ampliativo dos direitos mediante a extensão dos níveis essenciais de prestação bem denota a especial pretensão de que cada vez mais seja alargado o âmbito de proteção efetivo com o enriquecimento do conteúdo material dos direitos.

A vinculação com o conteúdo essencial mediante a ampliação dos níveis essenciais de prestação, concernentes aos deveres oriundos da dimensão positiva de todos os direitos, autoriza corroborar a o reconhecimento da função ofensiva do conteúdo essencial, tal como concebida por Häberle, ensejando a defesa do conteúdo essencial ótimo.

Para a devida caracterização dos níveis essenciais de prestação, do conteúdo essencial e sua função ofensiva, conducente ao conteúdo ótimo, faz-se mister proceder à análise das concepções sugeridas em torno do suposto direito fundamental ao mínimo vital, deixando extreme de dúvidas a sua inconsistência para com o constitucionalismo global, dirigente e virtuoso.

4.3.2.1 Direito ao mínimo vital: insuficiência e inadequação filosófica, axiológica, política e dogmática

²⁰⁹ Art. 117.2. O Estado tem competência legislativa exclusiva nas seguintes matérias: [...]; m) determinação dos níveis essenciais de prestação concernentes aos direitos civis e sociais que devem ser garantidos sobre todo território nacional.

²¹⁰ O que é destacado por Pizzolato (2004, p. 115-116) ao registrar que o conceito de níveis essenciais deve ser explicado com referência à repartição de competências entre Estado e Regiões, cabendo ao primeiro dispor sobre a determinação dos níveis essenciais de prestações concernentes a direitos civis e sociais que devem ser assegurados por todo o território nacional. É um recurso para assegurar a unidade da legislação diante da ampliação da autonomia das Regiões. Institui uma reserva legal relativa. Destina-se a evitar que a territorialização dos direitos não coloque em risco o estatuto unitário da cidadania.

O direito ao mínimo vital²¹¹ foi originariamente desenvolvido em sede da doutrina pátria por Ricardo Lobo Torres (2009), relacionando-o com o conceito de mínimo imune, que representa a dimensão defensiva do direito ao mínimo vital.

A origem da concepção sobre o direito ao mínimo vital é atribuída por Alexy (2008b, p. 435-440) a três decisões do Tribunal Constitucional alemão²¹², que seriam a decisão relativa à assistência social de 1951, a relativa ao *numerus clausus* I, e a decisão sobre a Lei Provisória sobre Ensino Regular Superior Integrado na Baixa Saxônia. Esse direito, para ele, seria não-escrito e atribuído ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Andreas Krell (2002, p. 60-65) explica a origem do que chama de engenhosa teoria que relaciona o mínimo vital social aos direitos de liberdade, desenvolvida no pós-guerra e que objetivava superar a ausência de direitos sociais na Constituição de Bonn. Essa engenhosa estratégia de defesa dos direitos sociais pela defesa do mínimo vital sensibiliza e convence até mesmo os mais conservadores, assentando-se em decisões do Tribunal Constitucional.

Desse modo, sustenta que o padrão mínimo social deve abranger “[...] um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso à alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e a garantia de uma moradia”, lamentando a ausência de mais profundas reflexões em torno dessa categoria no âmbito do direito pátrio, como se verifica abaixo, *in verbis*:

A teoria do ‘mínimo existencial’, que tem a função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público em casos de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos que garantem a sua existência digna, até hoje foi pouco discutida na doutrina constitucional brasileira e ainda não foi adotada com as suas consequências na jurisprudência do país.

Essa discussão é estabelecida com cada vez mais intensidade²¹³, lamentavelmente, pois obnubila a insuficiência e a inadequação filosófica, axiológica e dogmática do direito fundamental ao mínimo vital.

²¹¹ O direito é usualmente denominado como direito ao mínimo existencial, como o faz Ricardo Lobo Torres (2009). Não obstante isso, e com as vênias de alterar a denominação original, prefere-se qualificá-lo como direito ao mínimo vital para bem extremá-lo do direito ao máximo existencial. Essa modificação não prejudica em nada a consistência das propostas que defendem tal direito, pois o existencial acaba por se reduzir ao que seja vital para o ser humano.

²¹² Ao que adere Ricardo Lobo Torres (2009, p. 64-66), limitando-se a invocar o *numerus clausus* I e decisão proferida em 1990 acerca da garantia do mínimo imune diante do exercício do poder de tributar. Já Ingo Sarlet (2006, p. 317-318) analisa mais detalhadamente a origem a partir de julgados a partir do Tribunal Federal Administrativo e do Tribunal Constitucional.

²¹³ Conforme se depreende da referência feita à doutrina encampada por Gustavo Amaral, Waleska Marcy Rosa, Ana Paula de Barcellos, Marcos Maselli de Gouvêa, Flávio Galdino, Jane Reis Gonçalves Pereira e Ana Paula Costa Barbosa, dentre outros (TORRES, 2009, P. 74-75).

Certamente sobre tal teoria se pode estender a crítica que o próprio Krell suscita quanto à adesão irrefletida, no Brasil, da reserva do possível, oriunda do caso *numerus clausus* I. Se Krell (2002, p. 52-54) observa que a teoria da reserva do possível é uma adaptação de um ‘tópos’ da jurisprudencial constitucional alemã que “[...] impossibilita exigências acima de um certo limite básico social”, asseverando a impertinência de transladar para os países periféricos teorias ou concepções desenvolvidas nos países centrais, deveria estendê-la quanto à adesão à teoria do direito ao mínimo vital.

O surgimento do direito ao mínimo vital na Alemanha e em outros países que lograram a implementação razoável do projeto emancipatório do Estado Social não encontra o mesmo ambiente em plagas brasileiras e nos demais países em desenvolvimento. Ademais, tanto na Alemanha como nos Estados Unidos²¹⁴, os direitos sociais não encontram respaldo explícito nos respectivos sistemas sociais.

É plenamente possível, à vista do desenvolvimento existente, que não haja a instituição de um sistema de proteção social tão intenso quanto em outros países, deixando ao mercado uma margem mais ampla enquanto mecanismo de distribuição da riqueza.

Além disso, o sentido de mínimo vital desenvolvido na Alemanha e em outros ambientes de igual nível econômico e social não se relaciona com o patamar extremamente baixo defendido por Ricardo Lobo Torres quanto à garantia de condições de vida além da linha de pobreza.

Embora seja possível perceber concepções díspares acerca do que seja o direito ao mínimo vital – algumas até negando o sentido comum que lhe é conferido – o sentido mais usual, e contra que se dirige mais diretamente o máximo existencial, circunscreve a ele a justiciabilidade de alguns direitos sociais, significando a garantia de patamar mínimo para

²¹⁴ Elevados a paradigmas por Ricardo Lobo Torres (2009, p. 64-69). Como observa Erwin Chemerinsky (2010, p. 919), a Suprema Corte americana não reconhece o direito à educação como direito fundamental. A rejeição é consistente com o desinteresse de sustentar a existência de direitos fundamentais a ações e serviços positivos do governo. Esse pensamento é estendido para os direitos sociais, só os tutelando pela via indireta da tutela das liberdades ou no que respeita à violação da cláusula *equal protection*. Não obstante isso, salienta que as Cortes estaduais costumam assegurar a tutela a direitos sociais, como será adiante exemplificado, por força de sua previsão nas respectivas Constituições estaduais, como ocorre com o próprio direito à educação, colacionando julgados da Califórnia e de Massachussets, ao tempo em que exorta a mudança do entendimento da Corte, firmado desde o julgado *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*. No caso *Deshaney c. Winnebago County Department of Social Services*, que envolvia a responsabilidade do Estado por não ter provido a proteção adequada diante das agressões sofridas pelo menor e praticadas por seu pai, não lhe retirando a guarda. Mesmo divergindo da solução do caso, que, ao que lhe pareceu não envolvia demanda a prestações positivas, o Justice Brennan, em sua *dissenting opinion*, explicitou o entendimento da Corte de que a cláusula do *due process of law* não enseja qualquer direito geral a serviços prestados pelo governo, inexistindo qualquer direito ou dever positivo do Estado atuar no sentido de proteger os cidadãos, rejeitando a existência de direitos positivos que provenham da Constituição (WOODS; LEWIS, 2005, p. 847).

direitos mínimos. Nesse sentido, não se confunde com a doutrina de Henry Shue (1996, p. 19) atinente aos direitos básicos. Para Shue os direitos básicos não são os direitos mínimos, garantidos em patamar mínimo, abrangendo as demandas minimamente razoáveis compartilhadas pela universalidade dos seres humanos. São básicos porque são essenciais para o exercício de todos os demais direitos.

O mais entusiasta de seus defensores, na doutrina pátria, é, efetivamente, Ricardo Lobo Torres (2009, p. 08), para quem “Há um direito às *condições mínimas de existência humana digna*”, contra o que nada se poderia objetar. O problema é que as condições mínimas são abrangidas pela devida significação da dignidade e pelo sentido dos direitos sociais, voltados à desmercantilização das condições existenciais. Logo, em verdade, o direito em questão não pode se circunscrever às condições mínimas, envolvendo a satisfação das condições materiais de existência.

Sem constatar a expressa previsão na Constituição Federal do afirmado direito ao mínimo vital, Ricardo Lobo Torres (2009, p. 9) identifica elementos que o compõem em vários dispositivos, como o art. 6º, malgrado o contraponha aos direitos sociais, que só encerram caráter jusfundamental naquilo que esteja abrigado sob o apertado manto do mínimo vital.

De forma que se afigura equivocada, perpassa documentos de direitos humanos a fim de sustentar o acolhimento do direito ao mínimo vital, invocando o art. 25 da Declaração Universal de Direitos Humanos²¹⁵ e o art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, já referido, dentre outros dispositivos (TORRES, 2009, p. 10-12). Em nenhum desses casos é correta a inferência do direito ao mínimo vital a partir dos citados dispositivos. Enquanto a Declaração Universal remete ao direito a um padrão de vida que assegure o bem-estar, o Pacto prevê a adoção das medidas que sejam necessárias para assegurar, progressivamente, o pleno exercício dos direitos dele constantes, devendo ser utilizados os meios apropriados, com a utilização do máximo de recursos disponíveis.

Logo, a garantia de um padrão de vida que propicie o bem-estar e a utilização máxima dos recursos disponíveis, por todos os meios possíveis e adequados, destinando-se ao pleno exercício dos direitos sociais e, por consequência, das próprias liberdades, não

²¹⁵ Art. XXV. 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

corresponde ao que Ricardo Lobo Torres, e nem a doutrina em geral, reputa como mínimo vital, dizendo respeito ao direito fundamental ao máximo existencial.

Concebe, então, que pode abranger o mínimo vital qualquer direito, ainda que não seja fundamental²¹⁶, desde que se considerando sua dimensão essencial, inalienável e existencial, afirmando que há um mínimo existencial referente aos vários ramos do direito, como o direito tributário, financeiro, penal, civil, dentre outros. É a instância típica de enfrentamento do problema da pobreza (TORRES, 2009, p. 14-17).

Embora Ricardo Lobo Torres (2009, p. 18-20) recorra às categorias relativas à noção de qualidade de vida defendidas por Martha Nussbaum e Amartya Sen, e das concepções de Rawls, Dworkin e Walzer, busca relacioná-los à mensuração da garantia dos mínimos sociais, no que está equivocado, pois, com exceção de Rawls – que, ainda em se referindo aos bens primários, não guardam muita semelhança com a noção de direito ao mínimo vital –, as demais doutrinas distanciam-se e muito da restrita concepção defendida.

Qualificar a teoria do mínimo vital, Ricardo Lobo Torres (2009, p. 25-29) a concebe como normativa, interpretativa e dogmática, a partir do que evolui para conceituá-lo como direito às condições existenciais mínimas de vida digna que devem ser resguardadas da atividade tributária do Estado – compondo o mínimo imune, decorrente de sua função defensiva – e que demandam prestações estatais mínimas, correspondendo ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais – entendido como conteúdo mínimo. Protegem aqueles que se situam abaixo da linha de pobreza (TORRES, 2009, p. 35-40). Logo, depreende-se que o direito ao mínimo vital se limita a garantir a subsistência diante da pobreza.

Após qualificar o sentido de mínimo, identifica o existencial (ou vital, como se prefere) como abrangente de todo e qualquer direito que esteja referido a situações existenciais dignas, salientando que “A dignidade humana e as condições existenciais não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados”.

Com tal concepção, o autor deprecia a dignidade humana, pois as condições de vida digna não se assemelham àquelas que livrem o indivíduo das privações oriundas da pobreza, como parece insistir.

Além disso, ao invés de resguardar que as condições existenciais não retrocedam aquém de um mínimo, o que se impõe a partir da dignidade – e dos outros fundamentos do

²¹⁶ Recorde-se que assim concebe os direitos sociais, que só são fundamentais no patamar que seja abrangido pelo direito ao mínimo vital.

direito ao máximo existencial – é que sejam progressivamente ampliados os níveis essenciais de prestação até a satisfação suficiente das necessidades que habilitem ao exercício das capacidades. E o alargamento do âmbito de proteção efetivo compreende, necessariamente, a superação de situações graves de privação, como a pobreza, sem a necessidade de adscrever quaisquer direitos a um suposto e afirmando mínimo.

A associação com o conteúdo essencial se revela como igualmente inconsistente, segundo o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada às exigências do direito fundamental ao máximo existencial. Com efeito, o conteúdo essencial, entendido como conteúdo mínimo, presta-se apenas em face das leis restritivas de direitos, como limite das restrições, materializando-se no princípio da proporcionalidade.

No sentido assinalado por Lobo Torres, entretanto, indica a adoção da teoria absoluta do conteúdo essencial, persistindo as mesmas críticas quanto a sua inadequação, não conseguindo antever a sua função ofensiva, conducente ao reconhecimento do conteúdo ótimo.

O que parece da doutrina sustentada é o recurso a uma estratégia para se buscar alguma eficácia, ainda que mínima, aos direitos sociais, em face dos obstáculos que lhe são colocados pela reserva do possível e pela necessidade de legitimidade democrática das escolhas trágicas, além da indeterminação do conteúdo dos direitos.

Esse entendimento é corroborado por Jorge Reis Novais (2010, p. 190-192) ao considerar que a redução dos direitos sociais a algum mínimo é confluência de estratégias baseadas na lógica de um denominador comum diante das dificuldades da indeterminação do conteúdo constitucional e da necessidade de assegurar alguma eficácia, ainda que reduzida, a tais direitos, como se verifica abaixo:

Já no plano constitucional, da relativa indeterminabilidade dos direitos sociais resulta que, sendo relativamente fácil delinear o sentido e o tipo de deveres de prestação social comportáveis por um dado direito social, já não será possível, em geral, deduzir, com rigor e com consequências jurídicas vinculativas, qual o *quantum* exigível dessas prestações em cada momento e situação concreta, ou seja, não é possível determinar, através dos mecanismos de interpretação jurídica, aquilo que a Constituição exige e impõe aos poderes públicos numa dada circunstância histórica, se um *máximo*, um *médio* ou um *mínimo* de realização²¹⁷.

Diante de tamanha dificuldade, Jorge Reis Novais esclarece que o pensamento nutrido pelos partidários do mínimo vital é o de que ao menos se garantiria o mínimo, sem o

²¹⁷ Destaques no original.

que haveria o total esvaziamento da dimensão normativa dos direitos exigentes de prestações estatais.

Não se afigura, entretanto, a opção adequada, segundo o que se defende, pois o sistema constitucional pátrio e as instâncias transnacionais não respaldam qualquer interpretação no sentido de que os direitos fundamentais devem se circunscrever a impor a garantia da superação da pobreza, integrando-se à concepção do conteúdo minimalista dos direitos sociais, como observa Alexy (2008b, p. 502).

Essa questão também é bem posta por Jorge Reis Novais (2010, p. 193), pois não se vislumbra qualquer base, razão ou fundamento para que se reduza o sentido normativo e vinculante dos direitos sociais a um mínimo, notadamente diante do caráter projetivo de futuro que a Constituição confere aos direitos sociais – e a todos os direitos fundamentais – pela feição programática que portam – e que é comum a todos os direitos, como adrede aludido²¹⁸.

Ademais, deixar à livre discricção dos poderes públicos o desenvolvimento dos direitos fundamentais além do mínimo, sem assegurar-lhes a justiciabilidade, é o mesmo que negar-lhes juridicidade e caráter vinculante. Em contrapartida, não é viável sustentar que

Logo, não há sequer fundamento dogmático-positivo para a assertiva de Ricardo Lobo Torres (2009, p. 40-42) de que os direitos sociais são fundamentais apenas naquilo que corresponda ao mínimo vital, entendido como proteção negativa garantidora do mínimo imune e como exigência de prestações positivas mínimas. Daí se infere que o mínimo seria o patamar mais elementar dos mínimos direitos, rejeitando expressamente o primado dos direitos sociais, que, segundo o autor, encontra respaldo nas doutrinas de Paulo Lopo Saraiva, Celso Antônio Bandeira de Mello, Eros Grau e Paulo Bonavides, dentre outros (TORRES, 2009, p. 46-47).

Como corolário do mínimo vital, também rejeita a já sustentada indivisibilidade dos direitos fundamentais (TORRES, 2009, p. 52), no que não lhe assiste razão, posto que a teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada propicia esquemas reflexivos susceptíveis de enfrentar as questões colocadas à efetividade dos direitos sociais.

Assim, não é pertinente nem reduzir a fundamentalidade e o relevo dos direitos sociais apenas ao que represente o mínimo vital e nem a sua assimilação do conteúdo

²¹⁸ Pontua o constitucionalista português que “As dúvidas colocam-se, desde logo, na interrogação sobre o que permite a redução teleológica do conteúdo normativo do direito social a um *mínimo*, sobretudo nos casos em que a própria Constituição consagra um programa normativo muito mais ambicioso”.

essencial, circunscrevendo-se a justiciabilidade apenas às prestações situadas em patamar mínimo de direitos mínimos que enfrentem a pobreza. Se o Tribunal Constitucional alemão e a Suprema Corte Americana trilham esse caminho, o fazem pela reduzida inflexão, no caso, da tutela regional e global dos direitos sociais e, principalmente, por força da conformação dos sistemas constitucionais, que não os contempla expressamente.

Outrossim, como se verifica de um dos precedentes reputados como paradigma para a afirmação do direito ao mínimo vital, o *numerus clausus* I, não se identifica nele nenhuma redução do direito à educação ao mínimo. Com efeito, como será oportunamente discutido, o Tribunal indeferiu a pretensão ao fundamento de que havia o direito à participação no ensino superior – que não parece inserir-se na noção de mínimo existencial sugerida por Ricardo Lobo Torres –, mas que não era possível assegurá-lo diante dos reconhecidos e legítimos esforços para ampliação do número de vagas e da exaustão da capacidade da instituição de ensino.

Desse modo, da mesma forma que o fez quanto à interpretação equivocada conferida à Declaração Universal dos Direitos Humanos e ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, não há reconhecimento de qualquer mínimo onde Ricardo Lobo Torres o enxerga.

Em corroboração ao que se vem de afirmar, Jorge Reis Novais (2010, p. 197-199) ressalta que a evolução da jurisprudência constitucional alemã longe está de ater a proteção dos direitos sociais a qualquer sentido de mínimo vital como direitos mínimos a mínimas prestações, pois “[...] não tem nada do carácter de redutor ou minimalista”.

Aliás, como bem ressalta, o que se tem é a afirmação de um direito ao mínimo vital como direito autônomo, desvinculado dos demais direitos fundamentais, cujo conteúdo envolve o mínimo imune – no que está de acordo com a posição adotada por Ricardo Lobo Torres – e a chamada renda mínima garantida para aqueles que não possam prover a si dos mínimos recursos para o sustento²¹⁹.

Ora, evidencia-se que esse sentido de direito ao mínimo vital é absolutamente distinto do que afirmado pela doutrina firmada pelo aludido juspublicista brasileiro. Entendido como proteção do mínimo imune e direito à renda mínima, não há qualquer obstáculo ao seu reconhecimento, integrando-se dentre as medidas de assistência social e

²¹⁹ A renda mínima garantia, entendido como recursos mínimos necessários à sobrevivência, teria sido defendida pela primeira vez por Otto Bachof, segundo Ingo Sarlet (2006, p. 317).

regularmente utilizadas, inclusive pelo Brasil, como o Bolsa-Família, que integra o conjunto de ações da Política do Programa Fome Zero.

Ao que parece, também Canotilho (s.d., p. 518) envereda pelo mesma perspectiva, ao considerar existir “[...] um *núcleo essencial* como condição do mínimo de existência (núcleo essencial como *standard mínimo*)”, exemplificando-o com a renda mínima garantida, com as prestações da assistência social básica e com o seguro-desemprego.

Ao invocar julgados de outras cortes e também do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lobo Torres (2009, p. 116-120) desvirtua seu próprio conceito, pois as situações mencionadas, como os julgados sobre fornecimento de medicamentos a pacientes com a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA) e os julgados sobre o atendimento de crianças em creches e pré-escola parecem fundamentados sob a perspectiva do mínimo vital, ainda que para ele se enquadrem as prestações nesta categoria.

Apesar da insistência na categoria, Lobo Torres (2009, p. 120-132) para a fazer algumas concessões, defendendo uma maximização do mínimo existencial e que o seu conteúdo seria mais amplo em países em desenvolvimento, à vista da necessidade de assegurar os meios essenciais à sobrevivência “das populações miseráveis”. Percebe-se que mantém a vinculação do direito ao mínimo vital com a sobrevivência, ignorando a necessidade de que os direitos fundamentais garantam a capacidade de auto-realização em condições de bem-estar, como também a autonomia. Não obstante isso, admite a dificuldade de extremar o mínimo vital do máximo de utilidade – que não se confunde com o direito fundamental ao máximo existencial, relegando para a seara das políticas públicas a maximização do mínimo.

Por essa via, o autor restringe a sua própria concepção de mínimo como direitos judicialmente exigíveis, relativizando-o quanto à capacidade orçamentária e remetendo os aspectos periféricos do mínimo para as políticas públicas, malgrado admite a possibilidade do poder judiciário exigir a implementação da política pública, inclusive mediante ações coletivas.

O problema é que continua a adotar uma concepção muito limitada de quais sejam os direitos componentes do mínimo vital, obtemperando a minimização do patamar e do nível prestacional. A despeito disso, identificando a difícil aferição dos limites entre a maximização do mínimo e a otimização dos direitos sociais, concebe estes últimos como sujeitos à reserva do possível e do orçamento, ficando dependentes das políticas públicas, sem possibilidade de justiciabilidade (TORRES, 2009, p. 131-133).

Ademais, outro problema da teoria é que o autor condiciona a prestação dos

direitos fundamentais à situação de necessidade para a sobrevivência, em face do que reputa que a moradia não é direito fundamental para quem não seja indigente, integrando-se ao mínimo existencial, o que não tem qualquer sentido em face da universalidade dos direitos fundamentais. Evidentemente que membro da classe média que esteja devidamente abrigado em moradia não pode demandar abrigo ao poder público, mas não é por isso que o direito deixar de ser fundamental, até porque outros deveres positivos que dele decorram irão tutelá-la, como se dá com a tutela constituída com a configuração legal do bem de família (TORRES, 2009, p. 271-277).

Diante disso, evidencia-se uma nítida evolução na teoria do mínimo vital tal como concebida originariamente e tal como defendida mais recentemente pelo autor, mas ainda assim revela-se categoria inadequada para fazer jus à função dos direitos sociais e aos valores e compostura do sistema de direitos fundamentais constituído através do sistema multinível do constitucionalismo global, dirigente e virtuoso.

Posicionamento ligeiramente distinto é adotado por Ana Paula de Barcellos (2002, p. 253), que não nega o caráter de direito fundamental dos direitos sociais, circunscrevendo ao mínimo vital apenas a justiciabilidade deles. Utilizando-se da figura de círculos concêntricos, salienta que o espaço de menor raio concerne ao mínimo da dignidade, que não pode ser depreciado nem pelas vias democráticas. Por sua vez, “O espaço entre o círculo interno e o externo será ocupado pela deliberação política, a quem caberá, para além do mínimo existencial, desenvolver a concepção de dignidade prevalente em cada momento histórico”.

Dedicando-se à definição do direito ao mínimo vital, a autora assevera que é composto por três elementos materiais e um elemento instrumental. Os primeiros seriam os direitos à educação fundamental, à saúde básica²²⁰ e a assistência aos desamparados, enquanto o instrumental é o acesso à justiça (BARCELLOS, 2002, p. 258-259), defendendo a opção por tais direitos por reputar que educação e saúde formam um primeiro momento da dignidade, visando a garantir a capacidade do indivíduo para preservar as condições de dignidade aq̃eabsolutos, com a garantia de alimentação, vestuário e abrigo.

Gustavo Amaral (2001, p. 213-215) assemelha, apressadamente, o pensamento de

²²⁰ Embora reconheça a dificuldade de definição do que seja o nível mínimo de saúde, relacionando-o com as prestações de saúde disponíveis e que podem ser judicialmente garantidas e atendidas pelo poder público, o que parece negar a própria ideia defendida pela autora (BARCELLOS, 2002, p. 276-277). Os critérios apontados pela constitucionalista para identificar quais seriam essas prestações são a relação entre o custo da prestação e a extensão do benefício que pode proporcionar para a comunidade, tendo em vista o número de pessoas que dela necessita. O outro sustenta integrar o nível mínimo as prestações que são demandadas por todos (BARCELLOS, 2002, p. 280-281). Mais uma vez, essa concepção não se adequa àquela de mínimo como prestações mínimas de direitos mínimos para superar a pobreza e garantir a sobrevivência (TORRES, 2009).

Ricardo Lobo Torres ao de Alexy, no que não há consistência. Como será exposto, Alexy (2008b) não admite uma noção tão reduzida ou diminuta do mínimo vital, não rejeita o caráter jusfundamental dos direitos sociais, admitindo sua ampla justiciabilidade no que respeita ao conteúdo essencial de cada direito.

Para Gustavo Amaral (2001, p. 214-126), diversamente, há o dever de prestação do Estado para atender demandas relativas a direitos fundamentais, só podendo se exigir se justificar o seu não entendimento, que só pode se embasar na existência de circunstâncias impeditivas da satisfação aos que postulam prestações essenciais. Nessas situações, legitimar-se as escolhas feitas pelo Estado no âmbito da escassez de recursos, por ser de caráter trágico.

Assim, a pertinência da pretensão se fundará na essencialidade da prestação com relação à dignidade da pessoa humana, representando o conteúdo do mínimo existencial – rejeitando, contudo, a expressão – e na ocorrência ou não da excepcionalidade da situação concreta. Ainda restringindo o controle sobre a ação ou omissão do poder público quanto ao mínimo existencial, conforme o sentido por ele adotado, Gustavo Amaral (2001, p. 208-209) defende que a atuação do judiciário deve se limitar ao controle do discurso, avaliando as razões que nortearam determinadas escolhas trágicas e, ainda, assim, sempre proferindo decisões para o caso concreto, pelas suas circunstâncias e especificidades, evitando que advenham consequências para outras situações, ainda que similares.

A noção de mínimo vital também é abordada e adotada por Ingo Sarlet (2006, p. 318-319), partindo do reconhecimento do direito à renda mínima e ampliando-se para abranger “o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna”, conforme entendimento da doutrina e jurisprudência alemãs. Percebe-se que esta noção de mínimo vital não é tão redutora, como já advertira Jorge Reis Novais. O constitucionalista brasileiro entende, ainda, que o mínimo vital deve ter um sentido dinâmico, dependendo de um conjunto de fatores e variáveis. Os direitos que nele se exprimem, embora sejam definitivos, não estão imunes a relativizações. A tanto também adere Ricardo Lobo Torres (2009, p. 117) que, a despeito de adotar a aludida concepção redutora de mínimo vital, afirma estar limitado na liberdade fática e nos custos orçamentários.

Após retratar o estado da arte na doutrina alemã, situando, inclusive, o entendimento de Alexy, Ingo Sarlet (2006, p. 342-345) traça os fundamentos de sua

concepção sobre os direitos subjetivos originários a prestações²²¹, chegando a conclusões bem distintas das apontadas pelos autores precedentemente analisados e aproximando-se mais das consequências e potencialidades que são extraídas a partir da fundamentação do direito fundamental ao máximo existencial.

Com efeito, o Ingo Sarlet (2006, p. 350) não admite que a garantia do mínimo se reduza à sobrevivência e, ainda, reconhece a possibilidade de justiciabilidade de prestações que se situem acima do patamar referente ao mínimo vital, como se verifica abaixo, *in verbis*:

[...] na esfera da garantia do mínimo existencial (que não poderá ser reduzido ao nível de um mero mínimo vital, ou, em outras palavras, a uma estrita garantia da sobrevivência física) há que reconhecer a exigibilidade (inclusive judicial!) da prestação em face do Estado, não estamos – enfatize-se este ponto – afastando a possibilidade de direitos subjetivos a prestações que ultrapassem estes parâmetros mínimos, mas apenas afirmando que neste plano (de direitos subjetivos para além do mínimo existencial) o impacto dos diversos limites e objeções que se opõe ao reconhecimento destes direitos (especialmente o comprometimento de outros bens fundamentais) poderá, a depender das circunstâncias do caso, prevalecer.

A concepção de Ingo Sarlet se aproxima, então, a de Alexy, admitindo ponderação ainda quanto ao mínimo vital – chamado por ele de mínimo existencial.

A doutrina estrangeira também se dedica ao tema, como incidentalmente apontado, destacando-se as reflexões de Filippo Pizzolato (2004) e as tecidas na seara da compreensão do art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, como é o caso de Mary Dowell-Jones (2004), estimulada pelas Recomendações do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas.

O autor italiano define o mínimo vital como a prestação, por parte do poder público de uma rede de proteção a que possa recorrer o indigente para garantir sua própria sobrevivência, recorrendo ao art. 38 da Constituição italiana²²² (PIZZOLATO, 2004, p. xii).

Na composição do mínimo vital, Pizzolato (2004, p. 113-114) destaca a especial relevância da renda mínima de inclusão, benefício componente da assistência social, representando um dos modos de devida atuação do princípio constante do art. 38 da Constituição italiana. Não se trata de uma medida em si impositiva, pois poderia ser realizada

²²¹ O Autor acolhe a diferenciação feita por Canotilho, e já criticada, entre direitos originários e derivados, sendo estes os dependentes de conformação legal, antes da qual não têm valor propriamente jurídico e não são judicialmente exigíveis.

²²² Art. 38 - Todo cidadão, impossibilitado de trabalhar e desprovido dos recursos necessários para viver, tem direito ao seu sustento e à assistência social. Os trabalhadores têm direito a que sejam previstos e assegurados meios adequados às suas exigências de vida em caso de acidente, doença, invalidez, velhice e desemprego involuntário. Os incapacitados e os deficientes têm direito à educação e ao encaminhamento profissional. As tarefas previstas neste artigo provêm órgãos e instituições predispostos ou integrados pelo Estado. A assistência privada é livre.

por outras vias e formas. Poderia, ao invés, haver a opção pelo fornecimento dos bens essenciais aos que se encontrem em situação de pobreza e não a transferência de renda. Assim, considera que, sendo uma medida necessária, ou outra que a equivalha, integraria o nível essencial.

Cabe ao autor, tendo em vista a originalidade da Constituição italiana em prever a categoria dos níveis essenciais de prestação, a tentativa de relacioná-los com o mínimo vital. Nessa empreitada, salienta que o desiderato de sua instituição foi circunscrever a discricionariedade da planificação regional relativa aos serviços de assistência social.

Reconhecendo a dificuldade de interpretação da noção dos níveis essenciais, estabelece uma relação entre o conteúdo essencial e os níveis essenciais, considerando que estes últimos não se referem (por excesso) a prestações constitucionalmente vinculadas, ficando o seu estabelecimento a cargo do legislador. O seu limite mínimo é, justamente, o conteúdo essencial do respectivo direito, patamar em que se firma a vinculação constitucional.

Nesse sentido, é natural que “[...] o legislador estatal, ao fixar os níveis essenciais, tenha uma discricionariedade cujo limite inferior é próprio do que é constitucionalmente vinculado ou necessário e cujo limite superior é a disponibilidade de recursos”²²³ (PIZZOLATO, 2004, p. 117-118).

Diante disso, concebe o conteúdo essencial seria o nível de guarda de determinado direito tendo em vista os níveis essenciais de prestação. Não são sobrepostas as noções de níveis essenciais e o conceito de mínimo essencial de um direito, sendo este um parâmetro utilizado primeiramente pela Corte Constitucional para aferir a razoabilidade do sopesamento realizado pelo legislador entre os interesses colidentes. Enquanto os níveis essenciais ficariam a cargo do legislador, o conteúdo essencial mínimo estaria resguardado pelas cortes (PIZZOLATO, 2004, p. 119-120).

Outra fonte usualmente interpretada no sentido de embasar o reconhecimento do direito ao mínimo vital é o art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, notadamente após o advento da Recomendação nº 03, item 10, do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, estatuinto que “[...] o Comitê entende que corresponde a cada Estado-parte uma obrigação mínima *minimum core obligation* de assegurar a satisfação de, pelo menos, níveis mínimos essenciais de cada um dos direitos”,

²²³ Em tradução livre. No original, “È pertanto del tutto conseguente che il legislatore statale, nel fissare i livelli essenziali, abbia una discrezionalità il cui limite inferiore è proprio quello del costituzionalmente vincolato o necessario ed il cui limite superiore è la disponibilità delle risorse.”

asseverando que um Estado que não garanta, exemplificativamente, alimentação adequada, cuidados médicos essenciais, abrigo e moradia, ou as formas mais básicas de educação, estará violando o dever.

