



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

MIGUEL CALMON DANTAS

DIREITO FUNDAMENTAL AO MÁXIMO EXISTENCIAL

v.1

Salvador
2011

MIGUEL CALMON DANTAS

DIREITO FUNDAMENTAL AO MÁXIMO EXISTENCIAL

v. 1

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

| | |
|------|---|
| D192 | <p>Dantas, Miguel Calmon. Direito fundamental ao máximo existencial [manuscrito] / Miguel Calmon Dantas. – 2011. 00 f. : 30 cm.</p> <p>Orientador: Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia. Tese (doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2011.</p> <p>1. Direitos fundamentais. 2. Direito constitucional. I. Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito. II. Bahia, Saulo José Casali. III. Título.</p> <p style="text-align: right;">CDD 342.085</p> |
|------|---|

TERMO DE APROVAÇÃO

MIGUEL CALMON DANTAS

DIREITO FUNDAMENTAL AO MÁXIMO EXISTENCIAL

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em
Direito Público, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte

BANCA EXAMINADORA

Saulo José Casali Bahia (Orientador) _____
Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo – PUC/SP
Universidade Federal da Bahia

Manoel Jorge e Silva Neto _____
Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo – PUC/SP
Universidade Federal da Bahia

Paulo Roberto Lyrio Pimenta _____
Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo – PUC/SP
Universidade Federal da Bahia

Examinador Externo _____

Examinador Externo _____

Mais uma vez, como sempre, dedico esse trabalho àqueles que mais me inspiraram, animaram e sustentaram para que viesse a lume. A minha esposa Iana, que desde o início do meu percurso acadêmico marca minha vida com a beleza, a bondade, o entusiasmo e a compreensão, e, sobretudo, amor. Assim ficará mais do que para sempre. A meus queridos e amados pais, Humberto e Stellinha. Meu pai Humberto é inspiração pela figura espetacular que era e é, em minha mente e coração. E minha querida mãe Stellinha, cujas preocupações apenas demonstram a dedicação e o alegre entusiasmo que a marca o seu carinho e a pessoa amorosa que é. A eles, agradeço pelas bênçãos diárias e constantes.

A Minha avó Stella, pelo exemplo, desde pequeno, de como e do porquê que se deve estudar.

AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos são muitos, porque muitos foram os que estiveram comigo, direta ou indiretamente, auxiliando-me mesmo sem o saber.

Ao meu orientador, Prof. Doutor Saulo José Casali Bahia, pela capacidade de apontar os caminhos a serem percorridos, ensinar as mais profundas reflexões e, sobretudo, pela generosidade intelectual de uma cultura jurídica cosmopolita, que estimulam uma academia pensante dos problemas constitucionais.

Ao Prof. Doutor Manoel Jorge e Silva Neto, que tem marcado de forma especial minha vida acadêmica, também pela generosidade intelectual, sugestões e críticas, e por todos os estímulos propiciados pela intensidade das preocupações com os temas constitucionais.

Ao Prof. Doutor Paulo Roberto Lyrio Pimenta, cuja trajetória acadêmica e profissional e cujos livros acompanho antes mesmo de ser estudante de direito e que são um exemplo notável.

A Rodolfo Pamplona Filho, certamente o responsável pelo começo de tudo, nos idos de 1997, nas salas e corredores da Universidade Católica do Salvador e dali para todo o sempre. A Rodolfo agradeço todos os impulsos e estímulos que me conduziram ao magistério e ao enfrentamento do Mestrado e do Doutorado.

A Fredie Didier Jr., a quem devo a gratidão como aluno, como colega e como amigo, sem o qual muito não teria sido realizado, pela forma especial com que desperta o raciocínio jurídico.

Aos demais professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, pela dedicação e empenho na preservação e desenvolvimento do curso, buscando sempre a sua excelência.

Ao Prof. Edivaldo Boaventura, pela enriquecedora cultura jurídica.

Ao Prof. Adroaldo Leão, pela confiança, apoio e compreensão.

A Marcos Sampaio de Souza, amigo e colega Professor e Procurador, pelas conversas e discussões demoradas que puderam ensinar o que espero sejam a melhoria deste trabalho.

Aos amigos e Professores Walber Carneiro e Geovani Mori, pela rápida conversa durante um desprezioso e fortuito café, que colaborou para este trabalho.

Ao amigo e juiz Maurício Albagli, pela predisposição, auxílio e críticas na leitura e discussão do texto.

Ao Procurador-Geral do Estado da Bahia, Rui Morais Cruz, e aos colegas do Conselho Superior da Procuradoria Geral do Estado, pela compreensão e demonstração da preocupação institucional com o aperfeiçoamento dos quadros da carreira.

Ao Procurador-Chefe da Procuradoria Judicial, Silvio Avelino Pires Brito Júnior, também pelo apoio constante e pela amizade estimulante, extensivo a Anna Beatriz e a Caio Druso, pelo apoio que prestaram.

A todos os colegas Procuradores e aos servidores, em especial aos da Procuradoria Judicial, que muito me honram pela seriedade com que enfrentam as adversidades, que não são poucas.

Aos colegas, advogados, funcionários e estagiários, do Escritório de Advocacia Aurélio Pires S/C, aos quais agradeço, mais uma vez e sempre, na pessoa do Prof. Aurélio Pires, cuja vivacidade intelectual e a generosidade de espírito são marcantes.

A Desembargadora Silvia Zarif, pela confiança depositada ainda quando estudante, exemplo de dignidade, seriedade e compromisso no exercício da magistratura.

A minha irmã, Daniela, e ao meu cunhado, Fernando, pelo entusiasmo, confiança, amizade. E por Luiza e Daniel, ao quais também agradeço.

Aos meus sogros, Darcy e Clodomir, pela entusiasmada confiança e constante apoio, e ao meu cunhado Elias, pela amizade e perspicácia. A Cíntia e a Matheus.

A Tio Luiz Carlos e a Tia Vera Dantas, sempre conosco, compartilhando todos os momentos.

Aos meus amigos, Pablo, Anderson, Daniel Passos e Daniel Tourinho, pela compreensão diante da ausência exigida pela dedicação a esse trabalho e pela amizade contínua.

Aos Professores da Universidade de Salamanca, pelas reflexões que ensinaram.

A minha família e àqueles que sempre confiaram e apoiaram a realização desse estudo e, sobretudo, aos meus alunos.

A resposta à indagação sobre se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade de Constituição. Essa tarefa foi confiada a todos nós.

Konrad Hesse

RESUMO

O presente estudo almeja sustentar a existência e a potencialidade normativa do direito fundamental ao máximo existencial, enfrentando e superado a usual categoria do direito fundamental ao mínimo vital, a que se costuma circunscrever a justiciabilidade dos direitos fundamentais. Para tanto, são inicialmente expostas as premissas que respaldam o direito, demonstrando a insuficiência dos paradigmas teóricos tradicionais, de caráter positivista, formalista e liberal, em derredor dos quais foi desenvolvida a teoria dos direitos fundamentais. São sustentadas premissas epistemológicas e teóricas. Quanto às primeiras, adota-se os paradigmas interpretativos da hermenêutica filosófica e o referencial da racionalidade prática consistente na satisfação suficiente. O direito fundamental ao máximo existencial remete ao máximo entendido como o suficientemente satisfatório. Associa-se o pensamento do possível, desenvolvido a partir da tríade do real, do necessário e do possível. Esses três âmbitos interagem e informam a compreensão hermenêutica do direito ora defendido, destacando a sua dimensão utópica. Quanto às premissas teóricas, pressupõe-se o constitucionalismo dirigente, de feição necessariamente neoconstitucional e pós-positivista, e o constitucionalismo multinível, composto pelos constitucionalismos nacionais, regional e internacional matizados pela migração de ideais constitucionais. Encampa-se, ainda, as teorias das necessidades e das capacidades, que propiciam a compreensão do valor moral e da natureza dos deveres fundamentais relacionados ao máximo existencial. Diante disso, firma-se a renovação da teoria dos direitos fundamentais para a superação dos vícios e dos preconceitos arbitrários em derredor dos direitos sociais, conferindo-lhes igual *status* jurídico-constitucional. Enfrenta-se os principais obstáculos quanto à existência, natureza e justiciabilidade dos direitos sociais, superando a dicotomia tradicionalmente estabelecida entre estes e as liberdades e descortinando o caráter multideôntico de todo e qualquer direito fundamental, adentrando nas categorias principais da respectiva teoria. O direito fundamental ao máximo existencial é caracterizado como impositivo da progressiva ampliação dos níveis essenciais de prestação até a satisfação suficiente das necessidades existenciais mediante o alargamento do âmbito de proteção efetivo, ocasionando o enriquecimento do conteúdo material dos direitos e se destacando a importância da lei não apenas para restringi-los, mas para desenvolvê-los. Desse modo, o direito fundamental ao máximo existencial conduz à satisfação suficiente das necessidades como à habilitação ao exercício das capacidades humanas, corroborando a indivisibilidade entre as liberdades e os direitos sociais e visando à garantia da auto-realização e da autonomia em condições de bem-estar. A justiciabilidade de todos os direitos, notadamente dos direitos fundamentais sociais, é afirmada a partir dos referenciais advindos do máximo existencial, em face da necessidade de controle das ações e abstenções indevidas do poder público, rejeitando-se a categoria do mínimo vital e dirigindo-se à realização do conteúdo essencial ótimo.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Efetividade. Constitucionalismo. Controle Jurisdicional. Justiciabilidade.

ABSTRACT

The present paper aims to sustain the acknowledgment and enforcing of the fundamental right to a maximum existential, facing and overcoming the usual category of the fundamental right to minimum subsistence, which is usually to limit the justiciability of fundamental rights. For both, are initially exposed the assumptions that support the right, demonstrating the inadequacy of the traditional theoretical paradigms, like positivism, formalism and liberalism, round about which was developed the theory of fundamental rights. Epistemological and theoretical assumptions are explained. Regarding the former, we adopt the paradigm of philosophical hermeneutics and the interpretive framework of practical rationality consistent in satisficing. The fundamental right to maximum existential refers to the maximum perceived as the most satisfactory enough. Joins thought possible, developed from the triad of the real, necessary and possible. These three fields interact and inform the hermeneutic understanding of the law now advocated, emphasizing its utopian dimension. As for the theoretical premises, it is assumed directive constitutionalism of feature necessarily neoconstitutional and post-positivist, and multilevel constitutionalism, composed of national, regional and international tinted by the migration of constitutional ideals. Encompasses are also theories of needs and capabilities, which provide an understanding of the moral value and nature of the fundamental duties related to the maximum existential. Thus, firm up the renewal of the theory of fundamental rights to overcome the prejudices and vices of arbitrary round about social rights, giving them the same legal and constitutional status. They will play the main obstacles regarding the existence, nature and justiciability of social rights, overcoming the traditional dichotomy between them and the established freedoms and the duties revealing the character of any fundamental right, into the main categories of their theory. The fundamental right to maximum existential is characterized as imposing the progressive expansion of essential levels of provision to the sufficient satisfaction (satisficing) of existential needs by extending the scope of protection effective, leading to the enrichment of the substance of the rights and highlighting the importance of law does not only to restrict them, but to develop them. Thus, the fundamental right to the full existential leads to the satisfaction of needs as sufficient qualification for the exercise of human capabilities, supporting the indivisibility between freedoms and social rights in order to ensure the self-realization and autonomy in terms of well-being. The justiciability of all rights, notably the fundamental social rights, is stated references coming from the maximum existential, given the need to control the actions and abstentions undue government, rejecting the category of the minimum and addressing to the achievement of optimal essential content.

Key-words: Fundamental Rights. Effectivity. Constitutionalism. Constitutional Review. Justiciability.

RÉSUMÉ

La présente thèse vise à soutenir l'existence et la capacité normative du droit fondamental au maximum existentielle et est soutenue à surmonter la catégorie habituelle du droit fondamental au minimum vital, qui généralement limite la justiciabilité des droits fondamentaux. Pour les deux, sont d'abord exposés les hypothèses qui soutiennent le droit, ce qui démontre l'insuffisance des paradigmes théoriques traditionnelles, le caractère positiviste, formaliste et libérale, autour de qui a été mis au point la théorie des droits fondamentaux. Sont soutenues hypothèses épistémologiques et théoriques. En ce qui concerne le premier cas, nous adoptons le paradigme de l'herméneutique philosophique et le cadre interprétatif de la rationalité pratique cohérente dans une satisfaction suffisante. Le droit fondamental à un maximum existentielle se réfère au maximum perçue comme la plus satisfaisante assez. Se joint à cru possible, développée à partir de la triade du réel, nécessaire et possible. Ces trois domaines interagissent et d'informer la compréhension herméneutique du droit maintenant préconisé, en insistant sur sa dimension utopique. En ce qui concerne les présupposés théoriques, il est supposé la fonction de direction politique du constitutionnalisme nécessairement neoconstitutionnel et post-positiviste, et le multi-niveaux constitutionnalisme, composés de constitutionnalisme national, régional et international teinté par la migration des idéaux constitutionnels. Se utilise les théories des besoins et des capacités, qui permettent de comprendre la valeur morale et la nature des fonctions fondamentales liées au droit fondamental à un maximum existentiel. Ainsi, raffermir le renouvellement de la théorie des droits fondamentaux pour surmonter les préjugés et les vices de toute arbitraire sur les droits sociaux, en leur donnant le même statut juridique et constitutionnel. Ils joueront les principaux obstacles quant à l'existence, la nature et la justiciabilité des droits sociaux, à surmonter la dichotomie traditionnelle entre eux et les libertés établies et des pluriels devoirs révélant le caractère de tout droit fondamental, dans les principales catégories de leur théorie. Le droit fondamental à un maximum existentielle caractérisé comme imposant l'élargissement progressive des niveaux essentiels de la prestation, à la satisfaction suffisante des besoins existentiels en étendant la portée de la protection efficace, conduisant à l'enrichissement de la substance des droits et en soulignant l'importance de la loi ne seulement de les restreindre, mais de les développer. Ainsi, le droit fondamental à des fins pleines existentielles à la satisfaction des besoins comme condition suffisante pour l'exercice des capacités humaines, en soutenant l'indivisibilité entre les libertés et les droits sociaux en vue d'assurer la réalisation de soi et l'autonomie en termes de bien-être. La justiciabilité de tous les droits, notamment les droits sociaux fondamentaux, est déclaré références provenant de la plus existentielle, compte tenu de la nécessité de contrôler les actions et les abstentions du gouvernement induit, en rejetant la catégorie du minimum et de traiter à la réalisation du contenu essentiel optimale.

Palavras-chave: Droits Fondamentaux. Efficacité. Constitutionnalisme. Contrôle de la Constitutionnalité. Justiciabilité.

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

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são uma conquista cultural do homem sobre o próprio homem. Do homem explorado e oprimido pelo poder político arbitrário. Do homem excluído e espoliado pelo abuso do poder econômico. De toda e qualquer pessoa que se encontre ou que se coloque diante de situações de risco à manifestação plena de sua condição humana.

A evolução histórica do constitucionalismo, berço dos direitos fundamentais, ensejou a percepção da necessidade de os direitos fundamentais serem promovidos pelo Estado e contra o mercado e o poder econômico. Incorporaram-se como patrimônio histórico e cultural construído arduamente durante revoluções e insurreições, trazendo consigo uma história de tragédias, dramas e ilusões, mas de liberdade, igualdade, solidariedade e utopias.

A história do homem moderno confunde-se com o constitucionalismo e a história dos direitos fundamentais que, no âmbito internacional, projetam-se como direitos humanos. Não se pode conceber, atualmente, nenhum Estado sem constituição e sem qualquer tipo ou manifestação de direitos fundamentais¹, o que acaba comprovando, ainda que por outras vias, a excelsa previsão do art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789².

Daí ocorrer transformações substanciais do modelo político-institucional do Estado, passando do Estado Absolutista ao Estado Democrático de Direito, mediados pelo Estado Liberal e pelo Estado Social, dimensões que são pertencentes ao paradigma contemporâneo do Estado de Direito, tornando-o substancialmente um Estado de direitos fundamentais³.

Nesse sentido, os direitos fundamentais exigem compreensão e reflexão que reconheçam a sua condição não apenas de centralidade jurídica, mas de componente

¹ O que não é atendido quando Estados autocráticos adotam constituições, que mais se apresentam como semânticas do que como nominais ou normativas (LOEWENSTEIN, 1979, p. 218).

² “Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution”, que, em tradução livre, significa que “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não esteja assegurada e nem a separação de poderes determinada não tem uma constituição”.

³ A concepção do Estado Democrático de Direito como portadora de uma dimensão que o caracteriza como Estado de direitos fundamentais foi introduzida por Canotilho e Vital Moreira (1991, p. 83) por se voltar para a efetivação dos direitos e liberdades fundamentais do homem “[...] na sua complexa qualidade de *pessoa, cidadão e trabalhador*” (destaques no original). Dessa forma, consideram que assegura uma autonomia perante os poderes públicos e que, ao mesmo tempo, torna-se um Estado antropologicamente amigo. No mesmo sentido, aderindo e desenvolvendo a noção de Estado de direitos fundamentais, encontra-se Paulo Otero (2007, p. 525-526), destacando a sua fundamentação no impositivo respeito pela dignidade da pessoa humana, entendida como cada pessoa individual e concreta, defendendo, todavia, a sua transição para um Estado de direitos humanos com o desiderato de firmar o elemento humanístico como norte e base do Estado de direitos.

fundamental na convivência comunitária. Daí serem fundamentos de ordem axiológica, político-institucional e humanística, caracterizados tanto pelo seu progressivo evoluir, como pela efetiva realização dos misteres a que se destinam e aos quais deve se sujeitar a instância política.

Essa importância de contínua renovação e reflexão, progressiva e persistente, é ainda mais premente em Estados de modernidade tardia⁴ e de capitalismo periférico⁵, cujas condições e estruturas econômicas distanciam de forma abissal os textos constitucionais da realidade social e político-institucional.

Com isso, pretende-se acentuar que se impõe o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais que seja adequada aos problemas e desafios que colocam sob pressão a dimensão protetiva, libertária, emancipatória, de resistência e projeção dos direitos fundamentais e sujeitam-nos ao risco de ser fonte de erosão da consciência constitucional e da força normativa das constituições.

Há o advento de questão chave para o constitucionalismo consistente na sustentação de matriz teórica e de fundamentação axiológica que respaldem o desenvolvimento de medidas e garantias destinadas a promover a efetividade, e ao máximo possível, da dignidade, da liberdade e da igualdade, assegurando à pessoa humana o pleno desenvolvimento da sua personalidade.

Para tanto, há de se utilizar a paráfrase que Terre des Hommes France (2003, p. 41) faz a partir de Danton, qual seja, de que os juristas necessitam de audácia, ainda mais audácia, sempre audácia por tornar efetivos os direitos sociais, econômicos e culturais ou, de

⁴ A modernidade tardia é a categoria de compreensão das condições e possibilidades das sociedades fora do eixo do capitalismo central. Caracteriza-se pela introdução precária, extemporânea e parcial das projeções e dos ideais da modernidade. Ao que interessa, e de forma explicativa, Lenio Streck (2002, p. 65-70) observa que o Brasil, e a América Latina como um todo, são inseridos no quadro da modernidade arcaica e tardia, ocorrendo um simulacro de modernidade. Não obstante isso, Eric Hobsbawm (1995, p. 334) observa que, dentre os países do chamado Terceiro Mundo, há os que lograram substantivas realizações conduzidas pelo desenvolvimento econômico planejado e promovido pelo Estado, como Brasil e México, embora tais realizações viessem acompanhadas de burocracia, “espetacular corrupção” e muito desperdício.

⁵ A compreensão do desenvolvimento do sistema capitalista conduz à percepção da existência de uma centralidade e de uma periferia. Conforme Boaventura de Sousa Santos (2000b, p. 93), “É sabido que a ordem econômica mundial ou o sistema mundial de Estados tem um centro (os países capitalistas avançados), e uma periferia (os países do chamado terceiro mundo) e, entre ambos, uma zona intermediária muito heteróclita onde coube à maioria dos países socialistas de Estado da Europa de leste e os países capitalistas semiperiféricos, tal como Portugal, a Grécia, a Irlanda, talvez ainda a Espanha”. Ainda segundo Sousa Santos (2000b, p. 96), a ocorrência de um capitalismo periférico configura a instituição de elementos arcaizantes no âmbito do mercado e da comunidade, conduzindo a uma maior dificuldade quanto à regulação autônoma dos interesses sociais, possibilitando a ampliação da ação estatal sobre as instancias privadas. A despeito disso, surgem obstáculos para o desempenho das funções estatais, ora ineficientes, ora arcaicas. Ademais, não há consolidação das vias de representação popular, quer sejam os partidos políticos, quer sejam os sindicatos, ocasionando a primazia, a autonomia e o autoritarismo do Estado.

forma geral, os direitos fundamentais como um todo.

Problemas diversos atingem contextos sociais e culturais distintos. A complexidade social trouxe novos problemas e agravou aqueles outrora existentes e ainda não superados, embora já enfrentados. A globalização, as políticas neoliberais, o aumento dos riscos sociais, ambientais e tecnológicos, as novas corporações e as vias de concentração de poder econômico são apenas alguns indicativos de problemas novos.

Todos eles desafiam as condições de assegurar a existência da pessoa humana e a possibilidade de que desenvolva livremente as suas potencialidades e a sua personalidade, trazendo consigo o imperativo de adaptação da teoria dos direitos fundamentais a novos paradigmas de reflexão.

Dentre as várias questões que envolvem, contemporaneamente, os direitos fundamentais, afigura-se importante analisar a necessidade de que sejam superados alguns mitos que acabam por fragilizar o sentido e o valor que lhes devem ser conferidos e, por via de consequência, prejudicam a efetividade e a potencialidade transformadora das condições existenciais a que se referem.

Com efeito, aos direitos fundamentais não basta a mera previsão nos textos constitucionais. Não basta, pois a comunidade política precisa da transição do texto para o contexto; em outros termos, necessita que o discurso dos direitos fundamentais traduza-se numa práxis de direitos fundamentais. A efetividade é uma questão substantiva quanto aos direitos fundamentais. Só que o problema do distanciamento entre o texto abstrato e a realidade concreta deve ser enfrentado com o desenvolvimento da reflexão referida a sua superação. O problema da efetividade não é apenas concernente a meios e instrumentos de garantia, mas também de intensidade, grau de implementação e objetivos.

Diante desse contexto é que se justifica e se insere o objeto do presente estudo, consistente na afirmação de um direito fundamental composto pela síntese indivisível e agregadora dos direitos fundamentais e que desnuda o seu caráter projetivo e processual pela promoção da desmercantilização (ESPING-ANDERSEN, 1999, p. 35-37) das condições existenciais que propiciem ao indivíduo o pleno desenvolvimento da sua personalidade, ou, em síntese, a sua auto-realização (GEWIRTH, 1998).

Tal direito se fundamenta, de acordo com o sistema constitucional brasileiro, na compreensão do sistema constitucional pátrio fundada na dimensão dirigente do texto constitucional, a partir de uma reflexão hermenêutica, e se destina a enfrentar o déficit de efetividade dos direitos fundamentais.

Esse déficit de efetividade torna comum, cada vez mais, a adesão doutrinária e

jurisprudencial a modelos referenciais de manifesta insuficiência protetiva, como o direito fundamental ao mínimo vital⁶. Contra tal modelo também se dirige o presente estudo, pois não se pode compadecer com ações e medidas estatais que se limitem a assegurar as condições vitais mínimas, porquanto não podem ser reduzidos a tais os direitos fundamentais e muito menos a sua justiciabilidade.

Tratar de algo que ultrapasse o mínimo vital, como instância mínima e imprescindível de garantia dos direitos fundamentais, pode parecer um excesso, notadamente quanto aos direitos sociais, quando o Estado brasileiro nem sequer consegue alcançá-lo.

Apesar disso, o que se pretende é assentar a compreensão de que alcançar ou pretender alcançar o mínimo nunca bastam para satisfazer os deveres do Poder Público para com os direitos fundamentais. E tal se dá porque o mínimo não é suficientemente satisfatório quando se tem em vista o referencial normativo dos direitos fundamentais e o seu caráter de processual⁷ evoluir, sempre no sentido da ampliação das condições existenciais referentes às capacidades para o exercício das liberdades.

Os deveres constitucionais derivados da dimensão emancipatória e dirigente assegurada pelo texto constitucional impõem que a ação estatal e as políticas públicas visem sempre a desenvolver plenamente a efetividade dos direitos fundamentais, voltando-se a promoção do máximo existencial, ao invés do mínimo vital, o que importa em propiciar uma satisfação suficiente das prestações pertinentes aos direitos fundamentais.

Há, então, uma dimensão subjetiva conferida pela Constituição Federal de 1988 a todos os membros da comunidade pertinente ao reconhecimento de um direito fundamental ao máximo existencial. É preciso não apenas alcançar as condições de subsistência, mas dirigir as políticas públicas e as ações estatais para a implementação das condições de existência que propiciem o pleno desenvolvimento da personalidade, assegurando a desmercantilização das mesmas.

A eficácia jurídica desse direito fundamental ao máximo existencial importa na promoção da efetividade máxima dos direitos fundamentais – identificada como efetividade suficientemente satisfatória e não mínima –, mediante a identificação e extensão dos níveis

⁶ Cabe esclarecer, de logo, que será preferencialmente adotada a expressão “mínimo vital” ao invés de “mínimo existencial”, dada a perspectiva de contraposição que existe com a proposta de sustentação do direito fundamental ao máximo existencial.

⁷ O caráter processual do direito – e, nessa condição, também dos direitos fundamentais – é salientado por Adolfo Posada (1936, p. 44).

essenciais de prestações⁸ cotejados com a análise das ações e políticas públicas.

E se diz direitos fundamentais em virtude da inconsistência da perspectiva teórica que sustenta a usual antítese, ou até mesmo separação, entre as liberdades e os direitos sociais, entre os direitos fundamentais de primeira dimensão e os de segunda dimensão. A indivisibilidade dos direitos fundamentais, a partir da perspectiva historicamente demonstrada, de que a liberdade pressupõe condições existenciais que permitam o seu exercício, e que de nada adiantam direitos sociais sem as liberdades, denota a fragilidade da oposição das aludidas dimensões de direitos.

O caráter utópico dessa proposta não é óbice para que seja empreendida. A utopia é inerente aos direitos fundamentais, não apenas aos direitos sociais, mas também às liberdades. A complexidade também não pode levar a que seja descartada, tornando ainda mais gravoso o desiderato pretendido. Ademais, não há como negar que os direitos fundamentais têm, em geral, uma dimensão normativa programática no sentido de que sempre apontam para além do estágio de tutela atual na medida em que são referidos às necessidades, cada vez mais complexas e progressivas.

Ao se considerar o máximo existencial como paradigma da teoria dos direitos fundamentais conforme o texto e o contexto constitucionais brasileiros, sobressaem diversos problemas fáticos e teóricos, que serão objeto do presente estudo.

A centralidade de que passaram a gozar, pelo próprio movimento evolutivo do devir constitucionalista, desde as revoluções americana e francesa, alçou os direitos fundamentais à condição de referencial normativo e paradigmático da ordem jurídica. Sequer essa centralidade é bem percebida em plagas brasileiras.

Expressando a materialização dos valores mais caros que compõem a ideia de Direito de determinada comunidade política em uma dada época histórica, os direitos fundamentais são resultado das condições sociais e da própria maturação histórica da cultura constitucional⁹.

⁸ A referência ao nível essencial de prestação é substancial para a identificação dos contornos jurídicos do conteúdo material de um dado direito fundamental, notadamente dos direitos sociais, diretamente concernentes ao direito ao máximo existencial. A referência aos níveis essenciais de prestação é extraída do art. 117, item 2, alínea 'm', da Constituição italiana, que, ao repartir as competências entre o Estado e as Regiões, confere àquele a competência exclusiva para “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale;” em tradução livre, “determinação dos níveis essenciais de prestações concernentes aos direitos civis e sociais que devem ser garantidos em todo território nacional.”

⁹ O sentido de cultura constitucional é adotado conforme a compreensão da constituição como cultura construída por Peter Häberle (2000, p. 34) como sendo não apenas um conjunto de textos normativos, mas expressão do grau de desenvolvimento cultural e do meio de autorrepresentação de um povo, espelho do seu legado cultural e

No caso brasileiro, encontra-se a ausência de tradição constitucional atinente à compreensão dos direitos fundamentais como referencial normativo dotado de primazia, que só pode ser compensada pelo apuro premente do constitucionalismo, haja vista a deficiência e a defasagem das instâncias políticas na promoção dos projetos constitucionais impositivos da concretização do máximo existencial.

Além disso, a doutrina desenvolvida em derredor do regime jurídico dos direitos fundamentais e de sua repercussão sobre a teoria do estado e a teoria do direito, juntamente com a práxis constitucional pertinente às mais diversas vias de jurisdição constitucional, ainda se encontram aprisionadas pelo paradigma que tem como referência o modelo dos direitos fundamentais de liberdade.

Dá se vislumbra que vários dos problemas relativos à efetividade dos direitos fundamentais resultam do déficit teórico acerca da eficácia jurídica e da potencialidade normativa que devem possuir. Os modelos da teoria dos direitos fundamentais, da teoria do estado e da teoria do direito surgido quando do nascedouro do constitucionalismo não mais se adéquam aos textos e aos contextos constitucionais da maioria dos países, exigindo uma renovação da reflexão teórica que se volte à solução das dificuldades que colocam sobre pressão o caráter libertário e emancipatório dos direitos fundamentais.

Uma teoria dos direitos fundamentais que parta do reconhecimento do direito ao máximo existencial justifica-se na medida da consagração constitucional dos princípios da liberdade, da igualdade, da solidariedade e da justiça social. Envolve, ainda, uma nova compreensão da teoria dos direitos e do regime jurídico dos direitos fundamentais, a fim de superar o paradigma teórico liberal-individualista e a dicotomia entre liberdades e direitos sociais, rechaçando a posição secundária que ocupam e sustentando meios adequados e pertinentes para que sejam garantidos, inclusive por força da indivisibilidade dos direitos.

Exige percepção de que a dimensão dirigente da Constituição brasileira de 1988¹⁰ remete a uma releitura das estruturas político-institucionais do Estado Social, realçando o objetivo respeitante à procura existencial¹¹. Pressupõe, ainda, que seja revista a vetusta teoria

base para suas esperanças e desejos. Da mesma forma, Pablo Lucas Verdú (1998, p. 44-45) ao considerar que não é suficiente ter uma constituição, mas sim estar nela, o que remete, também, ao caráter recíproco de autorrepresentação social e o texto constitucional.

¹⁰ Sobre o constitucionalismo dirigente, a par da vasta reflexão erigida em torno dele, notadamente pela doutrina brasileira, a obra referência de Canotilho (1994), com as evoluções e involuções posteriores do próprio autor (CANOTILHO, 2006a).

¹¹ Sobre a procura existencial, tem-se a precedência na utilização do termo e no desenvolvimento de seu sentido a Ernst Forsthoff (1963), depois trabalhado de forma mais apurada (1973, p. 24), envolvendo o dever e a

da separação de poderes e revisada a teoria e o sentido da democracia brasileira, reinserindo em tais e novos parâmetros o exercício da função jurisdicional e da administração pública.

Observe-se que a defesa do máximo existencial, como direito fundamental e desiderato do Estado, leva não apenas à percepção da necessidade de superação do mínimo vital, mas à renovação e à reconstrução da compreensão atinente aos direitos fundamentais, sob e perspectiva da indivisibilidade e da promoção das condições que habilitem as capacidades para o exercício real e efetivo das liberdades. Ademais, é preciso perceber que há uma mudança contínua e constante dos referenciais relativos a tais condições, tanto quanto à histórica, como quanto à dimensão social.

Diante disso, o confronto do direito fundamental ao máximo existencial com as políticas e medidas implementadas pelo Estado enseja a análise da juridicidade dos níveis essenciais de prestação relativos aos direitos fundamentais e a sua suficiência ou não.

A despeito de rejeitada a distinção entre liberdades e direitos sociais, e firmado o entendimento da indivisibilidade dos mesmos, o foco do presente estudo dirige-se para os direitos sociais, pois a eles concernem preponderantemente as condições existenciais relativas ao pleno desenvolvimento da personalidade, ou a auto-realização. Assim, compreende-se a efetividade dos direitos sociais como *conditio sine qua* para o efetivo exercício das liberdades.

A desmercantilização das condições existenciais e a promoção do pleno desenvolvimento da personalidade, a conformação da separação de poderes, da ordem jurídica e da democracia a tal paradigma, matizadas pelas condições sociais e pelo clamor de condições existenciais dignas, são as questões que serão enfrentadas pelo presente estudo, afirmando-se os deveres fundamentais que podem advir para o legislativo, o executivo e o judiciário, resultantes da vinculação ao máximo existencial.

Inicialmente, pretende-se afirmar as premissas epistemológicas de que parte este estudo, delineando os aspectos estruturais e contextuais da questão social, destacando-se a fome, a pobreza e o nível de exclusão social e as respectivas necessidades. Diante disso, torna-se imprescindível apontar a viabilidade da reflexão e da afirmação do direito fundamental ao máximo existencial associando a estrutura dialógico-dialética do pensamento possibilista com a matriz da hermenêutica filosófica num contexto de incomensurável complexidade social.

O máximo existencial envolve o paradigma racional do satisfatório o suficiente,

finalidade do Estado tornar possível a existência no sentido mais amplo possível. Sobre a questão também se debruça Nuria Magaldi (2007), além da clássica referência de García-Pelayo (2009, p. 13-38), dentre outros.

que conduz não necessariamente ao máximo em termos de intensidade ou de quantidade, e muito menos ao impossível, mas ao que se afigura como bom o suficiente tendo em vista os níveis de prestação alcançados de acordo com as necessidades vivenciadas e experimentadas.

O paradigma adotado no âmbito da pré-compreensão tem o desiderato de respaldar a construção teórica, empírica e axiológica do direito ao máximo existencial e do seu conteúdo normativo, com as consequências decorrentes.

Nesse sentido, busca-se desenvolver as bases de uma teoria dos direitos fundamentais que efetivamente internalize a importância e o relevo dos direitos sociais, tanto pelo referencial da indivisibilidade, como pela interação da dignidade, da liberdade e da igualdade, tornando possível descortinar os contornos jurídicos do direito ao máximo existencial no âmbito desta nova compreensão.

Firmando-se a pré-compreensão e sustentando-se uma teoria dos direitos que seja adequada aos textos e contextos contemporâneos, passa-se à afirmação do direito fundamental ao máximo existencial, tanto na sua perspectiva filosófico-axiológica, quanto social e normativa. Destaca-se que a afirmação de um direito ao mínimo vital, susceptível de tutela judicial, é insuficiente e inadequada tanto às imposições oriundas das várias dimensões do constitucionalismo, quanto com relação às necessidades sociais e ao caráter moral dos direitos fundamentais. Em outras palavras, os direitos fundamentais não visam apenas a assegurar a sobrevivência em condições mínimas e a tanto não pode se limitar o Poder Público e nem as vias institucionais e informais de garantia dos direitos; destinam-se à desmercantilização das condições de existência e, como tal, a propiciar a auto-realização individual.

A dimensão normativa dos direitos fundamentais é desenvolvida a partir das bases oriundas da teoria dos princípios¹² e confere uma especial potencialidade ao direito ao máximo existencial, propiciando a sustentação do dever de ampliação dos níveis de prestação, vinculantes tanto para além do mínimo vital, como do conteúdo essencial. Desse modo, concebe-se o direito ao máximo existencial comportando o dever de implementação suficiente, progressiva e processual dos direitos fundamentais.

Posteriormente, analisa-se a sua eficácia jurídica e as condições e possibilidades de efetividade do máximo existencial, tratando da intensidade e do grau de vinculação relativo ao legislativo, ao executivo e ao judiciário, notadamente no que respeita ao preenchimento do seu conteúdo material, além da sua extensão ao âmbito das relações privadas.

¹² Conforme desenvolvida originariamente por Alexy (2008), Dworkin (1999), Paulo Bonavides (1997), e Humberto Ávila (2006), dentre outros.

Finalmente, identifica-se as possíveis vias de tutela jurisdicional do direito ao máximo existencial, enfrentando os problemas e obstáculos usualmente colocados para a tutela jurisdicional dos direitos sociais e que lhe são extensíveis, além de constatar a existência de lacuna quanto aos mecanismos de garantias específicas para os direitos sociais, à míngua de remédios constitucionais sociais. Tal carência sugere-se seja suprida com desenvolver das potencialidades garantistas do mandado de injunção e com a categorização de uma nova técnica de decisão em sede de controle de constitucionalidade, que é a declaração de insatisfatoriedade com medida supletiva condicionada.

O desiderato do presente estudo consiste, então, na sustentação do direito fundamental ao máximo existencial em contraponto ao senso comum que adere ao paradigma referencial do mínimo vital, ao qual acabam sendo reduzidos os direitos fundamentais. Esse reducionismo é incompatível com o constitucionalismo, notadamente diante do caráter expansivo que apresenta contemporaneamente.

Não se limita a reflexão à afirmação do direito ao máximo existencial, intentando-se a empreitada de assinalar a sua dimensão normativa e o reflexo que projeta sobre as vias de tutela dos direitos fundamentais e sobre a vinculação, positiva e negativa, dos poderes públicos, alcançando a viabilidade de garantias.

Sobressai o caráter projetivo e utópico da construção teórica do máximo existencial, mas os seus contornos jurídico-normativos constitucionais e, também, regionais e internacionais não se diluem em ilusão. Não se trata de proposta nefelibata, mas de projeto de construção de um paradigma que assegure a tutela progressiva, processual, contínua e efetiva das condições existenciais pela satisfação de necessidades além do mínimo.

Também não se presta uma crença mítica e fetichista à dimensão emancipatória e normativa do direito e nem se intenta sobrecarregar o Estado, notadamente diante da assentada pré-compreensão que denota a complexidade do problema enfrentado e a transdisciplinariedade das condições do seu enfrentamento, ressaltando-se, em verdade, a função e o papel do direito, e dos direitos fundamentais em especial, no processo de construção e transformação da realidade social.

Dessarte, se “É certo que o pensamento insistente não é suficiente” (HABERMAS, 1993, p. 111), é imprescindível para possibilitar a tradução do caráter dirigente da Constituição Federal numa efetiva projeção para além do mínimo dos direitos fundamentais.

E é esse pensamento insistente que se passa a descortinar, com o escopo de possibilitar que, não se atendo ao mínimo, seja propiciado o máximo possível na construção

de um efetivo Estado Democrático de Direito cuja dimensão republicana venha a se realizar.

2 PRESSUPOSTOS PARA O DIREITO FUNDAMENTAL AO MÁXIMO EXISTENCIAL

A afirmação e o desenvolvimento do direito fundamental ao máximo existencial demandam a explicitação das suas condições de possibilidade, com o enfrentamento dos obstáculos e a superação dos desafios que a sua proposta acarreta.

O âmbito das condições de possibilidade é demarcado a partir da pré-compreensão¹³ em que se insere o desenvolvimento teórico, norteada pelo movimento pendular da reflexão dialógica e impulsionada pelas interpelações oriundas do contexto e dos textos normativos e pelas respostas possíveis.

Qualquer estudo deve partir da exposição das premissas fixadas para obter-se a possível solução de um dado problema. Não podem ser esgotadas tais premissas, até por força dos preconceitos¹⁴ que operam sobre a compreensão, muitos dos quais sequer percebidos, o que não desonera o intérprete de esforçar-se para tanto.

O direito fundamental ao máximo existencial não se compadece com os paradigmas científicos tradicionais e muito menos com os modelos de racionalidade que usualmente embasam a concepção da teoria dos direitos fundamentais.

Daí que, constatada a insuficiência não apenas do modelo teórico relativo aos direitos fundamentais, mas dos próprios paradigmas em que foi haurido, torna-se necessário

¹³ Pré-compreensão é entendida no sentido da hermenêutica filosófica, tal como sustentado por Gadamer (1999). No âmbito do Direito, é acolhida enquanto responsável pelas condições de possibilidade da interpretação por Konrad Hesse (2009, p. 109), Müller (2007, p. 79-84) e, dentre outros, no Brasil por Lenio Streck (2001).

¹⁴ Em consonância com a reflexão hermenêutica ora adotada, tem-se como preconceito, na pena de Gadamer (1999, p. 407), um “[...] juízo que se forma antes da prova definitiva de todos os momentos determinantes segundo a coisa”, esclarecendo, ainda, que “[...] preconceito não significa pois, de modo algum, falso juízo, pois está em seu conceito que ele possa ser valorizado positivamente ou negativamente”. Ademais, a importância da percepção e do entendimento dos preconceitos e da sua interferência na compreensão humana é advertida por Gadamer (1999, p. 531-532) ao salientar que “Aquele que se crê seguro na sua falta de preconceitos porque se apoia na objetividade de seu procedimento e nega seu próprio condicionamento histórico experimenta o poder dos preconceitos que o dominam incontrolavelmente como uma *vis a tergo*. Aquele que não quer conscientizar-se dos preconceitos que o dominam acaba considerando erroneamente o que vem a se mostrar sob eles.

apontar uma nova, ou ao menos, mais adequada pré-compreensão, responsável por orientar a compreensão, a interpretação e a aplicação¹⁵ do direito fundamental ao máximo existencial.

Assim, e tendo em vista o caráter que a atividade científica revela-se voltada à solução de problemas (LAUDAN, 1977, p. 11-12), a defesa do direito fundamental ao máximo existencial e a sustentação das suas potencialidades jurídico-normativas exigem a negação dos paradigmas científicos que nortearam a fundação das teorias jurídicas sobre a constituição, sobre o Estado e sobre os direitos fundamentais¹⁶.

Novas premissas epistemológicas devem ser reveladas diante da eclosão do paradigma científico emergente, tal como sustentado por Boaventura de Sousa Santos (2002) e da nova compreensão do homem e do mundo, conducente à percepção da complexidade e da necessária transdisciplinaridade, conforme Edgar Morin (2001).

Tais paradigmas afiguram-se mais compatíveis com a adoção da reflexão hermenêutica nos moldes descortinados por Gadamer (1999), com a capacidade de ruptura com preconceitos inautênticos e a aptidão para construção de sentidos produtivos.

Essa reflexão hermenêutica pressupõe e admite a ínsita finitude da condição humana, reconhecendo a falibilidade da razão e negando, conseqüentemente, o caráter onisciente e onipotente da racionalidade tipicamente iluminista, o que já era antevisto, ainda que por outra matriz epistemológica, por Karl Popper (1999).

A especificação do que seja o máximo é, em si mesma, complexa e, referindo-se às condições existenciais, relativamente inapreensível; entretanto, a fuga dessa questão levaria à imprestabilidade da concepção de novo direito que se sugere, o que demanda o seu enfrentamento.

Diante disso, adota-se, no âmbito da reflexão hermenêutica, uma perspectiva prudente de racionalidade limitada que, reconhecendo os limites da razão prática, a incapacidade de valoração plena e as restrições de tempo, conhecimento e informações, dentre outros fatores, defende a noção de *satisficing*, ou, como se virá a propor, o critério de satisfação suficiente (BYRON, 2010).

Esse referencial de razão prática fundando na satisfação suficiente, por sua vez, parece associar-se bem e de uma forma potencialmente expansiva com o pensamento do

¹⁵ Entendidos como processo unitário, tal como defendido por Gadamer (1999, p. 459-462).

¹⁶ Adere-se ao quanto preconizado por van Hoof (1984, p. 106) que, ao rechaçar a concepção tradicional em derredor da distinção entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, sustenta que as mudanças sociais tornam os esquemas tradicionais de compreensão dos direitos humanos obsoletos, sendo necessário desenvolver perspectivas inovadoras para promoção dos direitos humanos, como ora proposto mediante a afirmação e a devida compreensão do direito fundamental ao máximo existencial.

possível desenvolvido por Peter Häberle (2002), fundando-se na inter-relação entre os âmbitos do possível, do real e do necessário.

A circunstância do reconhecimento dos limites da razão e da adoção de um referencial de racionalidade prática concernente aos mesmos não afasta da compreensão dos direitos fundamentais, e notadamente, do direito fundamental ao máximo existencial, a dimensão utópica, ou seja, crítica e projetiva, que deve ser abrigada, porque intrínseca ao processo evolutivo dos direitos fundamentais.

Estabelecidas as premissas epistemológicas e a adoção da reflexão hermenêutica, com os referenciais de racionalidade prática apontados, torna-se necessário, também, apontar as premissas teóricas que devem nortear o direito fundamental ao máximo existencial.

Nesse sentido, não há como rejeitar o paradigma teórico desenvolvido por José Joaquim Gomes Canotilho (1994) para explicar o caráter normativo das normas constitucionais que habitam os textos constitucionais a partir do constitucionalismo social¹⁷ e a interferência que operam sobre o exercício da competência legislativa. Assim, o direito fundamental ao máximo existencial pressupõe e se desenvolve no âmbito do constitucionalismo dirigente¹⁸, ainda persistente malgrado os obstáculos que o desafiam¹⁹.

O constitucionalismo dirigente, entretanto, não se encontra sozinho, pois partilha a sua existência e o seu caráter paradigmático no âmbito da teoria da constituição com o advento de um novo constitucionalismo, de matizes e dimensões várias e ainda sobre reflexão apurada, que é o neoconstitucionalismo.

Também o neoconstitucionalismo é pressuposto ao presente estudo, pois possibilitou a afirmação e o reforço da jurisdição constitucional, o reconhecimento do caráter normativo da constituição e a sua substancialização mediante os valores pertinentes aos princípios constitucionais, cuja dimensão normativa tem sido objeto de intensa doutrina²⁰. Esses três fatores são imprescindíveis para a compreensão das potencialidades jurídico-normativas do direito fundamental ao máximo existencial. Em decorrência dos mesmos, tem-se todo o desenvolvimento de uma principiologia da interpretação constitucional, cujo

¹⁷ Sobre o constitucionalismo social remete-se, dentre outros, a García Pelayo (1997) e, na doutrina pátria, a Paulo Bonavides (1996).

¹⁸ Ou, melhor dizendo, dos constitucionalismos dirigentes, posto que, como sugere Canotilho (1994, p. 154-156), cada Estado, cada povo, desenvolve o seu próprio constitucionalismo, embora se possa reconhecer que todas as experiências integradas ao constitucionalismo social do pós-guerra possam se enquadrar na tipologia dirigente.

¹⁹ Tal como sustentado em outra oportunidade (CALMON DANTAS, 2009).

²⁰ Desde Dworkin (1999a), passando por Alexy (2008), e introduzidos na doutrina pátria por Paulo Bonavides (1997) e com as perecipientes reflexões de Humberto Ávila (2006).

elemento mais significativo para o presente estudo é o princípio da máxima efetividade (SILVA NETO, 1999).

Além do constitucionalismo dirigente e do neoconstitucionalismo, não se pode deixar de reconhecer a progressiva abertura e o reforço recíproco da tutela dos direitos fundamentais diante da ocorrência do fenômeno da interconstitucionalidade (CANOTILHO, s.d, p. 1425), que propicia a proteção multinível dos direitos fundamentais, ou, ainda, da associação de um direito constitucional nacional com normas constitucionais regionais e internacionais (PIOVESAN, 2008), formando-se uma interação simbiótica entre o direito constitucional, o direito regional (referente à formação dos blocos regionais) e o direito internacional, notadamente mediante o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos (PIOVESAN, 2002, p. 33-35).

A interação da dimensão constitucional interna, regional e internacional se respalda na compreensão solidária de cooperação, que Häberle (2007) invoca ao sugerir o advento do Estado Constitucional Cooperativo, de caráter transnacional. Já Ferrajoli (2006a, p. 116) pressente a necessidade de defesa de um garantismo²¹ global mediante a elevação de um paradigma constitucional global, o que encerra a análise da persistência da vinculação essencial entre constitucionalismo e Estados soberanos, como sustenta Ulrich Preuss (2010, p. 23).

Essa expansão global do constitucionalismo – e não das constituições, globalizadas há muito –, para além das fronteiras nacionais, vem em reforço da defesa do direito fundamental ao máximo existencial.

A compreensão das condições e possibilidades desse direito fundamental demanda a adoção referencial de outras experiências constitucionais e das normas regionais e internacionais de proteção da pessoa humana, no âmbito do sistema multinível de proteção dos direitos fundamentais, com a introjeção da perspectiva comparativa e a admissão do transconstitucionalismo (NEVES, 2009) mediante um diálogo entre tribunais, tal como analisado por Giuseppe de Vergottini (2010) e Sabino Cassese (2010).

Diante do caráter transdisciplinar do presente estudo, à vista da complexidade das questões que concernem à afirmação do direito fundamental ao máximo existencial e à própria especificação do conteúdo material deste direito, as premissas teóricas não se

²¹ Para Ferrajoli (2001, p. 374) o garantismo consiste num conjunto de técnicas que devem ser aptas a assegurar o máximo grau de efetividade dos direitos constitucionais.

circunscrevem à estrita seara jurídica, cabendo invocar teorias hauridas em outras áreas que venham a auxiliar a tese proposta²².

Nesse sentido, também se adota a interação da teoria das capacidades, desenvolvida por Amartya Sen (2000) e com o apuro enriquecedor de Martha Nussbaum (2011), que se correlacionam com a teoria das necessidades, a despeito da significativa variedade de vertentes doutrinárias sobre o sentido e a significação das necessidades.

A interação da teoria das capacidades com a dimensão axiológica dos bens relativos à satisfação das necessidades confere o fundamento moral não apenas aos direitos sociais (AVILÉS, 2010, p. 83), mas aos direitos fundamentais como um todo e, em especial, ao direito fundamental ao máximo existencial.

Na medida em que se objetiva, com o máximo existencial, propiciar a desmercantilização²³ das condições existenciais e a capacidade de auto-realização do ser humano, torna-se inexorável enfrentar a questão das necessidades e da escassez, na perspectiva sócio-jurídica, cuja satisfação é *conditio sine qua non* para a existência e o desenvolvimento das capacidades. A compreensão do direito fundamental ao máximo existencial como impositivo do desenvolvimento das capacidades humanas para satisfação das necessidades, além daquelas restritas à sobrevivência, denota um dos elementos fulcrais do presente estudo, que é a indivisibilidade dos direitos fundamentais.

Só a partir da indivisibilidade²⁴ como pressuposto de compreensão da dimensão normativa do direito ao máximo existencial, viabilizada pela associação das capacidades à

²² O que não importa na adoção da perspectiva sustentada por Canotilho (s.d, p. 1355) de que haveria a dissolução da teoria da constituição noutras teorias, com a conseqüente desvalorização da constituição e das teorias em torno de si firmadas. A abertura para outras teorias resulta do diálogo transdisciplinar e da complexidade que demandam o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais que seja aberta e plural, idônea a enfrentar os desafios e pressões que lhe são opostos.

²³ A desmercantilização das condições existenciais é entendida como sendo o objetivo e a tarefa de um dos três modelos de Estado Social concebidos por Esping-Andersen (1999, p. 35), representando a institucionalização de condições que propiciem a qualquer pessoa a obtenção de prestações devidas e necessárias à sua existência independentemente do mercado. No âmbito do Direito, e tendo em vista a função dos direitos sociais no ordenamento sueco, Clara Marquet Sardá (2010, p. 74) acolhe o entendimento de serem responsáveis pela desmercantilização das condições existenciais.

²⁴ A indivisibilidade importa na negação da distinção das liberdades e dos direitos sociais quanto ao *status* jurídico-normativo, quanto à fundamentalidade e quanto à fundamentação. Não obstante isso, embora haja um mantra acerca da universalidade, da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos, como salienta Mary Dowell-Jones (2004, p. 1), “[...] os direitos humanos econômicos e sociais ainda não são levados a sério como direitos humanos fundamentais”. Na versão original, “[...] socio-economic human rights are still not taken seriously as fundamental human rights”.

superação das necessidades, é que se faz possível romper com o déficit teórico acerca dos preconceitos inautênticos, ilegítimos ou falsos²⁵ quanto aos direitos sociais.