Além disso, ainda relaciona o dever de utilização do máximo de recursos disponíveis com o dever de satisfação dos mínimos deveres pertinentes a um direito, pois

[...] para que um Estado-parte seja capaz de atribuir sua incapacidade de assegurar ao menos obrigações mínimas à inexistência de recursos disponíveis, deve demonstrar que todos os seus esforços foram feitos para usar todos os recursos que estão à sua disposição para satisfazer, com prioridade, aquelas obrigações mínimas.

Ainda assim, mesmo em situações de grave restrição, considera o Comitê que os mais vulneráveis não podem deixar de ser protegidos, exigindo a promoção de programas de baixo custo.

Diante disso, embora a utilização da expressão *minimum core obligation* não induza à primeira análise esta conclusão, não se pode associá-la com o mínimo vital. Como se depreende na interpretação do Comitê, a utilização máximo dos recursos disponíveis é que irá definir a extensão do cumprimento do dever prestacional. Observe-se que se não consegue satisfazer as obrigações mínimas porque não há recursos disponíveis, quer por recessão, quer por um cataclismo natural, o que pode realizar corresponde ao máximo existencial. Cabe recordar que a noção de satisfação suficiente é desenvolvida tendo em vista as várias limitações incidentes, tanto cognitivas e discursivas, como de recursos. Diante desses limites, a satisfação corresponde à maximização. Evidentemente que é possível estender tais constringências, como adiante apontado, projetando para além o referencial da satisfação suficiente.

No que interessa, entretanto, se o máximo de recursos disponíveis foram utilizados, ainda que não atendido o *minimum core obligation*, houve a satisfação suficiente, pois não se pode impor ao Estado o impossível; entretanto, se os recursos superarem o necessário à satisfação de tal *minimum core*, resta evidenciada, pelos próprios termos do art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o dever de ultrapassar este patamar, projetando progressivamente o nível de implementação de um direito.

Essa perspectiva não é a adotada pela maioria dos adeptos do direito ao mínimo vital, como analisado. Na hipótese em tela, o mínimo corresponde ao máximo possível e este atende ao referencial da satisfação suficiente.

A cunhagem da expressão certamente se deu para constituir um elemento retórico de reforço à efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais mesmo quando se alegue

não haver recursos suficientes – ou quando efetivamente não existam. O problema da inexistência de recursos disponíveis, ainda que utilizados ao máximo, deixa de envolver efetividade ou o nível de satisfação suficiente do direito e passa a ser como ampliar a capacidade de ação do Estado para que seja possível a defendida ampliação dos níveis de prestação.

Essa ampliação da capacidade de ação, ou seja, estender o que o Estado possa fazer, passa a depender da cooperação internacional ou de medidas relacionadas a políticas econômicas e tributárias. No Brasil, dentre os problemas que repercutem na ausência de implementação conforme a satisfação suficiente, situa-se o problema da compressão da reserva do possível, colocando-se a questão da expansão do possível com o alargamento da disponibilidade de recursos.

Em outros termos, se um dos sentidos da reserva do possível remete à limitação orçamentária dos recursos público, seria o caso de promover a expansão do possível.

De qualquer sorte, depreende-se que a interpretação adequada não deixa de assimilar o *minimum core content* com a caracterização do da dimensão normativa do direito fundamental ao máximo existencial, preservadas as premissas suscitadas.

Mary Dowell-Jones (2004, p. 27-28) salienta que, para os Estados que não dispõem de recursos suficiente sequer para atendê-la, a noção de *minimum core* perde seu sentido, sendo relevante para os que, dispendo de situação econômica adequada e de capacidade suficiente, resistam ao atendimento dos respectivos deveres positivos. Só que, nesse caso, como o art. 2º do Pacto exige a utilização do máximo de recursos disponíveis para a progressiva realização plena dos direitos, não se legitimaria um estágio de implementação inferior àquele que os recursos disponíveis viabilizam. Seria, também nesse caso, tão violadora da norma internacional a conduta ou abstenção do Estado que, podendo, não atende o *minimum core contente*, como aquela que, podendo ultrapassá-lo, estabiliza-se no seu patamar.

Logo, o sentido do *minimun core contente*, ao contrário do que sustentado pela autora, deve se circunscrever aos Estados destituídos de condições financeiras, dependendo da cooperação internacional e da reestruturação institucional e do sistema econômico. Outrossim, as dificuldades que são pertinentes ao seu atendimento, referidas por Dowell-Jones (2008-28-29) não são muito diversas das enfrentadas para além deste patamar, consistentes nos efeitos

macroeconômicos de políticas e medidas do governo que podem não surtir os resultados desejados²²⁴.

Já Alexy (2008b, p. 502-503), dedicando-se à questão da força vinculante dos direitos sociais e da sua gradação, busca fugir dos extremos dos esquemas minimalista e maximalista. O primeiro circunscreve os direitos ao espaço vital mínimo do indivíduo. O segundo advoga realização completa dos direitos fundamentais. Enfrenta, então, problema de ordem formal, consiste no indevido deslocamento do legislador para o judiciário da competência constitucional para desenvolver e efetivar os direitos fundamentais, notadamente em razão da indeterminação do seu conteúdo, persistente mesmo em se tratando do direito ao mínimo vital, como já advertido por Dowell-Jones (2004, p. 28-29).

Esse obstáculo formal é reforçado diante da perspectiva de custos que a prestação, judicialmente assegurada, acarretará, suscitando a questão da justiça e adequação da alocação orçamentária dos recursos públicos (ALEXY, 2008b, p. 508-509).

Já o obstáculo material indica que os direitos sociais colidem com outras normas constitucionais materiais, como os direitos sociais do trabalhador e as liberdades econômicas.

Diante disso, Alexy (2008b, p. 511-513) propõe um modelo de direitos sociais que observe a gradação do seu caráter vinculante, distinguindo-se das propostas tradicionais em torno do direito ao mínimo vital, tal como percebido por Jorge Reis Novais (2010, p. 192).

Recorrendo ao referencial de que os direitos sociais são tão importantes que não podem ficar sujeitos à decisão da maioria parlamentar simples garanti-los ou não, coloca-se a questão de quais deles se afiguram como direitos definitivos, pois sua aplicação se apresenta mediante o sopesamento de princípios. Situa em favor deles o princípio da liberdade fática e, em sentido oposto, os princípios formais da competência do legislador democraticamente legitimado e o da separação de poderes, além de outros princípios materiais.

Assim, delinea condições para que um direito social seja identificado como um direito definitivo, que seriam: a) o princípio da liberdade fática exigir intensamente e de forma premente a sua prevalência; b) se o princípio da separação de poderes – e outros princípios formais²²⁵, como da competência do legislador democraticamente legitimado²²⁶ que, malgrado

²²⁴ A autora refere-se a exemplo citado por Dell em que um projeto de larga intervenção na Ásia promoveu grandes melhorias nas condições sanitárias, de fornecimento de água e outros benefícios visando ao atendimento de grupos vulneráveis por carência de recursos econômicos. Com as melhorias houve a valorização das terras, que foram vendidas, deslocando-se para outra favelas e bairros pobres, mantendo-se os mesmos problemas ou se tornando mais graves ainda.

²²⁵ A distinção entre princípios formais e materiais é bem posta por Borowski (2010, p. 24-28). Os primeiros seriam razões para a decisão de uma colisão que refletem o conteúdo substantivo do princípio. Os últimos seriam

diferenciado por Alexy, pode até ser associado à separação de poderes; c) e outros princípios materiais colidentes não forem intensamente reduzidos pela garantia da prestação do direito social respectivo. Essa seria a primeira lei de sopesamento, que apenas desenvolve os elementos da lei de sopesamento anteriormente destacados por Alexy²²⁷ no que se refere especificamente aos direitos sociais.

E a estruturação desta lei é diferente porque, ao contrário do que ocorre com as liberdades, em que a intervenção se dá pela atuação do Estado, no caso dos direitos sociais a intervenção se dá pela injustificada omissão da prestação. Assim, o suporte fático amplo tem conformação distinta, como ressalta Borowski (2003, p. 177)

Todas as condutas, cuja execução favorece a realização do objeto de otimização de um princípio de direito fundamental, caem dentro do suporte fático de um direito fundamental de prestação, independentemente da intensidade com a que o favoreçam. A classe das condutas é ordinariamente bastante ampla²²⁸.

Para respeitar a liberdade de conformação do legislador, embasada nos princípios formais da sua legitimidade democrática e na separação de poderes, Alexy (2007, p. 78-79), voltando-se especificamente para um dos tipos do que denomina como direitos a prestação – que seria o tipo dos direitos à proteção, entendendo que o seu modelo pode se estender para os demais – identifica a existência de dois tipos de discricionariedade legislativa²²⁹, que seriam a a) estrutural ou substantiva e a b) epistêmica. A epistêmica é reputada mais complexa do que a estrutural, pois remete à competência do legislador, diante de situações de incerteza, o que ordenam, proíbem ou deixam permitido as normas constitucionais. Já a discricionariedade estrutural é dividida em a) discricionariedade para seleção dos meios, b) para definição dos fins e c) para a ponderação.

princípios que exigem *prima facie* a prevalência do resultado de um procedimento, nada dispendo em sentido material.

²²⁶ A fundamentação do princípio formal de competência é destacada por Alexy (2008b, p. 615) como sendo formal porque “[...] ele não determina nenhum conteúdo, mas apenas diz quem deve definir conteúdos. Por isso, seria possível também denominá-lo de ‘princípio procedimental’. Enquanto princípio procedimental, ele exige que as decisões relevantes para a sociedade devam ser tomadas pelo legislador democrático legitimado”.

²²⁷ Conforme assevera Alexy (2008b, p. 167-168), a lei do sopesamento expressa que “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”.

²²⁸ Em tradução livre. No original, “Todas las conductas, cuya ejecución favorece la realización del objeto de optimización de un principio de derecho fundamental, caen dentro del supuesto de hecho de un derecho fundamental de prestación, independientemente de la intensidad en que lo favorezcan. La clase de las conductas es ordinariamente bastante amplia”.

²²⁹ Embora Canotilho (1994) tenha investido na distinção entre discricionariedade legislativa e liberdade de conformação legislativa, pode-se assumir as duas expressões indistintamente, desde que se distancie a noção de discricionariedade legislativa daquela administrativa e se associe com o sentido emprestado para a liberdade de conformação, que é o utilizado por Alexy. Logo, utiliza-se indistintamente as duas expressões com o mesmo sentido.

Em razão disso, e de suas implicações numa situação de colisão, Alexy (2008b, p. 625) firma a lei de combinação²³⁰, pela qual os princípios formais têm de associar a materiais para que possam vir a prevalecer numa colisão com outros princípios materiais, instituindo a segunda lei de sopesamento no sentido de que “Quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia” (ALEXY, 2008b, p. 617).

Em se tratando de direitos sociais, a questão do impacto financeiro também é deferida aos princípios formais da competência do legislador e da separação de poderes (ALEXY, 2008b, p. 513), reconhecendo que “[...] às vezes até mesmo sua competência orçamentária é atingida pelos direitos fundamentais, como direitos com claros efeitos financeiros”²³¹.

Firmados os elementos a serem ponderados, Alexy (2007, p. 66-70) detalha os elementos componentes do sopesamento, afirmando que integra a sua operação os pesos abstratos dos princípios colidentes²³², o grau de proteção exigido e a intensidade da intervenção, entendida como omissão de algumas das condutas adequadas voltadas a exercer a proteção. Como salienta Alexy (2007, 54-56), os direitos positivos têm estrutura distinta, pois enquanto os negativos resistem a quaisquer ações estatais, os positivos, ao contrário, podem ser realizados por diversas ações, caracterizando-se por uma estrutura alternativa ou disjuntiva. Assim, a omissão inconstitucional se dá pela negação das várias prestações que sejam devidas. Nisso se situa a discricionariedade epistêmica quanto aos meios a serem adotados.

Pelo modelo sugerido, Alexy pretende se defender das críticas, inclusive de Böckenförd, já expostas, de que o seu modelo teórico acarretaria uma excessiva constitucionalização da ordem jurídica, reconhecendo uma margem de apreciação ou de ação para o legislador.

Em relação aos direitos sociais – pois a todos os direitos positivos estende o modelo sustentado a partir dos direitos à proteção, como o faz Borowski (2003, p. 151-157) e contra o que já se argumentou – se coloca a questão dos meios que podem ser tidos como

²³⁰ Expressada pelo autor ao considerar que “Princípios formais procedimentais só podem superar princípios materiais de direitos fundamentais se conectados a outros princípios materiais”. Alexy a chama de lei da conexão e Borowski (2011) de lei de combinação, expressão que me parece mais significativa.

²³¹ Não obstante isso, reconhece em outra oportunidade a capacidade financeira como princípio substantivo.

²³² Lucia Clérico (2011, p. 196), ressaltando esse aspecto, afirma que os pesos abstratos, embora possam influir no resultado da ponderação, têm a sua importância mitigada à medida que sejam mais significativas as circunstâncias do caso.

impositivos e dos que podem ficar sujeitos à discricção do legislador, tal como exemplifica na questão da tutela do nascituro (ALEXY, 2007), também utilizado por Borowski (2003)²³³. A questão central é que, dentre vários meios possíveis de atuação estatal, que vão conformar os respectivos níveis de prestação, alguns serão necessários, outros impedidos e, ainda, outros exigidos. A seleção dos meios, no que se configure como espaço de discricionariedade, fica a cargo do legislador, sujeitando-se a controle conforme eventual juízo de prognose manifestamente equivocado.

A identificação dos meios alternativos que podem ser exigidos e dos que ficam à discricção legislativa, como os que sejam impedidos, advém do resultado da ponderação, seguindo as duas leis defendidas por Alexy e a fórmula do peso. Desse modo, Borowski (2003, p. 169-170) considera que o critério que definirá a margem de ação do legislador decorrerá da intensidade da intervenção, tida como ausência alternativa de prestações devidas, ou, “[...] na intensidade com a que o princípio de direito fundamental exige a adoção do meio correspondente”²³⁴.

Em face disso, afirma que os direitos sociais mínimos, ou “[...] direitos a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica” usualmente devem prevalecer, pois satisfazem os referenciais aludidos e, ainda, repercutem de forma menos intensa quanto ao não atendimento dos princípios formais e materiais eventualmente colidentes, reconhecendo que “Direitos individuais podem ter maior peso que razões político-financeiras” (ALEXY, 2008b, p. 512-513), o que vem sendo negado por parte da doutrina italiana, que nem admitem sopesar tais interesses no mesmo patamar (D’ONGHIA, 2011).

A extensão da proteção dos direitos sociais situa-se, então, na proporcionalidade, associada por Borowski (2003) e Lucia Clérico (2011, p. 167-206) ao princípio da proibição de insuficiência ou da proteção deficiente. Aliás, Lucia Clérico traça as diferenciações entre este e a proibição de excesso, destacando que restrições mais intensas sobre direitos de prestação suscitam a ocorrência de que as contrarrazões e o peso de sua prevalência sejam

²³³ Analisa quais medidas a proteção do nascituro poderia impor ao Estado o dever de proteção diante das possíveis ameaças. Primeiro, importa verificar quais medidas de proteção são relevantes para cumprir o dever. Quantas e quais sejam as ações depende do contexto fático respectivo. Adota, exemplificativamente, a existência de três meios de proteção, que se excluem mutuamente (exclusão apenas para servir como exemplo, mas que poderia ocorrer de fato e de direito), quais sejam: M1, M2 e M3. M1 estabelece a sanção penal severa para a mãe e para o médico. M2 trata de medidas de estímulo, inclusive financeiras, para mulheres grávidas e mães. M3 é uma gigantesca campanha de publicidade de conscientização acerca da importância da maternidade. Assim,

²³⁴ Tradução livre. No original, “[...] en la intensidad con la que el principio de derecho fundamental exige la adopción del medio correspondiente.”

mais do que proporcional, devendo ser sobreproporcional, o que é de extrema relevância para países caracterizados por intensa e extrema exclusão social.

Cabe à autora o elenco de circunstâncias especial do caso concreto que devem nortear a avaliação dos termos da ponderação e a aferição da sua intensidade, indicando que seriam particularmente importantes a) além do peso abstrato dos princípios, b) o peso concreto de cada um; c) a intensidade da restrição concreta dos princípios colidentes, da duração da restrição, da possibilidade de se poder evitar a restrição pelo recurso a meio alternativo, d) do caráter insuportável da restrição do direito afetado, e) da urgência requerida para a satisfação do direito, e) e do grau de intensidade com que se controla a ponderação realizada pelo legislador democraticamente legitimado ou pelo tribunal”.

Assim, por tal modelo é que se chega à concepção de mínimo vital para Alexy (2008b), corroborado por Borowski (2003).

Para Borowski (2003, p. 152-153) é possível que a configuração constitucional de um dado direito social confira a ele o caráter de posição mínima definitiva, residindo em regras e, então, não restringíveis; entretanto, Tais direitos seriam aplicados mediante subsunção. Sustenta, entretanto, que somente os direitos cujas normas atributivas possam ter o seu conteúdo definido por interpretação literal ou recurso à vontade do constituinte. Evidentemente que, pelas premissas encampadas neste estudo, não se adota tal perspectiva, sendo possível identificar regras constitucionais atributivas de direitos fundamentais pela reflexão hermenêutica.

Em se caracterizando como princípios, no caso do direito à vida em relação à proteção do nascituro, Borowski (2003, p. 160-161) analisa as possibilidades que se descortinam. Uma delas seria adotar o critério que mais proteção traga ao bem jurídico em questão. O problema é que, geralmente, o mais protetivo é o mais restritivo, o que tornaria desproporcional a sua aplicação. Desse modo, o direito social estaria sofrendo restrição por parte do outro direito. Assim, conclui que se faz necessária a rejeição do critério da máxima proteção, pois tornaria vazios os direitos colidentes diante de alternativas de ação que não produzissem tal impacto.

O mesmo se dá em se recorrendo ao critério do meio que acarrete a mínima proteção ao direito a prestação e que é o que proporciona a mínima restrição nos demais direitos colidentes, podendo não ser suficiente. Assim, o que importa é identificar a medida adequada mediante os critérios orientadores da proibição de proteção deficiente. Embora se entenda que devem ser adotados todos os meios possíveis, no âmbito da realidade pode ocorrer a exclusão de uns por outros meios.

Em razão disso, Borowski (2003, p. 166-168), a partir do exame da proporcionalidade diante de determinados meios, constata a possibilidade de três resultados: a) nenhum meio satisfaz todas as exigências; b) só um meio satisfaz todas as exigências; c) vários meios satisfazem todas as exigências. Na primeira hipótese, tem-se que o direito a prestação deve ser restringido completamente de modo legítimo. No segundo, os direitos fundamentais exigem a adoção do meio ordenado. No último caso, a solução é mais complexa.

Diante da situação, cabe a adoção do meio que seja mais intensamente favorável ao direito, salvo existirem outros proporcionais que ofereçam uma menor satisfação, mas que apresente melhor relação custo-benefício.

No caso de existir mais de um meio proporcional e indicado, cabe ao Estado decidir qual deles será o adotado, podendo elegê-lo livremente dentre os que são proporcionais, situando-se na discricionariedade epistêmica. Assim, caberia ao Estado estabelecer livremente o nível de satisfação do direito de prestação.

Não obstante isso, considera que

“[...] os princípios de direitos fundamentais exigem a máxima realização possível de seu objeto de otimização, do que se conclui que também se deve exigir que se aplique o meio que confira máxima intensidade ao favorecimento do princípio, depois que se haja procedido a ponderação com os demais princípios colidentes”²³⁵.

Nesse contexto, Paulo Gilberto Cogo Leivas (2006, p. 80), seguindo a doutrina citada, sugere a ocorrência de um segundo nível de ponderação, entre a intensidade da proteção e a intensidade do prejuízo, o que parece ser ínsito ao sopesamento em si mesmo.

A questão, então, resolve-se na identificação das prestações necessárias, das que podem ser atribuídas, discricionariamente pelo legislador, e das que são vedadas. A concepção do direito ao mínimo vital seria marcado como direito definitivo composto pelas prestações necessárias à proteção dos direitos, ainda que, em sentido estrito, não sejam mínimas, tal como defendido por Lobo Torres (2009) e nem sejam estáveis, guardando uma dimensão dinâmica pela própria variação das circunstâncias em que se opera a ponderação.

A despeito disso, o próprio Alexy (2008b, p. 512-513) admite que os direitos sociais mínimos podem apresentar enormes efeitos financeiros quando sejam muitos os que

²³⁵ Em tradução livre. No original “Como quiera que los principios de derechos fundamentales exigen la máxima realización posible de su objeto de optimización, de ahí se sigue que también debe exigirse que se aplique el medio que logre la máxima intensidad en favorecimiento del principio, después de que haya sido ponderado con los demás principios que juegan en sentido contrario.” Adere a este entendimento

deles necessitam, tal como observado por Saulo José Casali Bahia (2012) em lição abaixo colacionada, *in verbis*:

 Todavia, tal prática ignora que a somatória de condenações individuais pode ter efeitos ou consequências alarmantes (há estados da federação brasileira onde 50% do orçamento estadual para a saúde é consumido com compras de medicamentos sob ordem judicial), bem ainda a quebra do princípio da isonomia dela decorrente (sendo no mínimo cínica a alegação de que o direito não socorre aos que dormem e não ingressam no Judiciário, já que o Poder Público não pode e não deve desenvolver políticas prestacionais exclusivamente aos que a reclamem, e sim, eticamente falando, a todos que dela necessitem).

 Essa constatação demonstra que nem sempre a invocação do mínimo existencial quando a demandas individuais pode ser suficiente para ensejar a justiciabilidade de determinado direito fundamental.

 Diante disso, Alexy (2008b, p. 513) afirma que os direitos sociais exigíveis, restritos aos mínimos, são variáveis e dependem das necessárias ponderações, tornando-se definitivos. Enquanto *prima facie*, os respectivos deveres positivos apresentam um conteúdo objetivo excedente (ALEXY, 2008b, p. 517). Com efeito, o indivíduo tem um direito à prestação quando a liberdade fática tem maior peso que os princípios formais e materiais colidentes, reafirmando ser o caso dos direitos sociais mínimos, a que se reconduz o mínimo vital, conforme sua concepção. Nesse parâmetro, a esses direitos sociais mínimos se associam as prestações excedentes, que não têm peso suficientemente para transitar do direito *prima facie* para o direito definitivo, dependendo, portanto, da ponderação.

 Essa concepção resulta do entendimento de Alexy (2008b, p. 514) de que se existe um direito, deve ser justiciável, não sendo obstáculo o caráter indeterminado, pois a indeterminação é típica de outros âmbitos da seara jurídica sem maiores obstáculos.

 Em face disso, segundo seu modelo de direitos sociais, a competência dos tribunais se encerra no que for definitivamente devido, em consequência da configuração de determinado direito social como definitivo. A partir daí, as demais exigências normativas ficam circunscritas ao legislador, que, ao satisfazê-las para além do que é definitivamente devido, o faz sem estar definitivamente obrigado a fazê-lo, exercendo sua discricionariedade e, por isso, não pode ser obrigado a assim proceder por um tribunal.

 A concepção de Alexy também é adotada por Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 204-205) que, também ressalta o equívoco de assemelhar, necessariamente, o conteúdo essencial com o direito ao mínimo vital, salientando a utilização da expressão em três sentidos

distintos. Assim, ora remete a) ao que os direitos sociais garantem; b) ora envolve o que é justiciável no âmbito dos direitos sociais²³⁶; c) o mesmo que conteúdo essencial, sem relação necessária com a justiciabilidade e nem com a totalidade do direito. Faltaria apenas a concepção originariamente defendida por Ricardo Lobo Torres, concebendo o direito ao mínimo existencial como mínimos direitos assegurados em patamar mínimo, necessários à sobrevivência.

Após destacar os vários sentidos que lhe são conferidos pelas diversas doutrinas, conclui o autor que “[...] o mínimo existencial é aquilo que é possível realizar diante de condições fáticas e jurídicas, que, por sua vez, expressam a noção, utilizada às vezes de forma extremamente vaga, de reserva do possível”.

A concepção adotada por Ingo Sarlet e, no âmbito da teoria dos princípios, por Alexy, Borowski, Lucia Clerico e Virgílio Afonso da Silva, leva a uma concepção de mínimo vital variável, mais próxima às reais propostas desenvolvidas pelo Tribunal Constitucional alemão quando do desenvolvimento da noção. Nesse sentido, o mínimo pode até mesmo se aproximar do máximo, como salienta com percuciência Saulo José Casali Bahia (2012), *in verbis*:

Para a concepção relativista, os direitos, mesmo fundamentais, são relativos, e os custos vistos como internalidades aos direitos, sendo o conteúdo do direito dado por suas próprias limitações. Não há um mínimo existencial, e sim um mínimo a garantir no caso concreto, com conteúdo variável, ditado pelas circunstâncias e limites fáticos e jurídicos. O mínimo dos direitos e o máximo no caso concreto se confundem. O conceito de mínimo existencial perde toda a sua serventia para os relativistas, pois se há um mínimo, seu conteúdo é variável e não fixo ou predeterminado.

Embora lhe assista razão pela possibilidade de o mínimo corresponder ao máximo, isso não ocorreria necessariamente. Ademais, os elementos conducentes à identificação de qual seria o mínimo são adaptados do modelo apresentado para a ponderação dos direitos negativos. As noções de conteúdo essencial e proporcionalidade, além da proibição de insuficiência – típica dos deveres de proteção – não se mostram adequadas para operacionalizar a compreensão das condições de possibilidade de efetivação dos direitos sociais mediante o referencial da satisfação suficiente, conforme exige o direito fundamental ao máximo existencial.

Além disso, o modelo teórico apresentado, embora incomparavelmente mais protetivo do que o suscitado por Ricardo Lobo Torres (2009), peca por não abrigar a

²³⁶ Que é a concepção adotada por Alexy (2008b), por ele próprio, por Borowski (2003), dentre outros.

dimensão do pensamento do possível, viabilizado somente pela introdução da perspectiva temporal na projeção do direito social definitivo real para o direito social definitivo possível.

Com efeito, é a dimensão temporal imprescindível para aferir a adequada satisfação progressiva dos deveres resultantes da dimensão positiva dos direitos fundamentais – e não apenas dos direitos sociais –, pois permite constatar a ocorrência ou não da estagnação quanto à ampliação dos níveis de proteção social.

Para tanto, urge reforçar a necessidade de introdução das novas categorias propostas, como os níveis essenciais de prestação, o conteúdo essencial e a satisfação suficiente, associadas às categorias que lhe conferem respaldo, como a projeção do âmbito de proteção efetivo pelo seu alargamento, enriquecimento do conteúdo material, além da relação entre direito definitivo real e direito definitivo possível.

Assim, não parece suficientemente adequado o modelo proposto com base na teoria dos princípios por Alexy, pois não está apto a integrar os elementos e referenciais tidos como necessários para o controle da satisfação suficiente do desenvolvimento legislativo da dimensão positiva dos direitos fundamentais.

Essa percepção é comum também a Jorge Reis Novais (2010, p. 192-193), que considera ser o modelo de Alexy “[...] muito problemático no caso dos direitos positivos e, sobretudo, no caso dos direitos positivos sujeitos a uma reserva do financeiramente possível”²³⁷.

Desse modo, criticando a perspectiva do direito *prima facie*, que a tudo abriga, salienta que seria fundamental a fixação de um limite mínimo aquém do qual haveria a inconstitucionalidade, considerando que Alexy não indica qual seria. Ao contrário, é preciso reconhecer que há explícita indicação do limite mínimo como sendo a função do princípio da proporcionalidade, havendo divergência sobre conduzir ou não ao conteúdo essencial. De fora parte disso, prossegue o constitucionalista português na sua crítica, sugerindo que

A não ser, e é isso que na realidade ocorre, que na impossibilidade de encontrar um tal critério apto a fixar o *ponto de viragem* que, no referido *continuum* de omissão permanente, identificasse o surgimento da inconstitucionalidade, aquele modelo de ponderação conclua que esse ponto é o *mínimo* constitucionalmente exigível de prestação, mas isso é, precisamente, o que faz, desde logo, sem aquela *sofisticação* implausível e, afinal, improdutiva, o modelo do *mínimo* ora em apreciação.

²³⁷ Exemplifica a inviabilidade do modelo com exemplos extremos a fim de mostrar a sua impertinência dogmática. Partindo do direito ao lazer *prima facie*, que abrigaria o direito social a aulas de tênis, a férias nas Caraíbas, etc., considera inconsistente reputar-se que o desatendimento dessas prestações indique a não satisfação do direito, ainda que *prima facie*.

Logo, a imbricação entre mínimo e máximo pela variação do conteúdo possivelmente atribuído ao mínimo vital não parece o modelo adequado para a efetividade dos direitos fundamentais, carecendo dos instrumentais necessários às especificidades relativas à respectiva dimensão positiva, como será desenvolvido adiante.

Outrossim, os modelos que recorrem ao mínimo vital, com exceção dos sustentados por Ingo Sarlet, Alexy e os demais adeptos de sua construção com base na teoria dos princípios, que não se aproximam tanto da noção reducionista de mínimo, podem acarretar as consequências ora antevistas e também realçadas por Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 324-333), com o perigo de comprimi-los de forma acentuadamente redutora.

Como já salientado em várias passagens, concorda-se com a autora na constatação de que a Constituição não autoriza a interpretação redutora dos direitos sociais ao mínimo vital, como igualmente advertido por Jorge Reis Novais. Em face disso, conclui a constitucionalista que “[...] todos os direitos fundamentais sociais prestacionais podem assumir o caráter de direitos subjetivos, de modo que sua não realização somente se justifica a partir de um processo de ponderação orientado pela argumentação jusracional”.

O percurso pelas várias concepções doutrinárias que gravitam em torno do afirmado direito fundamental ao mínimo vital são suficientes, apenas, para demonstrar a inconsistência desta categoria, em maior ou em menor nível.

Com efeito, não parece ser adequada para viabilizar a tutela efetiva e suficiente da pessoa humana quanto aos deveres decorrentes da dimensão positiva dos direitos fundamentais, notadamente os relacionados aos direitos sociais. Seria, então, uma categoria insuficiente para o fim a que se destinou. E isso porque os direitos fundamentais não se constituíram para garantir ou assegurar apenas as condições de sobrevivência, como já assentado pela relação entre eles e as teorias das necessidades e das capacidades, além do respaldo moral que lhes é pertinente.

Esse problema subsiste mesmo nos modelos teóricos em que o conteúdo do mínimo vital é variável e pode aproximar-se, eventualmente, para o máximo, pois não oferece os elementos e instrumentais dogmáticos e metódicos adequados para descortinar as condições e possibilidades da satisfação suficiente dos direitos, mediante a reflexão hermenêutica potencializada pelo pensamento do possível.

A inadequação filosófica é patente. O modelo de mínimo social só pode encontrar abrigo, ainda que os seus defensores explicitamente não prestem adesão, ou mesmo que não percebam tal adesão, em paradigmas filosóficos liberais, que não são compatíveis, na sua

formulação original, com o estágio contemporâneo do constitucionalismo global, dirigente, virtuoso e, também, cooperativo e societal.

Além disso, a impertinência sob a perspectiva axiológica é notável na medida em que a defesa de um mínimo vital como decorrente da condição humana e fundado na dignidade, tal como pretende e insiste, sobretudo, Ricardo Lobo Torres (2009), importa na depreciação dos direitos fundamentais a direitos a sobrevivência e, mais ainda, na frustração da própria dignidade e dos demais valores que respaldam o direito fundamental ao máximo existencial, conforme já exposto.

Ainda que se busque o mínimo vital como estratégia para conferir alguma eficácia aos direitos sociais, e mesmo em se reconhecendo o seu caráter progressivo e que o poder público não pode ser obrigado ao impossível – como, de resto, ninguém pode –, trata-se de estratégia que acaba por respaldar o cumprimento insuficiente dos direitos sociais e, por essa via, também a sua violação. Em face da indivisibilidade afirmada, repercute em todo o sistema dos direitos fundamentais.

A impertinência da defesa do mínimo vital também reside na seara da política. Recordando Hannah Arendt (2004, p. 38-40), que sustenta que o sentido originário da política é a liberdade, e aferindo a necessária compreensão da dimensão comunitária que imprime especial sentido à formação política materializada no Estado, não parece viável conceber que a política e o Estado existam para o fim superficial de assegurar a sobrevivência e apenas a liberdade formal, ou a menor liberdade fática possível.

A solidariedade não legitima que os vínculos do ligame social sejam estreitados e se reforcem ao pueril desiderato de assegurar a sobrevivência. Com isso não se está ignorando a importância de garantir a sobrevivência, em especial diante dos quadros de exclusão, fome, exploração e escravidão que ainda grassam o Brasil e boa parte do mundo. O que se almeja é realçar não apenas a necessidade impostergável, ética e moral de garantir a sobrevivência, mas a sua insuficiência, sendo imprescindível ultrapassá-la diante do objetivo de viabilizar a auto-realização e a autonomia em condições de bem-estar que expressem uma vida boa.

A justiça social não se limita à sobrevivência, embora possa ser razoavelmente satisfeita por uma concepção mínima de distribuição justa de riqueza conforme as necessidades e, posteriormente, mérito, como se pode depreender de Martha Nussbaum (2011, p. 166).

Por esse viés, desenvolvido a partir da afirmação do direito fundamental ao máximo existencial, as condições de sobrevivência que seriam relativas às propostas mais

comuns de mínimo vital, são por ele absorvidas, não havendo razão para manutenção desta categoria.