Posto isto, cabe analisar cada uma das premissas ora expostas, estabelecendo, então, as condições de possibilidade da afirmação e da impressão de sentido normativo ao direito fundamental ao máximo existencial.

2.1 A INSUFICIÊNCIA DOS PARADIGMAS TEÓRICOS TRADICIONAIS

A deficiência dos paradigmas²⁶ teóricos tradicionais já vem sendo anunciada há tempos, embora ainda não tenha sido devidamente internalizada no âmbito da ciência jurídica, que persiste atada às concepções e modelos construídos por inflexão do positivismo jurídico.

Esses paradigmas assentam-se na premissa de que a racionalidade é inerente ao homem e que, pelo desempenho regrado e metódico da reflexão, ser-lhe-ia possível explicar, prever e, por consequência, dominar a natureza, encontrando frágil respaldo nos êxitos técnicos propiciados pelas descobertas das ciências naturais. O Iluminismo deitava, então, suas raízes numa profundidade que alcançaria as ciências sociais, estendendo-se à ciência jurídica.

Com efeito, como destaca Larenz (1966, p. 31), Ihering – antes da sua adesão à jurisprudência de interesses – reputava que a dogmática jurídica deveria parecer com a química, sendo, em verdade, uma química jurídica. Kelsen (1998, p. 82), por sua vez, extremando a ciência jurídica das impurezas, afirma a ciência jurídica como meramente descritiva, entendendo-a como ciência normativa apenas em função do seu objeto e limitando-a “[...] ao conhecimento e descrição das normas jurídicas e às relações, por estas constituídas”; ou seja, bem à feição das ciências naturais.

²⁵ Gadamer (1999, p. 442-447) destaca a distinção entre preconceitos legítimos e ilegítimos ou falsos, considerando que os últimos obstaculizam a compreensão e devem sujeitar-se à razão crítica possibilitada e apurada com o distanciamento histórico.

²⁶ Entende-se por paradigma a noção estabelecida por Thomas Khun (2000, p. 13) como “[...] as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”.

A ciência jurídica, embasada, então, em paradigmas surgidos com o Iluminismo e partilhando do êxtase do modelo epistemológico das ciências naturais, apresentava-se completamente dissociada da realidade, sendo-lhe negado o seu caráter produtivo e produtor de sentido, o que veio a repercutir na construção dogmática de mitos e revelação de preconceitos inautênticos cuja superação se torna tarefa árdua.

Na medida em que a tarefa da ciência jurídica é descritiva e fundada nos textos normativos, tem-se que a função do intérprete se limitaria à construção da descrição das regras jurídicas, bem ao modo positivista e, mais recentemente, conforme as proposições da teoria pura (KELSEN, 1988). Não lhe caberia exercer a crítica, inovar, e nem imprimir sentido axiológico na revelação do sentido do texto, que se encontra ou no próprio texto, ou na vontade originária do legislador, caso se adote a *mens legis* ou caso se busque a *mens legislatoris*. Haveria reprodução de sentido e não produção de sentido.

Esses paradigmas oriundos da compreensão da razão iluminista²⁷ compõem-se da crença do caráter constitutivo do método rigoroso e adequado, que confere objetividade, imparcialidade e, então, verdade e correção à atividade científica. Tais paradigmas acabaram por engessar a reflexão jurídica, além de se associarem às matrizes do pensamento capitalista-liberal, nutrido durante os séculos XVIII e XIX.

É a partir desses paradigmas e da matriz liberal que advêm os preconceitos inautênticos e mitificados em torno da compreensão dos direitos sociais, prejudicando substancialmente a construção de uma teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada ao texto e ao contexto e em conformidade com a indivisibilidade que lhes deve ser característica. Respalda, ainda, uma eficácia mínima dos direitos fundamentais e, pode-se dizer, uma eficácia zero dos direitos sociais.

Como o direito fundamental ao máximo existencial sustenta a indivisibilidade dos direitos fundamentais, respaldando o caráter indivisível e interdependente, inclusive, das liberdades e dos direitos sociais, conclui-se que a insuficiência dos paradigmas teóricos tradicionais se revela, inicialmente, com relação aos direitos sociais.

²⁷ Para uma compreensão profunda e detalhada desses paradigmas, remete-se a Boaventura de Sousa Santos (2002, p. 10-23), destacando que o modelo de racionalidade típico da ciência moderna foi constituído com a revolução científica do século XVI e floresceu rapidamente no âmbito das ciências naturais, vindo a ser aspirado no século XIX pelas ciências sociais por ser o referencial de cientificidade. Daí que se possa considerar haver, desde então, “[...] um modelo global de racionalidade científica que admite a variedade interna mas que distingue e defende, por via de fronteiras ostensivas e ostensivamente policiadas, o senso comum e os estudos humanísticos, que seriam duas formas de conhecimento não científico.”

A ampliação do rol de direitos fundamentais, para além dos individuais e políticos, não foi bem compreendida, pois desvirtuaria as bases do edifício conceitual que foi descrito pelas primeiras reflexões em torno da teoria dos direitos a partir do surgimento dos direitos fundamentais de primeira dimensão²⁸.

O problema fundamental da condição humana sempre foi assegurar a liberdade pela política; o sentido de liberdade de que partem as concepções acerca da teoria dos direitos fundamentais, que desprestigia os direitos sociais, colocam-nos em segundo plano, sendo tidos, desde a sua origem, como dotados de mero caráter programático. Como registram Bodo Pieroth e Bernhard Schlink (2008, p. 13), os direitos econômicos e sociais, apesar de consagrados na Constituição de Weimar de 1919, eram desgraduados com relação aos direitos civis e políticos.

Expoente dessa incompreensão é a concepção de Carl Schmitt (1996, 170-174), para quem só os direitos individuais seriam, efetivamente direitos fundamentais, enquanto os direitos sociais – por ele chamados como socialistas – têm estrutura distinta, são relativos e limitados, encontrando-se em situação de contraposição com os autênticos direitos fundamentais.

Nesse sentido, o pensamento jurídico classicamente desenvolvido em torno dos direitos fundamentais sempre se voltou para prestigiar e privilegiar os direitos individuais e os direitos políticos, ou seja, os direitos fundamentais tidos como de primeira dimensão (SANCHÍS, 2004, 111-114). Os direitos sociais seriam, então, direitos menos nobres, não-justiciáveis, inferiores e que custam mais caro (GREWE, 2003, p. 67).

Segundo Teresa Vicente Giménez (2006, p. 95), o principal problema dos direitos sociais quanto à dogmática dos direitos fundamentais é relativo à sua natureza e à sua realidade jurídica. Em outras palavras, saber se são realmente direitos em sentido jurídico-normativo ou se são meras exigências de outra ordem. Assim, “[...] a determinação do seu conteúdo e seu desenvolvimento concreto depende da teoria que seja adotada e, ao final, na concepção de Estado que se tenha”²⁹.

Como as teorias – dos direitos fundamentais e da constituição – eram embasadas nos paradigmas do constitucionalismo moderno e do Estado Liberal, não havia ambiente favorável ao desenvolvimento da potencialidade normativa dos direitos sociais, o que é

²⁸ Sobre as dimensões de direitos, a que se retornará adiante, a doutrina originária de Marshall (1992), com a atualização precisa de Ingo Sarlet (2006).

²⁹ Tradução livre. No original, “[...] la determinación de su contenido y su desarrollo concreto, depende de la teoría que se adopte y, en definitiva, de la concepción de Estado que se tenga”.

corroborado por Danièle Lochak (2005, p. 39-40) ao observar que é preciso “[...] tomar consciência da insuficiência da concepção liberal clássica, vinculada apenas à defesa das liberdades individuais e dos direitos políticos, e da necessidade de reconhecimento dos direitos econômicos e sociais como direitos humanos”³⁰.

Em razão disso, os direitos sociais jamais receberam a mesma atenção da doutrina e nem dos poderes públicos, sendo usualmente preteridos, notadamente naqueles países em que não vicejou a democracia imediatamente ao pós-guerra, como foi o caso da América Latina.

A única via de garantia dos direitos sociais, já que inexistiam meios institucionais e constitucionalmente assegurados para garanti-los, consistia no processo político desenvolvido em ambiente democrático. Ausente a democracia, ausentavam-se também as condições propícias à efetivação dos direitos sociais.

Diante de tal situação, sobrepõe a observação de Albert Nogueira Fernández (2010, p. 23) de que, analisando o estágio da implementação dos direitos sociais na América Latina, “não há dúvida de que o resgate do reconhecimento e das garantias de acesso aos direitos sociais se constitui como prioridade absoluta nas nossas sociedades”³¹.

Corroborando com a urgência da questão, Ferrajoli (2002, p. 61-62) percebe que esse desprezo quanto aos direitos sociais repercute na carência de garantias jurídicas específicas, quer primárias, quer secundárias, que sejam estruturadas à feição dos direitos sociais e que possam, portanto, viabilizar a sua efetividade. Assim, há uma mútua implicação entre a incompreensão e desprezo quanto aos direitos sociais e a inexistência de garantias jurisdicionais específicas.

Quanto à incompreensão, Aniza García Morales (2009, p. 11), por sua vez, reconhece que a doutrina tradicional costuma reputar os direitos sociais como posteriores, axiologicamente subordinados e estruturalmente distintos dos direitos civis e políticos, não sendo mais do que aspirações ou princípios de caráter programático, considerando-os, em síntese, como “[...] direitos de *segunda categoria*, realização gradual e tutela jurídica debilitada”³².

³⁰ Tradução livre. No original, “[...] l’on prend conscience de l’insuffisance de la conception libérale classique, attachée à la seule défense des libertés individuelles et des droits politiques, et de la nécessité de reconnaître les droits économiques et sociaux comme des droits de l’homme à parte entière”.

³¹ Tradução livre. No original, “[...] no hay duda que el rescate de un reconocimiento y de las garantías de acceso a los derechos sociales se constituye como una prioridad absoluta en nuestras sociedades”.

³² Destaque no original. Tradução livre. No original, “[...] derechos de *segunda categoria*, realización gradual y tutela jurídica debilitada”.

O estágio atual da dogmática constitucional não é muito distinto, pois, como sustenta Giménez (2006, p. 99), a teoria dos direitos fundamentais, no que respeita à responsabilidade com a compreensão adequada dos direitos sociais, encontra-se em situação desalentadora, sendo necessário que, além de tê-los como autênticos direitos, haja um desenvolvimento dogmático que possibilite o revigorar da sua dimensão constitucional.

Da mesma forma, Asbjorn Eide e Allan Rosas (2001, p. 3) identificam a negligência, quer na dimensão teórica, quer na prática, quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais, havendo uma preocupação mais intensa, desde o advento da Convenção de Direitos Civis e Políticos e da Convenção de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com a bipartição dos direitos consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Revigorar da dimensão constitucional dos direitos sociais se torna, pois, um problema que supera as fronteiras dos Estados, sendo uma questão que desafia a proteção da pessoa humana em escala local, nacional, regional e internacional, do que advém a importância da inserção do direito ao máximo existencial no âmbito da tutela multinível dos direitos fundamentais e, mais ainda, das novas dimensões do constitucionalismo.

Para tanto, é necessário romper com os mitos e insuficiências teóricas ora expostas, que retardam o desenvolvimento de uma dogmática constitucional engajada no compromisso pela efetividade das normas constitucionais, tal como referido por Konrad Hesse (1999, p. 32) ao defender que a preservação da vontade de Constituição é “[...] tarefa confiada a todos nós”.

Essa missão se torna imperiosa em se tratando da vontade de Constituição referida aos direitos sociais e à afirmação do direito ao máximo existencial, cabendo à sociedade aberta de intérpretes (HÄBERLE, 1997) e, principalmente, à ciência do direito constitucional.

Nesse sentido, Daniel Farber e Suzanna Sherry, embora tratando do *judicial review of legislation* (2009, p. 123-126), criticam a apatia da doutrina jurídica, extensiva à reflexão empreendida nos cursos de Direito³³.

As teorias que prestigiam as liberdades em detrimento dos direitos sociais são inadequadas em razão da impossibilidade de viabilizar ao indivíduo a capacidade de auto-realização, notadamente em Estados em desenvolvimento, acarretando grande concentração de renda, em detrimento das classes menos abastadas. A liberdade deve ser compreendida em

³³ Referindo-se especificamente ao ambiente do ensino jurídico e ao papel dos professores de direito, adotando uma concepção de necessário engajamento, Farber e Sherry (2009, p. 129) defendem que “Como acadêmicos, é preciso levar a sério o desempenho do papel de educadores, tanto dos estudantes quanto do público”. Na versão original, “As academics, we must take our role as educators – of our students and of the public – seriously”.

conexão com a igualdade, como liberdade protegida, e não como liberdade desprotegida (ALEXY, 2008b, p. 227-235), respaldada pela aludida indivisibilidade.

Não obstante isso, há muita resistência quanto a uma renovada compreensão dos direitos sociais, no âmbito da teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada. Assemelha-se com a mesma resistência que Georges Gurvitch (2005, p. 4-6) refere com relação ao advento do novo paradigma do Direito Social. Assim, não se pode ignorar que as categorias vetustas da teoria dos direitos fundamentais sejam repensadas e revisitadas diante dos horizontes que se apresentam com o advento dos direitos sociais, operando-se uma nova compreensão diante do novo constituir da ordem jurídica.

A negligência com relação aos direitos sociais ignora um dos postulados científicos sustentados por Karl Popper (1999, p. 15), que destaca o caráter eminentemente prático dos problemas que devem nortear as ciências sociais, como analfabetismo, pobreza, supressão política ou insegurança jurídica, não ficando restrita a questões apenas teóricas. Entretanto, tais problemas, para serem resolvidos, conduzem à especulação e ao desenvolvimento de teorias e a problemas teóricos.

Esse mister deve comportar tanto a audácia como a originalidade, na medida em que “Em todos os casos, sem exceção, é o caráter e a qualidade do problema e também, é claro, a audácia e a originalidade da solução sugerida, que determinam o valor ou a ausência do valor de uma empresa científica”.

Outrossim, Mario Bunge (1980, p. 67-68) aponta que o cientista não pode ignorar a responsabilidade social, devendo, dentre outros referencias de legitimidade da pesquisa, criticar crenças anticientíficas ou pseudocientíficas e nem “[...] servir aos opressores econômicos, políticos ou culturais.”

Ademais, a solução de problemas se dá pelo advento de novas teorias que passam a ensejar novos problemas porque permitem a abertura de novos horizontes, surgindo problemas inesperados (POPPER, 1999, p. 54).

A tarefa é árdua, mesmo constatada a insuficiência dos paradigmas teóricos tradicionais, em razão do apego para com o positivismo jurídico. Gaetano Silvestri (2009, p. 25-26) destaca que a teoria geral do direito, firmada sobre matrizes positivistas, conduz ao déficit de efetividade das normas constitucionais, notadamente daquelas pertinentes a direitos sociais, o que explica a perplexidade de Perez Luño (2006b, 291-292) diante da circunstância de que parcela dos direitos humanos consagrados pelos textos de máxima hierarquia careçam de proteção judicial efetiva.

Para o positivismo jurídico, os direitos subjetivos, em contrapartida aos direitos naturais, seriam aqueles direta e imediatamente invocáveis perante os tribunais. Diante disso, dentro da matriz positivista que equipara positividade, validade e vigência, é inexplicável a natureza peculiar dos direitos sociais e a compreensão que sobre eles se estabelece como sendo meramente normas programáticas, entendidos como “[...] direitos cuja tutela efetiva se remete ao futuro e que mais que obrigações jurídicas estritas, enunciam compromissos políticos imprecisos”³⁴.

Desse modo, pressupondo-se a condição de direitos fundamentais por estarem consagrados nos textos constitucionais³⁵, há um paradoxo fundamental na teoria dos direitos contemporânea consistente em não ser possível negar-lhes a condição de autênticos direitos e, ao mesmo tempo, reputá-los como injusticiáveis, cabendo colacionar a doutrina de Ferrajoli (2001), *in verbis*:

Certamente, a enunciação constitucional dos direitos sociais a prestações públicas positivas não foi acompanhada da elaboração de garantias sociais ou positivas adequadas, ou seja, de técnicas de defesa e justiciabilidade equiparáveis às garantias liberais negativas para a tutela dos direitos de liberdade.³⁶

Evidentemente que não se defende, de forma ampla e genérica, a absoluta justiciabilidade de todos os deveres positivos que derivam dos direitos fundamentais – e não só, mas também, dos direitos sociais – dado que a operação de preenchimento e especificação do seu conteúdo só é possível a partir do caso concreto, não se podendo conceber, *a priori*, que estejam sujeitos ao *desarrollo legislativo*³⁷. Não parece viável, entretanto, a proposta de redução da justiciabilidade dos direitos fundamentais ao que seja entendido como mínimo vital, sendo a questão que desafia a reflexão.

Desse modo, não se mostra pertinente a adoção de qualquer consenso oriundo mais da ausência de reflexão do que da concordância consciente e deliberada em torno da restrição da justiciabilidade dos direitos sociais apenas quanto ao mínimo vital, como

³⁴ Em tradução livre. No original, “[...] derechos cuya tutela efectiva se reenvia al futuro, y que más que obligaciones jurídicas estrictas enuncian compromisos políticos imprecisos.”

³⁵ Embora haja mais extensa previsão em alguns do que em outros e que nem todos sejam previstos como direitos, tal como se dá com a Constituição espanhola, abrigando vários direitos sociais dentre os chamados princípios norteadores da política social e econômica. Além disso, tanto as Constituições alemã como sueca não encerram um catálogo de direitos sociais, o que não significa que não estejam constitucionalmente fundados em razão dos princípios por ela adotados.

³⁶ Em tradução livre. No original, “Ciertamente, la enunciación constitucional de los derechos sociales a prestaciones públicas positivas no se ha visto acompañada de la elaboración de *garantías sociales o positivas* adecuadas, es decir, de técnicas de defensa y justiciabilidad paragonables a las aportadas por las *garantías liberales o negativas* para la tutela de los derechos de libertad.”

³⁷ Em tradução livre, regulação legislativa.

sustenta, com precedência na doutrina pátria, Ricardo Lobo Torres (2009). Nem os poderes públicos estão vinculados somente ao mínimo vital e nem a tanto pode se limitar o controle jurisdicional, fazendo-se mister a promoção e a garantia do máximo existencial.

A afirmação e a compreensão do direito fundamental ao máximo existencial projetam-se sobre uma área ainda carente e nebulosa da teoria dos direitos fundamentais. Enquanto não faltam estudos de escol atinentes às restrições aos direitos fundamentais, com a preservação do seu conteúdo essencial³⁸, não se pode dizer o mesmo quanto às condições de ampliação dos níveis de prestação relativos aos direitos fundamentais.

Essa carência, certamente em parte devida ao desprezo acima indicado quanto aos direitos sociais, não impede que se reconheça as feições do direito fundamental ao máximo existencial, desenvolvido a partir dos paradigmas e referenciais ora indicados, movido pela reflexão hermenêutica nesse ambiente de complexidade.

Ora, é preciso reconhecer, com Ortega y Gasset (2003, p. 36) que “[...] *no vivimos para pensar sino que pensamos para lograr subsistir o pervivir*”; e não há questões mais sensíveis à existência humana, ou, ao menos, à existência humana compatível com a sua dignidade, do que a reflexão atinente aos direitos fundamentais, em intersecção com os direitos humanos, que vise não apenas a garantir a sobrevivência, mas a vivência plena.

As ideias e as teorias não podem, por si só, mudar o mundo ou transformá-lo em mais adequado às utopias que estão encartadas nos direitos fundamentais; a despeito disso, “É certo que o pensamento insistente não é suficiente. Porém, sem ele, as coisas andam menos ainda” (HABERMAS, 1993, p. 111).

Daí a necessidade de que seja revista a teoria dos direitos fundamentais para superar as insuficiências motivadas pelos paradigmas teóricos liberais, possibilitando constituir uma teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada, na qual tem abrigo o direito fundamental ao máximo existencial.

Cabe esclarecer que, embora não se possa sobrelevar a importância do direito, e do direito constitucional, sobre a filosofia, a política e a economia, impõe-se reconhecer que, recebendo ou projetando influxos oriundos da reflexão filosófica e da prática política, o direito constitucional se entremostra como direito de resistência e de projeção (DANTAS, 2009).

³⁸ De que são expressão, ainda que em caráter não exaustivo, as reflexões de Jorge Reis Novais (2003), Antonio-Luis Martínez-Pujalte (1997), Virgílio Afonso da Silva (2009) e o próprio Alexy (2009).

Resistência a retrocessos e projeção do desenvolvimento em nível suficientemente satisfatório dos direitos fundamentais, consoante a dimensão normativo-emancipatório do constitucionalismo dirigente.

E nessas projeções se pode empreender verdadeiras revoluções jurídicas no plano das ideais e das concepções. É perceptível que a evolução das teorias jurídicas e da prática jurídica – às vezes inter-relacionadas, outras vezes nem tanto – acaba por operar revoluções, no sentido popperiano (POPPER, 1999, p. 38-39).

A análise dos reflexos das ideias no plano das mudanças e transformações sociais ainda não está muito consolidada; a despeito disso, “[...] o sistema de normas, valores e instituições que regulam a conduta humana é considerado, por muitos estudiosos, o aspecto central da sociedade” (SZTOMPKA, 1998, p. 423).

E pode-se adotar, com relação à teoria dos direitos fundamentais, o quanto sustentado por Erwin Cherminsky (2010) com relação à prática decisória da Suprema Corte norte-americana, que estaria sendo submetida ao que considera ser um assalto conservador. Só que nos Estados Unidos o assalto conservador é recente e contraria uma tendência socialmente ativista da Corte; já no plano dos paradigmas clássicos da teoria dos direitos fundamentais, confrontados com as necessidades exigidas pela realidade e com as potencialidades emancipatórias oriundas dos textos constitucionais e do catálogo de direitos fundamentais, o assalto conservador é tradicional e dominante.

Além disso, é, também, ideologicamente orientado, vinculando-se às matrizes do pensamento liberal, que prestigia as liberdades em detrimento dos direitos sociais a partir de uma concepção autônoma de mercado e da sua capacidade de auto-regulação, respaldando-se nos paradigmas científicos oriundos da racionalidade iluminista.

Diante disso, é preciso reconhecer a capacidade não apenas reguladora e estabilizadora do direito, mas também transformadora, que se condiciona e depende do estágio das teorias jurídicas que possam ser desenvolvidas e que se voltem à solução dos problemas graves que desafiam as ciências sociais. Daí a pertinência da doutrina de Lipkin (2000, p. 140-141), para quem as revoluções constitucionais derivam do câmbio interpretativo expressado por decisões judiciais que, pragmaticamente fundadas, tornam melhor a democracia instaurada³⁹.

³⁹ Charles Epp (1998, p. 2) exemplifica e qualifica como decisões revolucionárias responsáveis por modificar paradigmas sociais, ou representar a modificação de tais paradigmas, as adotadas pela Suprema Corte norte-americana nos anos setenta em defesa dos direitos individuais, criando ou expandido “[...] a host of new

Evidentemente, para que tais giros paradigmáticos no plano da compreensão e decisão do direito ocorram, torna-se imprescindível a ação insistente e ativa dos indivíduos, coletivamente organizados ou não, que se materializam por demandas judiciais sustentadas por advogados, como ressalta, quanto ao último aspecto, Charles Epp (1998, p. 48-54).

Essa concepção da repercussão do direito como elemento de transformação social, não apenas no aspecto da estrutura material da sociedade, mas dos próprios valores e interesses sociais, ao modo bem americano, revela-se de caráter pragmático, mas não dispensa, ou melhor, exige, para a sua potencialização, o advento de novas teorias.

Dessarte, esse cambio paradigmático na teoria dos direitos fundamentais, necessário à afirmação do direito fundamental ao máximo existencial – e nela embasado – deve resultar de reflexões tanto no plano teórico, como da experiência e da experimentação da vida real sofrida pela sociedade de intérpretes quanto às normas constitucionais atributivas de direitos, devendo repercutir nos meios institucionais de interpretação e decisão de questões constitucionais.

Dá a necessidade de que sejam ultrapassados os conceitos clássicos trazidos pela ciência jurídica e pela dogmática constitucional que, conforme as matrizes do pensamento liberal e do constitucionalismo moderno,⁴⁰ foram estabilizados, perpetuados e alçados à condição de verdades absolutas pelos paradigmas teóricos fundados no racionalismo iluminista, desprezando e desvalorizando os direitos sociais.

Ora, num ambiente científico dominado por tais paradigmas e obnubilado pela matriz liberal, restaria inviável sustentar o direito fundamental ao máximo existencial, posto que a ordem jurídica, no que se inclui a ordem constitucional, não se prestaria à transformação da realidade e nem a ciência jurídica poderia pretender transformar a realidade do próprio dever-ser que consubstancia o direito.

constitutional rights, among them virtually all of the rights are now regarded as essential to the Constitution: freedom of speech and the press, rights against discrimination on the basis of race or sex, and the right of due process in criminal and administrative procedures". Assim, adveio o que o autor denomina como *rights revolutions*. Em tradução livre, "[...] uma série de novos direitos constitucionais, dentre os quais quase todos considerados essenciais para a Constituição: liberdade de expressão e imprensa, direitos contra a discriminação racial ou de gênero, e o direito ao devido processo criminal e administrativo".

⁴⁰ Sobre a noção e caracterização do constitucionalismo moderno, dentre outros, remete-se para Charles H. McIlwain (1990), que destaca como elementos caracterizadores os limites jurídicos ao poder arbitrário e a responsabilidade política do poder executivo (MCILWAIN, 1990, p. 167). Mais detalhadamente, Nicola Matteucci (1998, p. 25-26) reputa serem elementos que dão compostura ao constitucionalismo moderno a existência de uma constituição escrita, resultante de um processo de racionalização e legitimidade, destinada a impedir um governo arbitrário e instituir um governo limitado. Sobre o processo de racionalização do poder, promovido pelo constitucionalismo, a análise é de Mirkine-Guetzevitch (1931)".