A inadequação também é comum à instância dogmática. Como aludido, não é pertinente ao modelo constitucional adotado por aqueles Estados que perfilham o modelo dirigente do constitucionalismo. E ainda para os que não aderem a este modelo, como os Estados Unidos, impõe-se a incompatibilidade dogmática do direito ao mínimo vital por força da inflexão normativa dos níveis transconstitucionais de tutela da pessoa humana, notadamente pelo art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Demonstrada a inadequação do direito ao mínimo vital, torna-se oportuno retornar à reflexão acerca das categorias que respaldam o direito fundamental ao máximo existencial, analisando-se mais atentamente a relação entre os níveis essenciais de prestação e o conteúdo ótimo à vista da perspectiva temporal e projetiva desnudada pelo cotejo do direito definitivo real com o direito definitivo possível.

4.3.2.2 Níveis essenciais de prestação e conteúdo ótimo

Não sendo suficiente o desenvolvimento da categoria do direito ao mínimo vital para assegurar a devida efetividade dos direitos fundamentais, faz-se mister afirmar o direito fundamental ao máximo existencial, respaldado dogmática e axiologicamente, extraindo-se as consequências advindas da sua potencialidade normativa.

Como já ressaltado, o direito em questão impõe a progressiva, contínua, gradual e processual ampliação dos níveis essenciais de prestação pertinentes aos deveres decorrentes da dimensão positiva até a satisfação suficiente das necessidades existenciais, habilitando o ser humano ao desenvolvimento e pleno exercício das capacidades, necessária à auto-realização e à autonomia em condições de bem-estar.

Essa noção remete a intrincadas questões relativas às condições e possibilidade deste direito respaldar a mais ampla realização dos direitos fundamentais e, em especial, dos direitos sociais inclusive pelo reconhecimento da justiciabilidade, enfrentando adequadamente os obstáculos usualmente opostos. Muitos desses óbices já foram rejeitados quando da proposta formulada da teoria dos direitos constitucionalmente adequada.

Não obstante isso, para a devida compreensão do direito fundamental ao máximo existencial, impõe-se tratar da relação entre os níveis essenciais de prestação e o proposto conteúdo essencial ótimo.

A noção de níveis essenciais de prestação, provenientes do constitucionalismo italiano, como salientado, foi abrigada por Canotilho (2010, p. 27-28) no âmbito de suas reflexões em torno dos direitos sociais. Entende o constitucionalista luso que o nível essencial de prestação de um direito social consiste num direito individual irrestringível de fundo constitucional, constituindo uma heterodeterminação sobre a autonomia normativa e administrativa do poder público. Nesse sentido, o nível essencial condiciona as políticas econômicas e financeiras.

A visão, entretanto, da doutrina italiana apontada por Canotilho conduz ao reconhecimento da multidimensionalidade de um direito a partir das prestações que compõem um determinado nível essencial. Assim, sustenta que é possível conseguir o que até agora várias pretensões teóricas não lograram êxito, “[...] assegurar a efectividade da disciplina constitucional ao nível das prestações sociais”. A esse esquema, sugere o autor, deveriam ser incorporadas boas-práticas, *guide-lines* ou *standards* que viabilizem referenciais para o controle da suficiente satisfação, ou não, da dimensão positiva dos direitos fundamentais.

A relação entre os níveis essenciais e o conteúdo essencial é bem explorada pela doutrina italiana. Donato Messineo (2010, p. 201-203) aborda as várias posições surgidas em derredor de ambos. Há os que utilizam indistintamente as duas noções, entendendo que a referência aos níveis essenciais supre a lacuna constitucional relativa à ausência de previsão da cláusula do conteúdo essencial, como previsto nas Constituições alemã e espanhola. Outros reputam que há uma relação entre gênero e espécie, sendo os níveis essenciais o gênero. A linha mais prevalecente é que a os identifica como categorias distintas, com origem, estrutura e funções diferenciadas, sendo a que adere o autor. O conteúdo essencial consiste num limite que o juiz impõe à discricionariedade legislativa, à atuação administrativa e mesmo aos poderes privados, estendendo-se a todos os tipos de direitos.

Para Messineo, enquanto o conteúdo essencial é conformado juridicamente e, quanto aos direitos sociais, resta ofendido caso a prestação atribuída pela lei não seja suficiente a realizar a condição de dignidade, os níveis essenciais de prestação são definidos por decisão estritamente política. A despeito disso, há uma interação entre eles, pois o conteúdo essencial pode residir dentre os níveis de prestação mais reduzidos. A definição política dos níveis essenciais se volta a fixar a repartição de recursos disponíveis e de

atribuições entre o Estado e as Regiões, estruturando as relações de horizontalidade entre os entes territoriais.

Em síntese, ainda para Messineo (2010, 203-204), divergem sob as perspectiva qualitativa e quantitativa. O conteúdo essencial é de natureza interpretativa, vinculado a situação concreta e destinado a limitar a discricionariedade do sopesamento legislativo sobre interesses conflitantes; os níveis essenciais derivam de decisão político-discricionária, e sua determinação deve se dar em medida igual ou maior que o conteúdo essencial do direito civil ou social. A lei que defina o nível inferior ao conteúdo seria inconstitucional. Diversamente, aquela que fixasse em nível muito alto sufocaria a capacidade de alocação de recursos do legislador regional.

Por tais considerações, compreende-se, com Messineo, que “[...] o conteúdo essencial designa o nível mínimo de proteção/atução constitucionalmente tolerada por um dado direito e opera como limite nos confrontos entre legisladores central e locais; a lei estatal, ao fixar os níveis essenciais de prestações, não pode ficar aquém do conteúdo essencial do direito a cujas prestações se refere²³⁸.

Massa Pinto (2002, p. 606) ressalta ser fundamental para uma dogmática da efetividade dos direitos o controle sobre o sopesamento realizado pelo legislador, que é substancialmente distinto do realizado pelo juiz, constituindo-se o primeiro num projeto de harmonização de interesses conflitantes cujo resultado só se deslegitima se constatado, pelo sopesamento feito pelo juiz, que vulnera o conteúdo essencial de um direito. Mais uma vez se tem a noção de conteúdo essencial entendida como limite das restrições.

Rompendo com a relação entre níveis essenciais de prestação e o sentido da essencialidade como mínimo de proteção de um direito, Giovanni Guiglia (2007, p. 62-63) concebe que essencial é todo o necessário para garantir ao homem uma existência digna, o que já se aproxima com o sentido proposto, em oposição ao conteúdo mínimo, de conteúdo ótimo. A disciplina dos níveis essenciais exige do legislador que seja predisposto a) o melhor uso possível dos recursos disponíveis, b) com a melhoria da situação individual do sujeito pela c) aptidão de satisfação adequadamente necessidades manifestas. Têm de ser estabelecidos de forma eficiente, eficaz e apropriada, correspondendo às respectivas exigências. Esses são os princípios operativos da essencialidade. Nesses sentidos, os níveis

²³⁸ Em tradução livre. No original, “[...] il contenuto essenziali designa il livello mínimo di protezione/attuazione costituzionalmente tollerato dal particolare diritto, ed opera come limite nei confronti dei legislatori centrale e locali; la legge statale, nel fissare i livelli essenziali delle prestazioni, non può scendere al di sotto del contenuto essenziale del diritto cui le prestazioni afferiscono”.

mencionados pelo art. 117.2, alínea 'm', do texto constitucional italiano não são níveis mínimo em qualidade e quantidade de prestação, mas níveis essenciais em termos de adequação, eficácia e eficiência. Malgrado tal concepção, assemelha o conteúdo essencial com o nível essencial que seja legalmente configurado.

Aspecto que merece destaque é a tentativa de harmonização empreendida por Guiglia (2007, p. 69) entre o desenvolvimento pontual e sincrônico do legislador acerca da determinação dos níveis essenciais de prestação. Diante disso, nenhuma definição legislativa é apta a exaurir e conformar inteiramente o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, necessitando da intervenção produtiva, pela via interpretativa, da Corte Constitucional, fundada sobre critérios diacronicamente sensíveis. Sugere uma atuação mais ampla da Corte Constitucional, avaliando a adequação dos níveis instituídos.

Já Viviana Molaschi (2008, p. 252-258), após exaltar a possibilidade da categoria dos níveis essenciais de prestação oferecer uma conformação legal mais precisa aos direitos fundamentais, ampliando suas chances de tutela por conferir maior grau de detalhamento na descrição do nível, defende que haja uma compreensão multidimensional das prestações. A simples indicação da prestação é insuficiente, sendo imprescindível apontar a precisa dimensão que assegure o respeito à necessidade específica a cuja satisfação se destina, comportando, então, os seguintes componentes: a) macro-área de intervenção; b) prestação; c) descrição sintética; d) destinatários; e) indicadores; f) valores objetivos. Assim conformadas as prestações integrantes de determinado nível vinculam o poder público a sua plena satisfação.

Para Molaschi (2008, p. 262-264), entretanto, também pertence ao legislativo e à administração pública a definição dos níveis essenciais de prestação, não sendo possível obter pela via judicial uma prestação excluída dos níveis previstos, a não ser que a tutela do bem em questão seja referente à vida ou saúde, caso em que seria possível obter a complementação judicial de determinado nível legalmente conformado.

Já Caudia Tubertini (2008, p. 48-55) relaciona conteúdo essencial e níveis essenciais da mesma forma que Messineo, defendendo que por aquele fica assegurada uma dimensão irreduzível no âmbito dos níveis essenciais.

A compreensão adequada do sentido dos níveis essenciais de prestação impõe a verificação da sua relação com a noção de conteúdo essencial, ressaltada pela grande maioria dos autores que se debruçam sobre o tema.

A despeito disso, a proposta ora apresentada rejeita a interação com o conteúdo essencial entendido como limite das restrições legislativas, pois este não é o principal

direcionamento da função normativa do direito fundamental ao máximo existencial. O desiderato é ressaltar o caráter propulsor do direito em questão, para o que se utiliza a noção dos níveis essenciais de prestação. Não se analisa se determinada lei restringe indevidamente um direito, mas se desempenha adequadamente a função de desenvolvimento dos direitos fundamentais pela agregação infraconstitucional de elementos que enriqueçam o conteúdo material dos direitos, alargando o âmbito de proteção efetivo.

Esse distanciamento proposto entre o conteúdo essencial mínimo e os níveis essenciais de prestação decorre, então, da compreensão de que se prestam a funções distintas. Apesar disso, pode-se reputar os níveis essenciais associada a outra feição do conteúdo essencial, que não tem função de barreira, de limite ou de defesa.

Logo, os níveis essenciais de prestação, como categoria que respalda a operacionalidade do direito fundamental ao máximo existencial, não guarda relação com o conteúdo essencial enquanto barreira ou limite das restrições. Além disso, tais níveis não são definidos, necessariamente, pela disciplina legislativa. São, em verdade, uma categoria que permite conceber a dimensão projetiva, progressiva, gradual e processual dos direitos fundamentais mediante o reconhecimento do dever de ampliação dos níveis relativos aos deveres decorrentes da dimensão positiva, permitindo a aferição do estágio de implementação de um dado direito a partir dos referenciais do direito definitivo real e do direito definitivo possível.

Em verdade, os níveis essenciais de prestação mantêm relação com outra dimensão do conteúdo essencial, bem ressaltada por Häberle (2003a, p. 322-326).

Häberle contrapõe à eficácia defensiva do conteúdo essencial, voltada à manutenção do *status quo*, a uma nova função que seria de apeação e ofensiva, conduzindo ao reconhecimento de novos aspectos dos direitos fundamentais que até então não eram conhecidos como elementos imanentes, possibilitando “[...] fundar uma ampliação e um enriquecimento do âmbito de tutela dos direitos fundamentais até integrar novos elementos, e podem conferir uma intensificação do raio de ação para ulteriores direções de tutela”²³⁹. Por essa via, amplia-se o espectro das liberdades fundamentais.

²³⁹ Em tradução livre. No original, “[...] fundar una ampliación y un enriquecimiento del ámbito de tutela de los derechos fundamentales hasta recoger nuevos ‘elementos’, y pueden dar lugar a una intensificación de radio de acción hacia ulteriores direcciones de tutela”.

Para o constitucionalista alemão, essa função objetiva é explicada pela transformação dos direitos fundamentais propiciada pelo fator tempo e pela acentuação dos processos pelos quais passam a gozar de maior efetividade.

Lamentavelmente, Häberle constate que a função ofensiva do conteúdo essencial é praticamente ignorada pela doutrina e pela jurisprudência, o que se explica pela tentativa de privar de conteúdo efetivo a garantia do conteúdo essencial.

Sustenta que a função positiva é valioso instrumento do juiz constitucional e do estudioso de direito constitucional, notadamente pela interpenetração com a tutela multinível dos direitos fundamentais, identificando que somente a Corte Europeia de Direitos Humanos, com base na Convenção Europeia de Direitos Humanos, tem conferido caráter agressivo à aludida garantia.

Esse entendimento logra a adesão de Martínez-Pujalte (1997, p. 83-84), para quem a função ofensiva do conteúdo essencial traduz em ordem para os poderes públicos atuarem positivamente no sentido de desenvolver adequadamente o conteúdo dos direitos fundamentais, nela respaldando o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Logo, evidencia-se a possibilidade de uma harmoniosa associação entre os níveis de prestação e a função ofensiva do conteúdo essencial. A função ofensiva do conteúdo essencial pode se materializar no que se denomina conteúdo essencial ótimo, ou apenas conteúdo ótimo. Embora não guarde relação, senão de oposição, com o conteúdo essencial mínimo, este é absorvido por aquele. Enquanto o mínimo atua para contenção de restrições, o ótimo impulsiona a ampliação dos níveis de prestações, projetando-se sobre a função de desenvolvimento das leis com relação aos direitos fundamentais.

Insta recordar, como antes asseverado, que a adoção do conteúdo ótimo enquanto expressão da dimensão ofensiva do conteúdo essencial não é incompatível com a teoria dos princípios. Embora desenvolvido por Häberle no âmbito da adoção do suporte fático restrito, pode ser compatibilizada com a integração da dimensão temporal, de que carecem os modelos que recortam as condições e possibilidades dos direitos fundamentais a partir do mínimo vital.

Se pela teoria do suporte fático amplo qualquer lei, ao instituir direitos definitivos, sempre será restritiva do direito fundamental *prima facie*, essa avaliação peca com relação à dimensão positiva dos direitos fundamentais, posto que demanda uma avaliação a partir do grau de implementação dos direitos enquanto direitos positivos no curso da projeção temporal.

Assim, o que se impõe é aferir se, tendo em vista o referencial da satisfação suficiente – e não da proporcionalidade – os níveis essenciais de prestação delineados pela lei ao conformar um direito dever fundamental positivo correlato ao respectivo direito, compondo o direito definitivo real, podem ou não ser ampliados, projetando-se um direito definitivo possível e o alargamento consequente do âmbito de proteção efetivo pelo enriquecimento do conteúdo material.

Com essa perspectiva, afasta-se as críticas sobre qualquer pretensão que envolva prestações impossíveis ou inviáveis, firmando-se que só é exigível o que o Estado pode fazer, sendo questão fundamental suscitada por Bo Rothstein (1998, p. 57) na seara da filosofia política.

Se mais o Estado pode fazer, que pode ser descortinado por uma análise institucional, mais deve fazer no sentido de ampliar os níveis de prestação. De outra parte, evidencia-se que a propalada reserva do possível não deve tanto ser enfrentada no âmbito da efetividade dos direitos, mas da adequada conformação e estruturação do Estado e dos seus meios e recursos, a fim de ampliar o possível dentro da reserva e, por essa via, disponibilizar mais recursos para que o seu máximo seja utilizado na adoção de meios adequados à plena realização dos direitos.

Desse modo, a solução em sede teórica é de fácil inferência, como aponta Rothstein (2008, p. 59), sendo representada pela necessidade de mais recursos, melhores programas, mais organização e uma clara divisão de responsabilidade; apenas disso, o autor constata que é comum adotar a direção inversa, notadamente em razão de discursos ideológicos firmados no paradigma liberal.

Ainda com relação aos níveis essenciais de prestação e a sua multidimensionalidade, parece importante associar a eles os níveis de intervenção estatal para implementação de políticas sociais concebidos por Joseph Wronka (2008, p. 109-120), que são os níveis macro, *mezzo*, micro, meta-macro e meta-micro. Para que não haja confusão com a intervenção entendida como ausência de prestação devida, serão tais níveis considerados com âmbitos de prestação, buscando relacioná-los com os níveis de prestação.

Assim, o âmbito de prestação macro concerne àquelas prestações que têm caráter universal, com impacto na qualidade de vida do mais amplo número de pessoas possível. Seria o caso das campanhas de combate ao consumo de entorpecentes, de estímulo à vacinação, com o fornecimento gratuito da vacina, dentre outras prestações.

O âmbito de prestação *mezzo* volta-se a medidas destinadas à proteção especial a grupos de risco, ou seja, a minorias, como crianças e mulheres sujeitos à violência doméstica.

Já o âmbito micro envolve uma prestação clínica e pontual, em regra de caráter individual, como os tratamentos prestados a dependentes de álcool e outras substâncias similares.

O âmbito meta-macro materializa a cooperação transnacional e transconstitucional, referindo-se a prestações que vão além das fronteiras nacionais, como seria o caso de um programa para acesso a água a população de outro país temporariamente privada. Já o âmbito meta-micro concerne àquelas prestações que dizem respeito ao dia-a-dia do indivíduo, como o transporte e fornecimento de energia.

Logo, ao se considerar a necessidade de ampliação dos níveis essenciais de prestação, há de se verificar a qual âmbito de prestação essa necessidade se materializa e, em se tratando dos âmbitos micro e meta-micro, se a prestação demandada guarda coerência com as prestações asseguradas no âmbito macro, pois a extensão do nível de uma prestação de caráter individual não pode discrepar do nível médio de prestações que são pertinentes ao sistema de direitos fundamentais como um todo.

Diante disso, resta aferir o sentido e a caracterização da satisfação suficiente como referencial para a justiciabilidade dos direitos fundamentais no que respeite aos deveres de proteção, promoção, satisfação e garantia decorrentes da respectiva dimensão positiva, sobretudo daqueles respeitantes aos direitos sociais.

4.3.3 A satisfação suficiente: referencial para a justiciabilidade

De logo, cabe reiterar, conforme a premissa já fixada, que a satisfação suficiente é o referencial para a adequada implementação do direito fundamental ao máximo existencial. Através dele, rejeita-se qualquer crítica de que se busca o impossível ou que seria um direito de caráter meramente retórico.

A concepção que se adota, com base na corrente firmada em derredor do *satisficing* como critério de racionalidade prática, a que se preferiu denominar como satisfação suficiente, é, preponderantemente, a de Jan Narveson (2004, p. 61-62), ao reconhecer que todos estão sujeitos a limites, de tempo, de recursos, de energia, quaisquer que sejam. Tais limites devem ser introduzidos e refletidamente ponderados, a fim de que a

decisão seja a mais satisfatória em tais condições. Em assim sendo, corresponderá ao máximo que era possível, sendo frutífera deveras a interação com a tríade do real, do necessário e do possível.

Reiterando a noção de Narveson,

Minha tese é que em satisfazendo suficientemente, estamos maximizando, dadas as nossas limitações. Escolhemos o melhor antes que o se encerre o prazo, antes que os recursos acabem, antes que estejamos exaustos, antes do desespero... Dentro dos limites impostos pelos nossos orçamentos, fazemos o melhor que podemos²⁴⁰.

Dessarte, rejeita-se a proporcionalidade como critério para aferição do adequado e suficiente desenvolvimento legislativo de um direito fundamental quanto ao estágio evolutivo dos níveis essenciais de prestação e à verificação da relação entre o direito definitivo real e o direito definitivo possível.

Certamente a estagnação demorada do estágio de implementação de um determinado direito acarretará a possibilidade de que seja ampliado o nível de prestação. Esta possibilidade se faz impositiva se há distanciamento entre o direito definitivo real e o possível, que resulta da projeção temporal, nas condições e limitações dadas, do que passe a ser suficientemente satisfatório quanto às necessidades existências, atendo-se aos diferentes âmbitos de prestação (macro, *mezzo*, micro, meta-macro e meta-micro). O restabelecimento da correspondência entre o direito definitivo real e o direito definitivo possível conduz ao atendimento do conteúdo essencial ótimo.

Um exemplo bem ilustrativo seria referente à questão que se encontra pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. No Recurso Extraordinário nº 656860, interposto pelo Estado do Mato Grosso, foi reconhecida a repercussão geral sobre a questão constitucional, concernente à possibilidade de servidor portador de doença grave e incurável, não especifica em lei, receber os proventos de aposentadoria de forma integral.

É o caso típico de impositiva ampliação do nível de prestação quanto ao âmbito micro em razão da defasagem entre o direito definitivo real, cuja conformação legal não contempla a doença da parte, e o direito definitivo possível, aferido pela necessária satisfação suficiente da necessidade existencial sobrevinda.

Assim, na insuficiência do desenvolvimento legislativo do direito, cabe ao Supremo Tribunal Federal proferir decisão que assegure ao servidor o direito pleiteado,

²⁴⁰ Em tradução livre. No original, “My thesis is that in satisficing, we maximize, given our budgets. We choose the best one before the time limits arrives, before our money runs out, before we are exhausted, before we are in despair... Within the limits imposed by our budgets, we do the best we can.”

ampliando, por via jurisdicional, o nível de prestação respectivo em face da omissão inconstitucional parcial superveniente. A superveniência ocorre pela não atualização dos níveis de prestação necessários à satisfação suficiente das necessidades existenciais destinadas à garantia do conteúdo ótimo.

Caso similar envolve as listas de medicamento de alto custo que são dispensados pelo Sistema Único de Saúde ou pelos programas estaduais de assistência farmacêutica. Como a Medicina evolui constantemente, é possível que sobrevenham medicamentos para tratamento de doenças em maior velocidade do que a capacidade do poder público integrá-lo às listagens, em razão da constante ineficiência da ação estatal.

Também nesse caso é impositiva a concessão judicial do fornecimento do medicamento, caso se mostre, comprovadamente, imprescindível ao tratamento, inexistindo outro que seja fornecido e que possua a mesma idoneidade.

Outra situação similar é a extensão de pagamento da pensão a filho dependente de servidor falecido para além da idade prevista em lei, até a conclusão de curso superior. Nesse caso, tem-se a extensão da satisfação do direito em âmbito de prestação micro.

Esses primeiros exemplos referiram-se a deveres de satisfação relativos a direito à previdência e à saúde, mas se poderia proceder da mesma maneira com os deveres de proteção, promoção e garantia.

Quanto ao dever de proteção, usualmente referido ao âmbito macro de prestação, seria o caso de ampliação do nível de prestação para proibir a caça ou pesca de animais que passem a correr risco de extinção. Amplia-se a proteção ao meio ambiente.

Ou ainda para regular mais detidamente a fabricação e a comercialização de produtos potencialmente nocivos à saúde quando o estágio do desenvolvimento científico permita constatar os danos que causem. Se assim não o fizer, além de indenizar as pessoas que sofram consequências danosas, não se pode excluir a imposição de que o poder público traça tal regulação por ordem judicial.

No que respeita aos deveres de promoção, por serem usualmente – mas não sempre – pouco custosos, as possibilidades de ampliação, em regra também referidas ao âmbito macro, são significativas. A materialização da ampliação dos níveis de prestação quanto ao dever de proteção resultante da igualdade foi a alteração do texto constitucional para acrescentar à proteção da criança, do adolescente e do idoso o jovem, na forma da Emenda Constitucional nº 65/2010. Nesse sentido, impõe-se a extensão, por exemplo, da meia entrada em espetáculos públicos, ainda que não mais estudante, exprimindo a ampliação da promoção quanto ao direito ao lazer.

Finalmente, quanto ao dever de garantia, também se põe a questão da ampliação dos níveis essenciais das respectivas prestações, em regra atuantes no âmbito macro. Não obstante isso, como os deveres de garantia remetem à conformação institucional de órgão ou entidades públicas e de vias processuais adequadas, ao menos no que se relaciona ao dever de organização revela-se muito mais difícil a exigência jurisdicional do alargamento do âmbito de proteção efetivo.

Postas as situações para ilustrar as condições e possibilidades de justiciabilidade dos direitos sociais que seja capaz de impor a ampliação dos níveis essenciais de prestação, cabe apreciar a consistência do referencial da satisfação suficiente.

A satisfação suficiente é respeitada quando o grau de implementação de um direito fundamental está em conformidade com o nível essencial de prestação exigido pelas necessidades envolvidas pela sua efetivação.

A satisfação suficiente averigua, então, se o estágio de implementação de um determinado direito é razoabilidade e proporcional, se as necessidades que se entremostam podem ser atendidas segundo a perspectiva de progressiva tutela da pessoa humana e se esse atendimento não compromete excessivamente outro direito fundamental ou se causa o desvirtuamento da exigida coerência quanto ao nível de prestação médio do sistema de direitos fundamentais. Além disso, demanda, ainda, aferir a confiança no poder público, entendida como percepção do sério compromisso objetivo do Estado em ampliar a proteção de pessoa humana.

Assim, depreende-se que a satisfação suficiente, enquanto maximização do possível num ambiente de tempo e recursos limitados se orienta a partir dos critérios da razoabilidade, da proporcionalidade, da possibilidade, da coerência e da confiança.

A razoabilidade se consubstancia no modelo teórico desenvolvido por Recasens Siches (2006, p. 225-260) da lógica do razoável. Destaca o jusfilósofo que os problemas humanos e os jurídicos não podem ser resolvidos com exatidão e nem evidência unívoca. A razoabilidade, da mesma forma que a satisfação suficiente, insere-se na proposta do constitucionalismo virtuoso.

Assim, a lógica do razoável, está a) limitada, condicionada e influenciada pela realidade concreta em que se está situado e o direito circunscrito; b) está impregnada de valores concretos porque referidos a determinada situação humana; d) esses valores são a base para fixação de objetivos, que dão sentido à lógica do razoável e se condicionam pelas possibilidades ofertadas pela realidade humana social e concreta. Esses fatores levam a que a razoabilidade esteja ligada ao raciocínio mediante razões de congruência ou adequação entre

a) a realidade social e os valores, b) entre valores e objetivos, sendo estes últimos valiosos; c) entre os objetivos e a realidade social concreta, para identificar quais são os objetivos de possível realização; d) os meios e os fins, mediante uma relação de adequação e para que os meios estejam eticamente respaldados e sejam eficazes. Finalmente, baseia-se em experiências extraídas da vivência humana real e concreta.

Em outros termos, e sintetizando as noções desenvolvidas em torno da lógica do razoável, a razoabilidade exige uma particular congruência histórica e concreta, para o que é importante a perspectiva evolutiva dos níveis essenciais de prestação. Além disso, que os desideratos estimados a partir dos valores vinculados àquela experiência e ao problema em questão sejam viáveis e também valiosos e que os meios sejam respaldados pela realidade histórica concreta e eticamente legítimos.

É na razoabilidade que se insere a aferição da suficiência dos meios tendo em vista os fins e o contexto da realidade histórica concreta. A suficiência tem em vista as necessidades e a capacidade e se movimenta com base na fundamentação de atendê-las em patamar razoável.

A relação de pertinência e adequação entre meios e fins, embora situada por Siches na intimidade da razoabilidade, justifica a sua autonomia pela aferição da proporção entre ambos, no sentido de que haja a aludida e suficiente adequação, não se confundindo com a proporcionalidade suscitada como limite para as leis restritivas de direitos.

A possibilidade exige a reflexão sobre a viabilidade do recurso ao meio adequado, estimando se as condições reais lhe são susceptíveis – e razoavelmente susceptíveis –, havendo uma sobreposição para com o juízo da razoabilidade, pois é preciso que a possibilidade seja, em si e no contexto razoável. Situa-se nesse âmbito todos os problemas concernentes à reserva do possível. Ademais, envolve a possibilidade sob a perspectiva jurídica, situando-se nela a aferição da ponderação e da intensidade de restrição diante de outro direito.

A coerência exige que a ampliação dos níveis essenciais demandada por um direito em razão de determinadas necessidades existenciais e voltada a específicas capacidades não discrepe do padrão ou do nível médio de prestação comum ao sistema de direitos fundamentais. Esse critério é importante para que o atendimento de um direito pelo alargamento do seu âmbito de proteção não cause prejuízo quanto à possibilidade de implementação de outros direitos. Seria o caso de se estender o direito à saúde para tratamento de doenças graves no exterior, mesmo havendo tratamento adequado no Brasil. Não condiz com o estágio de prestações do Sistema Único de Saúde, sendo prestação que –

independentemente da sua possibilidade – seria indevida em razão da ausência de coerência.

Finalmente, há de se convir que não cabe a judicialização se for possível constatar o compromisso objetivo e sério do poder público em ampliar os níveis essenciais viabilizando cada vez mais o atendimento suficientemente satisfatório dos direitos. É justamente o que ocorreu no caso *numerus clausus I*, em que o Tribunal Constitucional alemão constatou que estavam sendo adotadas todas as medidas necessárias para absorver o maior número de estudantes, chegando à exaustão da capacidade dos cursos superiores de medicina. Esse critério é o da confiança e é muito bem delineado por Saulo José Casali Bahia (2012), *in verbis*:

Há, em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, algo muito básico: somente quando falta a confiança nos mesmos é que pode agir o Poder Judiciário. Em outras palavras, o limite da atuação do Poder Judiciário é a confiança em que o Poder Legislativo e o Poder Executivo estão a atuar no limite de suas forças, utilizando de todos os recursos disponíveis e maximizando os resultados a partir de seu emprego. A confiança de que os membros do parlamento e do executivo são eleitos para este fim, e o cumprem. A confiança deve ainda incluir a idéia de que o eventual mau emprego de recursos (pelo Executivo ou pelo Legislativo) é algo possível para toda e qualquer pessoa que se disponha a administrar aqueles recursos de boa fé, havendo assim uma margem inevitável de “mau emprego”.

A mesma observação é anotada por George Kent (2005, p. 67) ao salientar, dentre as estratégias para implementação dos direitos humanos, que é preciso saber não apenas os direitos que estão no papel, mas aqueles que guiam o governo, sendo necessária aferir a sinceridade dos compromissos assumidos pelo governo, elencando uma série de questões que podem esclarecer a questão.

Logo a seriedade e a sinceridade podem ser absorvidas pela noção de confiança, que demanda uma atuação do poder público firmemente direcionada à efetivação dos direitos ou, consoante o paradigma do direito fundamental ao máximo existencial, à ampliação dos níveis essenciais de prestação até a satisfação suficiente.

Em outros termos, é evidentemente preferível que o poder público desenvolva por si os direitos fundamentais, sem as pressões decorrentes de decisões judiciais exigentes de prestações relativas a direitos. Havendo a identificação deste compromisso sério, admite-se que o judiciário deva ter uma postura de auto-contenção; entretanto, se não for o caso e se a via democrática falhar, distanciando-se a vontade dos representantes quanto à dos representados pelo déficit de promoção dos direitos fundamentais, não resta alternativa senão a tutela jurisdicional.

No Brasil não se pode afirmar que haja esta confiança. Basta perceber as graves omissões persistentes por mais de vinte anos quanto à disciplina de direitos fundamentais,

contando com a contenção do Supremo Tribunal Federal durante vários anos por força de uma interpretação equivocada do mandado de injunção, só recentemente modificada quando do julgamento do Mandado de Injunção n° 670, Mandado de Injunção n° 708 e Mandado de Injunção n° 712.

Outrossim, como registram Eide, Catarina Krause e Allan Rosas (2001, p. 7),

Os esforços para por um fim à tortura, à prisão arbitrária e à pena de morte são louváveis e contam com todo nosso apoio. Entretanto, para ser um pouco provocativo, qual o sentido de realizar os direitos, salvando pessoas permanentemente da tortura para deixar que sejam mortas pela fome ou por doenças que poderiam ser evitadas se houvesse a vontade e os meios apropriados de controle? Logo, graves casos de corrupção também podem implicar violação aos direitos econômicos, sociais e culturais²⁴¹.

Ora, embora assista razão a Saulo José Casali Bahia (2012) ao registrar que não pode o judiciário invocar para si a condição de gozar de mais confiança do que os demais poderes, subestimando-os, não parece que a judicialização que se estende sobre a política derive apenas desta perspectiva.

Como aborda Paul O’Connel (2012, p. 7), pesquisas empíricas, realizadas inclusive pela Organização pela Cooperação e Desenvolvimento Econômico, demonstram que nos países em que os direitos sociais são constitucionalmente assegurados e o poder judiciário é independente e vigilante quanto as suas possíveis violações, há um maior investimento da riqueza nacional em programas sociais.

Assim, o que se afigura é o frágil nível do processo democrático e a ocorrência de uma crise do sistema representativo, já denunciada por Cornelius Castoriadis (2002, p. 103), para quem há um processo de fratura social conducente à ascensão da insignificância: insignificância da política, das ideologias, da moral e também do direito em virtude da crise das significações imaginárias da comunidade, o que é corroborado por Cappelletti (2008b, p. 228) ao constatar que há um declínio da confiança nos parlamentos em todo o mundo, acentuado em determinados países.

Onde esse declínio da confiança se faz mais acentuado, frustrando as expectativas razoáveis de promoção dos direitos sociais, exsurge a necessidade do reconhecimento e da efetivação da justiciabilidade dos direitos sociais e, mais amplamente, dos deveres pertinentes à dimensão positiva dos direitos fundamentais.

²⁴¹ Em tradução livre. No original, “The efforts to bring torture, arbitrary detention, and capital punishment to an end are laudable and have our full support. But to be somewhat provocative, what permanent achievement is there in saving people from torture, only to find that they are killed by famine or disease that could have been prevented, had the will and the appropriate controls been there? Thus, grave cases of corruption may also imply violations of economic, social and cultural rights.”