Em consequência, persistiriam sem qualquer possibilidade de solução, na perspectiva dos direitos fundamentais, os problemas que sujeitam a pessoa humana a condições indignas de vida ou, pelos menos, permitem apenas a sua sobrevivência, à vista do déficit político de implementação dos direitos sociais, que só seria passível de constrição caso ficasse aquém do mínimo vital (TORRES, 2009).

Não seria possível, então, que as constituições sociais se projetassem sobre a política para, processualmente, viabilizar a efetividade dos direitos sociais, o que é imprescindível para o desenvolvimento das capacidades e para o exercício das liberdades.

Constata-se a insuficiência do paradigma então dominante e a impertinência da persistência da matriz liberal, que repercutiram na formação da doutrina clássica em torno dos direitos fundamentais. Torna-se imprescindível assentar as bases dos novos paradigmas e, além disso, explicitar as premissas epistemológicas tidas como adequadas para a afirmação e a compreensão do direito fundamental ao máximo existencial.

A potencialidade jurídico-normativa desse direito fundamental se condiciona à adoção das premissas epistemológicas e teóricas abaixo apontadas, integrantes do horizonte de sentido em que se estabelece a reflexão hermenêutica. Tais premissas são *conditio sine qua non* para que exsurja uma revolução constitucional de direitos fundamentais mediante a introjeção do respeito aos direitos sociais e a compreensão indivisível dos direitos fundamentais.

2.2 PREMISSAS EPISTEMOLÓGICAS

A ciência do direito constitucional não pode ter a sua capacidade de conformação da realidade diluída, mesmo diante dos problemas políticos, sociais e econômicos enfrentados pelas comunidades políticas em que vigem as constituições e que representam um déficit na efetivação dos direitos fundamentais.

Não se adota uma crença desmedida e infundada, ao modo de um fetichismo constitucional, na potencialidade intrínseca de mudança social promovida pelos textos constitucionais, mas também carece de consistência a passagem do direito constitucional de

uma disciplina dirigente para uma disciplina dirigida, como outrora sustentado por Canotilho (2000, p. 217-218).

É indubitável que da mesma forma que a racionalidade iluminista relevou de forma frustrante as suas limitações e a crise do projeto que respaldava a modernidade, o direito se encontra cada vez mais pressionado enquanto referencial de regulação social politicamente institucionalizado.

Esse problema apresenta-se ainda mais grave e dramático no âmbito dos direitos fundamentais, posto que se projetam contra as manifestações arbitrárias de poder, quer se trate de poder político, quer de poder ideológico, quer de poder econômico. Assim, há uma maior tendência de resistência à transformação da realidade decorrente da efetivação dos direitos fundamentais do que de promoção da construção processual e contínua desse projeto de libertação e emancipação social.

Essa relação entre direito e âmbito social, ou, especificamente, entre a capacidade social e institucional dos direitos fundamentais transformarem a realidade, pela sua dimensão jurídico-normativa e pelas vias de garantias, e os obstáculos opostos como resistência é particularmente tensa e complexa.

Observe-se que tal questão é recorrente no âmbito da reflexão constitucional, de que são expoentes os clássicos estudos de Lassalle (1998) e Hesse (1999), mas não vem sendo enfrentada senão a partir dos paradigmas epistemológicos tradicionais e pelo viés do liberalismo político e econômico.

Não obstante isso, a devida compreensão dos limites do normativo sobre o fático e, por sua vez, do fático sobre o normativo, e a recíproca interação e mútua implicação, demandam que sejam descortinados novos paradigmas, compatíveis com a complexidade da existência plural e humana e com a necessária transdisciplinaridade⁴¹, à vista das insuficiências dos paradigmas teóricos tradicionais.

⁴¹ Cabe ressaltar a existência de significativa distinção entre transdisciplinaridade e interdisciplinaridade. A primeira envolve um conhecimento transversal, que envolva os vários ramos do saber concomitantemente, e não apenas o reconhecimento da interação entre os mesmos, o que seria a interdisciplinaridade. De forma mais precisa, cabe invocar a definição conferida pela Carta da Transdisciplinaridade, redigida na oportunidade do Primeiro Congresso Mundial de Transdisciplinaridade, promovido pela Organização das Nações Unidas pela Educação, Ciência e Cultura (UNESCO). Enquanto seu art. 1º prevê que “Qualquer tentativa de reduzir o ser humano a uma mera definição e de dissolvê-lo nas estruturas formais, sejam elas quais forem, é incompatível com a visão transdisciplinar”, o art. 4º lhe confere como fundamento a unificação semântica e operativa das acepções através e além das disciplinas, pressupondo uma racionalidade aberta e negando o formalismo excessivo e a rigidez das definições e o absolutismo da objetividade, que exclui o sujeito. Já o art. 5º prevê que há uma abertura não apenas das ciências entre si, mas também um diálogo com a arte, a literatura, a poesia e a experiência espiritual. Assim, tem-se que a transdisciplinaridade remete a uma compreensão mais adequada dos

Em se tratando da afirmação de um direito fundamental ao máximo existencial, torna-se fulcral a compreensão dos limites do jurídico, pressionado pela força normativa dos fatos e por outros agentes de poder que a ele se opõem, exigindo uma reflexão orientada pela matriz da hermenêutica filosófica.

Com efeito, a sustentação de um direito fundamental ao máximo existencial jamais poderia conduzir à defesa da instituição de situações ou estados cuja consecução seja materialmente impossível; entretanto, compreendê-lo como apto a projetar a ampliação dos níveis de prestação voltados às capacidades humanas pela suficiência das necessidades é viável e possível. É preciso, para tanto, que sejam tais referenciais de normatividade, de capacidades, de necessidades e de níveis de prestação devidamente entendidos e em conformidade com as premissas epistemológicas que sejam exigidas pelo paradigma emergente (SANTOS, 2003).

Logo, a primeira premissa consiste na capacidade da ordem jurídica, e em especial dos direitos fundamentais, de conformar a realidade, mas não de impor-se sobre ela de forma avassaladora, questão que pode ser bem enfrentada a partir da perspectiva da ciência jurídica enquanto saber prático (STRECK, 2007, p. 11).

O pensamento de Jellinek (2000, p. 334-336) é particularmente significativo ao se dedicar à questão da força normativa dos fatos, reconhecendo que o âmbito das práticas sociais ocorridas nas relações travadas numa comunidade política tende a ser tornar direito. De forma similar à Lassalle, Jellinek antevê uma distinção entre a constituição escrita e a constituição viva, que representa a divisão efetiva do poder, independente das fórmulas adotadas pelo Direito Público. Assim, cabe trazer à colação a sua concepção atinente à força normativa dos fatos, *in verbis*:

[...] en las relaciones reales reside una fuerza normativa; esto es, que de aquellas relaciones reales reside una fuerza normativa; esto es, que de aquellas relaciones nace la siguiente convicción: las relaciones reales de dominación han de ser consideradas como jurídicas.

O próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu a força normativa dos fatos quando, por exemplo, julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2240-BA⁴², que

problemas a serem enfrentados pela reflexão e abriga consigo uma dimensão imaginativa e criativa própria das manifestações artísticas com as quais deve a ciência interagir.

⁴² AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.619/00, DO ESTADO DA BAHIA, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO -- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A

questionava a constitucionalidade da criação do Município de Luis Eduardo Magalhães sem o atendimento das exigências constitucionais. Como o julgamento se deu anos depois da efetiva institucionalização do município, a decisão proferida resultou de uma ponderação da força dos fatos em razão da existência efetiva do Município de Luis Eduardo Magalhães, viabilizando a melhor medida que respaldasse a força normativa futura da Constituição diante da própria omissão legislativa federal em editar a lei prevista pelo art. 18, §4º, do texto constitucional.

Desse modo, resta evidenciado que o direito projeta sua capacidade de transformação da realidade, mas, por sua vez, sofre influxos da realidade sobre o sentido e os limites do que seja tido como obrigatório⁴³.

Esses influxos se manifestam tanto no plano da compreensão sobre o direito e a ciência jurídica, quanto no âmbito das concepções, valores e instituições que permeiam as relações sociais.

EXCEÇÃO. 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade. 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia.

(ADI 2240, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02283-02 PP-00279).

⁴³ O que é, aliás, evidenciado a partir da reflexão hermenêutica ao conceber a unidade da compreensão-interpretação-aplicação. Enquanto fundado num modelo que se volta para a razão prática, o direito não pode deixar de ser compreendido a partir do horizonte de sentido em que se projeta a realidade em que se situa o problema jurídica a ser resolvido mediante a interpretação de dada norma jurídica.

Ao analisar a formação da ordem jurídica e sua interação com o âmbito social, Galligan (2010, p. 217-218) destaca as qualidades do direito positivo, ou do direito em si mesmo, sobre outras instâncias de poder instituidoras de normas.

Para tanto, reputa que a instância jurídica como mecanismo de regulação social possui normas que são mais claras e precisas e que contam com um corpo institucional oficial para dar-lhes aplicação. Além disso, outras qualidades são necessárias, destacando a existência de autoridade e autonomia nos corpos burocráticos que são especializados e têm a competência de assegurar a observância de suas determinações.

Tais qualidades, consideradas em conjunto, denotam uma inestimável capacidade da ordem jurídica estatal de controlar e organizar a sociedade. Ou seja, detém a ordem jurídica uma capacidade organizacional, que se apresenta não apenas nos bons sistemas jurídicos, mas também naqueles que se baseiam no terror, como o nazismo alemão.

Nesse sentido, reconhece Galligan que o direito tem uma formidável capacidade de transformar as práticas sociais, como se vislumbra no excerto abaixo, *in verbis*:

A afirmação de autoridade suprema, o apoio de uma estrutura administrativa e judicial, e o poder de implementar a si próprio, agregam pontos fortes ao direito e o tornam uma formidável força social, cuja utilidade não reside apenas no reforço práticas existentes, mas em alterá-las na busca de fins positivos e metas.⁴⁴

A potencialidade dessa capacidade transformadora da realidade encontra, todavia, uma série de obstáculos e limites que são da própria natureza do fenômeno jurídico, mas que só podem ser bem compreendidos se inseridos no âmbito da reflexão que encarne os paradigmas tidos como emergentes por Boaventura de Sousa Santos (2002) mediante uma reflexão hermenêutica.

Logo, a segunda premissa epistemológica volta-se à afirmação de paradigmas que sejam atinentes ao projeto de racionalidade das ciências sociais e das respectivas teorias. Sobrevieram paradigmas que configuram as condições de possibilidade das ciências sociais e que reconhecem a centralidade de uma concepção humanística, compatível com a finitude existencial do ser humano.

Além disso, conduzem à separação entre sujeito e objeto da pesquisa, posto que o objeto em si mesmo se humaniza. Opera-se, então, uma subjetivização do objeto, posto que impossível separar o ser humano da sua obra, sobre a qual se debruça. E não há como

⁴⁴ Em tradução livre. No original: “The claim to overriding authority, the support of an administrative and judicial structure, and the power to enforce, all add to these strengths and make it formidable social force, whose utility lies not only in reinforcing existing practices, but in changing them in the pursuit of positive ends and goals”.

desvincular de uma perspectiva humanística o desafio, pela reflexão e pela construção de teorias, dos obstáculos opostos aos direitos fundamentais e, em especial, ao direito fundamental ao máximo existencial.

Passe-se de um esquema sujeito-objeto para uma relação sujeito-sujeito, em que se processa toda a intersubjetividade criativa da compreensão e que se revela mais explicitamente no movimento reflexivo interno de interpelação, estabelecendo-se ao modo de um diálogo, tal como sustentado pela reflexão hermenêutica⁴⁵.

É preciso, também, superar a compartimentalização da reflexão em saberes autônomos e independentes. Como salienta Boaventura de Sousa Santos (2002, p. 46), a excessiva parcelização do conhecimento científico leva à formação de ignorantes especializados, o que repercute no direito, pois “[...] reduzia a complexidade da vida jurídica à *secura da dogmática*”. A correção desse vício epistemológico que acarreta o ensimesmamento da ciência jurídica a si e o esquecimento de que não se encontra só e nem tem aptidão de, por si, projetar sobre a realidade só pode ser corrigido quando o direito se voltar a redescobrir o mundo filosófico e sociológico para encontrar a prudência perdida.

Nisso reside a terceira premissa epistemológica, que sustenta não apenas a interdisciplinaridade⁴⁶, mas a transdisciplinaridade e que, por sua vez, traz consigo a quarta premissa, que se associa à dimensão humanística antes referida, e que concerne à integração do conhecimento sobre o ser humano. Assim, é imprescindível o autoconhecimento, pois não é mais suficiente desnudar as condições de sobrevivência, mas de como saber viver (SANTOS, 2002, p. 53).

A transdisciplinaridade é particularmente significativa e importante diante da necessidade de uma reflexão ampla e transversal que, sem ignorar o caráter referencial da ordem constitucional e dos direitos fundamentais nela consagrados, esteja apta a recorrer aos diversos saberes para enfrentar os obstáculos que apequenam esses direitos a uma rotulação de mínimo vital.

⁴⁵ Giuseppe Zaccaria (2004, p. 49) reconhece, no plano da razão jurídica, a impossibilidade de manutenção da dicotomia sujeito-objeto, por ser o indivíduo sempre, inseparável e insuperavelmente, sujeito e objeto, concomitantemente.

⁴⁶ De forma bem própria às suas concepções, Georges Burdeau (1966, p. 7) há muito já ressaltava a relevância da interdisciplinaridade, tendo em vista a unidade da reflexão sobre o homem e a sua complexidade, reconhecendo que “É o homem que está ao centro de todos os problemas de que se ocupam as ciências sociais e políticas; sua complexidade e infinita variedade dos fatores que determinam não apenas o seu comportamento, mas o seu próprio ser, explicam a imprecisão dos limites que separam as disciplinas de que é objeto”. No original, “C’est l’homme qui est au centre de tous les problèmes dont s’occupent les sciences sociales et politiques ; sa complexité et l’infinie variété des facteurs que déterminent, non seulement ses comportements, mais encore son être même, expliquent l’imprécision des limites qui séparent les disciplines dont il est l’objet.”

Para tanto, deve-se ir até mesmo além do ambiente restrito dos saberes científicos e integrar o senso comum, produzido no âmbito da chamada sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 1997), e as mais diversas manifestações artísticas, como a poesia e a literatura, notadamente em razão da dimensão imaginativa, criativa e compreensiva da realidade que podem propiciar. A associação e a interação entre o conhecimento científico e outras formas de conhecimento correspondem a um dever de fidelidade com a realidade e com a finitude do ser humano e decorre da perda do primado da racionalidade iluminista fundada nos paradigmas em crise.

A transdisciplinaridade é transversal, porque a reflexão se projeta sobre um fenômeno que exorbita os limites da racionalização estanque sobre o ser humano, sendo imprescindível para que se dê o conhecimento a partir de si, para o seu autoconhecimento. O autoconhecimento pressupõe a transdisciplinaridade, pois o conhecer e refletir sobre o mundo é, antes de mais nada, um movimento aberto e plural que envolve compreender a si mesmo.

Especificamente na seara jurídica, o direito fundamental ao máximo existencial importa na interação íntima entre o direito constitucional e outras áreas, como o direito administrativo, o direito tributário, o direito financeiro, dentre outros.

Outrossim, essas premissas desenvolvem-se no âmbito de um pensamento voltado ao paradigma da complexidade (MORIN, 2006). Em parte, essa complexidade⁴⁷ é resultante da própria condição humana, que se manifesta e se potencializa na vivência da experiência existencial comunitária⁴⁸. É unidade de múltiplas e facetadas manifestações e dimensões. Como apontado por Edgar Morin (2005, p. 63), o bom pensamento deve reconhecer a complexidade humana, sem dissociar o indivíduo da comunidade e da sua condição de ser da natureza, afirmando que “O indivíduo é *sapiens/demens, faber/mitologicus, economicus/ludens*, prosaico/poético, uno e múltiplo”. Essa compreensão exige que se admita “[,,] a complexidade humana, social e histórica e compreende os desvios, derivas e possessões.”

⁴⁷ Adota-se o paradigma do pensamento complexo desenvolvido por Edgar Morin (2006) e que não se opõe à reflexão hermenêutica estabelecida pela matriz gadameriana (1999).

⁴⁸ O que também é realçado por Burdeau (1966, p. 07), dentre outros. No âmbito da ciência jurídica, a complexidade é importante diante da necessidade de desvelar mitos em que o positivismo jurídico fincava o seu ideário e, por essa via, contorcia a realidade ao seu alvedrio. A simplificação propiciada pelo positivismo jurídico quanto à compreensão do direito era, em verdade, um aprisionamento e um encastelamento da complexidade, levando o direito à exaustão no que respeita à sua defasagem para com a realidade, à ineficiência enquanto mecanismo de regulação social, e à imprestabilidade da sua potencialidade transformadora e emancipatória.

O sentido da complexidade não é, entretanto, como esclarece Morin (2006, p. 6-8) nem o de negação da simplicidade e nem o de confusão ou completude. O pensamento complexo entra em cena quando o pensamento simplificador falha, mas não afasta a necessidade de clareza, ordem, distinção e precisão no conhecimento. Da mesma forma, distancia-se de uma das significações comuns, referidas à confusão e desordem e não tem a pretensão de ser completo, malgrado aspire ao conhecimento multidimensional. Mais especificamente, cabe trazer a noção de complexidade trabalhada por Morin (2006, p. 13), *in verbis*:

[...] a complexidade é um tecido (*complexus*: o que é tecido conjunto) de constituintes heterogêneas inseparavelmente associadas: ela coloca o paradoxo do uno e do múltiplo. Num segundo momento, a complexidade é efetivamente o tecido de acontecimentos, ações, interações, retroações, determinações e acasos, que constituem nosso mundo fenomênico. Mas então a complexidade se apresenta com os traços inquietantes do emaranhado, do inextrincável, da desordem, da ambiguidade, da incerteza... Por isso o conhecimento necessita ordenar os fenômenos rechaçando a desordem, afastar o incerto, isto é, selecionar os elementos da ordem e da certeza, precisar, clarificar, distinguir, hierarquizar. Mais tais operações, necessárias à inteligibilidade, correm o risco de provocar a cegueira, se elas eliminam os outros aspectos do *complexus*.

A complexidade se relaciona, também, com os aspectos políticos, econômicos e sociais que concernem à temática dos direitos fundamentais, havendo um entrelaçamento desses diversos fatores nas questões atinentes à efetividade dos direitos fundamentais e que, naturalmente, devem ser enfrentados pela perspectiva do direito fundamental ao máximo existencial.

Diante disso, cabe ressaltar que nenhuma proposta quanto ao problema da desmercantilização das condições existenciais suficientes à auto-realização pode ignorar a transdisciplinaridade que envolve a política, a economia a sociologia e o direito.

A adoção dessas premissas, no plano teórico-epistemológico, denota apenas a dificuldade dos temas que envolvem e desafiam as ciências sociais, em especial a ciência jurídica, que, com o advento do constitucionalismo, tomou para si o desiderato de proteger a pessoa humana, em suas múltiplas dimensões, de toda e qualquer forma de poder que invista contra o pleno desenvolvimento da personalidade.

A partir dos aludidos paradigmas emergentes, a afirmação do direito fundamental ao máximo existencial tem como desiderato sustentar a expansão dos níveis de prestação dos direitos fundamentais para além do mínimo vital e as condições e limites da sua justiciabilidade.

Nessas condições, torna-se possível antever que o direito ora afirmado apresenta tanto uma dimensão performática e metafórica, encarnando um sentido utópico, como uma dimensão dogmática em que se busca explicitar e trabalhar as condições de possibilidade da efetivação adequada e progressiva dos direitos fundamentais, procedendo a uma interpretação constitucionalmente adequada do máximo existencial, consistente na projeção para além de qualquer mínimo.

Usualmente, tem-se que a constrição jurisdicional em torno dos direitos fundamentais limita-se ao mínimo vital. Enquanto isso, o Estado brasileiro cinge-se a assegurar o mínimo no que se refere a algumas prestações sociais, ficando aquém disso com relação a outras demandas também prementes.

O mínimo, a subsistência, não é suficientemente satisfatório diante do referencial humanístico da condição existencial, e nem para tão pouco se justifica a existência do Estado, firmada sobre vínculos de solidariedade social que, malgrado esgarçados pela crise paradigmática e existencial proveniente da pós-modernidade (LYOTARD, 2005), devem ser reforçados.

A reflexão deve se orientar para o problema da necessidade de efetividade dos direitos fundamentais para além do mínimo. Para tanto, procede-se à análise da satisfatoriedade suficiente dos níveis essenciais de prestação⁴⁹ e de sua possível ampliação diante da liberdade de conformação legislativa ao desenvolvê-los mediante políticas públicas; em outros termos, os níveis de prestação devem ser progressiva, contínua e processualmente (POSADA, 1936) ampliados até o nível do que seja suficientemente satisfatório. Assim, Häberle (2003a, p. 170) ressalta que a realidade dos direitos fundamentais na vida social é também um processo”.

Infere-se que não se busca construções teórico-abstratas destituídas de relevo concreto e real, de forma que, no caso, a teoria interessa à prática e, inversamente, a prática interesse à teoria.

Com a afirmação do direito fundamental ao máximo existencial, nos quadrantes das premissas epistemológicas assentadas, não se pretende que se alcance o impossível – embora deva ser tentado (BAUMAN, 2008, p. 31) e nem que o possível seja imediato, mas

⁴⁹ Os níveis essenciais de prestação correspondem a uma categoria introduzida no art. 117, alínea ‘m’, da Constituição italiana e que se destina disciplinar a descentralização da competência em matéria de direitos civis e sociais entre o Estado e suas Regiões, cabendo ao primeiro, em caráter exclusivo, determinar os níveis essenciais de prestação concernente aos direitos civis e sociais que devem ser garantidos em todo território nacional. Art. 117, ‘m’: “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale.”

que o possível seja orientado pela noção de satisfatório o suficiente e que esse âmbito seja progressiva e processualmente expandido conforme os níveis de prestação estatais relacionados às necessidades compartilhadas.

Dessarte, a investigação empreendida reconhece o surgimento de um novo paradigma científico, já diagnosticado por Boaventura de Sousa Santos (2002), e orienta-se pela reflexão hermenêutica, propiciada por Gadamer (1999).

2.3 A REFLEXÃO HERMENÊUTICA

A importância da compreensão adequada da interpretação constitucional – e, evidentemente, da interpretação como um todo – é fundamental na construção do Estado Constitucional, pois, como acentua Böckenförd (2006, p. 62) – embora tendo em mira a indagação sobre o método correto de interpretação constitucional – o âmbito da interpretação constitucional e a competência da jurisdição constitucional são as duas faces de uma mesma questão.

E, mais especificamente, no que concerne à investigação acerca da afirmação e da potencialidade do direito fundamental ao máximo existencial nos quadrantes traçados pela ordem constitucional de feição dirigente, em interação e convergência com os níveis supranacionais de tutela dos direitos humanos, só pode ser adequada e devidamente desenvolvida se promovida a partir da reflexão hermenêutica.

A reflexão hermenêutica permitirá encontrar uma resposta adequada – constitucionalmente adequada – e, como tal, correta, acerca do grau de satisfação das condições existenciais pelas prestações do Estado relacionadas aos direitos fundamentais. Por mais indeterminados e imprecisos que sejam⁵⁰, os direitos sociais comportam uma relevância que não pode ser eliminada, condicionando o próprio exercício efetivo das liberdades, além de se inspirarem e viabilizarem a convivência social da comunidade política.

⁵⁰ O que não é uma prerrogativa apenas dos direitos sociais, sendo traço comum de todos os direitos fundamentais, em maior ou menor intensidade.

Com efeito, não se pode admitir que a resposta correta quanto a qualquer caso difícil que envolva direitos fundamentais fique ao livre alvedrio de uma decisão discricionária a ser tomada pelo juiz, ou se encontre constantemente sujeita a restrições tidas como mais relevantes pelo legislativo.

Da mesma forma, em termos paradigmáticos de compreensão e desenvolvimento da ciência do direito constitucional – tido como saber prático, nas condições adrede apontadas – não é possível desenvolver construções teóricas que não pressuponham e nem admitam a dimensão construtiva de sentido inerente à compreensão, à interpretação e à aplicação.

Desse modo, há de se reconhecer que a resposta correta não pode ser discricionária e que, sendo ou não discricionária, não se dirige ao apequenamento dos direitos fundamentais ao que seria o mínimo vital. A resposta correta, entendida como constitucionalmente adequada tanto ao texto e contexto constitucionais brasileiros, como ao neoconstitucionalismo, ao constitucionalismo global e ao transconstitucionalismo, volta-se sempre à efetivação do máximo existencial.

Em outros termos, a reflexão hermenêutica é fundante do direito fundamental ao máximo existencial, posto que assume um caráter de ideia reguladora para a prática jurídica, sendo o elemento diretivo e diretor do que seja a resposta adequada, além de encerrar uma dimensão própria passível de interpretação e concreção aplicativa.

Daí que não apenas os paradigmas científicos clássicos são inadequados e imprestáveis para sustentação do direito fundamental ao máximo existencial⁵¹, estendendo-se tal objeção às concepções teóricas que deles advieram, como o realismo e o positivismo jurídico.

A incapacidade do positivismo jurídico desenvolvido conforme o modelo kelseniano (1997), ou mesmo nos termos da teoria concebida por Hart (2009), é patente. Não se presta a servir como instrumental para tornar a ordem jurídica apta a promover as finalidades que lhe são inerentes. O caráter principiológico do sistema constitucional, constitutivo de um sistema aberto e plural, abrigando tanto uma dimensão moral, como

⁵¹ Há de se registrar a referência de Virgílio Afonso da Silva (2005b, p. 116) que reconhece haver uma cisão entre o arcaico e o moderno no que concerne à interpretação constitucional. O arcaico seria recorrer aos métodos clássicos de interpretação, ao modo da proposta teórica de Savigny, de matiz nitidamente privada; o moderno, por sua vez, seria recorrer aos métodos e técnicos especificamente constitucionais, recebidos como importação da doutrina alemã, malgrado careça em sua origem de uma sistematização própria. Adota-se concepção diversa, embora se adira ao caráter arcaico e inadequado dos métodos clássicos de interpretação, consubstanciada numa proposta que se estabeleça a partir das contribuições da hermenêutica filosófica.

política, apenas torna mais explícita a inadequação do positivismo jurídico, pelo indevido e necessário recurso à discricionariedade.