Não se pode, no movimento pendular das atribuições entre legislador e jurisdição constitucional, deixar ao desabrigo de um e de outro as demandas necessárias não apenas para a sobrevivência, mas, mais amplamente e em caráter absorvente deste, as que sejam destinadas à satisfação suficiente das necessidades existenciais, habilitando ao exercício das capacidades.

Dessarte, se o nível de prestação é razoável, suficiente e proporcional, não sendo possível nas condições de fato e de direito sua ampliação, sendo desautorizada pela exigência de coerência e por haver grande depósito de confiança na aptidão do poder público realizar os direitos fundamentais cada vez mais progressivamente, não há inconstitucionalidade e o legislador bem está desenvolvendo os direitos.

Em sentido oposto, o atendimento insuficiente denota o alcance de um nível desarrazoado, aquém do possível, desproporcional, incoerente (excessivamente) ou com relação ao qual não haja confiança na sua progressiva ampliação.

É possível que nem todos esses elementos estejam presentes, o que exige sopesar se os demais justificam ou não uma atuação judicial ativista na tutela dos direitos fundamentais e, sobretudo, dos direitos sociais.

Adentrando na análise da satisfação suficiente em função dos deveres positivos categorizados, de proteção, de promoção, de satisfação e de garantia, cabe reconhecer que, em se tratando dos deveres de promoção, a satisfação suficiente exige a ampliação dos níveis essenciais de prestação, tanto das normativas e materiais. Geralmente esses deveres são implementados no âmbito de prestação macro, visando a atingir toda a coletividade.

Em relação aos deveres de promoção, em se tratando de fomento instituído por prestações normativas, a satisfação suficiente ocorre pela ampliação do estímulo ou pela sua maior abrangência e pelo reforço. Nesses casos, em se tratando de deveres de promoção, não há, em regra, no âmbito das possibilidades jurídicas, colisão com outros direitos fundamentais, podendo desafiar apenas a igualdade no que respeita à viabilidade do tratamento mais benéfico ou à delimitação dos beneficiados. Se a prestação de promoção é material, demandam custos e desafiam sob tal viés a avaliação das possibilidades.

Em se tratando dos deveres de garantia, a ampliação, como afirmado, dificilmente poderá ser garantida pelas vias judiciais, notadamente no que se refere aos deveres de organização e àquelas relativas ao desenvolvimento de processos. Não obstante isso, a afirmação de um *status activus processualis*, exigindo a atuação ativa da comunidade de intérpretes de direitos fundamentais, pode repercutir na exigência de satisfação suficiente das necessidades de participação processual pelas instâncias de cidadania em questões políticas e

de gestão pública, o que também demanda custos.

Os deveres de proteção demandam prestações normativas que elevem o nível de sanções, reprimendas e tutelas diversas que a ordem jurídica confere aos bens jurídicos fundamentais visando a evitar ou reprimir ofensas por terceiros e pelos próprios agentes do Estado. Nesse sentido, é substancialmente uma prestação que não demanda custos significativos. Os custos poderão ser reflexos. Em contrapartida, envolve constantes colisões com outros direitos, tornando especialmente problemática a análise das possibilidades jurídicas.

Quanto aos deveres de satisfação, coloca-se de forma mais intensa o problema da reserva do possível e da competência do legislador para proceder às chamadas escolhas trágicas em razão da existência de recursos limitados. A satisfação suficiente exige a ampliação das prestações de satisfação ao patamar do atendimento das necessidades existenciais, demandando a avaliação dos aludidos critérios em dado caso concreto, ou seja, da razoabilidade do nível já estabelecido, da proporcionalidade dos meios que se dispõem para ampliá-lo e das possibilidades de sua implementação, da coerência com o nível médio de prestações concernente ao sistema de direitos fundamentais e à intensidade da confiança depositada nos órgãos de direção política no desenvolvimento deste dever positivo correlativo a determinado direito.

Dá-se depreende que, notadamente quanto aos deveres de satisfação, mas também quanto aos demais, não é possível categorizar previamente e de forma exaustiva as condições em que se dará ou não a justiciabilidade, demandando uma análise voltada ao caso concreto e aferindo os aludidos referenciais da satisfação suficiente a partir da tríade do real, do necessário e do possível.

Qualquer estratégia para ampliação dos níveis essenciais de prestação, em qualquer dos seus âmbitos – macro, *mezzo* ou micro, além de meta-macro e meta-micro – demanda a reflexão que descortine possibilidades menos custosas e mais eficientes, a despertar a inventividade comum à tópica e que pode se adequar ao movimento hermenêutico da pergunta. O constitucionalismo virtuoso é o constitucionalismo da prudência materializada no critério da satisfação suficiente, ponto de virtude entre os extremos do que seja excessivamente insuficiente e utopicamente inalcançável.

Globalmente, portanto, o direito fundamental ao máximo existencial impõe a ampliação progressiva, contínua e gradual dos níveis essenciais de prestação até a satisfação suficiente. A satisfação suficiente é o que é possível, ficando além do mínimo e aquém do máximo em sentido absoluto, por isso que é a justa medida do constitucionalismo virtuoso

dos direitos fundamentais, em suas várias instâncias, nacionais e transnacionais. Isso porque é o máximo nas condições e limitações existentes. O problema é a legitimidade das limitações impostas, se realmente são limites ou se podem ser expandidos.

Como afirmado alhures e destacado adiante, o enfrentamento de limites derivados da escassez de recursos projeta outra eficácia do direito fundamental ao máximo existencial. Além de envolver o dever positivo, multideôntico, de ampliação dos níveis essenciais de prestação, em se defrontando um determinado nível em dado âmbito de prestação com limites – como a reserva orçamentária –, o direito em questão projeta-se sobre o poder público no sentido de expandir os limites do que seja possível e pressionar a efetivação da prestação em seu nível mais amplo.

A satisfação suficiente exige que haja proteção, promoção, satisfação e garantia que sejam satisfatórias o suficiente, reforçando-se e complementando-se mutuamente tais deveres com relação a um mesmo direito fundamental para conferir-lhe uma proteção global pelas várias vias que estejam à disposição do poder público. Além disso, impõe ao Estado que potencialize suas capacidades de ações, a fim de tornar mais eficiente e menos onerosas as ações estatais e as políticas públicas.

Por conseguinte, resta devidamente compreendido e assentado o referencial da satisfação suficiente, recorrendo aos critérios da razoabilidade, da proporcionalidade, das possibilidades, da coerência e da confiança, voltando-se ao atendimento do conteúdo essencial ótimo pela correspondência entre o direito definitivo real e o direito definitivo possível. Esse cotejo entre as duas perspectivas do direito definitivo depende justamente da avaliação da razoabilidade e das possibilidades da expansão tendo em vista o processo histórico-evolutivo de implementação de um direito, consolidado nos distintos níveis de prestação alcançados em momentos pretéritos.

Diante disso, impõe-se a análise da efetividade do direito fundamental ao máximo existencial, no que se colocam as questões relativas à função do legislador no desenvolvimento dos direitos fundamentais e da extensão da justiciabilidade dos direitos em face das várias constrições e limites do judiciário, atraindo a questão do ativismo judicial e da judicialização da política.

Ver-se-á que é possível conciliar propostas ativistas para compensar o déficit democrático de efetividade dos direitos com a liberdade de conformação do legislador mediante a afirmação de novas técnicas de decisão que já tem sido delineadas em sede de jurisdição constitucional.

4.4 EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MÁXIMO EXISTENCIAL

A efetividade do direito fundamental ao máximo existencial se condiciona à observância dos deveres de ampliação dos níveis essenciais de prestação até a satisfação suficiente das necessidades existenciais e dos deveres relativos à expansão da capacidade de prestação do Estado, derivando precipuamente das ações e políticas do legislativo e do executivo no desenvolvimento dos direitos fundamentais. Em havendo omissão ou atuação desconforme com o referencial da satisfação suficiente, advém a possibilidade do poder judiciário atuar, ainda que em postura ativista, visando a garantir a proteção da pessoa humana.

Ao exercer a tutela jurisdicional do direito fundamental ao máximo existencial, o poder judiciário deve adotar medidas e técnicas decisórias que assegurem a preservação da liberdade de conformação do legislador.

Assim, cabe abordar a inflexão normativa do direito ora afirmado sobre o poder legislativo, adentrando, posteriormente, nas possibilidades de que seja judicialmente exigido.

4.4.1 Máximo existencial e o poder legislativo: extensão da liberdade de conformação

O direito fundamental ao máximo existencial vincula a todos os poderes públicos e exerce conformação na esfera privada. Por envolver a pretensão de ampliação dos níveis essenciais de prestação, no que tais prestações se revelem como normativas ou se condicionem à *interpositio legislatoris*, a função precípua do legislativo é o desenvolvimento dos direitos fundamentais, atuando discricionariamente quanto à definição dos meios e da extensão e sentidos dos direitos fundamentais.

Walter Bagehot (2001, p. 99-103) aborda as funções clássicas referentes ao parlamento inglês, especificamente à Câmara dos Comuns, abrangendo as atribuições

eleitorais, expressiva da vontade e do pensamento do povo inglês sobre todas as matérias, pedagógica, informativa ou de controle, e legislativa.

A função de desenvolvimento dos direitos fundamentais, embora não categorizada, era típica do parlamento, pois a lei era tida como uma das garantias dos direitos, até que sobreveio a percepção dos riscos de arbítrio judicial. Pode-se situar esta função de desenvolvimento dos direitos fundamentais como resultante da interação da função expressiva da vontade e dos interesses do povo e da função legislativa, direcionando a liberdade de conformação para a garantia da proteção da pessoa humana. O legislador é o primeiro destinatário dos deveres decorrentes do direito fundamental ao máximo existencial.

A função do legislador no desenvolvimento dos direitos fundamentais vem sendo cada vez mais destacada, como se observa das reflexões de Vanessa Barbé (2007), dedicando-se ao caráter protetivo da função legislativa quanto à pessoa humana. Assim, buscando a origem histórica dessa atribuição do parlamento, ressalta a relevância da participação do Parlamento na proclamação da Magna Carta, em 1215, e a especial consagração obtida pela Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão. Já na Inglaterra, a limitação do poder real dependia do Parlamento. O parlamentarismo vai surgindo em consonância com a evolução do constitucionalismo liberal, sendo conformado pelos seus desideratos protetivos da pessoa humana (BARBÉ, 2007, p. 3-20).

Adentrando na específica relação entre parlamento e direitos fundamentais, Barbé (2007, p. 24-25) reconhece ao legislador a competência de concretização, definida como produção de norma determinante das permissões decorrentes da sede constitucional. Essa competência é tida como indispensável para que possam ser aplicados em razão da indeterminação e generalidade com que são previstos os direitos²⁴².

A segunda razão é que a concretização parlamentar é o meio mais importante e capaz de tornar efetivos os direitos fundamentais²⁴³, do que não se duvida, sem condizer,

²⁴² O que corrobora a asserção feita acima em complementação a Paul O'Connel, de que a indeterminação persiste justamente pela inércia dos legisladores e, conforme o autor, das cortes, pois aqueles descumprem seus deveres constitucionais de desenvolver os direitos e os tribunais resistem a sua aplicação.

²⁴³ Campbell (*et all*, 2011) tem sustentando a importância da função legislativa na concretização dos direitos fundamentais e criticado a juridificação e do papel dos tribunais na defesa dos direitos humanos, apontando mecanismos institucionais mais efetivas e mais adequados a tal mister, como a defesa pelo próprio parlamento.

entretanto, com as práticas legislativas do Brasil e da América Latina, com parlamentos quase inertes, tornando necessária a ativação da jurisdição constitucional.

Nesse passo, importa salientar, com Martha Nussbaum (2011, p. 173-175) que as cortes são habilitadas para conferir a especificação dos direitos mediante a construção progressiva do seu sentido, delineado os seus contornos durante a trilha do percurso histórico de sua tutela.

Assim, em se constatando a forma de previsão constitucional do direito, ter-se-á a conclusão de sua inafastável indeterminação; entretanto, se as cortes não se eximem de julgar questões envolvendo direitos fundamentais, cujas soluções vão lhes conferindo sentido e substância, deixa o direito de ter o nível de indeterminação original, sendo integrado por uma série de elementos que lhe dão, progressivamente, a devida compleição.

Não obstante isso, como já afirmado pela colação da doutrina de Baldassarre (1997, p. 215-216), só que ampliada para todos os direitos fundamentais em razão da comum dimensão positiva, o legislador possui liberdade de conformação quanto aos meios e à ao quando, não se estendendo quanto ao *quid* e ao *se*. Não se adere, entretanto, ao entendimento de que a oportunidade – o quando – ficaria sujeito à discricionariedade legislativa. Com efeito, sobrevivendo as possibilidades fáticas e jurídicas, como exposto, não se situa mais na esfera da discricionariedade, havendo um dever de dar imediata concreção ou extensão ao direito.

Logo, a discricionariedade existe quanto aos meios relativos à implementação dos direitos, não podendo decidir sobre a sua existência e seus componentes essenciais, operando o direito fundamental ao máximo existencial uma compressão quanto aos meios por exigir a adoção dos que se apresentam mais adequados e eficientes, ampliando o respectivo nível de prestação, desde que observados os critérios expostos relativos ao referencia da satisfação suficiente.

Alexy (2008b, p. 584-590), por sua vez, defende a existência da discricionariedade estrutural, que consiste na capacidade do legislador qualificar o interesse público e os direitos fundamentais como lhe aprouver e como lhe reputar mais adequado em razão da ausência de qualquer imperativo constitucional. Ou seja, a discricionariedade estrutural se situa no âmbito do que a Constituição não proíbe e nem obriga, cabendo ao legislador atuar nos quadrantes respectivos.

A discricionariedade estrutural é composta pela discricionariedade de definir objetivos, pela de escolher meios e pela de sopesamento, quanto não se define pelo sopesamento se há um imperativo ou proibição. Já a discricionariedade epistêmica decorre da

incerteza ou insegurança quanto ao que é obrigatório ou proibido quanto aos direitos fundamentais, situando-se especialmente na avaliação da adequação e da necessidade (ALEXY, 2008b, p. 612-613).

Outro potencialidade normativa significativa do direito consiste em projetar sobre as leis que desenvolvem os níveis de prestação dos direitos fundamentais uma eficácia de resistência, posto que os elementos por elas agregados ao direito passam a compor o seu conteúdo material, enriquecendo-o. Nessa condição, devem tais leis ser recebidas no chamado bloco de constitucionalidade, constituindo um obstáculo para que o legislador regrida a extensão da tutela legal conferida ou que simplesmente revogue as respectivas leis. É outra via de garantia da proibição de retrocesso, ou *effet cliquet*, mas projetando sobre conteúdos incorporados ao direito pela legislação infraconstitucional.

Quando o legislador atue, não pode regredir, salvo condições excepcionais que tornem irresistível tal regressão, e quando não atue, podendo fazê-lo, ou não determine os meios suficientes e adequados, sem alocar o máximo de recursos disponíveis, consoante o art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, sujeita-se ao controle judicial, cabendo desvelar a justiciabilidade dos direitos fundamentais e a postura ativista da jurisdição constitucional.

Ressalte-se, mais uma vez, que se deve ressaltar se do legislador a precípua função de desenvolvimento dos direitos fundamentais mediante a ampliação progressiva na dimensão temporal das prestações concernentes aos direitos. Se, entretanto, não o faz, consubstancia arbítrio que deve ser instado ou estimulado a corrigir, fazendo-se provocar pelas vias jurisdicionalmente legitimadas para tanto.

4.4.2 Justiciabilidade dos direitos fundamentais

É comum a oposição a que seja promovida a justiciabilidade dos direitos sociais, sustentando-se vários argumentos que, na maioria das vezes, investem contra a sua natureza jurídica e contra seu *status* constitucional. Parte significativa dessas objeções já foi afastada quando firmados os contornos da teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada.

Em razão disso, cingir-se-á a tratar mais especificamente dos obstáculos que não foram suficientemente rejeitados ou dos que condizem especificamente com as funções da jurisdição constitucional.

De logo, se percebe que a relevância dada à justiciabilidade não se circunscreve aos direitos sociais, sendo concernente a todos os direitos fundamentais em razão de apresentarem deveres correlatos advindos da dimensão positiva que possuem. Não é correto circunscrever as oposições à justiciabilidade apenas aos direitos sociais, como também não o é não estender aos demais as estratégias e técnicas que viabilizem a tutela judicial.

Assim, costumam ser suscitada contra o ativismo a incapacidade do judiciário para resolver litígios relativos a direitos que demandem prestações, pois não conhece a complexidade da administração pública e do conjunto das políticas públicas, inviabilizando o ajuizamento da correção de escolhas trágicas (CALABRESI; BOBBIT, 1978).

Em verdade, como suscitam Calabresi e Bobbit (1978, p. 17), nem todas as decisões de alocação de recursos são trágicas, havendo estas e havendo as triviais. O problema é extremar umas das outras. Essa questão é substantiva para a justiciabilidade dos direitos fundamentais sob o paradigma do direito fundamental ao máximo existencial, porquanto a reserva do possível é o mais intenso fator condicionante da ampliação dos níveis essenciais de prestação.

Em se deparando com situações em que o judiciário pode proceder a uma decisão que repercuta de forma trivial sobre a esfera orçamentária, sobressai o atendimento, sob este aspecto, do critério das possibilidades que compõem a estrutura do referencial da satisfação suficiente.

Outros óbices consistem na alegada impertinência da razão dialógica do processo para ponderar todos os interesses em conflito e da sua impossibilidade de dar cumprimento, por si, à decisão proferida. Ademais, haveria incapacidade de o judiciário exigir a implementação de direitos pela falta de determinação conteudística e pela ausência de legitimidade democrática dos juízes, além do argumento da incompetência para questões políticas sujeitas à liberdade de conformação do legislador.

Diante disso, impõe-se tratar de tais questões, reforçando os contornos antes já expostos, com a necessidade de superação das manifestações da reserva do possível e com a preservação da discricionariedade do legislador quanto aos meios pela adoção de novas técnicas decisórias pela jurisdição constitucional.

Antes, porém, cabe situar a conformação do poder judiciário nos quadrantes do constitucionalismo contemporâneo, dirigente, global e virtuoso, enfrentando a questão do ativismo judicial e de sua relação com a judicialização da política.

4.4.2.1 Ativismo e Judicialização

Sempre houve certa desconfiança quanto à atuação do poder judiciário. Não é sem razão que Cesare de Beccaria (2011) lançava críticas firmes ao arbítrio judicial. Já Montesquieu (1996, p. 175) o reputava o mais frágil dos poderes, sendo nulo e invisível, limitando-se a ser a boca que pronuncia as palavras da lei, enquanto os juízes seriam “[...] seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”, do que se sobressai a prevalência do poder legislativo pela natural subordinação do executivo em face das leis.

No percurso do constitucionalismo o poder judiciário teve sua conformação bastante modificada, passando de uma subserviente função subordinada à legalidade à uma ativa interferência nos temas mais candentes de ordem moral e política, processo ocorrido de distintas formas e vias pelos vários países aderentes do paradigma do constitucionalismo.

Antes mesmo do surgimento da expressão ‘ativismo judicial’²⁴⁴, Édouard Lambert (2005, p. 1-2), em 1921, já se preocupa com a tendência “[...] a deferir à autoridade judicial a disciplina de grandes conflitos envolvendo diversas classes da população”²⁴⁵, abordando precedentes francês e americano e chegando a afirmar que as cortes dos Estados Unidos se elevaram a árbitros supremos da política social e econômica, para o que utiliza a expressão ‘governo de juízes’, adotada pela primeira vez em 1911 e registrando as primeiras oposições pela doutrina americana (LAMBERT, 2005, p. 8-9).

O mesmo receio de um governo de juízes era nutrido por Maurice Hauriou (2003, p. 312-315), embora referido ao modelo judicialista típico do *rule of law* norte-americano, equiparando a função jurídica à política dos membros da Suprema Corte.

²⁴⁴ Oscar Vilhena Vieira (2002, p. 19-20) remete à primeira utilização do termo ‘ativismo judicial’, realizada pelo jornalista Arthur Schlesinger em artigo escrito na revista *Fortune* em janeiro de 1947, em que analisava o perfil de atuação dos membros da Suprema Corte, registrando que “Desde então, a expressão tem sido usada por alguns constitucionalistas dos Estados Unidos com uma perspectiva crítica, para imprecisar um comportamento judicial não consoante com a opinião jurisprudencial dominante”, destacando a utilização da expressão ‘ativismo’ como forma de desaprovação, adotada principalmente contra a Corte Warren, de franca tendência liberal. O ativismo, entretanto, pode ter feição conservadora, como se deu com o precedente *Lochner v. New York*, julgado em 1905, em que a Corte decretou a inconstitucionalidade de lei nova-iorquina que limitava o número de horas de trabalho de padeiros ao fundamento de que violava a liberdade contratual, cláusula implícita ao devido processo legal substantivo. Esse precedente persistiu ainda durante as medidas adotadas por Roosevelt em razão da crise de 1929 e integrante do New Deal, até que a Corte retrocedeu após sucessivos embates com o presidente e com a ameaça de reformação da corte pela ampliação do número de membros, havendo a divergência do Justice Oliver Wendell Holmes Jr., dentre outros. A tendência conservadora, após um período progressista, foi restabelecida com o período qualificado como Corte Rhenquist.

²⁴⁵ Em tradução livre. No original, “[...] à déférer à l’autorité judiciaire le règlement des grands conflits qui mettent aux prises les diverses classes de la population ».

Tais situações delineiam a possível distinção entre ativismo e judicialização da política. A noção de ativismo é deveras complexa e plural. Keenan Kmiec (2010) identifica cinco sentidos para ativismo²⁴⁶.

O sentido mais comum concerne à situação em que o juiz decide conforme suas expectativas e projeções pessoais, ignorando a lei. Para que seja constatada essa forma de ativismo é preciso que a decisão esteja errada e que sua fundamentação seja inusitada, indicado ser decorrente das concepções e dos valores pessoais do juiz, o que torna difícil sua caracterização.

Os outros quatro sentidos são mais esclarecedores e podem ser mais facilmente confirmados. O segundo sentido afirma haver ativismo quando a Corte decreta a inconstitucionalidade de lei, remetendo à questão das condições em que se torna possível tal invalidação; o terceiro consiste em julgar ignorando precedentes, com o problema a resolver de qual o peso dos precedentes e como se pode superá-los; O quarto sentido se dá quando os juízes, a título e sob o argumento de interpretar a lei, legislam. A concepção do que seja legislação pelo juiz é substancialmente distinta por se referir ao preenchimento do conteúdo e conformação dos direitos fundamentais. Assim, não há, propriamente, caráter de instância legislativa atuante, sendo impertinente associar o ativismo com a prática em questão. Finalmente, outro sentido para ativismo, e que se afigura inadequado da mesma forma, é expressado pela adoção de métodos ilegítimos de interpretação. O problema já se inicia pela discussão do que sejam métodos e da sua ilegitimidade.

Ronald Fischer (1977-11), por sua vez, ressalta que o ativismo indica a atuação da Suprema Corte que aparenta ir além do alcance de suas atribuições constitucionais. A perspectiva mais comum é de que a Corte estaria legislando e, por essa via, invadindo a competência do legislador e do executivo. Diante do problema de extremar interpretação e legislação, surge um amplo espaço de ativismo para a Suprema Corte.

Essa perspectiva de reconhecimento do ativismo ocorre quando se verifica que a Suprema Corte está excedendo as suas competências constitucionais e atuando como instância criadora do direito – mas não como instância processualmente criadora do direito, posto que não há processo legislativo. Ou, ainda, como se fora legislador, por deliberar sobre temas de alta complexidade moral e política.

²⁴⁶ Analisados por Regina Valle (2009, p. 20-25).

Desse modo, afigura-se que o sentido adequado para ativismo, dentre os outros anteriormente sugeridos e utilizados indistintamente, é o que designa a atividade da Corte como se fosse legislador – por enveredar sobre temas de cerne político – e, também, produzindo normas jurídicas derivadas das que são interpretadas e, assim, criando o direito.

Vanice Reginal Lírío do Valle (2009, p. 19) observa haver ambiguidade da expressão ‘ativismo’ mesmo na compreensão que lhe é dada pela doutrina americana, pois ora se considera que marca a atividade dos tribunais voltada ao elemento finalístico, com o compromisso pela garantia dos direitos individuais, ora é tida como respeitante ao comportamento dos juízes, que sobrepoem suas concepções e visões pessoais acerca das normas constitucionais.

Ativismo remete à capacidade do poder judiciário adentrar em temas de complexidade política – embora não estritamente políticos, como as *political questions*²⁴⁷, usualmente não apreciadas pela jurisdição – e de produção interpretativa de normas jurídicas, o que equivale ao sentido fraco de legislação, se é que se pode utilizar tal expressão²⁴⁸.

Apesar do modelo americano não seguir a doutrina de Kelsen e integrar o sistema de *common law*, a resistência da separação de poderes para atuação criativa da jurisdição constitucional é fundamentada pelo doutrinador austríaco.

Para Kelsen (2007, p. 151-153) a anulação de uma lei por órgão distinto do parlamento importa numa intromissão no poder legislativo, mas esse argumento é superado ao considerar que o órgão ao qual compete a anulação das leis inconstitucionais desempenha uma função de natureza tipicamente jurisdicional, sendo apenas organizado em tribunal composto por membros independentes. Recorda a distinção entre jurisdição e legislação, que consiste na criação de normas individuais e na criação de normas gerais, respectivamente. Kelsen considera, então, que anular uma lei implica a introdução de uma norma geral, pois “[...] a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e, portanto, ela própria uma

²⁴⁷ Conforme apontado por Tribe (2000, p. 365-375), definindo a *political question* como aquela matéria cuja última palavra, cuja decisão definitiva, cabe ao governo ou até mesmo ao povo.

²⁴⁸ Não se trata, nem aproximadamente, de legislação. O problema, entretanto, são as premissas de que se parte para sustentar determinada perspectiva teórica. Conforme as premissas positivistas, defendidas por Kelsen (2007), haverá inexoravelmente atividade legislativa. O que se veda é a atuação como legislador positivo, inovando a ordem jurídica por modificações às regras existentes. Atuar como legislador negativo seria a função típica da Corte. Segundo as premissas adotadas, a reflexão hermenêutica sempre desnuda o caráter produtivo de sentido da interpretação, no que não há qualquer excesso no exercício das funções ínsitas à jurisdição constitucional.

função legislativa”. Diante disso, reputa que “[...] um tribunal que tenha o poder de anular as leis é, por conseguinte, um órgão do poder legislativo”.

Desse modo, defende uma repartição do poder legislativo entre dois órgãos, ao invés de considerar haver uma intromissão no poder legislativo.

Sustenta a necessidade de que o tribunal ao qual deve competir a jurisdição constitucional tem de ser independente do governo e do parlamento, pois são os órgãos responsáveis pelas leis que são sujeitas à fiscalização. “Caberia no máximo examinar se o fato de a anulação das leis ser, ela própria, uma função legislativa, não acarretaria certas consequências particulares no que concerne à composição e à nomeação dessa instância”, o que não é o caso, em razão da distinção da natureza da função legislativa entre a elaboração e a anulação das leis.

Para Kelsen, anular uma lei resulta da aplicação da constituição, enquanto a elaboração deriva da livre criação que é inerente ao legislativo e que está ausente da anulação. Desse modo,

Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne a seu procedimento – e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais –, a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição.

E é justamente por essa atuação integralmente vinculada ao direito – ao direito constitucional – que se pode considerar que a função de anulação das leis se parece com a de qualquer tribunal, pois “[...] ela é principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do direito. É, por conseguinte, efetivamente jurisdicional”. Daí que se a jurisdição constitucional envereda sobre temas de cunho político e passa a atuar pela via interpretativa, mas de forma substancialmente criativa, caracteriza-se o ativismo.

De qualquer sorte, adere-se ao posicionamento de André Ramos Tavares (2009 p. 197-217) no sentido de que não mais se justifica e nem se verifica a atuação da jurisdição constitucional circunscrita ao modelo kelseniano como legislador negativo, também defendido por Dominique Rousseau (2002, p. 22-25) que, ao destacar o necessário caráter criativo da jurisprudência, portando intrínseca dimensão política, confere ao tribunal constitucional a atuação como legislativo positivo e negativo.

Ademais, é intuitivo que uma postura ativista do poder judiciário só pode prevalecer em razão da necessidade de supressão de espaços ou âmbito políticos que estão em aberto. Ou seja, o ativismo de um órgão decorre da inação de outro. Certamente se o poder

legislativo atualizar de forma mais constante a sua atuação, sendo, também, ativista, reduzir-se-ia esse caráter da jurisdição constitucional.

Em razão disso, entremostra-se uma tensão entre legislativo e judiciário, já feita explícita por Eliseo Aja (1998) e que se materializa tanto nos sistemas originariamente adeptos do modelo americano como do austríaco. O advento do Estado Democrático de Direito, com a expansão dos direitos fundamentais, passando a abarcar todos os âmbitos da vida, tornam mais premente uma atuação constante e ativista do poder judiciário e dos tribunais constitucionais.

Ao lado do ativismo, entretanto, reforça-se a outra situação de tensão, diagnosticada com precedência, consistente na judicialização da política pela assunção dos pelos juízes de funções similares às legislativas, o que se exprima nas aludidas expressões de ‘governo de juízes’.

Ora, cotejando o ativismo com a judicialização da política, tem-se que há uma relativa correspondência entre eles. Embora o ativismo seja mais amplo, abrangendo posturas variáveis desde os julgamentos baseados na visão e na concepção pessoal do julgador, ignorando a ordem jurídica, até aquelas que costumam não seguir os precedentes, judicialização da política e ativismo se encontram no que tange ao sentido de ativismo como assunção da decisão de temas políticos e impressão de sentidos normativos novos, criando interpretativamente o direito, em especial na seara produtiva dos direitos fundamentais.

Esta perspectiva se confirma pelo sentido de judicialização conferido por Luís Roberto Barroso (2009, p. 71-73), significando que algumas questões de ampla repercussão política ou social passam a ser objeto do modelo judicial de solução de conflitos, não se atendo ao estrito âmbito das instâncias políticas tradicionais. Assim, malgrado de forma que parece pesar no tom, “[...] a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”, reconhecendo se tratar de uma tendência mundial.

Assim, a judicialização é uma das expressões do ativismo, expandindo-se globalmente da mesma forma que se deu com o constitucionalismo e com os direitos fundamentais²⁴⁹, assumindo especial relevo na América Latina, como assenta Regina Valle

²⁴⁹ Conforme anota Regina Valle (2009, p. 27-36), o ativismo e a judicialização são práticas comuns nos mais variados países. Destaca as experiências com ativismo da

Corte Constitucional alemã, ressaltando que, apesar da formação histórica do direito alemão vinculada à jurisprudência de conceitos, viu-se a Corte compelida a enfrentar o compromisso de se aproximar ao texto constitucional para estabelecer uma ordem objetiva de valores, necessária à garantia de direitos fundamentais, associando-se aos demais poderes na direção superior do Estado, por esta via. Não obstante isso, como assenta Donald Kommers (1997), o Tribunal Constitucional alemão sempre buscou técnicas para evitar a confrontação com o poder legislativo. Também na Itália o ativismo fincou raízes, constituindo um modelo comum de constitucionalismo, com o advento da Corte Constitucional e a necessidade de superação de uma legislação da época do fascismo, incompatível com a nova Constituição. Como o Parlamento mantinha-se inerte, adveio a postura ativista da Corte Constitucional italiana. Apesar disso, o Tribunal evitou contraposição com a classe política, recorrendo, também, a estratégias diversas, como a adoção de sentenças interpretativas e aditivas, a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade e as sentenças de ‘*doppia pronunzia*’. O ativismo é encontrado, ainda segundo a autora, na Espanha. Da mesma forma que a Itália e reconhecendo o protagonismo do Tribunal Constitucional, destaca o desenvolvimento de técnicas e modalidades de provimento que manifestam outras vias de atuação da Corte que não apenas a chancela da validade de leis ou temas sujeitos a controle, com o registro da existência de sentenças interpretativas e aditivas. Outrossim, o ativismo e a judicialização também participam das revoluções constitucionais, desde as ocorridas em bastiões da democracia majoritária como os sistemas políticos da África do Sul, Canadá, Israel e Nova Zelândia, como as mais recentes, componentes da Primavera Árabe. Até mesmo no Reino Unido tem se mostrado presente o ativismo, como ressalta Ellie Palmer (2009, p. 2), percebendo um papel cada vez mais ativo das cortes do Reino Unido na determinação de decisões que viabilizem acesso a prestações sociais com base nos princípios e processos do direito administrativo, o que se ampliou com a introdução do *Human Rights Act*, em 1998. Kenneth Holland (1991, p. 2-7) registra a ocorrência do ativismo judicial em 11 países. Identifica sete conclusões importantes acerca do ativismo e expõe a necessidade de condições estruturais e intelectuais para a sua existência e intensidade. O mesmo

(2009, p. 27), onde a superação das preocupações com a instituição e preservação do regime democrático deu ensejo à atuação mais consistente e do sentido constitucional sobre a sociedade, objetivando-se a efetividade das diretrizes constitucionais.

Quer como ativismo, quer como judicialização da política, as Cortes responsáveis pelo exercício da jurisdição constitucional vêm assumindo papel significativo na defesa dos direitos fundamentais e de elementos basilares para o constitucionalismo global, dirigente e virtuoso, como pontua Siri Gloppen, Bruce Wilson, Roberto Gargarella, Elin Skaar e Morten Kinander (2010).