Enquanto Kelsen admite que a interpretação seja fundamentalmente um ato de vontade, nos quadrantes das interpretações possíveis a partir do texto normativo, dedicando-se pouco ao seu estudo, Hart (2009, p. 327), mesmo após as críticas recebidas por Dworkin⁵² (1999a), mantém o entendimento de que não há respostas juridicamente vinculantes em se tratando de casos difíceis, considerando que haverá discordância acerca de qual seria a resposta juridicamente correta.

Diante disso, assume que Hart que “[...] o direito é, nesses casos, fundamentalmente *incompleto*: não oferece *nenhuma* resposta aos problemas em pauta”, em razão do que, nesses casos, os tribunais precisam exercer uma espécie de função legislativa limitada, a que denomina discricionariedade.

A assunção da dimensão normativa concebida como parâmetro para a validade da ordem jurídica típica das constituições principiológicas, imbuídas de moralidade social, não mais se adequa e nem pode ser bem compreendida a partir das teorias positivistas que advogam uma separação entre moral e direito e que, mais ainda, conferem ao julgador a discricionariedade da decisão em casos que os envolvam, à vista da indeterminação do que seria a resposta correta.

Se a ordem constitucional é erigida contra o exercício arbitrário do poder político e de outras manifestações de poder que assim possam se revelar, não pode conferir ao seu guardião – a jurisdição constitucional – margens para que haja o arbítrio judicial.

Nem mesmo as várias matizes que o positivismo assumiu e que são bem delineadas por Rafael Escudero Alday (2004) ao sustentar e se opor a várias qualificações do positivismo jurídico, como excludente, inclusivo e corrigido, dentre outras, são suficientes para sustentar a mudança paradigmática da compreensão do próprio direito provocada pelas necessidades de refundação decorrentes do pós-guerra.

Nesse sentido, é conhecido o embate de Ronald Dworkin contra o realismo e o positivismo jurídico (1999b, p. 37-54), ambiente de que se utilizou para sustentar a sua compreensão sobre os princípios e para defender a possibilidade de respostas corretas, por

⁵² Com efeito, Dworkin (1999a, p. 146-147) critica a tese positivista construída em derredor dos casos difíceis, que são aqueles que envolvem, substancialmente, dilemas morais e políticos e que remetem à aplicação de princípios. Assim, considera que a teoria positivista é manifestamente inadequada, lançando as bases para a sua compreensão dos casos difíceis a partir de uma teoria fundante de direitos fundamentais que reabilita a dimensão normativa dos princípios sem abrigar discricionariedade, sustentando ser possível encontrar a resposta correta.

mais difícil que sejam os casos difíceis (DWORKIN, 1999a, p. 146) , pois “[...] não deixa de ser dever do juiz, inclusive nos casos difíceis, descobrir quais são os direitos das partes⁵³”.

Para tanto, contudo, Dworkin expressamente afasta a construção de qualquer procedimento mecânico que conduza à resposta correta, consorciando-se aos fundamentos de uma compreensão orientada pela reflexão hermenêutica do direito.

A tal conclusão chega Giuseppe Zaccaria (2004, p. 48-49), que estende a inadequação também às teorias analíticas do direito, pois não estão em condições de assimilar e produzir o conhecimento total do direito⁵⁴. Aliás, o jurista italiano (ZACCARIA, 2004, p. 26-28) empreende uma defesa da reflexão hermenêutica e das teorias hermenêuticas, negando a viabilidade de compreensão do direito também a partir do positivismo jurídico e das teorias sistêmico-funcionalistas, embora reconheça as contribuições que essas últimas aportaram ao pensamento jurídico.

Assim, as teorias hermenêuticas são mais adequadas porque reconhecem e incluem como constitutivo do discurso teórico a importância de elementos valorativos na aplicação do direito. Interrogando a si mesma sobre os seus pressupostos, a hermenêutica habilita a uma melhor compreensão da complexidade, opondo-se a visões dogmáticas e preconcebidas que sejam perenizadas.

Lenio Streck (2007, p. 7-12), por sua vez, opõe-se às teorias positivistas e às discursivas, concebendo-as como incapazes de viabilizar a compreensão adequada do direito, a despeito de admitir algumas contribuições das teorias discursivas, rejeitando o estrito procedimentalismo que adotam. As teorias discursivas pressupõem que o procedimento desenvolvido conforme as regras do discurso racional – ou do discurso jurídico enquanto modalidade do discurso racional geral, como sustenta Alexy (2002) – conduz à resposta correta ou, ao menos, leva a um consenso que legitima a resposta.

Essa oposição é igualmente adotada por Walber Carneiro (2011, p. 228-229), que rejeita as matrizes analíticas e procedimentalistas, defendendo a viabilidade de um resgate da dimensão prática do direito a partir do primado metodológico do problema.

Daí que, diante da inadequação das aludidas perspectivas teóricas, Arthur Kaufmann (2003, p. 150-151) reconheça o caráter paradigmático da hermenêutica jurídica

⁵³ No original, “No deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos nuevos”.

⁵⁴ Para Zaccaria (2004, p. 25), as teorias analíticas terminam por identificar a teoria do direito com a sintaxe lógica da linguagem jurídica.

orientada pelas contribuições oriundas do desvelar do sentido da hermenêutica filosófica, conforme excerto abaixo transcrito, *in verbis*:

Não existe dúvida que o abandono do direito natural e do positivismo jurídico e a escolha pela hermenêutica jurídica não acarretam maior facilidade para o legislador e para o juiz. Ao contrário, torna-se mais difícil criar e dizer o direito. Torna-se, porém, mais humano.⁵⁵

O próprio Gadamer (1983, p. 51) identifica a imprestabilidade e os riscos que podem advir da adoção de concepções e de teorias formalistas do direito, pois a lei só tem uma determinação definitiva do sentido “[...] na cabeça de perigosíssimos formalistas”.

Inserindo a temática atinente ao direito fundamental ao máximo existencial, não há como negar a pertinência da reflexão hermenêutica, pois, embora mais difícil a sua compreensão e a sua operacionalização em se comparando com o mínimo vital, além dos obstáculos que surgem contra a efetividade dos direitos fundamentais como um todo, é deveras mais humano garantir os níveis de prestação progressivamente ampliados.

Ademais, a reflexão hermenêutica é importante por afastar qualquer perspectiva de adoção de sentidos metafísicos e definitivos para o direito fundamental ao máximo existencial, posto que tanto a sua compreensão quanto a sua realização (interpretação/aplicação) devem se orientar pelo reconhecimento do caráter finito da razão humana⁵⁶ e das limitações e condicionamentos de variadas ordens. O que não significa, entretanto, que não haja um caráter produtivo de sentido, contínuo e construtivo, responsável por conferir a efetividade devida aos direitos fundamentais, que não pode corresponder a qualquer outro referencial que não o máximo existencial.

A hermenêutica filosófica é fundamental para a construção teórica adequada ao constitucionalismo, pois é apta a rechaçar os mitos e sentidos que são reproduzidos automaticamente e de forma acrítica, tanto pela doutrina quanto pela práxis constitucional, em detrimento da função heurística e normativa da ciência jurídica, que fica relegada ao segundo plano.

E exatamente a dificuldade de estabelecer os contornos do conteúdo material do direito fundamental ao máximo existencial que desafia os limites da razão humana, pois se

⁵⁵ No original, “Non c’è dubbio che l’abbandono del diritto naturale e del positivismo giuridico e la scelta verso l’ermeneutica giuridica non significhino alcuna facilitazione per il legislatore e per il giudice. All’oposto, diviene più difficile stabilire e pronunziare diritto. Diviene però più umano.”

⁵⁶ Nesse sentido, sustenta Gadamer (1999 p. 527-528) que “A verdadeira experiência é aquela na qual o homem se torna consciente de sua finitude. Nela, o poder fazer e a autoconsciência de uma razão planificadora encontra seu limite. (...) toda expectativa e toda planificação dos seres finitos é, por sua vez, finita e limitada. A verdadeira experiência é assim experiência da própria historicidade”.

deve projetar numa concepção que não negue a dimensão emancipatória e construtiva da auto-realização da pessoa humana.

Assim, inexistindo qualquer método que conduza à interpretação ou à aplicação adequada ou correta das normas relativas aos direitos fundamentais, a hermenêutica filosófica habilita desvelar o caráter potencial da compreensão, que sempre encerra uma projeção de sentido advinda da pré-compreensão.

Embora se deva reconhecer a importância da pré-compreensão como condição de possibilidade do conhecimento, não é o sujeito inteiramente subjugado pelos preconceitos que habitam a sua pré-compreensão e que compõem o seu horizonte hermenêutico, inclusive pela ocorrência de preconceitos inautênticos que desvirtuam a compreensão. Esse seria o caso ao se admitir de forma acrítica o mínimo vital como referencial de satisfação e de justiciabilidade dos direitos fundamentais pelo Estado.

Tal como concebido na atualidade, o mínimo vital constitui-se na admissão irrefletida de um preconceito atinente aos direitos fundamentais que não guarda qualquer legitimidade e pertinência com o desvelar do horizonte histórico do presente e sua projeção para o futuro.

Desse modo, com Gadamer (1999, p. 402), que recorre a Heidegger, pode-se considerar que a redução dos direitos fundamentais ao mínimo vital, ainda que para fins de justiciabilidade, consubstancia um dos “[...] erros de opiniões prévias, as quais não se confirmam nas próprias coisas. Quem procura compreender está exposto a erros de opiniões prévias, as quais não se confirmam nas próprias coisas”.

Essas opiniões prévias erradas são arbitrárias e só podem ser afastadas mediante a fusão de horizontes, que consubstancia o momento da compreensão e que propicia a elaboração de projetos corretos de impressão de sentido, porque adequados às próprias coisas, numa perspectiva fenomenológica. Para tanto é necessário colocar em suspensão as opiniões quanto à sua legitimação (GADAMER, 1999, p. 403). Assim, a ontologia admitida pela hermenêutica filosófica, bem como o entendimento que lhe é conferido, tem o caráter libertário dos condicionamentos demarcados à compreensão pela pré-compreensão.

Evidentemente é deveras relevante que se consiga perceber, ao máximo, os preconceitos que, habitando a pré-compreensão, orientam a compreensão a partir da unidade com a interpretação e a aplicação. Tal empreitada, todavia, jamais pode ser integralmente atendida, pois não é possível ao ser humano conceber todos os elementos e fatores que se projetam sobre a sua compreensão. Notadamente porque, como observa Walber Carneiro (2011, p. 234), a compreensão envolve antecipação de sentido produzida pela pré-

compreensão; não obstante isso, não é apenas formada pelos preconceitos, devendo construir projetos de sentido que se adequem à coisa em si, ou ao texto.

Justamente por isso Gadamer (1999, p. 505) observa que toda consciência apresenta uma estrutura reflexiva na medida em que, apesar de formar, em parte, o efeito, tem a aptidão para “elevant-se acima daquilo de que é consciência. A estrutura da reflexividade está dada fundamentalmente em toda forma de consciência.” Só que essa suspensão dos preconceitos só pode se dar ao estímulo do horizonte hermenêutico quando da fusão com a tradição mediante o diálogo com o texto.

Deve-se reconhecer, então, a relevância do momento formador da compreensão, que se dá com a fusão de horizontes⁵⁷. Haveria, então, dois horizontes, aquele oriundo do texto, que traz consigo a tradição e a dimensão temporal em que foi produzido, e o presente, em que se dá a compreensão, sem perder de vista a projeção futura do sentido. A tradição se opera, então, a partir da dimensão linguística do texto, que o habilita a uma subjetivização, permitindo superar a dicotomia sujeito-objeto.

O encontro dos horizontes, mediante a fusão, é potencializadora do sentido e da reflexão sobre os efeitos da consciência histórica, responsável por colocar em suspensão os preconceitos pelo encontro com a coisa mesma, que nada mais é do que o texto, que, ao trazer consigo a tradição, com o respectivo horizonte histórico, passa a interpelar o intérprete, ao modo de um diálogo⁵⁸.

Evidentemente que uma das condições para a compreensão adequada, permitindo identificar reflexivamente os preconceitos arbitrários, é o distanciamento histórico, pois à medida que perpassa o evoluir da histórica, opera-se uma ampliação do horizonte histórico. Gadamer (1999, p. 458) sustenta que, apesar de haver fusão, não existiriam os dois horizontes, mas que a projeção histórica de ambos faz-se necessária diante da tensão existente entre texto e o presente ocorrida no encontro com a tradição.

Desse modo, o presente está sempre sujeito à potencialidade construtora de sentido da compreensão, diante da tensão com o passado e do direcionamento à coisa mesma,

⁵⁷ Como aponta Gadamer (1999, p. 547) “[...] compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos. Nós conhecemos a força dessa fusão sobretudo de tempos mais antigos e de sua relação para consigo mesmos e com suas origens. A fusão se dá constantemente na vigência da tradição, pois nela o velho e o novo crescem sempre juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente por si mesmos”.

⁵⁸ Observa Gadamer (DUTT, 1998, p. 44) que recorrer à categoria do diálogo por ser expressiva de um encontro com o outro, pelo qual se dá o melhor conhecimento sobre o outro. Trata-se de um diálogo, porque usualmente o problema e a sua dimensão linguística põe um problema a ser resolvido, interpela o intérprete.

que é o texto. Assim, “O horizonte do presente não se forma pois a margem do passado” (GADAMER, 1999, 457).

Essa fusão de horizontes marca o movimento circular da compreensão, pois resulta do encontro da projeção de sentido que advém da pré-compreensão com o sentido produzido no presente, sendo submetido a uma constante revisão reflexiva. Haveria uma constante projeção e reprojeção do sentido, permitindo avaliar as opiniões prévias com o que o texto interpela e traz à reflexão. Desse modo, Gadamer (1999, p. 402) pontua que:

Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um determinado sentido. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme avança na penetração do sentido.

Entretanto, formada a compreensão, opera-se, concomitantemente, a interpretação e a aplicação, balizadas pela subjetivização da relação então entendida pela dicotomia sujeito-objeto.

Com efeito, a interpretação nada mais representa do que a própria compreensão, só que se manifesta a partir da linguagem em si, que permite que o texto venha à fala e interpele o intérprete, ao modo de um diálogo produtivo de sentido que conduz a reflexão⁵⁹. Assim, o acerto de Walber Carneiro (2011, p. 234-235) ao destacar a interpretação como responsável pela vigilância reflexiva sobre a compreensão, recorrendo às categorias que a ensejam, no que se destaca a diferença ontológica entre texto e norma, a integração do momento de aplicação numa perspectiva unitária, e a introdução do jogo e do diálogo⁶⁰.

O texto só interpela o intérprete a partir de sua aplicação, que é um momento do processo hermenêutico tão importante quanto a compreensão e a interpretação, só que esse momento não opera em sentido temporal, pois há uma unidade entre compreender/interpretar/aplicar, o que foi deveras ignorado pelas concepções jusnaturalistas, positivistas, realistas, sistêmico-funcionalistas e analíticas, que ora ignoram ou reduzem a dimensão aplicativa, ora lhe conferem relevância que absorve e suprime as demais. Desse modo, (GADAMER, 1999, P. 566-567), a hermenêutica pressupõe a ocorrência de “[...] um

⁵⁹ Nesse sentido, para Gadamer (1999, p. 566-567) “A forma de realização da compreensão é a interpretação. (...). Todo compreender é interpretar, e todo interpretar se desenvolve no medium de uma linguagem que pretende deixar falar o objeto e é, ao mesmo tempo, linguagem própria de seu intérprete.”

⁶⁰ Adota-se a distinção substancial entre texto e norma, destacando, entretanto, a incidibilidade entre ambos, na esteira de Müller (1996, p. 230-231), Caterina Severino (2003, p. 27-29), Guastini (2005, p. 25-26) e Canotilho (s.d., p. 1203-1206).

processo unitário não somente a compreensão e interpretação, mas também a aplicação. (...) a aplicação é um momento do processo hermenêutico, tão essencial e integrante como a compreensão e a interpretação”.

E tal se dá por só ser possível compreender e interpretar a partir da situação concreta sobre o qual o sentido do texto deve se projetar. Diante disso, não há como admitir que subsista para o intérprete qualquer margem de discricionariedade, em se referindo à prática jurídica e judicial, porquanto não há liberdade em face do texto (GADAMER, 1999, p. 493).

O texto, trazendo consigo o horizonte histórico respectivo, encontra-se com o intérprete, habitado pelos seus preconceitos, e o interpela produtivamente numa atividade dialógica que conduz à fusão de horizontes e dá ensejo ao movimento circular da compreensão, desvelando a dimensão interpretativa pela reflexão a partir das perguntas que se lhe são postas, num contexto concreto de aplicação.

A aplicação é relevante porque permite a integração da realidade, da dimensão existencial concreta em que se dá a manifestação do sentido matizado pela ampliação dos horizontes propiciada pelo movimento circular da compreensão.

E nada mais significativo para demonstrar a unidade da compreensão/interpretação/aplicação do que a hermenêutica jurídica, a que Gadamer (1999, p. 483) confere um caráter paradigmático, dado que “A tarefa consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação”.

A unidade entre o compreender, o interpretar e o aplicar denota a integração da realidade na atribuição de sentido ao texto constitucional e aos direitos fundamentais, de forma que a liberdade e a igualdade devem ser compreendidas diante das situações concretas que desafiem os bens jurídicos que visam a tutelar.

Logo, o momento fundamental da reflexão hermenêutica, notadamente para a ciência jurídica, que se constitui como um saber prático, voltado para os problemas, e para a prática jurídica é a aplicação, pela qual se orienta o diálogo entabulado entre o texto, que o interpela e o próprio intérprete interpelado, e é uma condição de possibilidade para que a resposta, dentro da pluralidade produtiva da pergunta, seja a mais adequada à aplicação.

A grande questão passa a ser como orientar a solução do problema, o que ressalta a prioridade da pergunta sobre a resposta em si, como pondera Gadamer (2002, p. 80-81), *in verbis*:

O primeiro elemento com que se inicia a compreensão é o fato de que algo nos interpela. É a primeira de todas as condições hermenêuticas. Agora

vemos o que se exige para isso: uma suspensão fundamental dos próprios preconceitos. Toda suspensão de juízos, porém, começando pelos preconceitos, logicamente falando, possui a estrutura da pergunta.

A essência da pergunta é colocar possibilidades e mantê-las em aberto.

Em verdade, o direito é efetivamente criado no âmbito prático pela interpretação, entendida como dimensão reflexiva da compreensão, a partir e de acordo com a problematização da realidade e do caso a que se refira mediante sua aplicação. Não há, propriamente, direito e norma sem interpretação (e aplicação) e, nesse sentido, inexitem direitos fundamentais senão mediante a atuação do sentido das suas normas atributivas a partir de um dado horizonte hermenêutico.

Como observa Zaccaria (2004, p. 68), houve certa demora na percepção da relação fundamental entre direito e interpretação, o que explica a persistência de mitos e preconceitos arbitrários que obnubilam a capacidade do direito voltar-se efetivamente à realidade, posto fundado, ainda, em paradigmas inconsistentes e que respaldam perspectivas teóricas inadequadas.

A interpretação, por sua vez, só pode ser compreendida pela sua vinculação e unidade com a aplicação, potencializando a sua aptidão para desvelar sentidos que possam se projetar a partir da ampliação do horizonte histórico do presente, superando a crença de sentidos constantes e perenes atribuídos às normas e a institutos jurídicos, assistindo razão à Gadamer (1983, p. 71) ao sustentar que a interpretação é sempre algo que se projeta no acontecer, que não se conclui definitivamente. Com efeito, “A palavra interpretação faz referência à finitude do ser humano e à finitude do conhecimento humano”, em razão do que não se pode alcançar sentidos últimos e definitivos

Observe-se que é co-natural à reflexão hermenêutica a indeterminação do direito – característica usualmente invocada para negar *status* constitucional e vinculante aos direitos sociais e que não deixa de ser característica do direito fundamental ao máximo existencial –, pois, como salienta Zaccaria (2004, p. 52-53) o texto legislativo não pode apresentar *a priori* uma resposta unívoca e predeterminada para os casos concretos, pois surgem após o texto. Ora, como “[...] a vida produz, em realidade, muito mais problemas jurídicos do que os que o legislador pode prever”⁶¹, é imprescindível o recurso à aplicação para sua contextualização,

⁶¹ No original, “[...] la vida produce, en realidad, muchos más problemas jurídicos que los que el legislador ha podido prever”.

denotando o caráter prático não apenas da atividade judicial, mas também da ciência jurídica⁶².

Rejeitando-se qualquer perspectiva metódica de redução do sentido do direito ao regramento da investigação e da solução a partir de critérios prévios e definitivos de interpretação das normas, apartadas da realidade, cabe salientar que a dimensão produtiva de sentido da reflexão hermenêutica deve se orientar à resposta adequada para a construção de sentido dos textos normativos, notadamente os relativos a direitos fundamentais.

E o sentido constitucionalmente adequado é justamente a resposta correta para cada caso que demande a interpretação e aplicação de direitos fundamentais. Esse sentido constitucionalmente adequado só pode provir a partir do movimento da compreensão, adrede referido, e da sua unidade com a interpretação e aplicação.

Para tanto, há de se reconhecer não apenas a dimensão dialógica intersubjetiva entre o texto – que interpela o intérprete – e o intérprete – seja o juiz, seja o jurista, seja qualquer dos membros da comunidade aberta de intérpretes –, mas também a introjeção de diálogos sobre os diálogos produzidos entre texto e intérprete, numa postura de diálogos sobrepostos e transversais, a que Walber Carneiro (2011, p. 235-236) denomina heteroreflexividade.

Essa sobreposição de diálogos não opera como um acúmulo, mas como uma síntese produtiva da compreensão, pois potencializa e expande o horizonte desvelado pelas interpelações do diálogo com o texto. Pode-se considerar, inclusive, que seria o âmbito de manifestação da atividade crítica referida por Popper (1999) como condição de cientificidade das teorias, qual seja, a sujeição e a resistência às críticas.

Operam-se os diálogos em dois níveis no âmbito da ciência jurídica, enquanto saber prático. O primeiro seria da relação dialógica entre texto e intérprete, voltado à produção de sentidos a partir do caráter reflexivo das perguntas que sejam suscitadas. A partir de então, o intérprete deve ascender a outro grau dialógico, também reflexivo, que novamente remete à indagação sobre si e sobre o sentido conferido ao texto a partir da problematização da realidade.

⁶² Sobre a fundação da ciência jurídica sobre a razão prática, as considerações esclarecedoras de Zaccaria (2004, p. 53-55), sintetizando com a conclusão de que o jurista só pode conhecer o direito praticando-o, não se tratando de um objeto, mas de *práxis*, do curso de uma ação que se vai desenvolvendo paulatinamente e de cujo processo o próprio jurista compõem e integra.

Esse outro grau dialógico se estabelece pelo desenvolvimento de uma atividade dialógica, transversal e superposta, para com a doutrina, a jurisprudência⁶³ e os demais membros da comunidade aberta dos intérpretes constitucionais⁶⁴.

Em se tratando da prática judicial, haverá a incorporação da dimensão dialógica desenvolvida mediante a atividade processual das partes, tendo como destinatário o próprio juiz.

Assim, firma-se não apenas uma dimensão crítica pelo movimento reflexivo da razão prática orientada pelo diálogo entre texto e intérprete, mas também pelo diálogo em que se integram todos os membros da comunidade aberta dos intérpretes, com conotações específicas no que respeita à doutrina e à jurisprudência.

Ao introduzir uma nova proposta de compreensão da realidade da interpretação constitucional, Häberle (1997, p. 13) suscita com muita acuidade que “[...] no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”.

As constituições, ao serem promulgadas, consubstanciam um projeto de convivência da comunidade política, ainda que guardem uma dimensão pretérita e uma atuação presente. Nessas condições, o intérprete – e todos o são – se encontra integrado, no plano do seu horizonte histórico, a uma dada comunidade cujos membros exprimem e abrigam expectativas, valores e necessidades em derredor da sua própria existência e que, desse modo, vão construindo o sentido das normas constitucionais.

A constituição, então, deve estar e ser mantida viva por ser vivenciada e experimentada pela comunidade, que habita e habilita a sua auto-representação como uma comunidade de direitos fundamentais (GEWIRTH, 1996, p. 1) mediante o reconhecimento das mútuas implicações entre direitos fundamentais e comunidade.

⁶³ Assim considera Walber Carneiro (2011, p. 275-278, que recorre à figura mitológica de Hermes, em substituição ao Hércules de Dworkin, mais afeito ao *common law*, sugerindo um diálogo contratextual, que abrigaria um diálogo já com a comunidade e com outros referenciais textuais, como filosóficos, literários, dentre outros, um diálogo com o sistema jurídico, um diálogo com a doutrina e, finalmente, um diálogo com a jurisprudência. Ao que se afigura, a inserção da realidade e circunstâncias de ordem política, social, filosófica já compõem as próprias condições de manifestação do diálogo entre texto e intérprete e são novamente operacionalizadas pelos diálogos estabelecidos no segundo grau de reflexividade.

⁶⁴ Para Häberle (1997, p. 14), são intérpretes constitucionais em sentido *lato* os cidadãos e grupos, órgãos estatais, sistema político e a opinião pública, dentre outros, que expressam forças produtivas da interpretação constitucional, destacando, evidentemente, o revelo dos intérpretes oficiais, dos quais os responsáveis pela jurisdição constitucional têm o papel mais significativo, não podendo, em contrapartida, ignorar a pluralidade de intérpretes que os rodeia.

Essa relação de sobreposição de diálogo e abertura para o reconhecimento da participação difusa e imprecisa, mas significativa, da comunidade dos intérpretes⁶⁵, revela tanto a insuficiência da categoria jurídico-normativa do mínimo vital, como toda a potencialidade emancipatória do direito fundamental ao máximo existencial.