Pontuam os doutrinadores, ao analisar as funções de fiscalização das cortes, que até 1980, quando houve uma onda de reformas judiciais, a regra era a existência de tribunais superiores passivos e inertes na América Latina e na África. Não há literatura existente que explique satisfatoriamente essa modificação no desempenho das funções de fiscalização das cortes, mas poderia resultar de uma série de circunstâncias, como a) fatores políticos e históricos, b) variáveis institucionais e c) a natureza dos próprios juízes, pois as decisões envolvem questões ideológicas, aspectos éticos, aptidão profissional, dentre outros fatores pessoais (GLOPPEN *at all*, 2010, p. 02).

Adentrando na caracterização das funções de fiscalização, destacam que as cortes na América Latina se incumbem – ou são constitucionalmente incumbidas – de a) permitir as mudanças de orientação política e proteção dos direitos fundamentais, notadamente aqueles relativos às minorias; b) assegurar a legitimidade das eleições; c) garantir o livre debate público e a mobilização popular, necessários ao regime democrático; d) controlar o abuso do poder político e reprimir as violações a direitos (GLOPPEN *at all*, 2010, p. 19-22.)

processo se dá no Leste Europeu, como reconhece Sadurski (1990, p. 87-90) diante da função das cortes na proteção dos direitos fundamentais, com a influência das suas decisões sobre a formulação das políticas públicas e sobre a produção legislativa em geral. Registra decisões em que as próprias cortes já operam a modificação da ordem jurídica, sem advertir o legislativo para correção das inconstitucionalidades, atuando como legislador positivo, ao contrário do que defendido classicamente por Kelsen.

Essa perspectiva que se prolifera quanto à jurisdição constitucional em diálogo transconstitucional com as cortes regionais e internacionais, é particularmente importante para o direito fundamental ao máximo existencial.

Ora, como salientado por Alexy (2008b), os direitos sociais, como os direitos fundamentais em geral, não podem ficar só a cargo das cambiantes maiorias legislativas e, às vezes, nem mesmo do povo.

Se os direitos fundamentais são vinculantes e os direitos sociais são fundamentais, não se pode admitir que o poder público esteja subordinado apenas ao mínimo e, além dele, desenvolva o direito discricionariamente. Tal raciocínio é o mesmo que negar os direitos, pois se a extensão dos deveres correlatos aos direitos é definida apenas pelo próprio Estado, ou seja, pelo obrigado, isso significa que não se encontra efetivamente vinculado.

Outrossim, o caráter político da jurisdição constitucional lhe é intrínseco, como pontua Zagrebelsky (2005, p. 38-40) ao considerar que há dois sentidos de política e, diante deles, a Corte Constitucional é *in-política*. O ‘in’, quando referido à política substantiva, importa em ‘dentro’; referido a política como adjetivo, significa ‘fora’. Logo, a corte constitucional estaria ao mesmo tempo implicada e não implicada politicamente. Estaria na política, ou dentro da política, quando significa atividade destinada à convivência; estaria fora dela se por ela se entende o jogo político-partidário pelo acesso ao poder político institucionalizado.

Importa destacar que a atuação ativista do poder judiciário, ensejando a judicialização da política, só encontra espaço em razão da contenção e da inércia dos poderes de direção política – executivo e legislativo – quanto ao atendimento das demandas da comunidade política, notadamente aquelas referentes aos direitos fundamentais.

Além disso, a judicialização resulta do modelo constitucional prevalecente, motivando a expansão global do poder judiciário (TATE; VALINDER, 1995) e, com ele, da garantia judicial das imposições dos textos constitucionais. Sendo os textos constitucionais plasmados de direitos e de diretrizes político-programáticas, opera-se uma juridicização parcial do conteúdo da política, que deveria ser desenvolvido pelo processo democrático. Não o sendo, a juridicização leva à judicialização.

Há de se ressaltar, mais uma vez, que a justiciabilidade dos direitos fundamentais quanto à dimensão positiva quer portam e, especificamente, dos direitos sociais, deve ser ocorrer apenas quando o poder legislativo e o poder executivo descumpram manifestamente os imperativos advindos dos respectivos direitos. Em se tratando do direito fundamental ao máximo existencial, a vinculação que opera sobre o legislador e sobre a administração deve

compeli-los promover, progressiva e continuamente, a ampliação dos níveis essenciais de prestação a fim de atender os critérios componentes da satisfação suficiente, conducente ao conteúdo essencial ótimo.

Se o legislador e o executivo não atuarem nesse sentido, podendo fazê-lo e sendo razoável que o façam, mediante adoção de medidas proporcionais e coerentes com o nível médio de prestação referente ao sistema de direitos fundamentais, e, ainda, em se constatando a falta de seriedade e sinceridade em derredor dos direitos fundamentais, resta provocar a tutela jurisdicional, com a adesão às advertências de Luís Roberto Barroso (2009), *in verbis*:

[...] o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes

Nesse sentido se insere a inferência de Mauro Cappelletti (2008a, p. 227) quanto à incapacidade dos parlamentos em agir em favor do desenvolvimento social, ignorando ou resistindo às demandas deste jaez. Para ele, não há sequer preocupação dos políticos de equilibrar os custos e os benefícios econômicos, insurgindo-se contra a pregação de crucificação do Estado Social, percebendo, exemplificativamente, que “Os investimentos em construção de habitações foram desencorajados; as moradas existentes encontram-se em estado de abandono; os centros urbanos deterioram-se”.

Não sendo o legislativo e o executivo capazes, ou não tendo vontade política de sê-lo, cabe ao poder judiciário fazê-lo, cabendo, inclusive, a extensão da doutrina da troca do sujeito defendida por Walter Claudius Rothenburg (2005, p. 93)²⁵⁰.

Logo, pelo quanto exposto, restaram rechaçados muitos dos obstáculos lançados contra a justiciabilidade dos direitos sociais, quer porque configuraria prática ativista, quer porque configuraria judicialização da política.

Além disso, os riscos de que o império da lei garantido nos fóruns seja desvirtuado num governo de juízes autocrático são substancialmente esvaziados com a análise empreendida por Daniel Farber e Suzzana Sherry (2009) em torno da prática institucional do poder judiciário americano.

²⁵⁰ Sustenta o autor que a inconstitucionalidade por omissão pode ocasionar, como sanção específica, a perda – melhor diria extensão a outros órgãos – da legitimidade para o exercício da competência e a consequente troca de sujeito.

Ora, após demonstrarem não haver alternativa satisfatória ao *judicial review*²⁵¹, ressaltam que os riscos do arbítrio judicial e da ampliação da discricionariedade do juiz²⁵² são profundamente mitigados ou eliminados em razão dos mecanismos institucionais existentes.

Assim, a correção e a justiça da decisão judicial estariam ao menos formalmente a) garantidas pelos precedentes, b) pelas garantias advindas do processo, com a deliberação sendo tomada em sucessivas instâncias e por vários julgadores até que se consolide a decisão e pela transparência e, finalmente, pelas c) garantias internas, mediante o profissionalismo da judicatura e o processo de seleção, além d) da crítica constante da doutrina.

Esses quatro fatores são responsáveis por mitigar ou mesmo eliminar os riscos referidos pelos opositores ao ativismo e à judicialização, pelo que nada obsta que, não atendidos os critérios da satisfação suficiente, seja assegurada a efetividade do direito fundamental ao máximo existencial pela imposição judicial da ampliação do nível de prestação destinado ao atendimento da necessidade existencial que esteja em causa.

Dessarte, de instâncias de governo separadas e afastadas, atuando em seus âmbitos específicos, com os acirramentos derivados de choques institucionais no âmbito do sistema de freios e contrapesos, torna-se necessária uma nova conformação dos poderes, afastando a já vetusta caracterização que ainda guarda raízes apodrecidas na obra luminar de Montesquieu (1996).

Ademais, os óbices à legitimidade do poder judiciário em intervir em âmbitos políticos por não terem sido os juízes qualificados democraticamente para o exercício dos cargos são sobejamente rechaçados por Cappelletti (2008a, p. 221-289).

No que respeita especificamente à justiciabilidade dos direitos sociais, há de se destacar os entendimentos de Virgílio Afonso da Silva (2011) e Luís Roberto Barroso (2012).

Com efeito, Virgílio Afonso da Silva suscita questões relevantes acerca da viabilidade da tutela individual de um direito social em razão da necessária dimensão coletiva que deve portar. Ressalta, como alhures dito, que o âmbito propício para realização e implementação dos direitos sociais é o das políticas públicas. A desigualdade social leva a que haja desigual acesso à jurisdição, levando a que a tutela prestada no fornecimento de medicamentos, por exemplo, não se volte ao benefício dos que mais necessitam. Assim, opõe-

²⁵¹ Que, segundo os autores, poderiam ser o modelo inglês, com a supremacia do parlamento, que se mostrou susceptível de excessos e arbítrios. A supremacia presencial traria consequências extremamente graves para a democracia, sendo descartada. O último modelo seria o do departamentalismo, em que cada poder seria supremo na interpretação da constituição no exercício das suas funções.

²⁵² Segundo as premissas adotadas, não há possibilidade de discricionariedade judicial, ao contrário do que entendem os autores citados.

se ao que chama de justiciabilidade individualista irrestrita, destacando a natureza eminentemente coletiva dos direitos sociais e inserindo considerações de cunho consequencialista.

Logo, conclui que a justiciabilidade individualista tende a produzir efeitos que não se universalizam; que a otimização de um direito social tem que levar em conta também os custos das políticas sociais ou da medida a ser implementada; que as desigualdades sociais levam ao desigual acesso à justiça; que se opera uma distribuição desigual de recursos por via das ações judiciais.

Já Luís Roberto Barroso (2012), destacando também a necessária dimensão coletiva dos direitos sociais e, tratando especificamente do direito à saúde, reputa que nas ações individuais só devem ser acatados os pleitos dos que sejam realmente necessitados, ficando para a seara das ações coletivas demandas outras que devem necessariamente comportar uma dimensão tendencialmente universal.

As observações dos aludidos constitucionalistas são mais do que pertinentes diante da preocupação de que os recursos públicos destinados ao acatamento de decisões judiciais tenham um reflexo coletivo, não podendo ficar no restrito âmbito da micro-justiça que, às vezes, comporta uma verdadeira macro-injustiça.

Ao que se afigura diante de tais posições, torna-se necessário implementar novas técnicas de decisão e adaptar o modelo judicial de solução de litígios tipicamente privados para litígios que envolvam direitos fundamentais, sobretudo direitos sociais, que invariavelmente devem portar dimensão coletiva.

A questão pode ser enfrentada, também, pela percepção de que os níveis essenciais de prestações dos direitos sociais comportam vários âmbitos de prestações – micro, *mezzo*, macro, meta-micro e meta-macro –, de modo que a análise da viabilidade de universalização da pretensão deduzida pela possível dimensão coletiva deve se operar pelo cotejo entre o âmbito micro e o macro.

Esse também será o percurso para aferir se a prestação a que se pretende obter por via judicial, além dos níveis até então assegurados, guarda coerência com o nível médio de prestações havido no âmbito macro, ou seja, se condiz coerentemente com as prestações que são disponibilizadas potencialmente a todos.

A afirmação de Mark Tushnet (2008) de que o ativismo enfraquece os direitos, pois lhes retira do âmbito próprio de garantia eficiente, que é o legislativo, não pode ser admitido. Entretanto, os esquemas alternativos denominados como *weak-forms of judicial review* podem auxiliar o fortalecimento da justiciabilidade dos direitos.

Esse é o caso do modelo dialógico de controle de constitucionalidade, que pode ser trazido para o âmbito da justiciabilidade, pela qual se estabelece uma relação dialógica entre corte e legislar a fim que seja constatada se é ou não pertinente o vício alegado e como seria a melhor forma de retificá-lo.

Por conseguinte, sustenta-se o direito fundamental ao máximo existencial na plena capacidade e idoneidade da tutela judicial mediante o desenvolvimento de novas técnicas de decisão e operacionalizando os critérios aludidos, que compõem o referencial da satisfação suficiente.

Firmada a necessidade do ativismo judicial pela via da judicialização da política como mecanismo necessário – mas não o único e nem às vezes o mais adequado – para assegurar o direito fundamental ao máximo existencial no sentido de impor a ampliação dos níveis essenciais de prestação até a satisfação suficiente, cumpre adentrar na análise das condições fáticas constrictiva das possibilidades, genericamente chamadas de reserva do possível.

4.4.2.2 Reserva do possível

A defesa do máximo existencial não significa a crença de que o Estado irá propiciar a todos os membros da comunidade as condições que lhes permitam livremente dispor de si, autodeterminando-se sem qualquer constrição social. Também o pleno emprego é inviável, mas isso não desautoriza a sua previsão constitucional pelo art. 170 da Constituição Federal.

Apontar o direito ao máximo existencial relaciona-se à compreensão de que o Estado, através do poder executivo e do poder legislativo, está vinculado a adotar políticas públicas que promovam progressivamente a ampliação dos níveis de prestação para além do mínimo vital e em direção ao conteúdo essencial pela satisfação suficiente das necessidades vinculadas aos deveres. Não basta assegurar a sobrevivência, que não é suficiente para o pleno desenvolvimento da condição humana, além de não ser compatível com a dimensão e o sentido libertário e emancipatório da política.

A dimensão progressiva e projetiva dos direitos fundamentais importa na obrigação do Estado de sempre atualizar, renovar e ampliar os níveis de prestação, habilitando a alcançar o resguardo do conteúdo essencial ótimo dos direitos sociais, que propicia as condições existenciais de livre desenvolvimento da personalidade.

Como já antecipado, o direito fundamental ao máximo existencial, além de produzir efeitos sobre os demais direitos no sentido de impor que sejam ampliados os níveis essenciais de prestação, projeta-se também sobre o próprio Estado no sentido de exigir a adoção de medidas que expandam a capacidade de prestação do poder público. Ou seja, o máximo existencial exige que cada vez mais o Estado tenha maior capacidade de ação, a fim de viabilizar a progressiva ampliação dos níveis existenciais.

Não basta, efetivamente, que se exija a realização progressiva de um direito, olvidando os custos que acarreta e o histórico que apresenta. Diante disso, nada mais consequente e natural do que haver um dever instrumental dirigido ao Estado de potencializar a sua capacidade de ação, reduzindo a reserva do possível. Para tanto, cabe identificar os fatores que a comprimem com algumas.

Os obstáculos para a ampliação do que seja possível quanto ao máximo existencial são de variadas ordens, muitos dos quais passíveis de superação; alguns deles, efetivamente, demarcam o âmbito do que é possível, fixando até onde pode chegar, em determinado momento, os níveis de prestação do Estado.

Há três obstáculos para a ampliação do possível para além do alcance do mínimo vital. Esses seriam a) teóricos, b) políticos, c) materiais. Cada um deles é repartido em óbices que se reconduzem à ideia central.

O primeiro obstáculo é pertinente à insuficiência doutrinária e da práxis constitucional. Com efeito, existem muitos preconceitos inautênticos e mitos do saber que obnubilam a potencialidade libertária e emancipatória dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais, levando a uma percepção desses últimos que degradam a sua condição de normas constitucionais, já exposto e enfrentado.

De fora parte o obstáculo teórico-reflexivo, atinente à compreensão dos direitos fundamentais, afigura-se que outro óbice também sujeito à superação é a falta de vontade política quanto à efetivação de condições existenciais suficientes e adequadas. É mais um lugar comum do que uma realidade o discurso acerca da impossibilidade de superação da exclusão social e das desigualdades.

Com efeito, relatório divulgado pela Organização das Nações Unidas acerca dos objetivos do milênio aponta que a ajuda oferecida às instituições financeiras multinacionais

pelos Estados desenvolvidos em um ano supera o auxílio financeiro conferido aos países pobres em meio século (BBCBRASIL, 2009). O relatório conclui que o principal problema não é de falta de recursos, mas falta de vontade política, o que se aplica integralmente ao Brasil.

A ausência de compromisso político daqueles que se tornam profissionais da política (WEBER, 2005, p. 62-65) detém parcela significativa da insuficiência das ações e políticas públicas, ora por absoluto desinteresse, ora porque se encontra a instância política subserviente ao poder econômico.

Ainda em sede de ausência de vontade política, situa-se no mesmo plano a ocorrência de programas de governo distintos ou dissociados dos objetivos constitucionais que fixam prioridades atinentes ao nível essencial de prestação quanto aos direitos fundamentais, que consubstancia o atendimento do máximo existencial em dada época.

Mesmo em se reconhecendo a legitimidade democrática das instâncias de direção política e, por via de consequência, a sua primazia na definição das políticas públicas e dos níveis de prestação, no exercício da liberdade de conformação no espaço constitucionalmente assegurado, não têm o legislador e o poder executivo a livre disposição dos direitos fundamentais, muito menos dos direitos sociais.

Logo, tem-se como obstáculo político nem tanto o reconhecimento de uma liberdade de conformação do legislador, que mais concerne aos meios do que aos fins, mas a ausência de vontade política e a sujeição das prioridades constitucionais relativamente aos direitos sociais aos programas de governo, contingentes e variáveis.

O terceiro óbice, de ordem material, também é mal compreendido. Com efeito, costuma-se invocar a reserva do possível como limite à realização dos direitos sociais, sendo qualificados como direitos financeiramente condicionados (MOLASCHI, 2008, p. 58). É o âmbito do que usualmente é tratado como reserva do possível, relacionando-se intimamente com os obstáculos de ordem política, acima assinalados, pois respeita à forma de distribuição e alocação dos recursos públicos.

Esse obstáculo material merece uma subdivisão interna, propiciando a compreensão do efetivo limite fático-contextual para um determinado grau de atendimento das imposições constitucionais resultantes dos direitos sociais.

Nesse sentido, pode-se conceber que as limitações materiais podem ser a) institucionais, b) socioeconômicas e c) orçamentárias.

As limitações institucionais se referem à insuficiência de vias político-institucionais que possam atender e suportar as demandas que se materializam mediante a realização das imposições constitucionais.

Nesse passo, há de se reconhecer que os direitos sociais, como os direitos fundamentais em geral, são referidos apenas topicamente no texto das constituições, malgrado sejam cada vez mais analíticas e a despeito de, no caso brasileiro, haver o delineamento de um regime constitucional da ordem social a partir do art. 193.

Não obstante isso, a abertura semântica e a abertura estrutural (ALEXY, 2008, p. 70-73) que são pertinentes à forma de positivação dos direitos fundamentais, indistintamente, tanto das liberdades como dos direitos sociais, dificultam a aferição do que seja, em dada época e num determinado contexto social, o conteúdo material do direito, a exigir a extensão dos níveis de prestação social para satisfazê-lo²⁵³. Esse problema, entretanto, só se coloca em abstrato, pois a realidade de uma situação específica e concreta propicia condições efetivas de se aferir o atendimento ou não do nível essencial de prestação atinente a um determinado direito.

Paul O'Connell (2012, p. 8) ressalta ser a indeterminação dos direitos fundamentais um círculo vicioso, pois decorre tanto da inércia do legislador ao não discipliná-los, como da resistência dos tribunais em aplicá-los, o que lhes asseguraria contornos precisos mediante uma compreensão e evolução historicamente situada e projetada dos níveis de prestação de um direito fundamental.

De qualquer sorte, as aberturas semântica e estrutural dos direitos sociais conferem aos órgãos de direção política a determinação do desenvolvimento desses direitos mediante políticas públicas e serviços públicos. Do mesmo modo, essa limitação institucional decorre da primazia política conferida ao legislador que, em se desinteressando ou em sendo cooptado pelo poder econômico, deixa a cargo do mercado as condições existenciais do homem.

Há, então, uma reserva de legislação e uma reserva de administração que compõem os limites materiais enquanto óbices institucionais, a despeito de relacionados com os limites políticos. Esses limites são passíveis de superação, ao contrário do que defendido por Christian Starck (2009, p. 287-288), que confere primazia quase absoluta ao legislador

²⁵³ Daí porque a importância de um trilhar constitucional no enriquecimento dos direitos que seja promovido pelo judiciário e que possa ser complementado com o diálogo entre os tribunais ao apreciarem matéria semelhante, como como sugerido por Martha Nussbaum (2011, p. 178).

diante da insuficiência da previsão constitucional para a determinação dos direitos sociais, pois “A extensão da prestação permanece indefinida”, desenvolvendo a sua objeção no excerto abaixo, *in verbis*:

Assim, com os direitos sociais, o legislador é solicitado a conceder ou a continuar a desenvolver determinadas posições sociais – sem que ele seja acionável diretamente em razão dos direitos sociais –, ou que seja impedido de reduzir posições sociais. Em princípio, existem direitos fundamentais apenas na medida da política social expressa nas leis. Ainda que o objeto das prestações ligadas aos direitos sociais se deixasse delimitar de forma mais clara, o Estado não poderia dispor sobre muito deles.

A exceção para Starck (2009, p. 289) seria apenas o reconhecimento do direito às condições mínimas para uma existência digna, o que colide com a defesa do direito fundamental ao máximo existencial, como já exposto à sociedade. O problema é de grau de intensidade da ação estatal. Como afirmado outrora, não se compadece com o sistema constitucional brasileiro – o que pode ocorrer no caso alemão – a adstrição das prestações ao atendimento do mínimo, haja vista os objetivos constitucionais abrigados no art. 3º, que conferem aos direitos fundamentais em geral uma dimensão finalística e projetiva, de caráter programático, mas vinculante.

Outra categoria de limites que se associa aos obstáculos materiais concerne às condições socioeconômicas que, a princípio, são efetivamente o principal limite ao desenvolvimento do máximo existencial pelo alcance e extensão dos níveis essenciais de prestação.

Com efeito, malgrado o art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal preveja o direito ao salário mínimo, com as finalidades que lhe são assinaladas, tem-se como insuficiente o *quantum* atualmente fixado para suprir as necessidades referidas. Impossível seria, entretanto, a extensão do valor do salário mínimo a um tal montante que satisfaça, de imediato, as aludidas demandas.

Esse limite, embora objetivo e efetivo, não desonera o Poder Público de buscar o que seja tido como o máximo existencial possível, como também de promover as condições necessárias para que, processual e progressivamente, aproxime-se do patamar que atenda às exigências relativas aos direitos em seu sentido mais amplo e pleno.

Nesse sentido, vislumbra-se a possibilidade de controle jurisdicional do nível de prestação relativo à fixação do valor do salário mínimo se manifestamente insuficiente a majoração ou se não efetuada a majoração anual.

Outrossim, situa-se como limite institucional a ineficiência dos serviços públicos e da ação estatal, que é, igualmente, passível de ser superada, não se podendo admitir a

sujeição dos direitos sociais à incompetência e à burocracia estatal. Essa superação exige, contudo, uma série de medidas que devem dizer respeito à expansão das condições relativas à capacidade de ação do poder público, o que potencializa as medidas de realização dos direitos fundamentais.

Ainda no âmbito dos limites socioeconômicos, encontram-se aqueles que são demarcados pela inexistência de bens suficientes à satisfação das necessidades, como sói ocorrer com as prestações de saúde relacionadas ao transplante de órgãos. Esse seria o verdadeiro âmbito da reserva do possível, sem desonerar o Estado de buscar políticas que promovam a expansão do possível da reserva, como a adoção de campanhas publicitárias de conscientização acerca da relevância da doação de órgãos em caso de morte. Não ilide, ainda, o desatendimento das imposições constitucionais quando o Estado não disponha de estrutura apta a promover os transplantes, quer por falta de pessoal, quer por carência de recursos materiais e estruturais, o que remete a uma das categorias de obstáculos institucionais, relacionados à ineficiência da ação estatal.

Propõe-se, então, a adstrição do sentido usual de reserva do possível apenas aos limites de ampliação dos níveis de prestação social que sejam exigidos pela dimensão positiva dos direitos fundamentais e que decorram das condições sociais e econômicas pertinentes à escassez de bens suficientes ao atendimento às demandas. Em outros termos, refere-se diretamente a não ser suportável pelo contexto econômico e social a ampliação de um determinado nível de prestação, demarcando o que seja o máximo existencial.

Não obstante isso, a referência usual da doutrina estende a reserva do possível a considerar apenas a limitação dos recursos públicos, como se depreende de Krell (2002, p. 22), ao considerar que “A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende naturalmente dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos”. O condicionamento não se limita aos recursos orçamentários disponíveis, antes tendo de ser aferida a compatibilidade com as condições socioeconômicas existentes.

Fica reservada, então, a referência às condições orçamentárias do Estado para implementação dos níveis de prestação social relacionados a um determinado dever de prestação à expressão reserva orçamentária. Essa distinção entre reserva institucional, legislativa e administrativa, reserva do possível e reserva orçamentária é pertinente, pois as estratégias destinadas a aferição da satisfação suficiente das políticas públicas quanto ao atendimento do máximo existencial, envolvendo a sindicabilidade dos níveis de prestação realizados, são distintas com relação a cada um desses âmbitos.

Assim, a reserva orçamentária é usualmente colocada como impedimento objetivo e absoluto para a satisfação dos direitos sociais, o que é uma parcial inverdade. Embora não se possa imaginar a capacidade de ação estatal para prover determinada demanda sem que haja disponibilidade financeira para tanto, não se afigura, como também parece a Sarlet (2009, p. 234-245), que o fator custo “[...] nunca constituiu um elemento, por si só e de modo eficiente, impeditivo da efetivação pela via jurisdicional”.

E isso porque a dimensão eficaz dos direitos fundamentais destinada à promoção do máximo existencial não envolve apenas prestações materiais e dispendiosas pelo Poder Público, havendo outras formas e vias de assegurar não apenas o alcance, mas também a ultrapassagem do mínimo vital.

A reserva orçamentária, como já referido, foi reconhecida pelo Tribunal Constitucional alemão no caso *numerus clausus* I²⁵⁴, entendendo a Corte que viabilidade de prestações estatais resultarem de liberdades, havendo um direito de participação universitária em razão da liberdade de profissão; entretanto, a existência de limites absolutos para o ingresso impede que o sistema confira igual oportunidade a todos que estejam habilitados. Esse fato tem sua importância reduzida quando a Corte constata a extensão da ampliação das vagas já implementada, demonstrando o firme compromisso de realizar os direitos relacionados ao caso.

Assim, conclui a corte que os direitos devem ser limitados pelo que é possível em dado momento histórico, significando o que pode ser razoavelmente reivindicado pela sociedade, cabendo ao legislador tal determinação (KOMMERS, 1997, p. 281-289).

Como observa Krell (2002, p. 54), “[...] o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de ‘caixas cheias’ do Estado significa reduzir a sua eficácia a *zero*; a subordinação aos ‘condicionantes econômicos’ relativiza a sua universalidade, condenando-os a serem considerados ‘direitos de segunda categoria’”.

O problema dos custos dos direitos sociais se manifestou intensamente por ora da crise fiscal do Estado Social, tendo o seu estudo seminal sido desenvolvido por O’Connor (1982), sintetizando o problema da exigência da ampliação da ação do Estado sem que haja o desejo da cobertura através de novos tributos, como se verifica abaixo, *in verbis*:

Cada classe e grupo econômico e social deseja que o governo gaste cada vez mais para um número maior de coisas. Ninguém, entretanto, quer pagar novos impostos

²⁵⁴ Luís Fernando Sgarbossa (2010, p. 133) Considera, pois, que objeções consistentes na escassez e na insuficiência de recursos, baseadas em critérios econômicos, são anteriores aos precedentes *numerus clausus*, embora tenha neles surgido o conceito de reserva do possível.

ou alíquotas mais elevadas do que as anteriores. Ao contrário, todos ou quase todos querem menos impostos²⁵⁵.

Embora seja reconhecida a crise fiscal do Estado Social, a reserva orçamentária não pode ser uma categoria que se estenda a todos os Estados, pois pode haver aqueles cujos recursos arrecadados e devidamente utilizados estejam sem margem de manobra para alocação, como outros em que há recursos e o problema é de alocação e implementação, desvirtuando as prioridades.

Victor Vincente Valla (2005, p. 36-37) critica a tendência política brasileira em favorecer o capital especulativo e o pagamento da dívida externa, e dos seus juros, em detrimento dos investimentos sociais. Referindo-se a dados do Jornal do Brasil, afirma que até maio de 2003 foram gastos quatro vezes mais no pagamento da dívida pública (interna e externa) do que na saúde e nove vezes mais do que o investimento em educação. Não se está, com essa observação, sustentando o não pagamento da dívida ou dos juros, mas comprovando que recursos existem e são mal distribuídos e investidos.

Não obstante isso, a reserva orçamentária é uma realidade consistente e não pode ser ignorada, não sendo possível aderir a propostas que exaltem a justiciabilidade sem ter em vistas as consequências que comportam.

Nesse sentido, registra-se o entendimento de Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 310) que se insurge contra o mau investimento dos recursos públicos, abaixo enunciado, *in verbis*:

[...] fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas, serviço da dívida, mordomias no tratamento de certas autoridades, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex-Presidentes da República; gastos em publicidade, etc.

A insurgência acima não é suficiente para ignorar a efetiva existência da reserva orçamentária, não sendo argumento susceptível de ser invocado para legitimar mais extenso âmbito de controle jurisdicional. Não é porque os recursos são mau gastos que existirão mais e não é somente o legislativo que gasta mal.

Diante disso, torna-se premente também expandir o possível da reserva, tanto da reserva do possível, como da reserva orçamentária, em atenção à eficácia instrumental do

²⁵⁵ Em tradução livre. No original, “Ogni classe e grupo economico e sociale vuole che il governo spenda somme sempre maggiori per un numero sempre maggiori di cose. Nessuno però vuole pagare nuove imposte o aliquote più elevate su quelle vecchia. Al contrario, tutti o quase vogliono meno imposte”²⁵⁵.

direito fundamental ao máximo existencial, como aludido. Ao invés disso, o poder público persiste sem conceber medidas que visem a lhe assegurar maior capacidade ação, no caso do Brasil, ao menos.

Importante indicativo de como expandir o possível dentro da reserva orçamentária e, conseqüentemente, justificar a satisfação do critério da possibilidade, componente da satisfação suficiente, têm sido os julgados do Tribunal de Contas da União julgando as contas do poder executivo e censurado a adoção da Desvinculação de Receitas da União.

Com efeito, a Desvinculação de Receitas da União é manifestamente inconstitucional e a censura tem sido firmada desde o Relatório e Pareceres de Prestação de Contas referentes aos exercícios de 2002, sem qualquer repercussão prática até o momento, consignando que o déficit da seguridade social estaria coberto se não houvesse a tredestinação dos recursos arrecadados com a finalidade específica de financiá-la²⁵⁶.

Somente em 2009 é que, mesmo se computando os valores que foram objeto da desvinculação, haveria déficit nas contas da Seguridade Social, mas em valor muito mais reduzido do que em não se considerando a desvinculação, como se observa abaixo (BRASIL, Tribunal de Contas da União, p. 204-205), *in verbis*:

Merece destaque o mecanismo da Desvinculação das Receitas da União (DRU), criado pelo Governo Federal por meio da Emenda Constitucional nº 27/2000, alterada pela Emenda Constitucional nº 56/2007, para vigorar até 2011, autorizando o governo a utilizar 20% dos recursos de impostos e contribuições em programas e despesas que entender prioritários, o que se aplica, inclusive, aos recursos da seguridade social.

O confronto entre receitas e despesas apontou resultado negativo da seguridade social no exercício de 2009, no valor de R\$ 66,6 bilhões.

.....
Verifica-se que, quando adicionados os valores correspondentes à DRU ao resultado da seguridade social, o valor do resultado para 2008 passa a ser positivo em R\$ 7,8 bilhões; contudo, mesmo com o acréscimo dos valores desvinculados (DRU), o resultado para o

²⁵⁶ A matéria é disposta pelo art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: Art. 76. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2015, 20% (vinte por cento) da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção do domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 68, de 2011](#)). § 1º O disposto no **caput** não reduzirá a base de cálculo das transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios, na forma do [§ 5º do art. 153](#), do [inciso I do art. 157](#), dos [incisos I e II do art. 158](#) e das [alíneas a, b e d do inciso I](#) e do [inciso II do art. 159 da Constituição Federal](#), nem a base de cálculo das destinações a que se refere a [alínea c do inciso I do art. 159 da Constituição Federal](#). ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 68, de 2011](#)). § 2º Excetua-se da desvinculação de que trata o **caput** a arrecadação da contribuição social do salário-educação a que se refere o [§ 5º do art. 212 da Constituição Federal](#). ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 68, de 2011](#)). § 3º Para efeito do cálculo dos recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino de que trata o [art. 212 da Constituição Federal](#), o percentual referido no **caput** será nulo. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 68, de 2011](#)).

exercício de 2009 permanece negativo, no valor aproximado de R\$ 30,3 bilhões.

Logo, constata-se que algumas reservas orçamentárias não têm consistência, resultando muito mais da decisão política de não investimento do que da efetiva constrição financeira, como no caso acima referido.

Daí se depreende a sua inconstitucionalidade na medida em que restringe a possível ampliação dos recursos destinados ao aumento dos níveis de prestação social para que pudessem alcançar e ultrapassar o mínimo vital em direção ao máximo existencial.

Logo, boa parte da reserva orçamentária é ensejada pelo próprio Poder Público, que tredestina os recursos arrecadados com vinculação constitucional e legal, quer mediante a Desvinculação de Receitas da União, quer mediante contingenciamentos de outra ordem, além de não esgotar a sua competência tributária, como se verifica pela ausência de instituição do imposto sobre grandes fortunas.

Se o direito fundamental ao máximo existencial impõe, também, a expansão do que seja possível, há de se concluir tanto pela inconstitucionalidade da Desvinculação de Receitas da União, pela necessidade de esgotamento da competência tributária, e pela inconstitucionalidade de contingenciamento dos programas relativos à implementação dos direitos sociais delineados no orçamento. Há inconstitucionalidade, ainda, da tredestinação dos recursos arrecadados por contribuições sociais e que são destinados a outras finalidades, pois reduzem a capacidade de sustentação das políticas sociais.

De fora parte as estratégias e imposições que podem ser adotadas para ampliar a capacidade de prestação do Estado e, conseqüentemente, atender o critério das possibilidades do referencial da satisfação suficiente, cumpre tratar da questão em que a reserva orçamentária surja como constrição à pretensão de ampliação requerida.

Reitere-se, nesse passo, a advertência de Calabresi e Bobbit (1978) de que nem todas as escolhas são trágicas, mas nem sempre se pode perceber com clareza se há ou não escolha trágica em determinada situação.

Em consonância com o modelo teórico exposto, e tendo em vista o referencial da satisfação suficiente, a reserva orçamentária situa-se no âmbito da análise do critério das possibilidades de ampliação dos níveis de prestação para atendimento de uma determinada necessidade existencial.

Rejeita-se, nesse passo, qualquer proposta que admita uma ponderação entre o equilíbrio financeiro e o direito fundamental que esteja em questão. A questão já foi abordada pela Corte Constitucional italiana quando da sentença n° 84, de 1991, sobre a extensão do art.

81 do texto constitucional, que estabelece a necessidade de indicação dos meios de custear despesas novas ou maiores.

Tais despesas acabavam sendo originadas por decisões que a Corte costumava proferir através das sentenças aditivas de prestação²⁵⁷, demandando custos significativos para o Estado. Assim foi arguido se o art. 81 da Constituição deveria ser observado pela própria Corte Constitucional, com a indicação dos meios de custear o cumprimento da decisão.

Embora a Corte tenha rejeitado a questão suscitada, entendendo que suas decisões não estão sujeitas ao sobredito art. 81 do texto italiano²⁵⁸, passou a adotar mais constantemente a sentença aditiva de princípio, exortando o legislador a implementar as medidas tidas como necessárias à satisfação do direito reclamado.

Essa perspectiva é passível de crítica, pois, além de ser absolutamente inócua em países como o Brasil, cujas decisões de ação direta de inconstitucionalidade por omissão se proliferaram sem qualquer sensibilidade do legislativo e do executivo, decorre de uma ponderação entre grandezas que não são reciprocamente comensuráveis, como aponta Madia D'Onghia (2012) ao considerar que entre os direitos a prestações e as exigências orçamentárias do Estado, não há um equilíbrio entre dois interesses de igual importância, o que é reiterado por parte significativa da doutrina italiana, como Paolo Caretti (2005, p. 403).

No mesmo sentido, Pizzorusso (1990, p. 263) sustenta que o art. 81 da Constituição italiana não é aplicável a decisões da Corte Constitucional tutelando direitos fundamentais, pois os princípios constitucionais devem ser aplicados ainda que demandem esforços financeiros não previstos. De forma peremptória, o doutrinador sustenta que a adoção de técnicas decisórias distintas, em face da avaliação de eventuais custos, que seriam assim evitados, só por tal juízo, importaria em prevaricação, porquanto caracteriza uma situação de autolimitação destinada a evitar as dificuldades advindas da decisão que seria a correta para o caso.

Assim, tem-se de um lado a necessidade de que a reserva orçamentária seja avaliada para o atendimento do critério das possibilidades quanto à satisfação suficiente. De outro lado, não se situa apta a integrar uma ponderação, por não comportar dimensão passível de sopesamento. Além disso, nem sempre é possível identificar se a alegação de escassez do

²⁵⁷ Sobre a tipologia das sentenças produzidas pela Corte Constitucional italiana de Valerio Onida e Marilisa D'Amico (1998) e Antonio Ruggieri e Antonino Spadaro (2009).

²⁵⁸ Contando com a adesão da doutrina, como expressa Valerio Onida (1993, p. 28), não pode a Corte ser obrigada a indicar a cobertura para a implementação de suas decisões, pois sequer tem competência para alocação de recursos orçamentários.

erário configura, realmente, situação que demande escolha trágica. Além disso tudo, podem advir do não atendimento do dever correlato a um direito social custos ainda mais graves, pois a insatisfação dos direitos sociais também é custosa, como assinala adiante Ferrajoli. Como se não bastasse, deve ser integrada ao problema a norma do art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, impositiva da utilização do máximo de recursos disponíveis.

São esses vários elementos que devem nortear a justiciabilidade dos direitos sociais quanto a demandas que postulem a ampliação dos níveis de prestação pela projeção do direito definitivo real para o possível, visando a alcançar o conteúdo essencial ótimo que seja pertinente na oportunidade.

Não há dúvida que a escassez orçamentária, que leva à legitimidade do legislador para realizar escolhas trágicas, e que é traço comum a todos os direitos (SUNSTEIN; HOLMES, 2000), é fator significativo para condicionar a ampliação dos níveis essenciais de prestação relativos aos deveres correlatos a todos os direitos fundamentais; entretanto, não parece ser u/m obstáculo tão rígido como se tem sustentado.

Como observa Peter Lindert (2007, p. 325-326), após intenso estudo, não há relação entre o aumento do orçamento fiscal destinado a financiar as despesas sociais e a redução do Produto Interno Bruto, rompendo com o mito de que o crescimento exige redução dos gastos sociais, o que aumentaria a reserva orçamentária pela constrição aos programas sociais.

Dentro desse quadro, uma das possibilidades de enfrentamento da questão da reserva orçamentária, integrada no âmbito da razoabilidade da ampliação pretendida e da possibilidade fática, deve ser enfrentada a partir da adoção de decisões judiciais que transfiram ao Estado a discricionariedade de optar pelo meio mais adequado para satisfazer o direito. Quando tal medida não for possível, inclusive por uma instrução mais ampla, deve-se verificar se houve a observância do dever de utilização do máximo de recursos disponíveis previsto pelo art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e, ainda, recorrer aos critérios fixados quando da decisão do caso *numerus clausus I*.

Analisando, primeiramente, a verificação da utilização do máximo de recursos disponíveis, seria necessário a) comparar o nível de investimento e de despesas nos direitos sociais com relação a outros direitos; b) comparar as despesas em determinada área social (saúde e educação) com aquelas realizadas na mesma área por outro país do mesmo nível econômico e social; c) comparar a alocação de despesas com os indicadores internacionais

econômicos e sociais (BALAKRISHNAN *et all*, 2011). Tais operações são complexas, mas cabe recordar que o pensamento complexo encontra-se dentre as premissas fixadas.

Outrossim, os recursos a serem aplicados na implementação dos níveis essenciais de prestação não são apenas financeiros, podendo envolver recursos humanos, técnicos, organizacionais e naturais, percepção que pode mitigar a pressão sobre a reserva orçamentária.

Desse modo, cabe ao poder judiciário, ainda que ampliando a instrução²⁵⁹, utilizar-se dos dados e informações que lhe fossem disponibilizados para verificar se houve ou não a disponibilização do máximo de recursos possíveis e se, no que respeita ao direito em questão e à respectiva prestação, tem havido compromisso sincero do Estado no seu atendimento, com evoluções sensíveis nos níveis de prestações ampliados pelo próprio poder público, ou não. Atente-se que no *numerus clausus* I o Tribunal Constitucional alemão rejeitou a pretensão após constatar o esforço feito para aumento do número de vagas e a exaustão da capacidade de absorção de estudantes²⁶⁰. Se situação similar ficar caracterizada, descabe a garantia judicial do direito em questão.

Além disso, voltando à primeira hipótese alentada, é possível conviver harmoniosamente com a reserva do possível, a depender do caso e da natureza da prestação requerida, se houver a possibilidade da adoção de meios e técnicas decisórias que confirmam ao Estado a discricionariedade de optar pela via menos onerosa para cumprir determinada prestação; ou seja, determinando a ampliação do nível de prestação ou o atendimento de determinado dever, restitua-lhe a discricionariedade quanto aos meios.

²⁵⁹ O que encontra várias e ricas possibilidades em sede de controle de constitucionalidade em razão dos mecanismos de abertura da interpretação constitucional previstos pela Lei nº 9868/99 e do *amicus curie*, podendo solicitar informações aos tribunais inferiores e, por que não, a outros órgãos públicos, como também determinar audiências públicas e a manifestação de *experts*. A expressão instrução é, claramente, utilizada de forma tecnicamente imprópria, mas conotativamente adequada.

²⁶⁰ O Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão da reserva do possível, de forma paradigmática, através do Ministro Celso de Mello em decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, salientando que “É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”.

Seria o caso de ação em que se postula o respeito ao direito à moradia a desabrigados, devendo a decisão judicial conferir ao poder público a possibilidade de optar pelo meio com que irá implementar a ordem judicial, submetendo ao juiz a sua adequação e suficiência. Poderia ser desde disponibilizar um abrigo para os desabrigados, quanto fornecer um valor a título de auxílio-aluguel, como subsidiar a estadia em alguma pensão ou hotel, cabendo a opção da medida que fosse tida como mais conveniente e oportuna e menos onerosa.

Se, entretanto, não for possível tal opção, deve o julgador empreender a aferição antes assinalada, identificando se houve ou não a utilização do máximo de recursos disponíveis e, se não houve, se, numa perspectiva temporal, é possível constatar a seriedade e sinceridade – decorrentes da confiança – do Estado na progressiva e gradual ampliação dos níveis de prestação do direito em questão, quer seja no âmbito macro, *mezzo* ou micro. Se não, impõe-se a ordem judicial que tutele o direito, desde que estejam presentes os demais critérios da satisfação suficiente, inclusive o da coerência com os níveis médios de prestação pertinentes ao sistema de direitos fundamentais, fazendo as vezes da avaliação da tendência à coletivização ressaltada por Virgílio Afonso da Silva e Luís Roberto Barroso.

Cabe, ainda, corroborando o que antes afirmado, que, a despeito da escassez de recursos, a inércia estatal pode pressionar muito mais o orçamento do que a exigência de ações relativas aos direitos sociais.

De um lado, enquanto nem todos os direitos sociais demandam custos diretos (SARLET, 2009, p. 235), as liberdades são direitos que pressupõem atividade estatal de proteção e garantia, como acentuado por Sustein e Holmes (2000), de modo que é um mito a referência de que apenas os direitos sociais são economicamente limitados, extraindo daí a debilidade de sua sindicabilidade.

Como observa Ferrajoli (2007, p. 68), o regime político da democracia constitucional custa até pouco, embora devesse ser mais custoso, como se verifica abaixo, *in verbis*:

Por isso, é absurda a tese de que a democracia custa muito. Se pensamos na vistosa inadimplência dos direitos sociais, à expansão da miséria e à enorme desigualdade do mundo, em contraposição aos países ricos, devemos concluir, contrariamente, que custa pouco, vergonhosamente pouco²⁶¹.

²⁶¹ Em tradução livre. No original, “Per questo e assurda la tesi che la democrazia costa troppo. Se pensiamo alle vistose inadimplenze dei diritti sociali, alle sacche spaventose di miséria e alle enormi disuguaglianze nel mondo e pergino all’interno dei paesi più ricchi, dobbiamo al contrario concludere che essa costa troppo poco, vergognosamente poco”.

Ademais, sustenta que “Mas, sobretudo, se é verdade que os direitos fundamentais custam, é também verdadeiro que custa ainda mais a sua violação e o seu inadimplemento. Este é um fato ignorado²⁶²”, no que lhe assiste razão. Custa muito ainda em razão da fragilidade dos vínculos sociais, colocando sobre pressão a própria subsistência comunitária.

A ausência de um nível essencial de prestação quanto ao direito à moradia, quer normativa, quer material, pela insuficiência da legislação, ou pela insuficiência das ações materiais e concretas do Poder Público, acaba onerando o sistema de saúde pela falta de higiene e saneamento, dentre outros efeitos.

De igual modo, a título de ilustração, um cidadão que não receba determinado tratamento médico de urgência e, em razão disso, torne-se inválido, acarretará custos para a Seguridade Social que poderia ser evitado, além do próprio e inestimável custo humano, como ressaltado por Häberle (2003, p. 156) resalta os custos humanos que podem advir de uma excessiva valorização da noção de reserva do possível, *in verbis*:

Na necessária análise dos custos-benefícios, os ‘*custos humanos*’ são mesmo subvalorizados; por exemplo, na tutela do meio ambiente, na planificação urbanística, na planificação de rodovias, nos percentuais incidentes sobre rodovias. Disso decorre o valor da reflexão que leva a afirmar: sem crescimento econômico às custas de direitos fundamentais²⁶³!

Acerto está com Canotilho (2006, p. 107) quando, de forma limitada, observa que os direitos fundamentais encontram na reserva do possível (utilizada por ele em sentido amplo) a condição de gradualidade da sua implementação, a despeito de reputar, em regra, inviável o controle dos programas político-legislativos pela jurisdição constitucional.

Finalmente, há de se destacar a existência de propostas concretas que se dirigem à superação dos problemas sociais e que envolvem apenas disposição política, audácia e criatividade, como demonstra Yunus (2008) com o desenvolvimento do microcrédito, além das propostas de Josephh Stiglitz (2006, p. 43-51) por outra globalização, combatendo a pobreza, a desigualdade e os problemas climáticos, que vem a se ajustar, parcialmente, com o sentido do constitucionalismo global.

²⁶² Em tradução livre, “Ma soprattutto, se è vero che i diritti fondamentali costano, è anche vero che costano assai più le loro violazioni e le loro inadempienze. È questo un fatto di solito ignorato”.

²⁶³ Em tradução livre. No original, Nella necessaria analisi dei costi-benefici, i ‘*costi umani*’ sono spesso sottovalutati; ad esempio, nella tutela dell’ambiente, nella pianificazione urbanistica, nella pianificazione stradale, nella percentuale degli incidenti stradali. Da ciò discende il valore della riflessione che porta ad affermare: nessuna crescita economica a discapito dei diritti fondamental!

Dessarte, enfrentados os obstáculos, com a demonstração da inconsistência de muitos e dos limites de alguns, torna-se patente a demonstração de que o direito ao máximo existencial, a partir do real, é possível de ser implementado, referindo-se à ampliação dos níveis de prestação estatal para além do mínimo e em direção ao conteúdo essencial ótimo dos direitos, notadamente dos sociais, com base no referencial da satisfação suficiente.

4.4.2.3 Novas técnicas de decisão

Diante do quanto exposto, cabe finalmente suscitar a possibilidade de técnicas de decisão que viabilizem a devida ampliação dos níveis essenciais de prestação da forma que seja mais conforme o sistema constitucional.

Assim, a fim de enfrentar a complexidade de garantir pretensões individuais que sejam significativamente onerosas, em detrimento da coletividade, que não disfrutará nem potencialmente da respectiva prestação, impõe-se sugerir alteração legislativa que enseje, em ações individuais de tal jaez, a possibilidade do juiz ouvir o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia Pública do respectivo ente público e, ainda, entendidas representativas dos interesses pertinentes ao direito discutido, no sentido de avaliar se projeção coletiva da pretensão.

Seria o caso de se introduzir um incidente de coletivização da demanda.

Outra possibilidade, já antecipada e que se afigura muito rica, é a de decisões judiciais alternativas, invertendo a lógica ínsita ao art. 461, §5º, do Código de Processo Civil, e já utilizadas por outras Cortes Constitucionais, como registra Christian Behrendt (2006, p. 263-266), cabendo ao poder público optar pelo meio de cumprimento que reputar mais adequado e conveniente, sujeitando-o à avaliação do julgador.

Outra técnica decisória possível seria uma declaração de insatisfatoriedade com medida supletiva condicionada. Ou seja, a Corte profere a decisão e fixa um prazo para que a medida seja executada ou – em se tratando de prestação normativa – a lei seja editada, já estabelecendo, de antemão, como se dará o seu cumprimento ou como será regulada a matéria, caso persista o descumprimento ou a omissão inconstitucional.

Com isso, busca-se seguir os conselhos tanto de Alexy (2008b), quanto de Eliseo Aja (1998, xxix) quanto à necessidade de desenvolvimento de novas técnicas decisórias que sejam aptas a enfrentar a complexidade das questões submetidas à jurisdição constitucional.

CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais são o coração do constitucionalismo e em nome dele muitas revoluções, insurreições e insubordinações surgiram. O processo de garantia dos direitos fundamentais é paulatino e gradual, especialmente em se tratando dos direitos sociais, mas consiste sempre numa luta. Às revoluções armadas, que ainda hoje eclodem em nome dos direitos humanos e fundamentais, tem-se as revoluções das ideias, promovidas pela doutrina, pelos advogados, pela academia e pela própria comunidade aberta de intérpretes dos direitos fundamentais.

Nesse passo, torna-se significativamente importante a sustentação do direito fundamental ao máximo existencial, destinado a enfrentar e a superar uma categoria mal desenvolvida e mal compreendida em plagas brasileiras, que é a do direito ao mínimo vital, sustentando-se o dever do Estado ampliar, progressiva, gradual, contínua e processualmente, os níveis essenciais de prestações relativos aos deveres advindos da dimensão positiva dos direitos fundamentais, visando ao atendimento do referencial da satisfação suficiente das necessidades existenciais e a habilitação para o desenvolvimento das capacidades. Por essa via, busca-se efetivar a desmercantilização das condições existenciais e a promoção da auto-realização e da autonomia individuais em condições de bem-estar que ensejem a vivência de uma vida boa.

Para tanto, é preciso rejeitar paradigmas liberais, formalistas e positivistas que não condizem com as necessidades do direito que se pretende afirmar e da sua potencialidade. Assim, suscita-se as premissas epistemológicas, invocando a adesão ao paradigma da reflexão hermenêutica, enriquecido com o pensamento do possível e com o critério de racionalidade prática da satisfação suficiente, com as devidas adaptações ao que dele se pretende. Situa-se nesse quadrante o valor da utopia, posto ser o direito fundamental ao máximo existencial condição de possibilidade para efetivação dos direitos fundamentais, sendo ideia reguladora que, não obstante isso, deve se exprimir na prática constitucional operativa.

No âmbito das premissas teóricas, não há como situar adequadamente o direito fundamental ao máximo existencial sem inseri-lo no contexto do constitucionalismo dirigente, de feição neoconstitucional e pós-positivista, e multinível, integrado pelo nível global, regional e nacional. Além disso, é um constitucionalismo virtuoso.

Relevante também é a teoria das necessidades e a teoria das capacidades, que além de explicitarem o valor moral e a dimensão axiológica do direito fundamental ao máximo

existencial, conferem elementos para viabilizar a determinação do conteúdo estrutural e semântico dos direitos fundamentais.

Procede-se, também, a uma necessária revisão de aspectos da teoria dos direitos fundamentais, ainda presa aos parâmetros e referenciais do paradigma liberal, sustentando-se uma teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada, porquanto rejeite os vícios e preconceitos instituídos em desfavor dos direitos sociais e sirva para conferir-lhes sentido normativo e o mesmo *status* jurídico-constitucional dos demais direitos fundamentais, assentando-se a idoneidade da fundamentação moral e a indivisibilidade entre as categorias de direitos.

Enfrenta-se e supera-se o problema da indeterminação dos direitos sociais, que não lhes é característica exclusiva, como também, se nega a tradicional dicotomia distintiva entre direitos civis e políticos como direitos negativos e direitos sociais como direitos positivos, sustentando-se o caráter multideôntico dos direitos fundamentais, sobressaindo-se seis tipos distintos de deveres, dos quais quatro são pertinentes à dimensão positiva e envolvem prestações materiais ou normativas. São os deveres de proteção, promoção, satisfação e garantia. Ao se tratar da ampliação dos níveis essenciais de prestação, a referência será a um ou a mais de um desses tipos de prestação que, ademais, pode-se integrar nos distintos âmbitos de prestação, que podem ser micro, *mezzo*, macro e meta-macro e meta-micro.

Além disso, procede-se à rejeição da categoria do conteúdo essencial mínimo e da proporcionalidade quanto às leis de desenvolvimento dos direitos fundamentais e se adapta a teoria do suporte fático para viabilizar a introdução da dimensão temporal mediante a dicotomia entre direito definitivo real e direito definitivo possível.

Sustenta-se, assim, o conteúdo essencial ótimo, atendido pela satisfação suficiente das necessidades existenciais mediante a ampliação dos níveis essenciais de prestação, fazendo-se uso do referencial da satisfação suficiente no âmbito do controle do desenvolvimento legislativo dos direitos fundamentais.

A análise do direito fundamental ao máximo existencial foi empreendida, firmando-se a sua noção e a sua potencialidade normativa, sendo destacado o dever fundamental de ampliação dos níveis essenciais de prestação e o dever instrumento de ampliação da capacidade de prestação do Estado, o que se projeta sobre as reservas institucionais e do possível.

Identificou-se o respaldo do direito fundamental ao máximo existencial na Constituição Federal de 1988, assentando-se dogmática e axiologicamente na cidadania, na dignidade, na igualdade, na solidariedade, no objetivo constitucional de promoção do bem-

estar e na justiça social, além do princípio da prevalência dos direitos humanos. Também encontra assento em constituições de outros Estados com o mesmo modelo dirigente, global e virtuoso, como é o caso das Constituições italiana e espanhola.

Os referenciais transnacionais também assentam o direito fundamental ao máximo existencial, como é o caso dos regramentos que conferem a dimensão social ao Mercosul e do art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Situa-se o direito fundamental ao máximo existencial como princípio e como regra, rejeitando a categoria do direito fundamental ao máximo existencial, destituído de adequação filosófica, axiológica, política e dogmática, embora haja algumas de suas versões que mais se aproximam da proposta do direito fundamental ao máximo existencial.

Outrossim, fundou-se a possibilidade de justiciabilidade dos direitos sociais para além do mínimo existencial e em direção ao conteúdo essencial ótimo, como consequência da inflexão normativa do direito que se pretende afirmar, enfrentando e rejeitando os obstáculos usualmente erguidos contra tal possibilidade, notadamente a reserva do possível.

O direito fundamental ao máximo existencial é um direito complexo, de difícil consecução, mas complexas, difíceis e custosas são as condições existenciais, justificando que a reflexão busque a complexidade no ambiente da razão para ensejar a calma no ambiente comunitário, fazendo desta ideia reguladora o objeto central da luta constitucional, matizada de anseios, crises e esperanças. Esperanças que a outrora chamada folha de papel seja, ao mesmo tempo, resistência e propulsão para a efetividade possível e máxima dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. Jusnaturalismo. In: ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 593.
- _____. Racionalismo. In: ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 821-822.
- _____. Teoria. In: ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 952-953.
- ABELLÁN, Angel-Manuel. La problemática del Estado de Bienestar como fenómeno internacional. In: HERRERA, Miguel Ángel García. *El Constitucionalismo en la Crisis del Estado Social*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 1997, 179-210.
- ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl. *El Estado Social*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1986.
- ACTON, John Elmerich Dalberg, Lord. Carta ao Bispo Creighton. In: Barros, Benedicto Ferri de. *Lord Acton: 'O Poder tende a corromper. E o poder absoluto corrompe absolutamente*. São Paulo: GRD, 2003.
- ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- AGUILÓ, Josep. *La Constitución del Estado Constitucional*. Lima-Bogotá: Palestra-Temis, 2004.
- AJA, Eliseo. *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998.
- ALDAY, Rafael Escudero. *Los Calificativos del Positivismo Jurídico*. Madri: Civitas, 2004.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- _____. *Derecho y Razón Práctica*. Cidade do México: Fontamara, 2002.
- _____. *Tres Escritos de los Derechos Fundamentales*. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003.
- _____. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004a.
- _____. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004b.
- _____. *La Institucionalización de la Justicia*. Granada: Comares, 2005.
- _____. Sobre los derechos constitucionales a protección. In: ALEXY, Robert. *Derechos Sociales y ponderación*. Madri: Fundação Colóquio Jurídico Europeu, 2007, p. 45-84.
- _____. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008a.
- _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008b.
- _____. *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a filosofia do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010a.
- _____. *La Construcción de los Derechos Fundamentales*. Buenos Aires: AD-HOC, 2010b.

- _____. Two or Three. In: BOROWSKI, Martin. *On the Nature of Legal Principles*. Stuttgart: Nomos, 2010, p. 9-18.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua Conversão em Lei*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ANDERSON, Perry. *As Origens da Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- _____. Balanço do Neoliberalismo. In Sader, Emir et Gentili, Pablo. *Pós-neoliberalismo*. 6. ed., São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 9-22.
- APOSENTADORIA INTEGRAL DE SERVIDOR COM DOENÇA GRAVE NÃO ESPECIFICADA EM LEI TEM REPERCUSSÃO. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=201133&caixaBusca=N>. Acesso em 28 fev. 2012.
- ARANGO, Rodolfo. *Los Derechos Sociales en Iberoamérica: Estado de la Cuestión y Perspectivas de Futuro*. Disponível em:
http://www.portalfio.org/inicio/archivos/cuadernos_electronicos/numero_5/1_%20Los%20derechos%20sociales%20en%20Iberoam%C3%A9rica.pdf. Acesso em: 2 jan. 2012.
- ARAGON, Manuel. *Constitución y Control del Poder*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995.
- ARENDT, Hannah. *O que é Política*. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.
- ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2002a.
- _____. *Ética a Nicômaco*. Bauru: Edipro, 2002b.
- ARIZA, Santiago Sastre. Más Allá de una Ciencia Jurídica Contemplativa. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madri: Trotta, 2005, p. 285-292.
- ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Fariñas. *Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. *Entre Modernidad y Globalización*. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2000.
- ASENSIO, Rafael Jiménez. *El Constitucionalismo: Proceso de Formación y fundamentos del Derecho Constitucional*. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 2003.
- ASÍS, Rafael de. *Las Paradojas de los Derechos Fundamentales como Límites al Poder*. Madri: Dykinson, 2000.
- ASSOCIATION FRANÇAISE DES CONSTITUTIONNALISTES. *La Constitutionnalisation des Branches du Droit*. Paris: Economica, 1998.
- ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- _____. *Hipótese de Incidência Tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- ATIAS.
- _____. *Philosophie du Droit*. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2004.
- ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. In: *DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 34, p. 671-687.
- AYALA, Andoni Pérez. Los orígenes del Constitucionalismo Social. Una aproximación desde

- una perspectiva histórico-comparativa. In: HERRERA, Miguel Ángel García. *El Constitucionalismo en la Crisis del Estado Social*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 1997, p. 333-380.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ÁVILES, Maria del Carmen Barranco. *Diversidad de Situaciones y Universalidad de los Derechos*. Madri: Dykinson, 2010.
- AZEVEDO, Plauto Faraco. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- AZZARITI, Gaetano. *Problemi Attuali di Diritto Costituzionale*. Milão: Giuffrè: 1951.
- BALAKRISHNAN, Radhika *et all*. Maximum Available Resources & Human Rights: Analytical Report. Disponível em:
<http://www.cwgl.rutgers.edu/globalcenter/publications/marreport.pdf>. Acesso em 10 out. 11.
- BALDASSARRE, Antonio, *Diritti della Persona e Valori Costituzionali*. Turim: Giappichelli, 1997.
- _____. *Los Derechos Sociales*. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2001.
- _____. *Lo Stato e il cittadino: quali diritti? Quali valori?* Milão: Spirali, 2002.
- BAGEHOT, Walter. *The English Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- BAHIA, Saulo José Casali. O Poder Judiciário e a Efetivação dos Direitos Fundamentais. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley; DANTAS, Miguel Calmon. *Desafios do Constitucionalismo Brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 297-311.
- _____. *O Princípio da Confiança e a Judicialização da Política*. No prelo. 2012.
- BASTOS, Celso; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- BARBE, Vanessa. *Le Rôle du Parlement dans la Protection des Droits Fondamentaux*. Paris: LGDJ, 2007.
- BARBOSA, Ruy. Parecer: Limites Interestaduais. In: *Obras Completas de Rui Barbosa*. 1915, v. XLII, t. 01.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- BARLOW, John Perry. *Declaração de Independência do Ciberespaço*. Disponível em:
<http://www.cultura.gov.br/site/2006/10/23/declaracao-de-independencia-do-ciberespaço/>. Acesso em 10 jan. 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: *Revista de Direito do Estado*. n. 13, jan-mar. 2009, p. 71-84.

_____. *Da falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 2 jan 2012.

BARRY, Brian. *Why Social Justice Matters*. Cambridge: Polity Press, 2005.

BASTOS, Celso et BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. *Comunidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

_____. *Vidas Desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

_____. *Tempos Líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007a.

_____. *La Décadence des intellectuels: des législateurs aux interprètes*. Cahors: Actes Sud, 2007b.

_____. *A Arte da Vida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BBCBrasil, disponível em:

http://www.bbc.co.uk/portuguese/lg/noticias/2009/06/090624_relatoriobancos_rw.shtml. Acesso em 26.04.09.

BAYÓN, Juan Carlos. Deber Jurídico. In: *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía: El Derecho y la Justicia*. Madri: Trotta, 2000, p. 313-331.

BEAUD, Olivier. *La Puissance de L'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BEDIN, Gilmar Antônio. Direito Natural. In: In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos-Renovar, 2006, p. 240-243.

BEHRENDT, Christian. *Le Juge Constitutionnel, un Législateur-Cadre Positif*. Bruxelas: Bruylant, 2006.

BELLETTI, Michele. *I "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali..." alla prova della giurisprudenza costituzionale. Alla ricerca del parametro plausibile...* Disponível em: <http://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/revista_3-4_2003/613-646%20BELLETTI.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2011.

_____. Livelli essenziali delle prestazioni e contenuto essenziale dei diritti nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. In: CALIFANO, Licia. *Corte Costituzionale e Diritti Fondamentali*. Turim: Giappichelli, 2008.

BELIK, Walter. A medida da pobreza. In: BETTO, Frei (org.). *Fome Zero: Textos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004, p. 32-34.

BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. *Manual de Derecho Constitucional*. 2ª ed. Madri: Marcial Pons, 2001.

BEITZ, Charles R.; GOODIN, Robert E. Introduction: Global Basic Rights and Beyond. In: BEITZ, Charles R.; GOODIN, Robert E. *Global Basic Rights*. Oxford: Oxford University, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre

- o caso brasileiro. In: *Re.vista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 142, abr/jun 1999.
- _____. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In BERCOVICI, Gilberto *et al.* *Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 75-150.
- _____. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____ et MASSONETTO, Luís Fernando. *A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica*. Disponível em: http://moodle.stoa.usp.br/file.php/467/A_Constituio_Dirigente_Invertida.pdf. Acesso em: 5 dez. 2011.
- BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Temas Atuais de Direitos Fundamentais*. 2. ed. Ilhéus: UESC, 2007.
- BILLIER, Jean Cassien; AGLAE, Maryioli. *História da Filosofia do Direito*. Barueri: Manole, 2001.
- BIN, Roberto. *Atti normativi e norme programmatiche*. Milão: Giuffrè, 1988.
- _____. *Diritti e Argomenti: Il Bilanciamento degli Interessi nella Giurisprudenza Costituzionale*. Milão: Giuffrè, 1992.
- _____. *Lo Stato di diritto: come imporre regole al potere*. Bolonha: Mulino, 2004.
- BIX, Brian. *Jurisprudence*. 4. ed. Carolina do Norte: Carolina Academic, 2006.
- BLOCH, Ernst. *Droit Naturel et Dignité Humaine*. Parys: Payot & Rivages, 2002.
- _____. *O princípio esperança*. Rio de Janeiro: UERJ-Contraponto, 2005, v. 1.
- _____. *O princípio esperança*. Rio de Janeiro: UERJ-Contraponto, 2006, v. 2.
- BILCHITZ, David. *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Qual Socialismo?* 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.
- _____. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.
- _____. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1996.
- _____. *Liberdade e Igualdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- _____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5. ed. Brasília-São Paulo: Universidade de Brasília-Imprensa Oficial, 2000a, v. 1.
- _____. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5. ed. Brasília-São Paulo: Universidade de Brasília-Imprensa Oficial, 2000b, v. 2.
- _____. *O Futuro da Democracia*. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000c.
- _____. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000d.
- _____. *Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito*. Barueri: Manole, 2007a.
- _____. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.
- BÖCKENFÖRD, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madri: Trotta, 2000.

- _____. *Stato, Costituzione, Democrazia: studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*. Milão: Giuffrè, 2006.
- BODIN, Jean. *Los seis libros de la republica*. 4. ed. Madri: Tecnos, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. Malheiros: São Paulo, 1997.
- _____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BONGIOVANNI, Giorgio. *Teorie Costituzionalistiche del Diritto*. Bolonha: Clueb, 2000.
- BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003.
- _____ (coord.) *On the Nature of Legal Principles*. Stuttgart: Nomos, 2010.
- _____. The Structure of Formal Principles – Robert Alexy’s ‘Law of Combination’. In: BOROWSKI, Martin. (coord.) *On the Nature of Legal Principles*. Stuttgart: Nomos, 2010, p. 19-35.
- BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- _____. *Contrafogos 2*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BOURGEOIS, Leon. *Solidarite*. Paris: Bibliolife-Armand Colin, 1902.
- BORGES, José Souto Maior. *Ciência Feliz*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial n. 222.823/SP. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, 16/11/2004. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=512887&sReg=199900619030&sData=20041206&formato=PDF. Acesso em: 2 fev. 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial n. 10953810/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 17/12/2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=842856&sReg=200800949086&sData=20100315&formato=PDF. Acesso em: 2 fev. 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.240. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 09/05/2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>. Acesso em: 01 nov. 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Embargos Infringentes na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.289. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 03/04/2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324427>. Acesso em: 5 dez. 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Presidência. Suspensão de Segurança n. 3.154. Relator: Ministro Gilmar Mendes (Presidente). Brasília, 28/03/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SS%24%2ESC LA%2E+E+3154%2E%29&base=basePresidencia>. Acesso em: 5 dez. 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Recurso Extraordinário n. 466.343. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 03/12/1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 01 jan. 2012.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3540 Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 01/09/2005. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>. Acesso em 1 jan. 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar n. 47. Relator: Ministro Presidente Gilmar Mendes. Brasília, 17/03/2010. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>". Acesso em: 10 jan. 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo Regimental no Agravo no Recurso Extraordinário n. 639337. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 23/08/2011. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em 10 jan. 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3512. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 15/02/2006. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363387>. Acesso em 10 jan. 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo n. 631*, Brasília, 13-17 jun. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo631.htm>. Acesso em: 20 jan. 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Extraordinário n. 427339. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 05/04/2005. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368452>. Acesso em: 2 fev. 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3768. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 19/09/2007. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491812>. Acesso em 4 fev. 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45. Relatora: Ministro Celso de Mello. Brasília, 29/04/2004. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>. **Acesso em: 20 jun 2006.**
- BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O Conceito de Política Pública em Direito. In Bucci, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUENO, José Antônio Pimenta, Marquês de São Vicente. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. São Paulo: Ed. 34, 2002.
- BUNGE, Mario. *Ciência e Desenvolvimento*. São Paulo: USP, 1980.
- BURDEAU, Georges. *Manuel de Droit Public : Les Libertés Publiques. Les Droits Sociaux*. Paris: LGDJ, 1948.
- _____. *Traité de Science Politique*. Paris : LGDJ, 1966.