Se é possível conceber que “Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma” (HÄBERLE, 1997, p. 15-16), tal se dá mais intensamente no âmbito dos direitos fundamentais em razão da necessidade de que sejam vivenciados e experimentados em consonância com o sentido que é socialmente haurido pela respectiva comunidade política.

Não se pode conceber que a comunidade aberta dos intérpretes vivencie e sinta⁶⁶ os direitos fundamentais apenas em torno do que seja o mínimo vital, pois adere intensamente à dimensão utópica, projetiva e finalista dos direitos fundamentais, que repercute decisivamente na interpretação constitucional. Justifica-se e explica-se, pois, ser o direito fundamental ao máximo existencial, antes de mais nada, uma ideia regulativa, expressiva do sentido de ultrapassagem para além do que já implementado e distanciada do mínimo vital. Essa ideia regulativa é, então, o referencial da resposta constitucionalmente adequada diante da primazia do problema a ser resolvido.

Em outros termos, tratando-se de questões e casos que envolvam a compreensão, interpretação e aplicação de direitos fundamentais, deve-se rejeitar os preconceitos arbitrários e, voltando-se ao desvelar do sentido do texto constitucional, conceber a resposta correta como sendo a constitucionalmente adequada. E será constitucionalmente adequada a que se orientar para o atendimento do direito fundamental ao máximo, entendido, neste contexto, como condição de possibilidade da implementação e da efetivação dos direitos fundamentais.

⁶⁵ Sem qualquer demérito à expressão muito bem cunhada por Häberle, afigura-se mais expressiva a referência à comunidade dos intérpretes em razão do sentido de comunhão de que partilham os seus membros sob a vigência de um texto constitucional e quanto às necessidades e aos valores a que se vinculam, que conferem sustentação aos direitos fundamentais.

⁶⁶ No sentido preconizado por Pablo Lucas Verdu (2004) de sentimento constitucional, voltando-se especificamente para os direitos fundamentais. Assim, afirma o constitucionalista espanhol que o sentimento constitucional representa “[...] a adesão interna às normas e instituições fundamentais de um país, experimentada com intensidade mais ou menos consciente”, fundado na estimativa de que são boas e necessárias para a justa convivência. Por sua vez, Willem Doise (2002, p. 8), por sua vez, reputa que os direitos humanos correspondem a representações sociais normativas que possibilitam a organização das relações e interações sociais. Logo, o sentimento constitucional movimenta necessariamente a interpretação constitucional pertinente à comunidade de intérpretes.

A resposta correta, no sobredito sentido de constitucionalmente adequada, atinente ao nível de implementação dos direitos fundamentais, impõe o referencial do que seja suficientemente satisfatório, compondo o sentido do direito ao máximo existencial a partir dos níveis essenciais de prestação.

Assim, a reflexão hermenêutica conduzida pelo direito fundamental ao máximo existencial apresenta-se como condição de possibilidade para uma *práxis* jurídica que objetive a efetiva realização, em caráter processual e progressivo, dos direitos fundamentais, quer no âmbito da dogmática constitucional, quer no âmbito judicial, quer na vivência e nos sentimentos diários e corriqueiros da comunidade de intérpretes. Mais do que a sua efetiva realização, revela-se, ainda e principalmente, como instância de reflexão e crítica.

Logo, resta claro que o mínimo vital não encontra qualquer guarida sequer a partir das premissas que vêm a ser fixadas para a afirmação e o desenvolvimento do direito fundamental ao máximo existencial, correspondendo, em verdade, a mais uma daquelas “ideias felizes” a que se refere Gadamer (1999, p. 401-402) e que têm uma capacidade de sedução pela adesão irrefletida de visões ou concepções prévias. Ademais, ao que parece, representa figura exemplar do comportamento geral de consternação e conformismo (GADAMER, 1983, p. 53).

A sobreposição dialógica, entre texto e intérprete e, concomitantemente, deste para com a doutrina, a jurisprudência e a comunidade aberta dos intérpretes, em atividades crítico-reflexivas conduzida pelo que o interpelar, deve assegurar à interpretação a capacidade de desvelar a falta de sentido originário e produtivo e o caráter arbitrário dessas “ideias felizes”, como o mínimo vital.

Cabe, ainda, salientar que o âmbito dialógico, quer no nível primeiro do texto, quer no nível da doutrina, da jurisprudência, e da comunidade de intérpretes, encerra um caráter amplo e aberto, sendo enriquecido pelos fenômenos relativos ao constitucionalismo global, à interconstitucionalidade, ao transconstitucionalismo e ao diálogo constitucional entre Cortes Constitucionais, Tribunais Internacionais e órgãos de solução de conflitos que envolvam a temática dos direitos humanos.

Com efeito, quanto ao âmbito do texto, há de se reconhecer que a compreensão dos direitos fundamentais demanda o reconhecimento do caráter dirigente e da dimensão principiológica, no que respeita à Constituição brasileira de 1988 – mas que também são comuns às constituições sociais providas do pós-guerra ou da redemocratização dos países que sofreram com regimes autocráticos –, que se manifestam no diálogo com o texto. Essas

feições da Constituição Federal são relevantes, pois habitam o feixe de pressupostos teóricos que compõem a base da afirmação do direito ao máximo existencial.

No que respeita ao diálogo com a doutrina e com a jurisprudência, impõe-se admitir a ampliação dos interlocutores pelo surgimento de fenômenos que, mais amplamente, envolvem uma transnacionalização do constitucionalismo ou, em outros termos, o advento do constitucionalismo global. De um lado, tem-se a necessidade de diálogo entre as experiências reflexivas pertinentes a outros textos constitucionais e desses com os textos internacionais de direitos humanos; de outro lado, os diálogos se estabelecem entre as cortes nacionais, internacionais e outros órgãos de solução de conflitos.

Desse modo, constata-se que essa reflexividade sobreposta e transversal é sempre aberta e inclusiva, embora, enquanto ideia reguladora conforme a reflexão hermenêutica, encontre limitações ínsitas à finitude da existência humana, justificando recorrer ao sentido construtivo da satisfatoriedade suficiente enquanto critério norteador da razão prática.

No âmbito jurídico as contribuições da hermenêutica filosófica são percebidas, dentre outros, nas construções teóricas sobre interpretação constitucional desenvolvidas por Konrad Hesse (2009) e Friedrich Muller (1996)⁶⁷.

Ambos partem da compreensão gadameriana de que a aplicação do direito impõe a reflexão conjunta entre o caso e a lei, habilitando o direito enquanto concretização (GADAMER, 1983, p. 51) e, ao assim fazê-lo, admitem a distinção ontológica e a incindibilidade entre texto e norma, ao mesmo tempo em que acolhem as categorias da pré-compreensão, do horizonte histórico e do círculo hermenêutico.

Hesse (2009, p. 109-110) os insere no que denomina como condições de interpretação constitucional, adotando a perspectiva do pensamento problemático desenvolvido com a tópica de Theodor Viehweg. Desenvolve, então, as noções de programa da norma âmbito da norma, que são mais bem trabalhados por Müller. Apesar disso, tanto Hesse quanto Müller se manifestam prisioneiros do pensamento tradicional sobre interpretação jurídica ao pretender resguardar ou reabilitar os chamados métodos clássicos de interpretação constitucional. Müller propõe, inclusive, critérios hierárquicos entre os distintos

⁶⁷ Atende-se, entretanto, a advertência feita por Virgílio Afonso da Silva (2005b, p. 116-117) de que não há a consolidação de um modelo alemão de interpretação constitucional, o que é corroborado por Böckenförd (2006, p. 62) ao salientar que o método de interpretação constitucional é objeto de forte discussão em toda a sua amplitude, abrangendo os seus pressupostos, os seus objetivos e as modalidades relativas ao processo e argumentação.

métodos diante de possíveis sentidos diversos ou colidentes que poderia se chegar ao se utilizá-los, o que não se conforma aos paradigmas da hermenêutica filosófica.

De qualquer forma, ambos têm contribuições importantes para a introdução de uma crítica e de uma revisão do pensamento estabelecido em derredor dos problemas trazidos pela relação norma-realidade. Daí porque Müller (1996, p. 12-13), reconhecendo a integração da própria realidade na compreensão do direito – logo, a unidade entre interpretação e aplicação –, sustenta que a teoria da norma só pode ser adequada se em consonância com uma teoria da concretização do direito.

Desse modo, e ampliando ainda mais o sentido de aplicação, este jurista alemão reputa que a norma é, em verdade, o resultado de um trabalho de construção de sentido, e não de extração de sentido, a que denomina concretização, lançando as bases para a sua teoria estruturante⁶⁸.

A reflexão hermenêutica também não é ignorada por Robert Alexy (2010a, p. 61-62) que, ao se debruçar sobre os sentidos da expressão “interpretação”, associa ao seu sentido amplíssimo a concepção de compreensão desenvolvida mediante a hermenêutica filosófica⁶⁹. Ademais, ao especificar os outros sentidos de interpretação, passa a admitir a existência de possíveis sentidos para um texto normativo, na solução de um caso concreto, sem que seja possível precisar a interpretação correta.

Nesse ponto, ao que se afigura, Alexy parece não compreender adequadamente os referenciais da reflexão hermenêutica desvelados por Gadamer com base na ontologia de Heidegger e na fenomenologia de Husserl.

Com efeito, Alexy faz uma associação entre a interpretação em que se chega a vários sentidos possíveis de um texto e o sentido de “explicação”, tal como trabalhada a partir das concepções de *hermeneuein*, que abrangem a explicação, a tradução e a expressão⁷⁰. Para o constitucionalista da Universidade de Kiel haveria um pergunta pelos sentidos possíveis que seria respondida pela escolha de uma das várias interpretações possíveis.

⁶⁸ A que se remete para as suas obras sobre o tema, indicadas ao final.

⁶⁹ Para Alexy (2010a, p. 62-63), a interpretação em sentido amplo seria o entendimento sobre textos, sendo uma derivação da interpretação em sentido amplíssimo. Nesse sentido, a interpretação se daria quando fosse ou não possível um entendimento imediato, exemplificando a ocorrência do entendimento mediato com a situação em que juízes se deparam com várias interpretações possíveis de uma norma e acabam se decidindo por uma delas com base em argumentos. Já o sentido restrito de interpretação corresponde, justamente, ao entendimento mediato, sendo um subcaso de interpretação em sentido amplo. Assim, manifesta-se quando um texto admite várias interpretações, não sendo certo qual seja a correta.

⁷⁰ A que ele próprio faz referência (ALEXY, 2010a, p. 63).

Sustenta que a hermenêutica envolve tanto uma metodologia, como uma estrutura da compreensão, tendo como objeto, respectivamente, as regras da explicação e a arte de interpretar e as condições de possibilidade do entender.

Adentrando na análise da hermenêutica enquanto estrutura do entendimento, Alexy (2010a, p. 64-65) invoca a sua pertinência para a teoria da interpretação jurídica, defendendo a existência de três círculos hermenêuticos, que seriam entre a) a pré-compreensão e o texto; b) a parte e o todo; e c) norma e fato. A cada um dos círculos associa um postulado, sendo o postulado da reflexão, o da coerência e o da completude, respectivamente, que são postulados de racionalidade.

Não obstante isso, para Alexy o desvelar da estrutura da compreensão, ou de uma ontologia hermenêutica, não propiciaria qualquer aporte à identificação da correta interpretação, pois não contém e nem pretende desenvolver critérios substanciais para a correção da interpretação.

Ora, embora Alexy esteja certo ao sustentar que a hermenêutica filosófica não guarda qualquer preocupação epistemológica e nem metodológica, não se afigura pertinente a afirmação de que não confere condições para identificação da resposta correta. O problema é que Alexy submete a hermenêutica filosófica aos seus referenciais de racionalidade e de justiça, com o que não condizem os paradigmas hermenêuticos habilitantes à resposta correta, que seria a interpretação adequada.

Desse modo, também Alexy não adere adequadamente aos referenciais habilitantes do paradigma da reflexão hermenêutica, admitindo uma concepção de interpretação muito arraigada às concepções positivistas em que se admite a discricionariedade diante de possível pluralidade de interpretações⁷¹. A distinção fundamental entre Alexy e o positivismo é a possibilidade de aproximação da escolha da interpretação correta com base em argumentos, associando, para tanto, a sua teoria da argumentação⁷².

A distinção pode ser menos significativa do que parece, pois Alexy (2010, p. 66-70) sustenta que interpretação corresponde à argumentação, entendida aquela como atividade e resultado de impressão de sentido. Daí em diante, parte para defesa da dedução, fundamentadora da justificação interna das sentenças, e dos métodos clássicos de

⁷¹ Para Alexy (2010a, p. 65-66), interpretação compõe-se da escolha dentre várias alternativas de interpretação em virtude de argumentos.

⁷² Não obstante isso, Alexy (2010a, p. 66-67) descamba para um psicologismo ao distinguir a justificação da decisão judicial da descoberta da decisão correta. Assim, a sua concepção, no particular, não se distancia muito de Alf Ross (2000), quando concebe a decisão judicial como atividade volitiva do juiz, cuja fundamentação deveria somente conferir um véu de legitimidade.

interpretação⁷³, como elementos que compõem o discurso argumentativo do direito, que seria uma espécie do discurso prático geral, advogando a introdução dos chamados argumentos práticos. E isso tudo sem definir se deve ser buscada a vontade da lei ou a vontade do legislador, não se decidindo quanto à querela entre as teorias subjetiva e objetiva da interpretação, no que se evidencia a sua dissociação com a reflexão hermenêutica, que nega a existência de ambas.

Para o constitucionalista alemão, os critérios responsáveis por garantir a correção da decisão pela escolha da interpretação correta seriam, substancialmente, os argumentos práticos gerais e formam dois grupos. O primeiro seria dos argumentos teleológicos e o segundo dos argumentos deontológicos, fundamentando-se ambos na correção quanto ao conteúdo quando empregados diante do caso concreto.

Desse modo, depreende-se que Alexy, embora invoque a hermenêutica filosófica e defenda a sua importância no que respeita à explicitação das condições de possibilidade da compreensão, ignora que dentre as condições de possibilidade não se estabelece qualquer possibilidade de busca da vontade de lei ou do legislador, e nem a descoberta da interpretação correta como ato psíquico ou volitivo, e muito menos a fundamentação da justiça da interpretação na correspondência com métodos prévios e argumentos variados.

O direito fundamental ao máximo existencial não pode ser devidamente afirmado e nem desenvolvido conforme as concepções de interpretação que, malgrado recebam e reconheçam contribuições da reflexão hermenêutica, conforme a hermenêutica filosófica, encontram-se aprisionadas a concepções e paradigmas metódicos, positivistas e formalistas do direito⁷⁴.

Se Alexy não pôde compreender a possibilidade da hermenêutica desnudar as condições de possibilidade da interpretação adequada, e certamente por isso critica a construção teórica de Dworkin (ALEXY, 2010, P. 260-261), este o fez.

A interseção da hermenêutica filosófica com o pensamento constitucional que mais se afigura pertinente é a que se estabelece mediante a doutrina de Ronald Dworkin, tanto

⁷³ A despeito de não admitir uma hierarquia fixa, sustenta uma relação da primazia *prima facie* entre argumentos (métodos) linguísticos para com os demais e daquele e dos demais com relação aos argumentos práticos gerais.

⁷⁴ Malgrado necessite e pressuponha os avanços e os câmbios paradigmáticos propiciados pelo advento da teoria dos princípios, que teve em Alexy um dos seus mais notáveis teóricos (2008b). A despeito disso, a associação da teoria dos princípios com a teoria da argumentação, tal como concebida, não se afigura pertinente nem para assegurar a desejada correção do direito e muito menos para garantir a racionalidade das decisões jurídicas, questão cujo aprofundamento para além do que posto foge aos estritos âmbitos da presente reflexão.

no que concerne à compreensão do direito em si, como no que respeita à interpretação constitucional.

Ronald Dworkin baseia a sua concepção sobre a decisão judicial numa compreensão do processo de interpretação, que anima a própria existência e essencial do direito, entendido e vivido por juízes, advogados e pela comunidade como conceito interpretativo (1999b, p. 60). Nessa condição, revela-se como um fenómeno social cuja complexidade, estrutura e função depende de sua compleição como prática argumentativa.⁷⁵

A questão relativa ao processo de decisão judicial e, portanto, à interpretação encerra uma importância especial para Dworkin diante da oposição à concepção positivista da existência de uma discricionariedade⁷⁶ do juiz para decidir os casos difíceis⁷⁷, como aludido alhures, sustentada, dentre outros e principalmente, por Hart.

Para Dworkin (1999a, p. 147-152), a admissão da discricionariedade judicial seria inconcebível, pois importaria tanto em violação do princípio democrático, como do princípio da legalidade, sendo incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Com o desiderato de negar a ocorrência da propalada discricionariedade, Dworkin (1999a, p. 74-79) recorre à compreensão do sistema jurídico como sendo composto por regras⁷⁸, princípios e diretrizes políticas⁷⁹, estabelecendo a distinção entre os primeiros com base em dois critérios, quais sejam: a) os princípios, diferentemente das regras, não estabelecem as condições que impõem sua aplicação; b) os princípios detém uma dimensão que falta às regras, que é a dimensão do peso ou da importância. Assim, “Ambos conjuntos de

⁷⁵ Assim, Dworkin (1999b, p. 17) reputa que “Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma; a prática consiste, em grande parte, em mobilizar e discutir essas proposições. Os povos que dispõem de um direito criam e discutem reivindicações sobre o que o direito permite ou proíbe, as quais seriam impossíveis – porque sem sentido – sem o direito, e boa parte daquilo que seu direito revela sobre eles só pode ser descoberta mediante a observação de como eles fundamentam e defendem essas reivindicações”.

⁷⁶ Dworkin (1999a, p. 131) identifica três tipos ou sentidos de discricionariedade. Aquela contra a qual se insurge, negando que os juízes dela disponha, seria quando as regras que impõem determinados deveres não estabelecem de forma precisa e definitiva a solução para uma decisão determinada. Na decisão tomada com base na discricionariedade no sentido mencionado, o juiz iria se cercar da ordem jurídica e, constatando a ausência de solução, iria abandoná-la e decidir com base em critérios políticos.

⁷⁷ Os casos difíceis são aqueles sobre os quais a ordem jurídica não predispõe uma clara solução para a decisão a ser tomada. Ou sejam quando não há norma que resolva o caso concreto – havendo uma lacuna –, ou quando não seja possível precisar que norma incidiria, caso possam incidir várias levando a decisões distintas, ou, ainda, quando a norma que incida não traz de forma suficientemente precisa os efeitos e consequências devidas.

⁷⁸ Utiliza-se a expressão regras de forma equivalente à norma, posto que, diferentemente de Alexy (2008b), Dworkin não define a regra e o princípio como espécies de normas.

⁷⁹ As diretrizes, por sua vez, correspondem à definição de objetivos relacionados a bens coletivos que se sujeitam ao processo democrático e que são argumentos de política para adoção de decisão por órgãos públicos, estando assegurados ao legislador, mas vedados ao judiciário (DWORKIN, 1999a, p. 147-150).

estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan.”

A adoção da concepção do sistema jurídico composto por regras e princípios é particularmente importante porque os princípios serão os *standards* de decisão para o fechamento e a completude do sistema, evitando que se admita haver situações em que o juiz recorra à discricionariedade, posto que a atividade judicial deve se orientar pelo direito e não por argumentos de política⁸⁰.

Não obstante isso, ainda subsistem problemas com relação à decisão dos casos difíceis, pois não é claro como os juízes devem interpretar e compreender os princípios, notadamente porque não definem em caráter preciso como devem incidir para solucionar determinado caso.

Nesse passo é que se dá a interseção entre a reflexão hermenêutica e a concepção de interpretação de Dworkin, posto que, a despeito de admitirem a possibilidade de interpretações equivocadas e, conseqüentemente, decisões errôneas e injustas, estabelecem as condições de possibilidade para que se firme a interpretação adequada em cada caso concreto, de acordo com o contexto social e com a vivência comunitária da moralidade política.

E nisso consiste o relevo de assinalar a necessária afirmação do direito fundamental ao máximo existencial a partir da pressuposição de uma reflexão hermenêutica que desnude as condições de possibilidade de uma resposta constitucionalmente adequada aos casos – difíceis ou não – que envolvam a tutela dos direitos fundamentais e a progressiva ampliação das medidas destinadas a imprimir-lhes efetividade.

Dworkin vai sustentar um processo de interpretação em três etapas, diferenciadas logicamente, mas que se desenvolvem de forma unitária, além de associar o direito à literatura e, ainda, invocar a figura mitológica de Hércules, que seria posto na condição de juiz, cuja responsabilidade política e comunitária impõe a decisão dos casos – difíceis ou não – sem que possa utilizar-se da discricionariedade.

O juiz Hércules será responsável pela empreitada interpretativa, sendo um juiz filósofo, outrora advogado dotado de habilidade, erudição, paciência e perspicácia sobre-humanas, aceitando as normas jurídicas e os precedentes firmados (DWORKIN, 1999a, p. 177). À Hércules seria possível uma tarefa tão árdua quanto se desincumbir-se dos doze trabalhos que lhe foram conferidos, cabendo-lhe desenvolver uma teoria da constituição a

⁸⁰ Retornar-se-á, adiante, à análise das contribuições de Dworkin para a elevação dos princípios à categoria normativa e as conseqüências de tal projeção para a instauração do pós-positivismo.

partir de uma perspectiva de moralidade política e com base em princípios e diretrizes políticas que fundamente o respectivo sistema de governo, sustentando teorias outras que confirmem o modelo político e habilite a solução de conceitos controvertidos.

Ao fazê-lo, não poderia julgar com base em sua concepção ou sua visão pessoal sobre os princípios, devendo buscar o sentido da moralidade política que seja social e comunitariamente compartilhado; entretanto, não deve se sujeitar e nem buscar agradar a opinião pública e nem a maioria⁸¹. Em se tratando de decisões que sejam orientadas a partir de leis, admite que estaria restrito ao sentido da linguagem empregada, não podendo ir além do texto para encontrar resultados absurdos, não admitidos (DWORKIN, 1999a, p. 178-182). Como é natural em sistemas de *commom law*, respeita os precedentes, cuja aplicação envolve uma força gravitacional para além dos casos em que foram gerados, fundando-se na equidade. (DWORKIN, 1999a, p. 186).

Dworkin (1999a, p. 204) se utiliza da figura mítica de Hércules, mas não ignora que contextos sociais e culturais distintos, em que haja leituras e bases diversas para uma moralidade política e a conseqüente conformação diferenciada do modelo político e institucional constitucionalmente fundado, possa levar a que outros juízes adotem sempre a mesma decisão. Segundo Sandra Martinho Rodrigues, a compostura do juiz Hércules pressupõe a adoção de uma concepção política de liberalismo igualitário (2005, p. 66) que Dworkin defende e que aproxima o liberalismo de um sentido comunitário.

Hércules desenvolveria, então, uma interpretação criativa que é construtiva (Dworkin, 1999b, p. 63-64), tendo por ideia condutora e norteadora o propósito de tornar um objeto ou prática o melhor possível. Há, então, uma dimensão crítica, reformadora e justificadora na interpretação. Com efeito, é uma ideia recorrente em Dworkin (1999b, p. 65) a necessidade de que a interpretação se volte a tornar um objeto o melhor possível, considerando que “[...] toda interpretação tentar tornar um objeto o melhor possível, como exemplo de algum suposto empreendimento, e que a interpretação só assume formas diferentes em diferentes contextos porque empreendimentos diferentes envolvem diferentes critérios de valor ou de sucesso.”

⁸¹ Para o constitucionalista americano, “[...] Hércules no estipula en ningún momento elección alguna entre sus propias convicciones políticas y las que él considera convicciones políticas de la comunidad como tal. Por el contrario, su teoría identifica una concepción particular de moralidad comunitaria decisiva para los problemas jurídicos; esa concepción sostiene que la moralidad comunitaria es la moralidad política que presuponen las leyes y las instituciones de la comunidad.”

Nesse desiderato de imprimir a melhor interpretação possível, Dworkin (1999b, p. 75) assenta o papel da tradição em que se insere o intérprete, invocando Gadamer para destacar que as imposições da tradição se projetam sobre a empreitada de promover a melhor interpretação possível.

Diante disso, Dworkin (1999b, p. 81-84) defende que a melhor interpretação possível – a ser construída pelo juiz Hércules diante de casos difíceis ou não – é estabelecida a partir de três etapas pelas quais a interpretação é produzida. A primeira seria a pré-interpretativa, em que se identifica regras e padrões que sejam os referenciais para o entendimento de alguma prática social ou, no caso do direito, para a solução do caso. Tais regras e padrões devem se assentar num consenso social de caráter comunitário. Posteriormente, haveria a etapa interpretativa em que devem ser justificados os elementos e padrões identificados na etapa anterior e que serão objeto da melhor interpretação possível. Finalmente, a etapa pós-interpretativa é crítica e reformuladora, pois nela cabe que o sentido seja ajustado ao que seja o melhor propósito possível.

Ao assim proceder, Dworkin não sustenta nenhum esquema ou modelo metodológico de interpretação, pelo que recebe muitas críticas (RODRIGUES, 2005, p. 151-152) a ponto de haver quem considere continuar preso a uma concepção de discricionariedade ao fundar a interpretação correta em dons e qualidades sobre-humanas focadas na pessoa do juiz⁸². Não obstante isso, Dworkin tenta evitar um subjetivismo pela associação que faz entre direito e literatura, compreendendo que o processo de interpretação que se desenvolve e é responsável por fundar e constituir o sentido das regras e princípios se projeta ao modo de uma narrativa de novela. Da mesma forma que o autor de um romance está vinculado ao que já fora produzido naquela história, o juiz está vinculado a toda uma tradição em que está inserido e deve atuar com responsabilidade sobre o passado, ainda que com vistas a criação da melhor interpretação possível (DWORKIN, 2001, P. 237-238).⁸³

⁸² Quanto a outras críticas sobre o pensamento interpretativo e de decisão judicial de Dworkin, remete-se às referenciais feitas por Sandra Martinho Rodrigues (2005).

⁸³ Sustenta Dworkin (2001, p. 237-238) que “[...] espera-se que os romancistas assumam sua responsabilidade seriamente e reconheçam o dever de criar, tanto quanto puderem, um romance único, integrado, em vez de, por exemplo, uma série de contos independentes com personagens de mesmo nome”. Para ele, “Decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário.” Desse modo, “Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora.”

Qual seria a melhor interpretação possível a ser estabelecida de forma construtiva a partir dos processos de interpretação e tendo em vista a tradição jurídica e o sentido comunitário da moralidade política, que condicionam e conformam a compreensão dos princípios constitucionais, é questão que Dworkin resolve, para além da figura mítica de Hércules⁸⁴, com a sua concepção de integridade.

Rechaçando qualquer fórmula mágica para compreensão e conceituação do direito e para a solução dos casos – fáceis ou difíceis –, Dworkin (1999b, p. 490-491) sustenta que o direito não “[...] é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu domínio sobre uma diferente esfera de comportamento”, como também não se exprime apenas pelas autoridades. O direito, assim, é uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, voltada à política e portador de um caráter contestador que habilita o cidadão a constituí-lo comunitariamente. Desse modo, *in verbis*:

A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.

E por essa via o direito projeta os sonhos que exprimem a leitura comunitária do sentido dos princípios que são partilhados por uma comunidade, habilitando o seu caráter projetivo e utópico, além de crítico e reflexivo.

Ora, diante do quanto exposto, evidencia-se que Hércules nada mais representa do que uma metáfora⁸⁵, consubstanciando uma ideia reguladora assim concebida – embora não revelada – pelo próprio Dworkin ao admitir o seu caráter sobre-humano. Certamente o que pretendia Dworkin era recorrer a uma alegoria para que fosse possível exprimir a necessidade de virtudes cívicas – muito próprias ao republicanismo – necessárias à responsabilidade política dos juízes, dos advogados, dos filósofos do direito e da própria comunidade.

Nesse passo, identifica-se que todo esse esforço por assentar um referencial regulativo para o processo interpretativo tem como norte firmar que toda e qualquer interpretação, notadamente as que são desenvolvidas em decisões judiciais, devem almejar

⁸⁴ Walber Carneiro (2011, p. 273-280), após identificar a existência de proximidade entre a reflexão hermenêutica e a doutrina de Dworkin, recorre a outro ser mitológico, Hermes, que seria mais adequado aos sistemas de direito escrito, diversamente de Hércules, habituado e conformado ao *common law*.

⁸⁵ Nesse sentido é o entendimento de Lenio Streck (2007, p. 344-345), seguido por Walber Carneiro (2011, p. 272). A metáfora é um recurso que se utiliza para compreensão de um objeto mediante associação com outro objeto, envolvendo uma dimensão, por vezes, poética e lúdica.

sempre a melhor interpretação possível, entendida esta como representativa daquela interpretação que confira à decisão uma responsabilidade com a tradição jurídica e, ao mesmo tempo, preservando a sua coerência e consistência, habilite a inovação e a construção do sentido do direito em consonância com a moralidade política da comunidade.

Embora não se possa negar que juízes diferentes em contextos diferentes cheguem a decisões e interpretações distintas, o que a hermenêutica filosófica também admite, sempre cada um deles, se envolvidos adequadamente pelos paradigmas referidos e comprometidos com a virtude cívica e a responsabilidade política, deverá sempre buscar a melhor interpretação possível que, para a hermenêutica filosófica no âmbito do constitucionalismo, é aquela mais adequada ao texto e ao contexto constitucional.

Se Arthur Kaufmann (2003, p. 150-151), há pouco aludido, reconhece ser muito mais difícil conceber o direito conforme os paradigmas da hermenêutica filosófica e que o fato de sê-lo de modo mais humano justifica que se encare tal dificuldade, Dworkin (1999a, p. 208) admite a possibilidade de erros, porque os juízes não são Hércules. Assim, entre duas alternativas diante da falibilidade humana⁸⁶, que concerne também à atividade judicial, Dworkin prefere defender que, por mais difícil que seja o caso, deve sempre ser buscada a melhor decisão, expressão da melhor interpretação.

Exatamente por isso é que, segundo sua concepção, há sempre uma resposta correta, que é a melhor para o caso; evidentemente que, figurando como uma ideia regulativa, consubstancia a condição de possibilidade para interpretações adequadas e decisões justas, notadamente em temas que envolvem direitos fundamentais, cujas questões políticas e morais são social e comunitariamente muito sensíveis e, usualmente, encerram controvérsias.

Daí se percebe que a teoria de Dworkin habilita, ao mesmo tempo, tanto a pertinência da reflexão hermenêutica com a sustentação da existência de uma única interpretação adequada diante de determinado caso e suas circunstâncias. Suscita, ainda, o papel das múltiplas instâncias dialógicas e a ocorrência de diálogos sobrepostos e transversais ao se referir a uma moralidade política comunitária, ao modo de uma comunidade de direitos que se encontre aberta e composta por uma multiplicidade de intérpretes constitucionais,

⁸⁶ A primeira seria reconhecer ao juiz a possibilidade de julgar os casos conforme suas convicções ou argumentos políticos, ou simplesmente não julgá-los, já que poderá incidir em erros. Não haveria razão para se esforçarem a uma decisão justa. A outra, diversamente, partindo da falibilidade humana, sugere que o juiz se porte com humildade e que é o mais habilitado para proceder com a argumentação moral necessária para decisões justas.

todos eles no exercício difuso da condição de sujeitos constituintes (CANOTILHO, s.d., p. 75-76).

É por essa via que se pode evitar a chamada erosão da consciência constitucional, antevista por Loewenstein (1976, p. 227) ao identificar que “Para el ‘hombre de la calle’ la constitución significa muy poco”. Deixará de pouco significar se as decisões judiciais sobre temas relevantes para a comunidade política – e consequentemente, para a sua convivência e vivência – forem aptas a atuarem o sentido constitucionalmente adequado mediante interpretações corretas.

Nisso se insere o direito fundamental ao máximo existencial, pois se não é desarrazoado conceber-se a existência de um direito fundamental à resposta judicial correta (STRECK, 2007), esse direito fundamental é instrumental a outro, de caráter profundamente substantivo, que é o direito fundamental ao máximo existencial.

Com efeito, possuindo uma dimensão prático-interpretativa que logo será enfrentada, o direito fundamental ao máximo existencial comporta um caráter projetivo e referencial como ideia regulativa e condição de possibilidade para a efetivação dos direitos fundamentais.

Em temas e questões que se relacionem com direitos fundamentais, portanto, a interpretação constitucionalmente adequada – que seja a melhor interpretação possível – é aquela que, respeitando a tradição jurídica constituída e criticando-a no sentido de melhorá-la, propicie a ampliação progressiva dos níveis de prestação social atinentes aos direitos fundamentais no sentido de possibilitar a satisfação suficiente das necessidades a que sejam pertinentes.

Ou seja, com base na reflexão hermenêutica e reforçando-se na doutrina interpretativa de Dworkin, o direito fundamental ao máximo existencial impõe a todo e qualquer juiz, advogado, cidadão e à comunidade em geral que busque constituir sentidos e práticas para além do atendimento do mínimo vital e necessárias à satisfação suficiente das condições existenciais, habilitantes da auto-realização e da autonomia individual.

Dessarte, a melhor interpretação, que é aquela que seja a mais adequada, como explicitado, só pode ser atingida em questões que repercutam em direitos fundamentais se promover o atendimento dos referenciais normativos do direito ao máximo existencial.

Se a lei e a própria constituição, enquanto expressão textual e normativa de responsabilidades e utopias, são deficientes e falhas (GADAMER, 1999, p. 474), o são porque a realidade humana é deficiente e deficiente também o é a razão e a capacidade finita da compreensão humana. A unidade da compreensão, interpretação e aplicação, entretanto,

conferem aos intérpretes a possibilidade de atuarem construtivamente os sentidos constitucionalmente pertinentes, que só podem ser aqueles que melhor representem o referencial do direito fundamental ao máximo existencial.

Depreende-se, pois, uma compreensão limitada da racionalidade humana, que conduz à associação do direito fundamental ao máximo existencial, nos quadrantes e conforme os paradigmas da reflexão hermenêutica, a um referencial de racionalidade limitada, extremamente fértil para o adequado entendimento de sua dimensão normativa.

Esse critério referencial pertinente à admissão de uma racionalidade limitada é o postulado da satisfação suficiente, ou *satisficing*.

2.3.1 A racionalidade limitada: o máximo como suficientemente satisfatório

O máximo existencial, como alhures adiantado, não almeja o impossível, embora revista-se de uma dimensão projetiva e, nessa condição utópica. Almeja sempre a ultrapassagem, a ampliação dos níveis de prestação habilitantes das capacidades humanas pela supressão suficientemente satisfatória das necessidades.

O máximo, assim, não é o impossível e pode ser apreendido em sentido lógico-filosófico da mesma forma que o mínimo, entendido como *conditio sine qua non*. O problema quanto à identificação do máximo é que, na qualidade de ideia reguladora, sempre se projeta na medida em que dele há uma proximidade.

Nesse sentido, distanciando-se do mínimo como critério de compreensão e interpretação dos direitos fundamentais e como condicionante da sua justiciabilidade, o máximo existencial deve se orientar conforme uma concepção de racionalidade limitada, limites esses que são inerentes à natureza humana, como às circunstâncias em que estão os direitos fundamentais inseridos. Essa noção de racionalidade limitada ilumina o sentido hermenêutico da interpretação constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais, pois a melhor interpretação possível será aquela que atender ao nível suficientemente satisfatório dos direitos fundamentais.

E a noção de satisfatoriedade suficiente exprime o conceito de *satisficing*⁸⁷, cuja fundamentação remonta ao pensamento aristotélico atinente à virtude. Da mesma forma que a deficiência e o excesso são indesejáveis (ARISTÓTELES, 2002b, p. 67), em se tratando dos direitos fundamentais, não se pode conceber nem a deficiência em sua proteção e nem a desmesurada proteção de um direito em detrimento da coerência sistemática na tutela dos demais direitos fundamentais.

Desse modo, Aristóteles (2002b, p. 74) concebe a virtude como “[...] um estado mediano no sentido de que é ela apta a visar a mediania”, sendo o excesso e a deficiência um vício. Por sua vez, a virtude é uma disposição que leva à escolha de ações e paixões conforme a mediania, sendo determinada pela razão de um homem prudente. Aristóteles (2002b, p. 80) propõe, então, regras para que se dirija à virtude.

A primeira é que se deve evitar o extremo que mais se oponha à mediania, pois entre o excesso e a deficiência, um deles representa o erro mais grave. A segunda regra determina que se deve dirigir na direção oposta aos vícios a que se está mais propenso e que são mais comuns, pois “[...] rumando para longe do nosso erro costumeiro estabeleceremos um curso mediano.” A terceira regra concerne à recomendação de que se seja vigilante diante do que é prazeroso, pois ceder à sedução do prazer retira a imparcialidade do julgamento.

A virtude é dada, então, pela distancia equitativa entre os dois extremos, mas como a absoluta correspondência é, igualmente, de difícil alcance, Aristóteles sugere que se busque a virtude distanciando-se dos vícios mais graves e dos mais comuns, quer sejam excessos ou deficiências.

Pode-se constatar de logo a presteza de tal raciocínio para desnudar as condições e possibilidade da devida compreensão do direito fundamental ao máximo existencial e da sua afirmação, respaldando-o sob a perspectiva filosófica e, então, no âmbito da racionalidade limitada, consubstanciada no paradigma do suficientemente satisfatório.

Seguindo as duas primeiras regras da virtude de Aristóteles – que são especialmente significativas para o direito fundamental ao máximo existencial, que visa ir além do mínimo (deficiência) e garantir uma coerência equitativa no nível de prestação dos direitos fundamentais como um todo (evitando o excesso) –, conclui-se que o

⁸⁷ Segundo Michael Byron (2004, p. 1-2), o sentido de *satisficing* teria sido cunhado por Herbert Simon e tem influenciado uma ampla variedade de disciplinas, desde a ciência da computação, passando pela teoria dos jogos, economia, ciência política, até a filosofia e é enriquecida progressivamente pelo contraste entre o que é satisfatório e o que é o melhor. No âmbito filosófico, Byron sustenta que o conceito de *satisficing* encontra assento no âmbito da razão prática, sendo referencial para o que se deve fazer, encontrando aplicação em vários contextos, inclusive nas instancias morais.

constitucionalismo, enquanto movimento e saber prático destinado à proteção da pessoa humana, será virtuoso na medida em que se distanciar das práticas, institutos e teorias que conferem uma proteção deficiente ou insuficiente aos direitos fundamentais.

Da mesma forma, a história revela de forma inequívoca que, em termos de direitos fundamentais, como também de direitos humanos, os problemas relacionados à proteção deficiente ou insuficiente dos direitos são muito mais comuns do que sua proteção excessiva⁸⁸. A era dos direitos (BOBBIO, 1992) também foi e é a era das maiores e mais graves violações aos direitos humanos e fundamentais, quer sejam os direitos civis e políticos, as liberdades fundamentais, quer sejam os direitos econômicos, sociais e culturais.⁸⁹

Assim, baseando-se nas concepções de virtude sustentadas por Aristóteles e associando-as ao projeto libertário e emancipatório que concerne ao constitucionalismo em todas as suas manifestações e feições, enquanto processo histórico, tem-se o direito fundamental ao máximo existencial corresponde e se afina com essa proposta de um constitucionalismo virtuoso, enformado pelo distanciamento dos vícios mais graves e mais comuns com relação aos direitos fundamentais, que revelam institutos, teorias e práticas que não os tutelam ou os tutelam com deficiência.

Tal ilação confere à afirmação do direito fundamental ao máximo existencial uma base filosófica que se assenta numa perspectiva crítica fundada no valor da virtude moral de buscar o nível adequado e suficientemente satisfatório de implementação dos direitos fundamentais, ainda que, vez por outra, sejam cometidos excessos⁹⁰.

⁸⁸ Poder-se-ia considerar como situação limite de proteção excessiva a prática de tornar absolutos determinados direitos, suprimindo ou restringindo o exercício de outros, como sói ocorrer nos países fundamentalistas com relação à liberdade religiosa, que de tão “protegida” acaba por ceifar outros direitos fundamentais.

⁸⁹ Quanto aos últimos, destaca-se a insensibilidade quanto às agruras que concernem ao deficiente nível de proteção e de implementação dos direitos sociais, certamente decorrente de um sentimento de que a pobreza e a exclusão social correspondem à natureza das coisas – ou, ao menos, à natureza do mercado – e que não podem ser facilmente superadas. Destaca-se, nesse aspecto, a declaração do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais na Conferência de Viena em 1993, no sentido de que “O chocante (é) que os Estados e a comunidade internacional como um todo continuem a tolerar muitas vezes violações dos direitos econômicos, sociais e culturais que, se ocorressem em relação aos direitos civis e políticos, provocaria expressões de horror e indignação e levaria ao imediato clamor para a ação.” No original, “The shocking reality (is) ... that states and the international community as a whole, continue to tolerate all too often breaches of economic social and cultural rights, which if they occurred in relation to civil and political rights, would provoke expressions of horror and outrage and lead to immediate calls for action.”

⁹⁰ Que, embora não sejam corriqueiros e usuais, revelam alguma ocorrência, notadamente em situações em que há nítido excesso do poder judiciário ao censurar e se imiscuir em questões que se encontram absolutamente submetidas a avaliação e juízos político-discricionários, em típico excesso de judicialização. Nesses casos, vislumbra-se geralmente a intenção de promover, a qualquer custo e independentemente dos efeitos que acarrete, a proteção de um direito fundamental específico, usualmente muitos sensíveis, como a saúde.

A virtude, ainda segundo Aristóteles (2002b, p. 163), seria assegurada pelo alcance da mediania, que pode ser fixada pela justa razão. E nesse ponto que se insere o desenvolvimento do paradigma do suficientemente satisfatório no âmbito de uma racionalidade limitada. O suficientemente satisfatório nega, evidentemente, que a ação humana seja orientada a buscar o mínimo, impondo que se dirija ao que seja suficientemente bom e, como tal, satisfatório, sem conduzir-se à supererrogação, ou ao excesso.

A noção de suficientemente satisfatório se embasa numa racionalidade limitada diante do reconhecimento da impossibilidade de se buscar a perfeição ou o que seja maior e mais intenso. Em verdade, não é incomum que se alcance o melhor com aquilo que seja bom o suficiente, ou suficientemente satisfatório. Desse modo, como observa Michael Slote (2004, p. 18), o critério de satisfação suficiente rejeita que o melhor seja, necessariamente, maior quantidade de determinados bens.

Daniel Schmitz (2004, p. 33-36) analisa que a satisfação suficiente opera no âmbito de uma racionalidade limitada em razão das restrições que se põem ao indivíduo para o alcance de determinadas metas. Assim, haveria limitações de conhecimento, tempo, energia, habilidade, recursos, além de restrições postas pelo próprio indivíduo. Desse modo, não haveria condições racionais de orientar a ação ao que não signifique a satisfação suficiente. Logo, a estratégia da satisfação suficiente impõe limites em quanto se insiste ou se busca um fim, sendo um critério de êxito.

Por sua vez, Jan Narveson (2004, p. 61-62) reconhece que todos estão sujeitos a limites, de tempo, de recursos, de energia, quaisquer que sejam. Diante disso, a ação deve se orientar por uma racionalidade que introduza tais limitações e que se consubstancia no critério da satisfação suficiente. E diante dessas restrições, traz a noção fundamental para o que se propõe seja o referencial do direito fundamental ao máximo existencial, conforme segue abaixo, *in verbis*:

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 podemos⁹¹.

Assim, conclui Narveson (2004, p. 64) que a razão deve se orientar, no contexto das limitações existentes, pelo referencial da satisfação suficiente, que exprime, justamente, a

⁹¹ 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.”

maximização, dentro das condições dadas e do que seja possível. Satisfação suficiente é, então, maximizar em determinadas condições, alcançando o melhor, que não é precisamente uma maior quantidade de determinado bem ou valor, mas a quantidade adequada e, como tal, suficiente e satisfatória.

Ora, ao que se afigura a noção de suficientemente satisfatório ou da satisfação suficiente é fundamental para a afirmação e compreensão do direito fundamental ao máximo existencial, pois permite agregar-lhe um referencial para além do mínimo e que, compatível com um constitucionalismo virtuoso, volte-se à implementação máxima dos direitos fundamentais.

Dá-se se rechaça, de logo, uma série de objeções que poderiam ser objeções ao direito fundamental ao máximo existencial, como o seu carácter impreciso, como a indeterminação filosófica do que seja o máximo, ou a imputação de ser inútil diante de uma dimensão meramente retórica à vista da efetiva impossibilidade de que sejam todos os direitos fundamentais realizados ao máximo.

Em verdade, como já assinalado, o direito fundamental ao máximo existencial, enquanto referencial e ideia regulativa da resposta correta às questões que envolvam direitos fundamentais e sua efetividade, visa a assegurar um patamar progressivo, superior e distante do mínimo vital, com respeito à ampliação dos níveis de prestação necessários à satisfação suficiente das necessidades existenciais. Nesse sentido, não se almeja, evidentemente, que todos os direitos sejam atendidos em toda a sua dimensão ou amplitude e nem que alguns o sejam em detrimento de outros⁹².

O que se pretende é habilitar um critério de afirmação e de efetividade, com a respectiva justiciabilidade, dos direitos fundamentais para além do mínimo e com carácter progressivo e ampliativo dos níveis de prestação, visando ao atendimento suficientemente satisfatório das necessidades existenciais. Ter-se-ia, então, ainda que em carácter dinâmico e mutável, o conteúdo ótimo dos direitos fundamentais, distinto do conteúdo essencial.

Verifica-se, ainda, que não se visa ao impossível e nem a uma maximização extrema que ignore ou olvide a necessidade de coerência quanto nível de efetividade do sistema de direitos fundamentais como um todo.

⁹² Até porque os direitos fundamentais, todos eles, comportam um carácter utópico que lhes confere um carácter programático no sentido de serem projetivos de um nível de exercício sempre mais amplo do que o efetivamente existente.

Se a proporcionalidade é o critério usualmente utilizado para aferir os limites das restrições a direitos fundamentais, com relação ao que não faltam estudos e reflexões, a satisfatoriedade suficiente parece ser o critério normativo adequado para censurar medidas insuficientes, inadequadas ou a simples inércia do poder público, sendo capaz de impulsionar a ampliação dos níveis de prestação quando estejam deficientes, buscando-se a virtude da suficiência.

De qualquer sorte, basta invocar, nesse passo, a pressuposição de que o direito fundamental ao máximo existencial só pode ser compreendido e afirmado a partir de uma reflexão hermenêutica que o assegure enquanto resposta correta e cuja projeção nas práticas jurídicas, nas políticas públicas, nas instituições e nas teorias deve se materializar num sentido de maximização enquanto satisfação suficiente.

Para tanto, e tendo em vista que a satisfação suficiente só pode ser entendida adequadamente a partir do que seja possível, torna-se inexorável trazer à fala as contribuições do pensamento do possível, desenvolvido por Peter Häberle (2002) e adotado por Gustav Zagreblesky (2011, p. 34) no âmbito especificamente jurídico, sendo já invocado pelo Supremo Tribunal Federal em alguns de seus julgados.

2.3.2 O pensamento do possível

O pensamento do possível remete a uma discussão filosófica sobre o sentido e as compreensões em derredor do possível que vão às fontes distantes da filosofia, como o próprio Aristóteles (2002, p. 91) que, ao analisar a pertinência da deliberação sobre os meios a serem empregados para determinado fim, salienta que a condição necessária para a ação é, justamente, a possibilidade. O possível é aquilo “[...] capaz de ser executado por nossa ação”.

Como sustenta Abbagnano (2003, p. 778-782), os conceitos e compreensões do possível foram trabalhados por uma longa série de filósofos e pensadores, passando por

Aristóteles, São Tomás de Aquino, Lukacs, Hartmann, além dos existencialistas⁹³. Ademais, haveria três noções do possível, sendo uma lógica e negativa e as outras duas positivas, que seriam a possibilidade real e a possibilidade objetiva⁹⁴.

Dentre os pensadores e filósofos destaca-se a particular reflexão estabelecida em torno do possível por Ernst Bloch ao sustentar e embasar o princípio da esperança, fazendo várias incursões sobre o que seja possível diante da realidade e da necessidade – antecipando-se ao desenvolvimento da tríade do real, do possível e do necessário que seria empreendida posteriormente, no pensamento jurídico, por Häberle⁹⁵.

Bloch (2005, p. 194-195) afirma que o mundo e a vida humana estão sempre inconclusos e, como tais abertos a contínuos processos⁹⁶. Para Bloch, a realidade é processo, que nada mais é do que mediação entre presente, passado pendente e “[...] sobretudo o futuro possível”. Assim, todo real abriga uma dimensão do possível e o possível é parcial-condicional, o determinado que ainda não se concluiu. Diante disso, sustenta que “Possível é tudo que encontra as condições dadas em proporção suficiente. Todavia, justamente por isso, tudo que não encontra as condições necessárias ainda é faticamente impossível” (BLOCH, 2005, p. 203).

Exatamente em razão disso é que Bloch admite ser necessário que se vá *sendo-conforme-a-possibilidade*, devendo-se proceder passo-a-passo no caminho para o novo, pois o possível pode não ser executável imediatamente e a qualquer hora na medida em que condições ausentes podem retardar ou mesmo impedir a sua ocorrência.

O princípio da esperança, habilitante da utopia, recorre, então, a uma precaução crítica que fixa a velocidade do processo e a expectativa de que o possível se realize. Haveria, então, no âmbito do possível, dois lados de uma mesma moeda. O reverso, representativo das medidas do possível em cada caso; e o anverso, em que o *totum* do que é derradeiramente possível permanece em aberto. E a relação entre o reverso e o anverso revela a tensão

⁹³ Para quem (ABBAGNANO, 2003, p. 778-782) se remete caso se entenda necessário perscrutar as origens e o percurso histórico-filosófico do possível.

⁹⁴ Bloch (2005, p. 195) define o objetivamente possível como aquilo cuja ocorrência é cientificamente esperada ou que não pode ser excluída. O realmente possível é aquilo cujas condições de ocorrência ainda não estão integralmente satisfeitas no próprio objeto, seja porque estão se constituindo, seja pela sobrevivência de novas condições que modificam e projetam o real.

⁹⁵ Que, aliás, reconhece a precedência do clássico pensamento do possível em Robert Musil e Ernst Bloch (HÄBERLE, 2004, p. 49).

⁹⁶ Adiante, Bloch (2005, p. 221) registra que “Onde não se pode mais nada e onde nada mais é possível, a vida parou.” Como a proposta do direito fundamental ao máximo existencial se fundamenta na perspectiva utópica da ampliação progressiva do possível, situando-se no já aludido constitucionalismo virtuoso, há de se concluir que confere vida aos direitos fundamentais, assegurando-lhes sempre um espaço aberto de possibilidades.

existente no âmbito dos direitos fundamentais quanto à expectativa de sua realização e efetividade.

Com efeito, esclarece Bloch que

Precisamente o primeiro lado, *o das condições de existência determinante* ensina o comportamento a ser adotado na caminhada para o alvo, enquanto o segundo, o do *totum utópico*, permite fundamentalmente impedir que êxitos parciais nessa caminhada sejam tomados pelo alvo como um todo e o encubram.

Ora, o direito fundamental ao máximo existencial – e a dimensão utópica que encerra e que revela quanto aos direitos fundamentais em geral – insere-se justamente na perspectiva de ampliação do possível quanto aos níveis de prestação e aos graus de implementação dos direitos fundamentais, não se legitimando o conformismo com graus ineficientes ou mínimos de realização e, muito menos, com o mínimo vital. A categoria do mínimo vital, enquanto referencial para a justiciabilidade dos direitos sociais, peca por aterrar a construção da efetividade dos direitos fundamentais em geral ao mínimo, que se situa muito distante da função e do desiderato que almejam.