- _____; HAMON, F.; TROPER, M. *Droit Constitutionnel* 26. ed. Paris: LGDJ, 1999.
- _____. *O Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- BOURGEOIS, Leon. *Solidarite*. 3.ed. Paris: Armand Colin, 1902.
- BYRON, Michael. *Satisficing Maximizing: Moral Theorists on Practical Reason*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic Choice: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. Nova Iorque: Norton, 1978.
- CALAMANDREI, Piero. L'Avvenire dei Diritti di Libertà. In: RUFFINI, Francesco. *Diritti di Libertà*. 2. ed. Firenze: Nuova Italia, 1946, p. VII-LVI.
- CALERA, Nicolás María Lopez. *Yo, el Estado*. Madri: Trotta, 1992.
- _____. *Filosofia del Derecho*. 9. ed. Granada: Comares, 2004.
- CALMON DANTAS, Miguel. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. Poderes Separados ou Concentrados: Novos Sentidos da Vetusta Separação de Poderes In: *Teses da Faculdade Baiana de Direito*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010, v. II, p. 119-142.
- _____. O Tempo da Expansão do Possível: Solidariedade Dirigente sobre a Reserva Orçamentária In: Calmon Dantas, Miguel; Cunha Júnior, Dirley. *Desafios do Constitucionalismo Brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2009, v.1, p. 121-186.
- _____. Ode ou Réquiem pela Constituição Dirigente. In: *Revista do Curso de Direito da Unifacs*, Porto Alegre, v. 5, p. 51-61, 2005.
- _____. Direito Fundamental à Processualização. In DIDIER JR., Fredie, WAMBIER, Luiz Rodrigues, et GOMES JR., Luiz Manoel. *Constituição e Processo*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 405-407.
- CAMERLENGO, Quirino. *Contributo ad una Teoria del Diritto Costituzionale Cosmopolitico*. Milão: Giuffrè, 2007.
- CAMPBELL, Tom. *El sentido del positivismo jurídico (II): el positivismo jurídico prescriptivo como un derecho humano*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 27 (2004).
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Función, Estructura y Falsación de las Teorías Jurídicas*. Madri: Civitas, 1995.
- _____. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANELA JÚNIOR, Osvaldo. O Orçamento e a “Reserva do Possível”: Dimensionamento no Controle Judicial de Políticas Públicas. Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 225-236.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes et Moreira, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994.
- _____. Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 15, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-jun. 1998.

- _____. *Estado de direito*. Lisboa: Fundação Mário Soares, 1999.
- _____. O Direito Constitucional na Encruzilhada do Milênio. De uma disciplina dirigente a uma disciplina dirigida. In: *Constitution y Constitucionalismo Hoy*. Caracas: Fundação Manuel Garcia Pelayo, 2000, p. 217-225.
- _____. Prefácio: Um Filho Enjeitado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001a.
- _____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001b.
- _____. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A Eficácia dos Direitos Fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do Direito Pós-Moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001c, p. 108-115.
- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, [s.d].
- _____. JORNADAS SOBRE A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE EM CANOTILHO, 2002, Curitiba. COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. “Brançosos” e a Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional. Coimbra: Almedina, 2006a.
- _____. Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Brançosos” e a Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional. Almedina: Coimbra, 2006b, p. 101-129
- _____. Estado Pós-moderno e Constituição sem sujeito. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Brançosos” e a Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional. Almedina: Coimbra, 2006c, p. 131-162
- _____. Metodologia ‘Fuzzy’ e ‘Camaleões Normativos’ na Problemática atual dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008a, p. 97-113.
- _____. Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2008b, p. 35-68.
- _____; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. O Direito Constitucional como Ciência de Direcção – O Núcleo Essencial de Prestações Sociais ou a Localização Incerta da Socialidade (Contributo para a Reabilitação da Força Normativa da ‘Constituição Social’). In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 11-31.
- CANTARO, Antonio. El declive de la ‘constitución económica del Estado Social’. In: HERRERA, Miguel Ángel García. *El Constitucionalismo en la Crisis del Estado Social*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 1997, p. 153-178.
- CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto Prohibido: Uma aproximação histórico-teórica ao Estado do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

- CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade das Leis*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Frabris, 1999.
- _____. *Processo, Ideologias e Sociedade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008a, v.1.
- _____. *Processo, Ideologias e Sociedade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008b, v.2.
- _____. *Juízes Legisladores*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- CAPITANT, Henri. *La Thèse de Doctorat en Droit*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1951.
- CARA, Juan Carlos Gavara de. *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo*. Madri: CEPC, 1994.
- _____. *La Dimensión Objetiva de los Derechos Sociales*. Barcelona: Bosch, 2010.
- CARBONELL, Miguel (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta, 2003.
- _____. (coord.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madri: Trotta, 2007.
- _____. El neoconstitucionalismo em su labirinto. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madri: Trotta, 2007, p. 9-12.
- _____. et JARAMILLO, Leonardo García (coord.). *El Canon Neoconstitucional*. Madri: Trotta, 2010.
- CARNEIRO, Walber Araujo. *Hermenêutica Jurídica Heteroflexiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- CARETTI, Paolo. *I Diritti Fondamentali: Libertà e Diritti Sociali*. 2. ed. Turim: Giappichelli, 2005.
- CASAMIGLIA, Albert. Ciencia Jurídica. In: *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía: El Derecho y la Justicia*. Madri: Trotta, 2000, p. 17-27.
- CASTILHO, Ricardo. *Justiça Social e Distributiva: desafios para concretizar os direitos sociais*. São Paulo, Saraiva, 2009.
- CASTRO, José Luis Cascajo. *La Tutela Constitucional de los Derechos Sociales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988.
- _____. *Derechos Sociales*. Disponível em:
<http://www.acoes.es/congresoIX/documentos/PonenciaDrJLCascajo.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2011.
- CASS, Deborah Z. *The Constitutionalization of The World Trade Organization*. Nova Iorque: Oxford University Press. 2005.
- CASSESE, Sabino. *La Nouva Costituzione Economica*. Bari: Laterza, 2006a.
- _____. *Oltre lo Stato. Verso una costituzione globale?* Bari: Laterza, 2006b.
- _____. *Los Tribunales ante la Construcción de un Sistema Jurídico Global*. Sevilha: Derecho Global, 2010.
- CASTEL, Robert. *A Insegurança Social: O que é ser protegido?* Petrópolis: Vozes, 2005.
- CASTORIADIS, Cornelius. *As Encruzilhadas do Labirinto*. São Paulo: Paz e Terra, 1997, v. 1.
- _____. *As Encruzilhadas do Labirinto: A ascensão da insignificância*. São Paulo: Paz e Terra, 2002, v. 4.
- _____. *Post-scriptum sobre a insignificância*. São Paulo: Veras, 2001.

- CENZANO, José Carlos de Bartolomé. *Derechos Fundamentales y Libertades Públicas*. Valência: Tirant lo Blanc, 2003.
- CHEMERINSKY, Erwin. *The Conservative Assault on the Constitution*. Nova Iorque : Simon & Schuster, 2010.
- CHEVALLIER, Jacques. *L'État de Droit*. 4. ed. Paris: Montchrestien, 2003.
- _____. *L'État post-moderne*. 2. ed. Paris: LDGJ, 2004
- CHOMSKY, Noam. *O Governo do Futuro*. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- CHOUDHRY, Sujit (coord.). *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006a.
- _____. The Migration in Comparativa Constitutional Law. In: CHOUDHRY, Sujit (coord.). *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006b, p. 1-35.
- CHULVI, Cristina Pauner. *El Deber Constitucional de Contribuir al Sosteenimiento de los Gastos Públicos*. Madri: CEPC, 2001.
- CLÉRICO, Laura. Sobre la prohibición por acción insuficiente, por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad. In: SIECKMANN, Jan-R. (ed.). *La teoria principialista de los derechos fundamentals*. Madri: Marcial Pons, 2011, p. 169-206.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito Constitucional, Novos Paradigmas, Constituição Global e Processos de Integração. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira. *Constituição e Democracia*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- COICAUD, Jean-Marc; DOYLE, Michael W.; GARDNER, Anne-Marie. *The Globalization of Human Rights*. Toquio: United Nations University Press, 2003.
- CONSTANT, Benjamin. *Princípios de Política Aplicáveis a todos os Governos*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.
- COOLEY, Thomas M. *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Power of the United States of the American Union*. Nova Jersey: The Lawbook Exchange, 1999.
- _____. *Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América*. Campinas: Russel, 2002.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de neoconstitucionalismo: un analisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta, 2003, p. 75-98.
- COMMAILLE, Jacques. *Les Nouveaux Enjeux de la Question Sociale*. Paris: Hachette, 1997.
- COMISSÃO DE JUSTIÇA SOCIAL. *What is Social Justice*. In: FRANKLIN, Jane. *Social Policy and Social Justice*. Cambridge: Polity Press, 1998, p. 37-49.
- COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME. *La Déclaration Universelle des Droits de L'Homme 1948-2008 : Réalité d'un idéal commun? Les Droits Économiques, Sociaux et Culturels en question*. Paris : La Documentation Française, 2009.
- COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E CARIBE. *Social Panorama of Latin America*. Santigo: Organização das Nações Unidas, 2009.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Rumo à Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010.

- CONGLETON, Roger et SWEDENBORG, Birgitta (org.) *Democratic Constitutional Design and Public Policy*. Cambridge, Massachusetts, Londres: MIT, 2003.
- CÓRDOBA, Gema Marcilia. *Racionalidad Legislativa: crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución. Caso das Crianças e Adolescentes Privados da Liberdade no “Complexo do Tatuapé”. São José, 30/11/2005. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/febem_se_02_portugues.pdf. Acesso em 10 jan. 2012.
- COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. Prefácio. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: História, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, p. 09-20.
- CRANSTON, Maurice. *What are Human Rights*. Nova Iorque: Taplinger, 1973.
- CRAVEN, Matthew. *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Oxford: Clarendon, 1995.
- CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*. Milão: Giuffrè, 1952.
- CRUZ, Cláudia Ferreira. *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Carta Sociolaboral do Mercosul*. São Paulo: Ltr, 2006.
- CUENCA, Encarnación Carmona. *El Estado Social de Derecho en la Constitución*. Madri: Consejo Economico y Social, 2000.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.
- DABIN, Jean. *Le Droit Subjectif*. Paris: Dalloz, 2008.
- DECAUX, Emmanuel. La Charte Internationale des Droits de L’homme, cohérence et complémentarité ? In : COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L’HOMME. *La Déclaration Universelle des Droits de L’Homme 1948-2008 : Réalité d’un idéal commun? Les Droits Économiques, Sociaux et Culturels en question*. Paris : La Documentation Française, 2009, p. 41-55.
- DENIZEAU, Charlotte. *Existe-t-il um bloc de constitutionnalité ?* Paris : LGDJ, 1997.
- DENNINGER, Erhard. *Diritti Dell’Uomo e Legge Fondamentale*. Turim: Giappichelli, 1998.
- DICEY, A. V. *Introduction to the Study of de Law of the Constitution*. 10. ed. Londres: Macmillan Press, 1959.
- DIDEROT, Denis. Direito Natural. In. DIDEROT, Denis; D’ALEMBERT, Jean le Rond. *Verbetes Políticos da Enciclopedia*. São Paulo: Unesp, 2006, p. 77-82.
- DIEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales*. 2. ed. Madri: Thomson-Civitas, 2005.
- DIAZ, Eliaz. *Legalidad-Legitimidad en el Socialismo Democrático*. Madri: Civitas, 1978.
- _____. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Bogotá: Taurus, 1998.
- DIAZ, José Ramón Cossio. *Estado Social y Derechos de Prestación*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

- _____ et DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do Direito Neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2008.
- DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antônio Cavalcanti. Pós-positivismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos-Renovar, 2006, p. 650-654.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DOGLIANI, Mario. Los problemas del Constitucionalismo en la crisis del Estado Social. In: HERRERA, Miguel Ángel García. *El Constitucionalismo en la Crisis del Estado Social*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 1997, p. 687-719.
- DOISE, Willem. *Human Rights as Social Representations*. Nova Iorque: Routledge, 2002.
- DOMSELAAR, Iris van. *Tragic Choices as a Legal Concept*. In: BOROWSKI, Martin. *On the Nature of Legal Principles*. Stuttgart: Nomos, 2010, p. 105-116.
- D'ONGHIA, Madia. *La justice Constitutionnelle Italienne en Matière de Protection Sociale et le Principe de L'Équilibre Financier*. Disponível em : <http://www.cairn.info/revue-francaise-des-affaires-sociales-2001-2-page-193.htm>. Acesso em 10 jan. 2011.
- DORSEN, Norman; ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András; BAER, Susanne. *Comparative Constitutionalism 2*. ed. Eagan: West, 2010.
- DOWEL-JONES, Mary. *Contextualising the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Assessing the Economic Deficit*. Boston: Martinus Nijhoff, 2004.
- DÜRING, Günther; NIPPERDEY, Hans Carl; SCHWABE, Jürgen. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Textos Clássicos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2012.
- DWORKIN, Ronald. Rights as Trumps. In: WALDRON, Jeremy. *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University, 1984, p. 153-167.
- _____. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1999a.
- _____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999b.
- _____. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. A Democracia e os Direitos Fundamentais. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (org.). *Democracia*. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- _____. La lectura moral y la premisa mayoritaria. In: KOH, Harold Hongju et SLYE, Ronald C (org.). *Democracia Deliberativa y Derechos Humanos*. Barcelona: Gesida, 2004.
- _____. *La democracia posible*. Barcelona: Paidós, 2008.
- DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico*. São Paulo: Landy, 2006.
- DUARTE, Leonardo de Freitas. *Obstáculos Econômicos à Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- DUGUIT, Leon. *La Separación de Poderes y la Asamblea Nacional de 1789*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1996.
- _____. *Las transformaciones del Derecho Público y Privado*. Buenos Aires: Heliasta, 2001.
- _____. *Manual de Derecho Constitucional*. Granada: Comares, 2005, v. 1.
- DUNOFF, Jeffrey; TRACHTMAN, Joel P. *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

- DUTT, Carsten. *En Conversación con Hans-Georg Gadamer: Hermenéutica, Estética y Filosofía Práctica*. Madri: Tecnos, 1998.
- EIDE, Asbjorn; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan. *Economic, Social and Cultural Rights*. Haia: Kluwer Law International, 2001.
- EIDE, Asbjorn; ROSAS, Allan. *Economic, Social and Cultural Rights: Universal Challenge*. In: EIDE, Asbjorn; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan. *Economic, Social and Cultural Rights*. Haia: Kluwer Law International, 2001, p. 3-7.
- _____. *Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*. In: EIDE, Asbjorn; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan. *Economic, Social and Cultural Rights*. Haia: Kluwer Law International, 2001, p. 9-28.
- ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el Derecho y en la Ciencia Jurídica Actuales*. Granada: Comares, 2004.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Lengua de los Derechos: La Formação del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*. Madri: Alianza, 1999.
- _____. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madri: Civitas, 2001.
- EPP, Charles R. *The Rights Revolution*. Chicago: University of Chicago, 1998.
- ESMEIN, A. *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*. Paris: LGDJ, 2001.
- ESPING-ANDERSEN, Gøsta. *Les Trois Mondes de L'État-providence*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.
- EWING, K. D., *The Case for Social Rights*. In: Campbell, Tom; Goldsworthy, Jeffrey; Stone, Adrienne. *Protecting Human Rights*. Nova Iorque: Oxford University, 2003, p. 323-337.
- FABRE, Cécile. *Social Rights Under the Constitution: Government and the Decent Life*. Nova Iorque: Oxford, 2000.
- FALZEA, Paolo. *Norme, principi, integrazione: Natura, limiti e seguito giurisprudenziale delle sentenze costituzionali a contenuto indeterminato*. Torino: Giappichelli, 2005.
- FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.
- _____. O que significa uma Constituição. In: FAORO, Raymundo. *A República Inacabada*. São Paulo: Globo, 2007, p. 169-178.
- FARBER, Daniel A.; SHERRY, Suzanna. *Judgment Calls*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- FAVOREU, Louis *et al.* *Droit des Libertés Fondamentales*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2002.
- _____. *Droit Constitutionnel*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2004.
- FAZZALARI, Elio. *Procedimento e processo (teoria generale)*. Enciclopedia del diritto, 1986, v. XXXV, p. 819-836.
- _____. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 2006.
- FELICE, William F. *The Global New Deal: Economic and Social Human Rights in World Politics*. 2a. ed. Nova Iorque: Rowman & Littlefield Publishers, 2010.
- FERNÁNDEZ, Albert Noguera. *Los Derechos Sociales en las Nuevas Constituciones Latinoamericanas*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2010.

- FERONI, Ginevra Cerrina. *Giurisdizione Costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*. Turim: Giappichelli, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madri: Trotta, 2001.
- _____. *Derechos y Garantías: La ley del más débil*. Madri: Trotta, 2002.
- _____. *Garantismo: Una discusión sobre derecho y democracia*. Madri: Trotta, 2006a.
- _____. O Estado de Direito entre o Passado e o Futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006b.
- _____. *Democracia y Garantismo*. Madri: Trotta, 2008.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e Governabilidade: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. *Estado de Direito e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales: Apuntes de Historia de las Constituciones*. 3. ed. Madri: Trotta, 2000.
- _____. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madri: Trotta, 2001.
- FINE, Toni M. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 71-91, out./dez. 2009.
- FINZI, Claudio. Della Tecno-crazia alla Bancocrazia: Le Banche al Potere. In: TORRES, Miguel Ayuso. *Dalla geometria legela-statualistica alla riscoperta del diritto e della politica*. Madri: Marcial Pons, 2006, p. 263-274.
- FISHER, Ronald Edward. *The Concept of Judicial Activism*. Sherman Oaks: Banner Books, 1977.
- FITOUSSI, Jean-Paul et ROSANVALLON, Pierre. *Le nouvel âge des inégalités*. Paris : Seuil, 1996.
- _____; SEN, Amartya; STIGLITZ, Joseph. *Richesse des nations et bien-être des individus*. Paris: Odile Jacob, 2009.
- FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FRANÇA. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença. Caso Ilascu e outros vs. Moldávia e Rússia. Processo nº 48747/99. Disponível em:
<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=positive%20%7C%20duties&sessionid=85958715&skin=hudoc-en>. Acesso em: 10 jan 2011.
- FRANCK, Thomas M. International Institutions: Why Constitutionalize? In: DUNOFF, Jeffrey; TRACHTMAN, Joel P. *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. xi, xvi.
- FREDMAN, Susan. *Human Rights Transformed: positive rights and positive duties*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- FREIBURGHHAUS, Dieter. Le Developpement des Moyens de l'Action Etatique. In: Morand, Charles-Albert. *L'Etat Propulsif: Contribution à l'étude des instruments d'action de L'Etat*. Paris: Publisud, 1991.

- FRIED, Charles. *Right and Wrong*. Massachusetts: Harvard University Press. 1980.
- FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. 32. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2003.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 3. ed., Petrópolis: Vozes, 1999.
- _____. *El Giro Hermeneutico*. Madri: Catedra, 2001a.
- _____. *Elogia da Teoria*. Lisboa: Edições 70, 2001b.
- _____. *Verdade e Método II – Complementos e Índice*. Petrópolis: Vozes, 2002.
- _____. *O problema da Consciência Histórica*. 2. ed., Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.
- GALBRAITH, John Kenneth. *A Economia das Fraudes Inocentes: verdades para o nosso tempo*. São Paulo: Campanha das Letras, 2004.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GALLIGAN, DENIS. J. Procedural Rights in Social Welfare. In: COOTE, Ane. *The Welfare of Citizens*. Londres: Rivers Oram Press. 1992, p. 55-68.
- _____. *Law in Modern Society*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010.
- GALTUNG, Johan. *Human Rights in Another Key*. Cambridge: Polity, 1994.
- GARCÍA, Eusebio Fernandez. *Filosofia Política y Derecho*. Madri: Marcial Pons, 1995.
- GARCIA, Frank J. *The Global Market and Human Rights: Trading Away the Human Rights Principle*. Disponível em:
<http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1273&context=lsfp>. Acesso em: 06 set. 2010.
- GARCÍA, Pedro de Vega. *Giuspositivismo e Positivismo Giurisprudenziale*. Lecce: Pensa, s.d.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. Madri: Alianza, 1997.
- _____. *Derecho Constitucional Comparado*. Madri: Alianza, 2000.
- _____. *As Transformações do Estado Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- GARDBAUM, Stephen. Human Rights and International Constitutionalism. In DUNOFF, Jeffrey et TRACHTMAN, Joel P. *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*. Nova Iorque: Cambridge University, 2009, p. 233-257.
- GAVISON, Ruth. On the relationships between civil and political rights, and social and economic rights. In: COICAUD, Jean-Marc; DOYLE, Michael W.; GARDNER, Anne-Marie. *The Globalization of Human Rights*. Toquio: United Nations University Press, 2003, p. 23-45.
- GASLINI, Micheli. *Sulla 'Struttura' degli enunziati Costituzionali*. Milão: Giuffrè, 2002.
- GEWIRTH, Alan. *The Community of Rights*. Chicago: University of Chicago, 1996.
- _____. *Self-Fulfillment*. Nova Jersey: Princenton University, 1998.
- GIDDENS, Anthony. *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.

- GIMÉNEZ, Teresa Vicente. *La exigibilidad de los derechos sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- GISBERT, Rafael Bustos. *La Constitución en red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 2005.
- GLOPPEN, Siri *et al.* *Courts and Power in Latin America and Africa*: Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2010.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O Pós-modernismo jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- GOLDEWIJK, Berna Klein et FORTMAN, Bas de Gaay. *Where Needs Meet Rights*. Genebra: WCC Publications. 1999.
- GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.
- _____. *Introdução ao Direito Civil*. 12ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- GORDO, Alfonso Pérez. *El Tribunal Constitucional y sus funciones*. Barcelona: Bosch, 1982.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Filosofia Crítica e Razão Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GOUGH, Ian. *Capital Global, Necesidades Básicas y Políticas Sociales*. Madri: Miño y Dávila, 2003.
- _____; Doyal, Len. *Theory of Human Needs*. Nova Iorque: Guilford Press, 1991.
- _____. *Teoría de las Necesidades Humanas*. Barcelona: Icaria, 1994.
- GOZZI, Gustavo. *Democrazia e diritti: Germânia: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*. 3. ed. Roma-Bari: Laterza, 2003.
- GRAWITZ, Madeleine et LECA, Jean. *Traité de Science Politique: Les Politiques Publiques*. Paris: PUF, 1985.
- GRAU, Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GREWE, Constance; BENOIT-ROHMER, Florence. *Les Droits Sociaux ou la Démolition de Quelques Poncifs*. Estrasburgo: Presses Universitaires de Strasbourg, 2003.
- GREWE, Constance. *Les droits sociaux constitutionnels*. In: GREWE, Constance; BENOIT-ROHMER, Florence. *Les Droits Sociaux ou la Démolition de Quelques Poncifs*. Estrasburgo: Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, p. 67-74.
- GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- _____. The Achievement of Constitutionalism and its Prospect in a Changed World. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. *Twilight Constitutionalism?* Nova Iorque: Oxford University Press, 2010, p. 3-22.
- GROSMAN, Lucas S. *Escasez e Igualdad: los Derechos Sociales em la Constitución*. Buenos Aires: Libreria, 2008.
- GUASTINI, Riccardo. Los juristas a la búsqueda de la ciencia. In: GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo: estúdios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.

- _____. *Estudios de Teoría Constitucional*. Cidade do México: Universidade Nacional Autónoma do México, 2001.
- _____. La 'Constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. (coord.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri, Trotta, 2003, p. 49-73.
- _____. Rigidez Constitucional e Normatividade de la Ciencia Jurídica. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madri: Trotta, 2005a, p. 245-249.
- _____. *Das Fontes às Normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005b.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.
- _____. *Introdução a uma Teoria Possibilista do Direito (como teoria filosófica fundamental de base fenomenológica): Proposta de Investigação*. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/teoria.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2011.
- GUERRERO, Manuel Medina. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madri: Trotta, 2006.
- GUIGLIA, Giovanni. *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*. Padova: CEDAM, 2007.
- GURVITCH, Georges. *La Dichiarazione dei Diritti Sociali*. Catanzaro: Rubbettino, 2004.
- _____. *La Idea de Derecho Social*. Granada: Comares, 2005.
- GUSY, Christoph. *Les Droits Sociaux sont-ils nécessairement injusticiables ?* In: GREWE, Constance; BENOIT-ROHMER, Florence. *Les Droits Sociaux ou la Démolition de Quelques Poncifs*. Estrasburgo: Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, p. 33-46.
- HABERMAS, Jürgen. *Passado como Futuro*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.
- _____. Sobre a coesão interna entre Estado de Direito e democracia. In: HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. São Paulo: Loyola, 2002a, p. 285-297.
- _____. Três modelos normativos de democracia. In: HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. São Paulo: Loyola, 2002a, p. 285-297.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.
- _____. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madri: Trotta, 1998.
- _____. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madri: Tecnos, 2000.
- _____. *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*. Madri: Tecnos, 2002.
- _____. *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. Granada: Comares, 2003a.
- _____. *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales*. Madri: Dykinson, 2003b.
- _____. *Cultura dei Diritti e Diritti della Cultura nello Spazio Costituzionale Europeo*. Milão: Giuffrè, 2003c.
- _____. *L'État Constitutionnel*. Paris: Economica, 2004.

- _____. *O Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- HACHEZ, Isabelle. *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: ine
irreversibilité relative*. Atenas: Editions Ant. N. Sakkoulas, 2008.
- HAFNER-BURTON, Emilie M. *Forced to be Good: Why Trade Agreements Boost Human
Rights*. Londres: Cornell University, 2009.
- HAMMILL, Matthew. *Income, Poverty and Unsatisfied Basic Needs*. Cidade do México:
CEPAL. Disponível em: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/0/38190/L949.pdf>.
Acesso em: 7 set. 2010.
- HAARSCHER, Guy. *A Filosofia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- HARVEY, David. *Condição Pós-moderna*. 14. ed. São Paulo: Loyola, 2005.
- _____. *A Brief History of Neoliberalism*. Oxford: University of Oxford, 2007.
- HAYEK, Friedrich. *O Caminho da Servidão*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exercício, 1994.
- _____. *Derecho, Legislación y Libertad*. Madri: Unión Editorial, 2006.
- HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Granada: Comares,
2003.
- _____. *Teoria da instituição e da fundação*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2009.
- HELD, David. *Cosmopolitanism: Ideals and Realities*. Cambridge: Polity, 2010.
- HELLER, Ágnes. *Teoría de las Necesidades en Marx*. Barcelona: Península, 1986.
- HELLER, Hermann. *Teoria del Estado*. 2. ed. Cidade do México: Fondo de Cultura
Econômica, 1998.
- _____. Estado de Derecho o Dictadura. In: HELLER, Hermann. *Europa y el Facismo*.
Granada: Comares, 2006.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris
Editor, 1991.
- _____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto
Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.
- _____. *Temas Fundamentais de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HERRERA, Carlos Miguel. *Les Droits Sociaux*. Paris: PUF, 2009.
- HERRERA, Joaquín Flores. *Teoria Crítica dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen juris,
2009.
- HERNÁNDEZ-TRUYOL, Berta Esperanza et POWELL, Stephen J. *Just Trade* Nova Iorque: New
York University, 2009.
- HIEBERT, Janet L. *Parliament and Rights*. In.: Campbell, Tom; Goldsworthy, Jeffrey; Stone,
Adrienne. *Protecting Human Rights*. Nova Iorque: Oxford University, 2003, p. 231-246
- HOBSBAWM, Eric J. *A Era dos Extremos: o breve século XX*. São Paulo: Companhia das
Letras, 1995.
- _____. *A Era das Revoluções*. 21. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007a.
- _____. *A Era do Capital*. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007b.

- HOHFELD, Wesley Newcomb. *Os Conceitos Jurídicos Fundamentais Aplicados na Argumentação Judicial*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.
- HOLLAND, Kenneth M. *Judicial Activism in Comparative Perspective*. Nova Iorque: St. Martin Press, 1991.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights*. Nova Iorque/Londres: Norton, 2000.
- HUMAN RIGHTS WATCH. *World Report 2010*. s.l: s.e. 2010.
- HOLLAND, Kenneth M. *Judicial Activism in Comparative Perspective*. Nova Iorque: St. Martin Press, 1991.
- HOOF, G. J. H. van. The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of Some Traditional Views. In: ALSTON, P.; TOMASEVSKI, K. *The Right to Food*. [s.l.]: Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 97-110.
- HUMBOLDT, Wilhelm von. *Os Limites da Ação do Estado*. Porto: Res Jurídica, [s.d].
- HUME, David. *Ensaio Político*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HUNT, Lynn. *A Invenção dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- HURKA, Thomas. *Satisficing and Substantive Values*. In: BYRON, Michael. *Satisficing Maximizing: Moral Theorists on Practical Reason*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 71-76.
- IFE, Jim. *Human Rights and Social Work: Towards Rights-Based Practice*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2008.
- _____. *Human Rights From Below*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2010.
- IHERING, Rudolf. *É o Direito uma Ciência*. São Paulo: Rideel, 2005.
- IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. 5. ed. Roma-Bari: Laterza, 2003.
- _____. *Norma e luoghi: problema di geo-diritto*. Bari: Laterza, 2006.
- ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das Liberdades Fundamentais*. Barueri: Manole, 2005.
- JAMESON, Fredric. *A Cultura do Dinheiro: ensaios sobre a globalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.
- JOUVENEL, Bertrand. *La Soberania*. Granada: Comares, 2000.
- JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Granada: Comares, 2000.
- _____. *La Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino*. Bari: Laterza, 2002.
- JACKSON, Donald W.; TATE, C. Neal. *Comparative Judicial Review and Public Policy*. Westport: Greenwood Press, 1992, ebook.
- KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. 3. ed. São Paulo: Ícone, 1993.
- _____. *Théorie et Pratique*. Paris: Flammarion, 1994.
- _____. *Introducción a la Teoría del Derecho*. Madri: Marcial Pons, 2005.
- KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, W. (org.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.
- _____. *Filosofia del Diritto ed Ermeneutica*. Milão: Giuffrè, 2003.

- _____. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.
- _____. *La filosofía del Derecho en la Posmodernidad*. Bogotá: Themis, 2007.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- _____. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KENT, George. *Freedom From Want: the human right of adequate food*. Washington: Georgetown University Press, 2005.
- KEYNES, John Maynard. *Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*. São Paulo: Atlas, 1992.
- KHUN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.
- KLABBERS, Jan; PETERS, Anne, ULFSTEIN, Geir. *The Constitutionalization of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- KMIEC, Keenan. *Have you ever been a 'judicial activist'?* Disponível em: <http://www.politico.com/news/stories/0509/22380.html>. Acesso em: 19 ago. 10.
- KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Londres: Duke University Press, 1997.
- KRAMNICK, Isaac. Apresentação. In: *Os Artigos Federalistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.
- KRIELE, Martin. *Introducción a la Teoría del Estado: Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático*. Buenos Aires: Depalma, 1980.
- KUMAR, C. Raj et CHOCKALINGAM, K. *Human Rights, Justice and Constitutional Empowerment*. Nova Delhi. Oxford University Press, 2011.
- LAQUIÈZE, Alain. État de droit e soberania nacional na França. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LAMBERT, Édouard. *Le gouvernement des juges*. Paris : Dalloz, 2005.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 4ª. Rio de Janeiro: Lumen juris, 1998.
- LARENZ, Karl. *Storia del metodo nella scienza giuridica*. Milão: Giuffrè, 1966.
- _____. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- LAUDAN, Larry. *Progress and Its Problems: Towards a Theory of Scientific Growth*. Los Angeles: Universidade da Califórnia, 1977.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LIPKIN, Robert Justin. *Constitutional Revolutions*. Londres: Duke University Press, 2000.
- LLORENTE, Francisco Rubio. *La forma del poder*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- LOCHAK, Danièle. *Les droits de l'homme*. Paris : La Decouverte, 2005.

- LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power and the governmental process*. 2. ed. Chicago: The University of Chicago, 1965
- _____. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.
- LORINCZ, Lajos. Economic, social and cultural rights. In: *Socialist Concept of Human Rights*. Budapeste: Akadémiai Kiadó, 1966.
- LOUGHLIN, Martin. What is Constitutionalisation. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. *Twilight Constitutionalism?* Nova Iorque: Oxford University Press, 2010, p. 47-69.
- LYOTARD, Jean François. *La Condition Postmoderne*. Paris: Editions de Minuit, 2005.
- _____. *A Condição Pós-moderna*. 9. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.
- LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la Modernidad: Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Barcelona: Piados, 1997.
- _____. *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Madri: Alianza, 2002.
- MACCORMICK, Neil. *Beyond the Sovereign State*. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.1993.tb02851.x/pdf>. Acesso em: 1 dez. 2011.
- MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os Artigos Federalistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- MALBERG, Raymond Carré de. *Teoría General del Estado*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. 12. ed. São Paulo: Hemos, 1996.
- MARÉCHAL, Jean-Paul. *Ética e Economica: uma oposição artificial*. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MARSHALL, T. H.; BOTTOMORE, Tom. *Citizenship and Social Class*. Londres: Pluto Press, 1992.
- _____. *Ciudadanía y Clase Social*. Beunos Aires: Losada, 2005.
- MARTÍN, Carlos de Cabo. Transformaciones actuales del Estado y del Derecho: perspectivas teóricas. In: HERRERA, Miguel Ángel García. *El Constitucionalismo en la Crisis del Estado Social*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 1997, p. 557-573.
- _____. *Sobre el Concepto de Ley*. Madri: Trotta, 2000.
- _____. *Teoría Constitucional de la Solidaridad*. Madri: Marcial Pons, 2006.
- MARTÍNEZ, Luis M. Hinojosa. *Comercio Justo y Derechos Sociales*. Madri: Tecnos, 2002.
- MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General*. Madri: Universidad Carlos III, 1999a.
- _____. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico*. Madri: Dykinson, 1999b.
- _____. *Escasez y Derechos Humanos*. Disponível em: http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/10071/1/escasez_Peces_1994.pdf. Acesso em: 12 jun. 2011.

- _____. Reflexiones sobre los Derechos Sociales. In: ALEXY, Robert. *Derechos Sociales y ponderación*. Madri: Fundação Colóquio Jurídico Europeu, 2007, p. 85-101.
- MARTINEZ, Soares. *Economia Política*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. 14 ed. Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2008.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Utopia e Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- MATA, Alfonso Manuel Chacón. *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Bilbao, 2007.
- MATHIEU, Bertrand et VERPEAUX, Michel. *La Constitutionnalisation des Branches du Droit*. Paris : Economica, 1998.
- MATIAS, João Luis Nogueira. *Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009.
- MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad: Historia del constitucionalismo moderno*. Madri: Trotta, 1998.
- MAUS, Ingeborg. *O Direito e a Política: Teoria da Democracia*. São Paulo: Del Rey, 2009.
- MCILWAIN, Chales H. *Costituzionalismo antico e moderno*. Bolonha: Il Mulino, 1990.
- LSHUE, Thomas. *La Notion de Droit Fondamental dans les Jurisprudences et Doctrines Constitutionnelles Française et Allemandes*. Paris : LGDJ, 2003.
- MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A Eficácia dos Direitos Sociais*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais Sobre Justiça Social. In: *Revista de Direito Público*, n. 57-58, jan-jun. 1981.
- _____. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MENAUT, Antonio-Carlos Pereira. *Rule of Law o Estado de Derecho*. Madri-Barcelona: Marcial Pons, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. *O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: http://www.iidpc.org/revistas/12/pdf/137_162.pdf. Acesso em: 5 dez. 2011.
- MENÉNDEZ, Agustín José et ERIKSEN, Erik Oddvar (coord.). *La argumentación y los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- MERALI, Isfahan et OOSTERVELD, Valerie. *Giving Meaning to Economic, Social and Cultural Rights*. Filadélfia: University of Pennsylvania Press, 2001.
- MERRIEN, François-Xavier. *L'État Providence*. 3. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2007.
- MESSINEO, Danoto. *Garanzia del Contenuto Essenziale e Tutella Multilivello dei Diritti Fondamentali*. Macerata: Simple, 2010.
- MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Lisboa: Estampa 1994.
- MICHELMAN, Frank. *Democracy-Based Resistance to a Constitutional Right of Social Citizenship: a comment on Forbath*. 69 Forham Law Review, 2000-2001, p. 1893-1899.
- _____. A Constituição, os direitos sociais e a justificativa política liberal. In: LEITE, George

- Salomão et SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 254-278.
- MIRANDA, Francisco Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, t. 1.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000a, t. 2.
- _____. *Manual de direito constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000b, t. 4.
- _____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris. *Les Nouvelles Tendances du Droit Constitutionnel*. Paris: Marcel Giard, 1931.
- _____. *As Novas Tendências do Direito Constitucional*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933.
- MODUGNO, Franco. *La Ragionevolezza nella giustizia costituzionale*. Nápoles: Editoriale Scientifica, 2007.
- MOLASCHI, Viviana. *I rapporti di prestazione nei servizi sociali: livelli essenziali delle prestazioni e situazione giuridiche soggettive*. Turim: Giappoichelli, 2008.
- MÖLLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Econômico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998.
- MONREAL, Eduardo Novoa. *O Direito Como Obstáculo à Transformação Social*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.
- MORAES, Guilherme Peña de. *Readequação Constitucional do Estado Moderno*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- MOREIRA, Isabel. *A Solução dos Direitos*. Coimbra: Coimbra, 2007.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Desafios Institucionais Brasileiros. In: MARTINS, Ives Gandra (coord.). *Desafios do Século XXI*. São Paulo: Pioneira, 1997, p. 185-198.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MORALES, Aniza García. *La Justiciabilidad como Garantía de los Derechos Sociales*. In.: PISARELLO, Gerardo; MORALES, Aniza García; DÍAZ, Amaya Olivas. *Los Derechos Sociales como Derechos Justiciables: potencialidades y límites*. Albacete: Bomarzo, 2009, p. 11-34.
- MORANGE, Jean. *Direitos Humanos e Liberdades Públicas*. Barueri: Manole, 2004.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.
- MORIN, Edgar; NAÏR, Samir. *Uma Política de Civilização*. Lisboa: Piaget, 1997.
- _____. *Os Sete Saberes Necessários à Educação do Futuro*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2001a.
- _____. *Ciência com Consciência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001b.

- _____. *Introdução ao Pensamento Complexo*. Porto Alegre: Sulina, 2006.
- MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MONTALIVET, Pierre. *Les Objectifs de Valeur Constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2006.
- MOYN, Samuel. *The Last Utopia: Human Rights in History*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.
- MOWBRAY, Alastair. *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Portland: Hart, 2004.
- MÜLLER, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.
- _____. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- _____. *O Novo Paradigma do Direito: Introdução à teoria e metódica estruturante do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *Teoria Estruturante do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v.1.
- NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 2004
- _____. A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. In NABAIS, José Casalta. *Por uma Liberdade com Responsabilidade*. Coimbra: Coimbra: 2007.
- _____. Algumas Considerações sobre a Solidariedade e a Cidadania. In NABAIS, José Casalta. *Por uma Liberdade com Responsabilidade*. Coimbra: Coimbra: 2007.
- NARVESON, Jan. *Maxifizing: Life on a Budget; or If You Would Maximize, Then Satisfice*. In: BYRON, Michael. *Satisficing Maximizing: Moral Theorists on Practical Reason*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 59-70.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- NINO, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*. 11. ed. Barcelona: Ariel, 2003.
- _____. *Derecho, Moral y Política*. Buenos Aires: Gedisa, 2007.
- NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. *Direito Financeiro e Justiça Tributária*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra: Coimbra, 1987.
- _____. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- _____. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010.
- NUNES, António José Avelãs. *Neoliberalismo & Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. *Uma Introdução à Economia Política*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- NUSSBAUM, Martha C. *Las Fronteras de la Justicia*. Barcelona: Paidós, 2007.

- _____. *Creating Capabilities: the human development approach*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- OAKESHOTT, Michael. A regência da lei. In: OAKESHOTT, Michael, *Sobre a História e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Topbooks, [2003?].
- O'CONNELL, Paul. *Vindicating Socio-Economic Rights*. Londres: Routledge, 2012.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais*. Curitiba: Juruá, 2008.
- ONIDA, Valerio; D'AMICO, Marilisa. *Il giudizio di costituzionalità delle leggi*. Turim: Giappichelli, 1998.
- _____. *Giudizio di Costituzionalità delle leggi e responsabilità finanziaria del Parlamento*. In: CORTE COSTITUZIONALE. *Le Sentenze della Corte Costituzionale e L'Art. 81, U.C., della Costituzione*. Milão: Giuffrè, 1993.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Relatório sobre os Objetivos do Milênio 2011*. Disponível em: [http://mdgs.un.org/unsd/mdg/Resources/Static/Products/Progress2011/11-31339%20\(E\)%20MDG%20Report%202011_Book%20LR.pdf](http://mdgs.un.org/unsd/mdg/Resources/Static/Products/Progress2011/11-31339%20(E)%20MDG%20Report%202011_Book%20LR.pdf). Acesso em 1 dez. 2011.
- ORTEGA Y GASSET, José. *El hombre y la gente*. Madri: Alianza, 2003.
- _____, *Que és filosofia*. Madri: Alianza, 2005.
- ORTEGA, Manuel Segura. *La Racionalidad Jurídica*. Madri: Tecnos, 1998.
- OST, François. *O Tempo do Direito*. Bauru: Edusc, 2005.
- OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Coimbra: Almedina, 2007, vol. I.
- OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1999.
- PALMER, Ellie. *Judicial Review, Socio-Economic Rights and the Human Right Act*. Oxford: Hart Publishing, 2009.
- PALMER, Richard. *Que es la Hermenéutica?* Madri: Arcolibros, 2002.
- PALOP, María Eugenia Rodríguez. *La Nueva Generación de Derechos Humanos*. 2ª. ed. Madri: Dykinson, 2010.
- PAINE, Thomas. *Direitos do Homem*. Bauru: Edipro, 2005.
- PARAMO, Juan Ramón. Derecho subjetivo. In: *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía: El Derecho y la Justicia*. Madri: Trotta, 2000, p. 367-394.
- PARDINI, Jean-Jacques. Principe de Gradualità et Droits Sociaux de Prestation ou L'Effetivité partielle de la norma constitutionnelle en Italie. In: GAY, Laurence; MZAUYER, Emmanuelle; NAZET-ALLOUCHE, Dominique. *Les Droits sociaux fondamentaux*. Bruxelas: Bruylant, 2006, p. 57-73.
- PEDRO, Maria Esther Gómez. *El Estado del Bienestar: Presupuestos éticos y políticos*. Madri: Fundación Universitaria Española, 2002.
- PELÁEZ, Francisco J. Contreras. *Derechos Sociales: Teoría e Ideología*. Madri: Tecnos, 1994.
- PERAGÓN, José Manuel Galego. *Los Principios Materiales de Justicia Tributaria*. Granada: Comares, 2003.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PÉREZ, José Luis Rey. *El Discurso de los Derechos*. Madri: Universidad Pontificia de Comillas, 2011.

- PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. 7. ed. Madri: Tecnos, 1998.
- _____. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 7. ed. Madri: Tecnos, 2001.
- _____. *Dimensiones de la Igualdad*. Madri: Dykinson, 2005.
- _____. *El Debordamiento de las Fuentes del Derecho*. Madri: La Ley, 2011.
- PERRY, Michael J. *The Constitution in the Courts: Law or Politics?* Nova Iorque: Oxford, 1994.
- PERSSONS, Torsten et TABELLINI, Guido. *The Economic Effects of Constitution*. Cambridge, Massachusetts, Londres: MIT, 2003.
- PETERS, Anne. *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*. *Leiden Journal of International Law*, 19 (2006), pp. 579–610. Disponível em: http://ius.unibas.ch/uploads/publics/8410/20100219153135_4b7ea0c729a55.pdf. Acesso em: 19 set. 2010.
- _____. *The Merits of Global Constitutionalism*. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 16, n. 2, out. 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1492141>. Acesso em: 16 nov. 2011.
- _____. *Global Constitutionalism Revisited*. Disponível em: http://ius.unibas.ch/fileadmin/user_upload/fe/file/Peters_Global_Constitutionalism_Revisited.pdf. Acesso em: 16 nov. 2011.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2008, v. 2.
- PIGNATELLI, Concepción Martínez-Carrasco. *Postmodernidade y Derecho Público*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- _____. A eficácia das Normas Constitucionais Programáticas da Constituição Federal de 1988 em seu Vigésimo Aniversário: os Avanços da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley; DANTAS, Miguel Calmon. *Desafios do Constitucionalismo Brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 187-200.
- PIMENTEL JÚNIOR. *Constituição e Ineficácia Social*. Curitiba: Juruá, 2003.
- PINA, Rolando. *Cláusulas Constitucionales Operativas y Programáticas*. Buenos Ayres: Astrea, 1973.
- PINTO, Ilenia Massa. Il Contenuto Minimo Essenziale dei Diritti Costituzionali e la Concezione Espansiva della Costituzione. In: ASSOCIAZIONE ITALIANA DE DIRITTO COMPARATO. *I Diritti Fondamentali in Europa*. Mião: Giuffrè, 2002. p. 605-622.
- PINTORE, Anna. Derechos insaciables. In: FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madri: Trotta, 2001, p. 243-265.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- _____. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

- _____. Planos Global, Regional e Local. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; Sarmiento, Daniel. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 697-720.
- PROVESAN, Flávia (Coord.). *Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PISARELLO, Gerardo. *Los Derechos Sociales y sus Garantías: Elementos para una Reconstrucción*. Madri: Trotta, 2007.
- _____; MORALES, Aniza García; DÍAZ, Amaya Olivas. *Los Derechos Sociales como Derechos Justiciables: potencialidades y límites*. Albacete: Bomarzo, 2009.
- PIZZOLATO, Felippo. *Il Minimo Vitale*. Milão: Giuffrè, 2004.
- PIZZORUSSO, Alessandro. *Tutela dei Diritti Costituzionali e Copertura Finanziaria delle Legge*. *Rivista di Diritto Processuale*, Pádova: Cedam, v. XLV, série II, 1990, p. 255-267.
- _____. *Las Generaciones de Derechos*. Disponível em:
<http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0202110493A/20976>. Acesso em 8. Jun. 2011.
- PLANT, Raymond. Citizenship, Rights and Welfare. In: COOTE, Ane. *The Welfare of Citizens*. Londres: Rivers Oram Press. 1992, p. 15-29.
- _____; LESSER, Harry; TAYLOR-GOOPY, Peter. *Political Philosophy and Social Welfare*. Nova Iorque: Routledge, 2009.
- POPPER, Karl. *Lógica das Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.
- _____. *Conjecturas e Refutações*. Lisboa: Almedina, 2003.
- _____. Conhecimento e formação da realidade: A busca por um mundo melhor. POPPER, Karl. *Em Busca de um Mundo Melhor*. São Paulo: Martins Fontes, 2006a, p. 13-49.
- _____. *Em Busca de um Mundo Melhor*. São Paulo: Martins Fontes, 2006b.
- _____. *A Lógica da Pesquisa Científica*. 12. ed. São Paulo: Cultrix, 2006c.
- POSADA, Adolfo. *La idea pura del Estado*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1936.
- POWELL, Stephen J. et PÉREZ, Patricia Camino. *Global laws, local lives: impact of the new regionalism on human rights compliance*. Disponível em:
http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=stephen_powell. Acesso em: 10 mai. 2010.
- POZZOLO, Sussana. Un constitucionalismo ambiguo. CARBONELL, Miguel (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta, 2003, p. 187-210.
- _____. Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la constitución. In: CARBONELL, Miguel et JARAMILLO, Leonardo García (coord). *El Canon Neoconstitucional*. Madri: Trotta, 2010, p. 165-184.
- PRADO, Ney. *Razões das Virtudes e Vícios da Constituição de 1988*. São Paulo: IL/Inconfidentes, 1994.
- PREUSS, Hugo. The Significance of the Democratic Republic for the Idea of Social Justice. In: Jacobson, Arthur; Schlink, Bernhard. *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*. Berkeley-Los Angeles-Londres: University of California, 2000, p. 116-127.

- PREUSS, Ulrich. *Constitutional Revolution: The Link Between Constitutionalism and Progress*. Nova Jersey: Humanity Press, 1995.
- _____. *Disconnecting Constitutions from Statehood: Is Global Constitutionalismo a Viable Concept?* In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. *Twilight Constitutionalism?* Nova Iorque: Oxford University Press, 2010.
- POCHMANN, Márcio *et al* (org.). *Atlas da Exclusão Social: Agenda não liberal da inclusão social no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2005.
- POGGE, Thomas. *World Poverty and Human Rights*. 2. ed. Cambridge: Polity, 2002.
- PUTA-CHEKWE, Chisanga et FLOOD, Nora. From Division to Integration: Economic, Social and Cultural Rights as Basic Human Rights. In: MERALI, Isfahan et OSSTERVELD, Valerie. *Giving Meaning to Economic, Social and Cultural Rights*. Filadélfia: University of Pennsylvania Press, 2001, p. 39-51.
- QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*. Coimbra: Coimbra, 2002.
- _____. *Direitos Fundamentais Sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade*. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 165-216.
- _____. *Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*: Coimbra: Coimbra, 2006.
- _____. *Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- RADBRUCH. *Filosofia do Direito*. 6. ed. Lisboa: Arménio Amado, 1997.
- RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos na Integração Econômica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RAMÍREZ, Salvador Vergés. *Derechos Humanos: Fundamentación*. Madri: Tecnos, 1997.
- RAZ, Joseph. *A Moralidade da Liberdade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As normas programáticas e o controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- RENAUT, Alain. Liberdade, Igualdade, Subjectividade. In: RENAUT, Alain (org.). *História da Filosofia Política: Nascimento da Modernidade*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 7-19.
- ROBERT, Jacques; DUFFAR, Jean. *Droits de L'Homme et Libertés Fondamentales*. 7. ed. Paris: Montchrestien, 1999.
- ROBLES, Gregorio. *Os Direitos Fundamentais e a Ética na Sociedade Atual*. Barueri: Manole, 2005.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e Federação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- RODRIGUES, Sandra Martinho. *A Interpretação Jurídica no Pensamento de Ronald Dworkin*. Coimbra: Almedina, 2005.
- RODRÍGUEZ, César. *La Decisión Judicial: El Debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2005.
- ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. *La Dimensión Expansiva del Constitucionalismo. Retos y Exigencias*. Disponível em: <http://e->

- archivo.uc3m.es/bitstream/10016/9253/1/teoria_ansuategui_2008.pdf. Acesso em: 15 ago. 2010.
- ROIG, María José Añon. *Necesidades y Derechos*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1994.
- _____; AÑON, José García. *Lecciones de Derechos Sociales*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2002.
- ROMAN, Diane. *Le Droit Public face à la Pauvreté*. Paris: LGDJ, 2002.
- ROSANVALLON, Pierre. *La Nouvelle Question Sociale: Repenser L'État-providence*. Paris: Seuil, 1995.
- _____. *O Liberalismo Económico*. Bauru: São Paulo, 2005.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por Omissão e Troca de Sujeito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- ROTHSTEIN, Bo. *Just Institutions Matter: The Moral and Political Logic of the Universal Welfare State*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Bauru: Edipro, 2000.
- ROUSSEAU, Dominique. The Constitutional Judge : Master or Slave of the Constitution ? In: Rosenfeld, Michel (coord). *Constitutionalism, Identity, Diference and Legitimacy*. Londres: Duke University, 1994.
- _____. *La justicia constitucional en Europa*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- _____. *Droit du Contentieux Constitutionnel*. 7. ed., Paris: Montchrestien, 2006.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- ROVAGNATI, Andrea. *Sulla Natura dei Diritti Sociali*. Turim: Giappichelli, 2009.
- RIBES, Didier. *Le juge constitutionnel peut-il se faire législateur? À propos de la décision de la Cour Constitutionnelle d'Afrique du Sud du 2 décembre 1999*. In: Le Cahiers du Conseil Constitutionnel. n. 9. 2000. Disponível em : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/pdf_cahiers/cccc9.pdf. Acesso em 21.7.2010.
- RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades Públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- RUFFINI, Francesco. *Diritti di Libertá*. 2. ed. Firenze: Nuova Italia, 1946.
- RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonino. *Lineamenti di Giustizia Costituzionale*. Turim: Giappichelli, 2009.
- SACCHETTO, Cláudio. O Dever de Solidariedade no Direito Tributário: Ordenamento Italiano. In GRECO, Marco Aurélio et GODOI, Marciano Seabra de. *Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.
- SADURSKI, Wojciech. *Rights Before Courts*. Dordrecht: Springer, 2008.
- SAGÜÉS, Nestor Pedro. Sobre el Concepto de 'Constitución Viviente' (Living Constitution). In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte: Del Rey, n. 1, jan.-jun. 2003, p. 269-284.
- SAJÓ, András. *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism*. Budapeste: Central European University, 1999.
- _____. *Constitutional Sentiments*. Yale: Yale University, 2011.

- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004a.
- _____. Teorias Constitucionais em Perspectiva: em busca de uma Constituição pluridimensional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Crise e Desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004b, p. 3-54.
- SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional: Fundamentos de la Democracia Constitucional*. Madri: Tecnos, 1998.
- SANCHÍS, Luis Prieto. *Constitucionalismo e Positivismo*. Cidade do México: Fontamara, 1999.
- _____. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madri: Trotta, 2003.
- _____. *Los Derechos Sociales y el Principio de Igualdad Sustancial*. In.: AÑON, María José (coord.). *La Universalidad de los Derechos Sociales: el reto de la inmigración*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2004, p. 111-170.
- SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Económico*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma Ciência Pós-moderna*. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.
- _____. Cinco Desafios à Imaginação Sociológica. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000a, p. 17-22.
- _____. O Social e o Político na Transição Pós-moderna. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000b, p. 75-114.
- _____. O Estado e os Modos de Produção do Poder Social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000c, p. 115-133.
- _____. *Um Discurso Sobre as Ciências*. 13. ed. Porto: Afrontamento, 2002.
- _____. *A Crítica da Governação Neoliberal: O Forum Social Mundial como política e legalidade cosmopolita subalterna*. In *Revista Crítica de Ciências Sociais*. n. 72, out. 2005, p. 07-44.
- _____. *Renovar a Teoria Crítica e Reinventar a Emancipação Social*. São Paulo: Boitempo, 2007.
- SARDÀ, Clara Marquet. *Los Derechos Sociales en el Ordenamiento jurídico sueco*. Barcelona: Atelier, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001.
- _____. *A Eficácia dos Direitos Sociais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão et SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 213-253.
- SARMENTO, Daniel. Os Direitos Fundamentais nos Paradigmas Liberal, Social e Pós-Social – (Pós-modernidade constitucional?). In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Crise e*

- Desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 375-414.
- SARTORI, Giovanni. *Engenharia Constitucional: como mudam as constituições*. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.
- SAVATIER, René. *Le Droit Comptable au Service de L'Homme*. Paris: Dalloz, 2006.
- SCAFF, Fernando Facury et Maués, Antônio G. Moreira. *Justiça Constitucional e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2004.
- _____. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. In PIRES, Adilson Rodrigues et TÔRRES, Heleno Taveira. *Princípios de Direito Financeiro e Tributário: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 115-131.
- _____. Como a Sociedade Financia o Estado para a Implementação dos Direitos Humanos no Brasil. In SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalismo, Tributação e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 1-35.
- SCHAUER, Frederick. *On The Migration of Constitutional Ideas*. Int J Constitutional Law (2009) 7(1): 170-174 first published online August 18, 2008.
- SCHIER, Paulo Roberto. *Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- SCHMIDTZ, David. *Satisficing as a Humanly Rational Strategy*. In: BYRON, Michael. *Satisficing Maximizing: Moral Theorists on Practical Reason*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 30-58.
- _____. *Os Elementos da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Salamanca: Alianza, 1996.
- _____. *La Defensa de la Constitución*. 2. ed. Madri: Tecnos, 1998.
- _____. *Legalidade e Legitimidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- _____; NUSSBAUM, Martha C (Coord.). *La Calidad de la Vida*. Cidade do México: Fondo de Cultura Econômica, 1996a.
- _____. Capacidad y Bienestar. In: SEN, Amartya et NUSSBAUM, Martha C (Coord.). *La Calidad de la Vida*. Cidade do México: Fondo de Cultura Econômica, 1996b, p. 54-83.
- _____. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- _____. *Elements of a Theory of Human Rights*. Disponível em: <http://www.mit.edu/~shaslang/mprg/asenETHR.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2011.
- SEVERINO, Caterina. *La Doctrine du Droit Vivante*. Paris: Economica, 2003.
- SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, v. 1.
- SHUE, Henry. *Basic Rights*. 2. ed. Nova Jersey: Princenton University Press, 1996.
- _____. The Interdependence of Duties. In: ALSTON, P.; TOMASEVSKI, K. *The Right to Food*. [s.l.]: Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 83-95.
- SLOTE, Michael. *Beyond Optimizing*. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

- _____. *Two Views of Satisficing*. In: BYRON, Michael. *Satisficing Maximizing: Moral Theorists on Practical Reason*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 14-29.
- SICHES, Luis Recasens. *Introducción al Estudio del Derecho*. Cidade do México: Porrúa, 2006.
- _____. *Filosofía del Derecho*. 19. ed. Cidade do México: Porrúa, 2008.
- SIECKMANN, Jan-R. *El modelo de los principios de derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.
- _____ (coord.). *La teoría principialista de los derechos fundamentales*. Madri: Marcial Pons, 2011.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Direitos Fundamentais: Contribuição para uma Teoria Geral*. São Paulo: Atlas, 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos Sociais: Leis Orçamentárias como Instrumento de Implementação*. Curitiba: Juruá, 2007.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e Regras: Mitos e Equívocos Acerca de uma Distinção*. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n. I, jan-jun. 2003.
- _____. *Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005a.
- _____. *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005b, p. 116-143.
- _____. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional*. In: NEVES, Marcelo, *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010: 101-112.
- _____. *Derechos sociales como mandatos de optimización, su subjetivización y justiciabilidad: un análisis empírico*. In: CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan-R; OLIVER-LALANA, Daniel (coord.) *Derechos Fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*. Granada: Comares, 2011, p. 199-218.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional*. São Paulo: LTr, 1999.
- _____. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: LTr, 2001.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SILVESTRI, Gaetano. *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*. [s.l.]: Editoriale Scientifica, 2009.
- SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1985.
- SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. São Paulo: Martins Fontes, 2003a, v. 1.

- _____. *A Riqueza das Nações*. São Paulo: Martins Fontes, 2003b, v. 2.
- SODINI, Raphaël. *Le Comité des Droits Économiques, Sociaux et Culturels*. Paris: Montchrestien, 2000.
- SOMMA, Chiara di. *I Livelli essenziali delle prestazioni nell'art. 117, comma 2° lett.m) della Costituzione in relazione al diritto alla salute*. Disponível em: http://www.fedoa.unina.it/2678/1/di_Somma_Diritto_Pubblico_e_Costituzionale.pdf. Acesso em: 1 nov. 2011.
- STAMMLER, Rudolf. *Tratado de Filosofia del Derecho*. Zaragoza: Editorial Reus, s.d.
- STARCK, Christian. *La Constitution: Cadre et Mesure du Droit*. Paris: Economica, 1994.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica em Crise*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SZABO, Imre. Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores. In: VASAK, Karel. *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*. Barcelona: Serbal/Unesco, 1984a, v. 1, p. 36-74.
- SZTOMPKA, Piotr. *A sociologia da mudança social*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.
- SUANZES, Joaquín Varela. Introdução. In: SUANZES, Joaquín Varela. *Textos Básicos de la Historia Constitucional Comparada*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998a, p. 17-30.
- _____. *Textos Básicos de la Historia Constitucional Comparada*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998b.
- SUNSTEIN, Cass. *Why Societies Need Dissent*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.
- _____. *The Second Bill of Rights*. Nova Iorque: Basic Books, 2004a.
- _____. O Constitucionalismo Após o *New Deal*. In: Matos, Paulo *et al.* (org.). *Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: 34, 2004b, p. 131-202.
- _____. *Republic.com 2.0*. New Jersey: Princeton University Press, 2007.
- SWEET, Alec Stone. *Governing with Judges*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2000.
- TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. Nova Iorque: New York University Press, 1995.
- TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método, 2003.
- _____. Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 17-55, out./dez. 2009.
- TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- TEIXEIRA, Nelson Carlos. *Fome Zero*. Belo Horizonte: Leitura, 2004.
- TEUBNER, Gunther. *Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory?* In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther. *Transaccional*

- Governance and Constitutionalism*. Portland: Hart, 2004, p. 3-29.
- _____. *Fragmented Foundations: Societal Constitutionalism Beyond the Nation State*. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. *Twilight Constitutionalism?* Nova Iorque: Oxford University Press, 2010, p. 327-341.
- TOCQUEVILLE, Alexis. *A Democracia na América: Leis e Costumes*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- TÖNNIES, Ferdinand. *Comunidad y Asociación*. Granada: Comares, 2009.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, v. 5.
- _____. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- TRIBE, Laurence H. *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*. In *Readings in the Philosophy of Law*. Coleman, Jules C. (org.). Garland Publishing: Nova Iorque-Londres, 1999, p. 371-388.
- _____. *American Constitutional Law*. 3. ed. Nova Iorque: Foundation, 2004.
- TROPER, Michel. *Por una Teoría Jurídica del Estado*. Granada: Comares, 2001a.
- _____. *La Théorie du Droit, Le Droit, L'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 2001b.
- _____. *Filosofia del Derecho*. Madri: Tecnos, 2004.
- _____. *Le nuove separazioni dei poteri*. [s.l.] Editoriale Scientifica, 2007.
- TUBERTINI, Claudia. *Pubblica Amministrazione e Garanzia dei Livelli Essenziali delle Prestazioni*. Bolonha: Bononia University Press, 2008.
- TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights*. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- UCKMAR, Victor. *Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009.
- VANBERG, Georg. *The Politics of Constitutional Review in Germany*. Cambridge: Cambridge University, 2005.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. 10ª. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- VARGAS, Carlos Karim Zazueta. *Clarification or dilution: How does the concept of 'priority standard' in interpreting economic, social and cultural rights relate to the indivisibility of all human rights?* Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/wcccl/ponencias/10/187.pdf>. Acesso em 10 ago. 2011.
- VASAK, Karel. *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*. Barcelona: Serbal/Unesco, 1984a, v. 1.
- _____. *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*. Barcelona: Serbal/Unesco, 1984b, v. 2.
- _____. *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*. Barcelona: Serbal/Unesco, 1984c, v. 3.

- VÉLEZ, Maria Isabel Álvarez et YUSTAS, Maria Fuencisla Alcón. *Las Constituciones de los Quince Estados de la Unión Europea*. Madri: Dykinson, 1996.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*. 2. ed. Madri: Dykinson, 1998.
- _____. *O Sentimento Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. *A luta pelo Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2007.
- VERGOTTINI, Giuseppe de. *Derecho Constitucional Comparado*. Cidade do México: Universidade Nacional Autónoma do México, 2004.
- _____. *Más allá del diálogo entre tribunales*. Navarra: Aranzadi, 2010.
- VICEN, Felipe González. La Filosofía del Estado en Kant. In: Kant, Emmanuel. *Introducción a la Teoría del Derecho*. Madri: Marcial Pons, 2005, p. 62-159.
- VIDAL NETO, Pedro. *Estado de Direito*. São Paulo: LTr, 1979.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- VECCHIO, Giorgio del. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1957, v. 2.
- VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *O Direito e os Direitos Humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- VILLA, Vitório. Entre Descriptivisme et Constructivisme. In: AMSELEK, Paul. *Théorie du Droit et Science*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994, p. 281-291.
- WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: “Mínimo Existencial” e Demais Direitos Fundamentais Imediatamente Judicializáveis. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 213-224.
- WARE, Alan; GOODIN, Robert E. *Needs and Welfare*. Londres: Sage, 1990.
- WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004, v. 1.
- _____. *Ciência e Política: Duas Vocações*. 13. ed. São Paulo: Cultrix, 2005.
- WEBER, Michael. *A New Defense of Satisficing*. In: BYRON, Michael. *Satisficing Maximizing: Moral Theorists on Practical Reason*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 77-105.
- WELLMAN, Carl. *The Moral Dimension of Human Rights*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011.
- WERNER, Kägi. *La Constitución como Ordenamiento Jurídico Fundamental del Estado*. Madri: Dykinson, 2005.
- WHELAN, Daniel J. *Indivisible Human Rights: A History*. Filadélfia: University of Pennsylvania Press, 2010.
- WOODS, Jeanne M.; LEWIS, Hope. *Human Rights and the Global Marketplace: Economic, Social and Cultural Dimensions*. Ardsley: Transnational, 2005.
- WRÓBLESWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madri: Civitas, 2001.
- WRONKA, Joseph. *Human Rights and Social Justice*. Los Angeles: Sage, 2008.

- YUNUS, Muhammad. *Um Mundo sem Pobreza*. São Paulo: Ática, 2008.
- ZACCARIA, Giuseppe. *Razón jurídica e interpretación*. Madri: Civitas, 2004.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madri: Trotta, 2002.
- _____. *A Crucificação e a Democracia*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ZOLA, Émile. *Germinal*. São Paulo: Campanhia das Letras, 2000.
- ZOLO, Danilo. Libertad, Propriedad e Igualdad em la Teoría de los ‘Derechos Fundamentales’: a propósito de un ensayo de Luigi Ferrajolo. In: FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madri: Trotta, 2001, p. 75-104.
- _____. Teoria e Crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.