Assim, a dimensão normativa do direito fundamental ao máximo existencial desnuda que os direitos fundamentais exprimem um dever-ser no ser que possa-ser. Logo, dever-ser (instância normativa), ser (realidade) e poder-ser (aberta das possibilidades) se entrelaçam na compostura de um pensamento que se volta ao utópico projeto de que sejam os direitos fundamentais efetivados ao máximo possível, entendido essa máximo no âmbito das condições que limitam o possível e, então, como satisfatório suficiente.

Aliás, como Bloch (2005, p. 232) pontua, é próprio de o homem descortinar e revelar-se como um horizonte de possibilidades e, assim, nada mais natural do que os direitos fundamentais expressam essa condição humana, posto serem a criação cultural mais humanística.

Após rechaçar as objeções contra a categoria do possível, Bloch (2005, p. 243) considera ser uma característica inerente ao ser humano estar à frente de si mesmo, pois ao se deparar com limites e tomar consciência deles, os ultrapassa. Desse modo, os limites para a efetivação dos direitos fundamentais não são obstáculos à sua implementação conforme o máximo existencial, posto que tais limites podem ser superados com a ampliação do que seja possível, dirigindo-se sempre ao critério virtuoso da satisfação suficiente. O conteúdo utópico que os direitos fundamentais encerram nada mais exprime do que o sonho originário da instituição do bem estar por um bom governo. E, mais uma vez com Bloch (2006, p. 9), todo sonhador sempre quer mais.

Nem se objete que haveria uma retórica vazia e sentimentalista, pois o constitucionalismo anima e inspira a retórica para além dela própria, com a sua projeção sobre a realidade, comportando e expressando sentimentos porque deles vieram os direitos fundamentais: sentimentos de sofrimento, humilhação, desprezo, ignorância, fé, paixão e crença.

Essas reflexões de Bloch, a quem se retornará ao se analisar o *locus* da utopia, foram aprofundadas e adaptadas à ciência jurídica por Häberle (2002) a quem se deve o seu desenvolvimento e sua aplicação, notadamente, ao direito constitucional, estabelecendo-se a partir da sua interação com o real e necessário, compondo uma tríade⁹⁷.

Como salienta Manoel Jorge e Silva Neto (2008, p. 104), “O pensamento possibilista visa, segundo Peter Häberle, a descoberta dos meios para conservar e recriar continuamente condições de liberdade para todos indivíduos com vistas à consecução de um justo e razoável equilíbrio de interesses.”

O constitucionalista alemão ressalta que “O pensamento e a ação constitucionais devem constantemente analisarem e si próprios para explorar suas possibilidades e seus limites, as oportunidades e os perigos para a sua causa, ou seja, para uma ordem constitucional livre, democrática e digna dos homens” (HÄBERLE, 2004, p. 48)⁹⁸.

Desse modo, esse é o objetivo do pensamento do possível, que estaria firmado entre o real e o necessário e se apoiando em uma série de referenciais e materiais oriundos da legislação, da administração, do judiciário, da política e da vida pública, conferindo realidade e vida à constituição. Não obstante isso, admite que no âmbito da teoria constitucional, o possível mal conhecido.

Assim, explica as origens da tríade do possível, do real e do necessário ao salientar que se deve a H. Lenz o conceito de homem real, enquanto o conceito do necessário, que ocupa posição intermediária, compõe o imperativo de proporcionalidade.

Para a afirmação e a compreensão do direito fundamental ao máximo existencial torna-se fundamental a adoção da perspectiva do pensamento do possível, inserido e inspirado pela matriz da reflexão hermenêutica, porque, como acentua Häberle (2004, p. 48), é atualmente uma demanda intensa saber quais são as tarefas necessárias incumbidas ao Estado,

⁹⁷ Malgrado as potencialidades que suscita o pensamento do possível, Häberle (2002, p. 63) observa que apenas uma minoria parece tomar consciência disso.

⁹⁸ Em tradução livre. No original, « La pensée et l'action constitutionnelles doivent constamment s'analyser elles-mêmes pour explorer leurs possibilités et leurs limites, les chances et les dangers pour leur 'cause', c'est-à-dire pour un ordre fondamental libre, démocratique et digne des hommes. »

sobre a reserva do possível. E, nesse sentido, “[...] tanto os limites, como as próprias possibilidades do vigor ou da força normativa da Constituição sempre poderão ser explicitados mediante a tríade filosófica, ou seja, o pensamento do possível, do necessário e do real”⁹⁹ (HÄBERLE, 2002, p. 61); assim, o dever-ser unido ao ser tem como condição de possibilidade o poder ser.

O pensamento do possível não se reduz, não se limita e nem pode ser confundido com a categoria habilitadora da reserva do possível, sendo, em verdade, um estilo de raciocínio que em muito condiz com paradigmas da hermenêutica filosófica e com outra matriz epistemológica que é o criticismo popperiano.

Com a hermenêutica filosófica o pensamento do possível tem em comum a abertura a alternativas, que a hermenêutica reconhece diante da primazia da pergunta sobre a resposta quando se dá a fusão de horizontes¹⁰⁰. E o pensamento do possível consiste exatamente num pensamento que se desenvolve de forma aberta e plural mediante alternativas – que bem poderiam ser os *topoi* sustentados pela tópica de Viehweg.

O pensamento do possível, como esclarece Häberle, se estabelece mediante alternativas, desde alternativas e com as alternativas, estando muito mais aberto às alternativas, independente de quantas sejam, do que a um compromisso.

Ademais, corresponde a uma exigência ética do Estado Constitucional republicano o pensamento por alternativas e investigar as possibilidades que se projetem a partir do exame do real e do necessário, impondo-se na construção de conceitos fundamentais do constitucionalismo – notadamente de um constitucionalismo virtuoso como o que se propõe a partir do máximo existencial como satisfação suficiente –, como o relativo aos direitos sociais e culturais.

Cada uma das três categorias, do possível, do real e do necessário, é indispensável para a operacionalização do Estado de Direito nos quadrantes de um Estado Constitucional, destacando que os ideários que povoam a comunidade, a doutrina constitucional relativa a textos sociais, suas funções e procedimentos devem ser sempre compreendidos sob a forma de possibilidades, necessidades e realidades, que podem levar a resultados divergentes; todavia,

⁹⁹ Em tradução livre. No original, “[...] tanto los límites como las propias posibilidades del vigor o fuerza normativa de la Constitución siempre podrán ser puestas de manifiesto claramente con la ayuda del mencionado triadismo iusfilosófico, es decir, el pensamiento posibilista, necesarista y realista.”

¹⁰⁰ E não é sem razão que Häberle (2004, p. 48) afirma que “O raciocínio do possível é, com efeito, interrogador”. No original, « Le raisonnement du possible est em effet interrogateur. »

não são quaisquer possibilidades, necessidades e realidades, mas aquelas que se inserem nos marcos do Estado Constitucional (HÄBERLE, 2002, p. 60).

O pensamento do possível é o adequado para a compreensão e a interpenetração das diferenças e particularidades constitucionais dos países, ressaltando sua especial importância na solução de problemas que envolvam a compreensão dos princípios constitucionais, dos direitos fundamentais e em temas relativos à interpretação constitucional (HÄBERLE, 2004, p. 49-51), além da reconfiguração das funções dos poderes do Estado.

Diante disso, Häberle (2004, p. 53) sintetiza a interação do real, do possível e do necessário, consistindo numa cooperação de três elementos que, enquanto tríade, manifestam-se como unidade aberta, pois “[...] é preciso primeiramente estudar a realidade, por em seguida a questão das alternativas possíveis e, então, avaliá-las para compreender as necessidades”¹⁰¹.

A relação entre as três dimensões, com a preferência do real, do possível ou do necessário, é questão central da teoria constitucional e a “dosagem” de cada um dos estilos de pensamento dependerá da função estatal que esteja em causa. Não obstante isso, Häberle (2004, p. 54) aponta o caminho para a melhor combinação dos três estilos de raciocínio que compõem o pensamento possibilista, como se verifica do excerto abaixo, *in verbis*:

Entre as possibilidades como um todo, é preciso escolher as que favoreçam a transformação da realidade existente numa realidade melhor e evitem os riscos de retorno a uma realidade pior. A cooperação das três etapas do pensamento supõe, então, a escolha das premissas normativas.¹⁰²

Justamente essa perspectiva é que inspira a reflexão em torno da eficácia jurídica do direito fundamental ao máximo existencial, que, em verdade, dirige-se à promoção e à exigência de efetivo atendimento dos níveis essenciais de prestação, bem como a ampliação dos mesmos de acordo com o contexto social e econômico existente.

O possível pode ser ampliado se pensadas as necessidades e o contexto real através das alternativas que sejam suscitadas, em superação de dogmas e mitos que, também, condicionam a capacidade de estender os próprios limites. Isso é reforçado pelo próprio Häberle (2002, p. 63) ao reconhecer que a reflexão do possível almeja qualquer resquício que

¹⁰¹ Em tradução livre. No original, “[...] il faut d’abord etudier la réalité, poser ensuite la question des alternatives possibles, puis évaluer celles-ci afin de clarifier les necessites”.

¹⁰² Em tradução livre. No original, « Parmi l’ensemble des possibilités, il faut choisir celles qui favorisent la transformation de la réalité existante vers une réalité meilleure et évitent les risques d’un retournement vers une réalité moins bonne. La coopération des trois étapes de pensée suppose donc des choix et des prémisses normatifs ».

permita ampliar as possibilidades existentes, estendendo o horizonte visual¹⁰³ para conceber novas realidades. Assim, seria possível corrigir as trajetórias das realidades pretéritas, adaptando-as e adequando-as para que as novas realidades sejam melhores.

No mesmo sentido se manifesta Neil MacCormick (2011, p. 18) ao considerar que “O que é possível não é independente do que acreditamos ser possível. A possibilidade da sua ocorrência no mundo real depende de ser apreendido pela imaginação das pessoas que fazem o mundo real funcionar”.¹⁰⁴ Daí o caráter expansivo ensejado pelo pensamento do possível, justificando sobretudo a sua pertinência quanto à compreensão do direito fundamental ao máximo existencial.

O acúmulo de possibilidades deve se nortear por aquelas que sejam capazes de melhorar o desenvolvimento da própria realidade existente, evitando sua deterioração e seus perigos potenciais (HÄBERLE, 2002, p. 80).

De qualquer sorte, constitucionalista alemão preocupa-se em registrar que o elemento normativo nunca se dilui num âmbito da tríade, revelando especial atenção com a aplicação e as potencialidades do pensamento do possível aos direitos fundamentais e, em especial, aos direitos sociais¹⁰⁵.

Também ressalta a importância do pensamento do possível Gustavo Zagrebelsky (2002, p. 17), destacando que o seu objetivo é, dentre as possibilidades suscitadas, obter a melhor (ZAGREBELSKY, 2011, p. 34), correspondendo a uma exigência ética em se tratando de temas constitucionais e, notadamente, na seara dos direitos fundamentais. Ao associar o pensamento do possível com a democracia, cunha a noção de democracia crítica, entendida não apenas como um meio, mas com um fim e que, como tal, deve não apenas ser servida, mas servir.

É nesse contexto que se adequam à proposta do direito fundamental ao máximo existencial os referenciais que Zygmunt Bauman (2008, p. 31) aponta para uma vida boa. Considerando que cada vida se trata de uma obra de arte, sustenta que

[...] devemos escolher alvos que estão (ao menos no momento da escolha) muito além do nosso alcance, e padrões de excelência que, de modo perturbador, parecem permanecer teimosamente muito acima de nossa

¹⁰³ Ou o horizonte hermenêutico se inserido no âmbito da proposta da reflexão hermenêutica, como se pretende.

¹⁰⁴ Em tradução livre. No original, “What is possible is not independent of what we believe to be possible. The possibility of such developments in the practical world depends upon their being grasped imaginatively by the people who make the practical world work.”

¹⁰⁵ Tanto que destaca haver uma progressiva densidade normativa dos direitos sociais, cabendo ao Estado Social proporcionar a criação de possibilidades de efetivação de tais direitos diante da difícil efetivação imediata das realidades que colimam (HÄBERLE, 2002, p. 69).

capacidade (pelo menos a já atingida) de harmonizar com o que quer que estejamos ou possamos estar fazendo. Precisamos *tentar o impossível*. E sem o apoio de um prognóstico fidedigno (que dirá da certeza), só podemos esperar que, com longo e penoso esforço, sejamos capazes de algum dia alcançar esses padrões e atingir esses alvos, e assim mostrar que estamos à altura do desafio¹⁰⁶.

Nada impede transplantar esses critérios de vida boa individual para o âmbito de uma convivência comunitária com qualidade de vida e que permite a auto-realização e a autonomia individuais.

Ademais, como salienta Muhammad Yunus (2008, p. 227), prêmio Nobel de Economia, é possível colocar a pobreza – e com ela, grande parte dos problemas sociais, alcançando a realização das condições existenciais – no museu, pois há tecnologia e recursos disponíveis para tanto, carecendo apenas vontade política e instituições que desenvolvam e executem as políticas adequadas e necessárias.

Já Karel Vasak (1984a, p. 242-243) adverte quanto ao erro de pensar que as aspirações máximas não podem ser realizadas. Após destacar ser uma estratégia técnica comum a firme defesa de uma menor proteção dos direitos, sobretudo quando parecem ilusórios, inoperantes, ressalta que “Apesar disso, devemos rechaçar quaisquer técnicas ou estratégias que ajudem a perpetuar o mito de que os direitos de mais alto nível são meras aspirações, e não assuntos de legítima utilização por parte de juristas e advogados”¹⁰⁷.

Logo, o direito fundamental ao máximo existencial deve ser afirmado e compreendido, e suas potencialidades desnudadas, a partir da reflexão hermenêutica orientada conforme o pensamento do possível a fim de que, expandindo-se o possível, cada vez mais se venha a tornar o impossível possível no que se refere à ampliação da efetividade dos direitos sociais.

Do quanto analisado, evidencia-se, primeiramente, a plena compatibilidade do pensamento do possível com a reflexão hermenêutica e com o paradigma da complexidade. Ademais, o desvelar de possibilidades – a partir da interpelação que os horizontes do texto constitucional e da realidade, matizada pela necessidade, fazem à comunidade aberta de intérpretes – é condição *sine qua non* para que se alcance a expansão do possível em direção à satisfatoriedade suficiente, referencial do direito fundamental ao máximo existencial.

¹⁰⁶ Destaques constantes do original.

¹⁰⁷ Em tradução livre. No original, “Pese a ello, debemos rechazar cualesquiera tácticas o estrategias que ayuden a perpetuar el mito de que los derechos de más alto rango son meras aspiraciones, y no asuntos de legítima utilización por parte de juristas y abogados.

Além disso, o pensamento do possível pode auxiliar a descortinar novas condições quanto à justiciabilidade dos direitos fundamentais, habilitando a crítica e a reflexão sobre os limites da jurisdição constitucional e suas técnicas de decisão.

Gilmar Mendes e André do Vale (2011) têm destacando a aplicação do pensamento do possível em sede de jurisdição constitucional brasileira, dando azo a incrementação das técnicas de decisão do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, o pensamento do possível foi invocado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.289, cuja ementa, abaixo transcrita, faz-lhe expressa referência, *in verbis*:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Embargos Infringentes. Cabimento, na hipótese de recurso interposto antes da vigência da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. 3. Cargos vagos de juízes do TRT. Composição de lista. 4. Requisitos dos arts. 94 e 115 da Constituição: quinto constitucional e lista sêxtupla. 5. Ato normativo que menos se distancia do sistema constitucional, ao assegurar aos órgãos participantes do processo a margem de escolha necessária. 6. Salvaguarda simultânea de princípios constitucionais em lugar da prevalência de um sobre outro. 7. Interpretação constitucional aberta que tem como pressuposto e limite o chamado "pensamento jurídico do possível". 8. Lacuna constitucional. 9. Embargos acolhidos para que seja reformado o acórdão e julgada improcedente a ADI 1.289, declarando-se a constitucionalidade da norma impugnada (ADI 1289 EI, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2003, DJ 27-02-2004 PP-00021 EMENT VOL-02141-02 PP-00315)

O caso envolvia o julgamento da constitucionalidade de ato normativo do Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho que admitia a complementação da lista sêxtupla, necessária ao procedimento para observância da regra do quinto constitucional, previsto pelo art. 94 da Constituição Federal, quando não houver, dentre os membros do Ministério Público do Trabalho, candidato com mais de dez anos de carreira por quem não atendesse esse requisito temporal.

Diante do caso, tem-se a realidade da inexistência de candidatos suficientes à formação da lista que tivessem dez anos de carreira e a necessidade de que a lista seja encaminhada ao Presidente da República, depois de reduzida à tríplice pela Corte que terá a vaga preenchida. O Supremo Tribunal Federal, então, desenvolveu o pensamento do possível, tal como entendido pelo Relator, Ministro Gilmar Mendes, identificando as possibilidades de: a) reputar inconstitucional o ato normativo pela violação da Constituição em se permitir a formação da lista sem que haja a observância do requisito temporal; ou b) admitir a complementação da lista, tendo em vista a peculiaridade do caso e a prevalência da necessidade de sua formação em caráter sêxtuplo.

Ao julgar os Embargos Infringentes na aludida Ação Direta, o Relator reputou acertada a declaração de constitucionalidade do ato normativo questionado, sendo mais consentânea com a ordem constitucional se preservar o caráter sêxtuplo da lista do que, à míngua da sua completude, ater-se ao requisito temporal, sendo a alternativa melhor e mais adequada porque realiza os princípios em tensão dialética sem comprometer aspectos fundamentais da complexa decisão constitucional. Em outros termos, respeitou-se a regra do quinto e a cláusula da lista sêxtupla, em atenção à liberdade relativa do Tribunal que a reduzirá à tríplice e do Poder Executivo.

No julgamento da Suspensão de Segurança nº 3.154, o Supremo Tribunal Federal, pelo seu Ministro Presidente, Gilmar Mendes, recorreu novamente ao pensamento do possível para suspender a eficácia de liminar em mandado de segurança, admitindo a possibilidade, em circunstâncias que a realidade torna inexorável e premente, do poder público reduzir o valor específico da remuneração de servidores e prorrogar parte de seu pagamento em alguns dias, constatada a absoluta impossibilidade financeira.

Outros casos poderiam, ainda, ser expressivos da aplicação do pensamento do possível, habilitando à Corte desvelar alternativas que, a princípio, não estariam sugeridas pelo texto constitucional, com vistas a preservar o império da sua normatividade.

Em se tratando de direitos fundamentais, não há dúvida ser premente a necessidade de um produtivo pensamento do possível no sentido de constituir alternativas que possam viabilizar a efetiva justiciabilidade dos direitos fundamentais a fim de garantir a satisfação suficiente dos níveis essenciais de prestação, superando o lugar-comum do mínimo vital.

Por conseguinte, afirma-se, igualmente, o embasamento do direito fundamental ao máximo existencial, no âmbito da reflexão hermenêutica, no pressuposto do desenvolvimento do pensamento do possível, sem o qual o conformismo presidirá a prática e a inércia e a acomodação contaminarão o pensamento.

Ainda no que respeita às condições e possibilidades da compreensão do direito fundamental ao máximo existencial a partir da reflexão hermenêutica, é imprescindível situar o devido *locus* da utopia. Na utopia reside a força propulsora da dimensão normativo-programática dos direitos fundamentais, cabendo-lhe capacitar a expansão progressiva e contínua dos níveis de prestação pela dinâmica da satisfação suficiente referida às necessidades existenciais.

Malgrado já antevistas várias conexos do possível e do utópico, pois que o utópico é uma projeção contínua de que o então impossível venha a ser possível, passa-se a análise

específica do *locus* da utopia na reflexão hermenêutica ambientada no discurso de afirmação do direito fundamental ao máximo existencial.

2.3.3 O *locus* da utopia

A utopia caracteriza o pensamento que embasa o surgimento, o desenvolvimento e a tutela dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Como já suscitado em outra oportunidade, o Estado Democrático de Direito, abrigando como uma das suas dimensões essenciais o Estado Social, encerra utopias que se materializam num caráter de projeção do constitucionalismo, visando à instituição de um futuro existencial melhor para os membros da comunidade política (DANTAS, 2008).

A referência original acerca da utopia pertence a Thomas Morus (1999), que descreve Utopia como um lugar distinto dos reinos existentes, exprimindo uma crítica mordaz da realidade existente a partir do seu distanciamento com uma sociedade justa, que se situa muito distante da existente.

Essa terra chamada Utopia – que significa, etimologicamente, lugar nenhum – é uma terra de justiça, em que o trabalho é adequado à satisfação da necessidade e à boa vida, ao ponto das autoridades admitirem a redução da jornada de trabalho, de modo que o governo não força ninguém a trabalhar desnecessariamente, pois “[...] o objetivo central de sua Constituição é poupar o indivíduo dos trabalhos pesados tanto quanto as necessidades da comunidade o permitam, de tal modo que todos possam cultivar o espírito – aí reside, para os utopianos, o segredo de uma vida feliz” (MORUS, 1999, p. 92).

Nos reinos efetivamente existentes grassava a pobreza e o aumento de impostos e, em comparação com Utopia, o rei deveria ser tido como um carcereiro por viver em luxo enquanto o seu povo geme e vive de privações (MORUS, 1999, p. 58).

Percebe-se, então, que a cunhagem da expressão utopia revela uma força crítica e transformadora. Envolve uma crítica da realidade existente e, ao mesmo tempo, a projeção de um futuro distinto, porque melhor.

Nessa crítica da realidade existente – realidade de desprezo, sofrimento, humilhação e exploração do homem pelas mais variadas manifestações de poder – é que se situa a força expressiva dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, representando o nobre sonho de domesticar o exercício arbitrário do poder para possibilitar a convivência social com bem-estar. Como referido por Joaquín Herrera Flores (2009, p. 32-34), a utopia expressa, em sua origem, “[...] a esperança que propõe o surgimento de um novo começo histórico e de uma futura transformação radical das condições existenciais dos seres humanos”; não obstante isso, considera que a utopia dos direitos humanos tem se degradado com base na crença de que basta a sua positivação em textos normativos, em face do que sugere a superação da noção de utopia pela de heterotopia, entendido como outro lugar a partir do qual será construído esse futuro radicalmente novo.

De qualquer sorte, nada impede de que a utopia seja resgatada e impregnada pelo seu sentido original, habilitando-a a impulsionar as ações e o modo de vida das comunidades políticas.

Esse caráter utópico radica, por sua vez, na condição de serem tais direitos os mais relevantes preceitos morais e ideais políticos, posto comportarem um conjunto indispensável de liberdades e de princípios de proteção social (MOYIN, 2010, p. 1).

Como observa Moyn, que reputa os direitos humanos como a última utopia, a expressão remete a uma agenda de transformação do mundo para construção de outro em que a dignidade seja efetivamente usufruída por cada indivíduo. Resume, então, o programa utópico a partir dos padrões políticos que devem prevalecer e das emoções que inspira, de modo que os direitos humanos “[...] evocam esperança e provocam ação”.¹⁰⁸

Esse caráter utópico é subjacente ao pensamento do possível e viável e acessível à reflexão hermenêutica pela dimensão dinâmica e aberta que desvela na condição aberta e inconclusa daquilo que se subjetiviza no diálogo com o intérprete.

Por isso que Bloch (2005, p. 204), como assinalado, ressalta o papel da utopia no pensamento do possível, destacando que o horizonte de toda realidade abriga a utopia (BLOCH, 2005, p. 221).

Enquanto ideais morais e políticos, os direitos humanos e fundamentais necessitam da função utópica para resistir ao imobilismo e ao conformismo, como ressalta

¹⁰⁸ Em tradução livre. No original, “[...] evoke hope and provoke action”.

Bloch (2005, p. 171-172) ao critica a atmosfera enrijecida que obstaculiza o tornar real quanto aos direitos consagrados na Declaração de Independência e na Constituição americana.

Assim, a utopia revela uma função de impulsão e um caráter transformador, o que é inerente às constituições sociais de feição dirigente e próprio – independentemente do modelo de constitucionalismo adotado – dos direitos fundamentais. A carência dos direitos fundamentais, ou seu atendimento mínimo, inclusive, não obnubila a demanda pelo que falta, que nunca acaba. Daí porque Bloch reconhece que a carência do que se sonha traz sofrimento¹⁰⁹, mas impede que se acostume com a privação (2006, p. 9).

A interação entre o caráter libertário e emancipatório dos direitos fundamentais pode ser visto, ainda, quando Bloch (2006) traça o ideário para a construção de um mundo melhor e nele insere a jornada de oito horas, a paz, tempo livre e lazer.

Häberle (2004, p. 244-245) muito bem exprime a função das utopias relacionada aos direitos fundamentais, pois podem produzir de maneira antecipada e criativa um conhecimento hipotético que se realize progressivamente mediante reformas, enriquecendo o desenvolvimento do Estado Constitucional, compondo um patrimônio cultural que lhe é inerente e inspirando-o à ação.

Tais considerações são perfeitamente aplicáveis e radicam fundamentalmente numa compreensão adequada e possibilitada pela reflexão hermenêutica do que seja o direito fundamental ao máximo existencial.

Esse direito porta uma crítica do *status quo* da doutrina e da jurisprudência constitucional ao defender-se um nível de efetivação e de justiciabilidade dos direitos fundamentais restrito ao mínimo vital. Revela, ainda, uma crítica à realidade institucional existente nos países em que os direitos fundamentais detêm apenas realidade textual e função retórica, ou que distam demasiadamente da vivência comunitária. Exprime uma crítica ao imobilismo político quanto às ações voltadas à efetivação desses direitos.

Além disso, o direito fundamental ao máximo existencial tem um caráter performático e utópico, porque consiste numa projeção do possível no sentido de ampliá-lo, reconhecendo-se ser imprescindível a expansão progressiva e contínua dos níveis de prestação relativos à satisfação suficiente das necessidades existenciais, que é condição para habilitar as

¹⁰⁹ Utilizando-se de sarcasmo – típico da feição crítica utópica – Bloch (2006, p. 29) retrata a situação imaginária do homem se pudesse se alimentar suficientemente de capim. Assim, “[...] o pobre, no mais tratado como gado, não passa tão bem como este. Somente o ar está disponível sem maior esforço, porém a terra necessita ser cultivada em primeiro lugar. [...]. Poucos ricos vivem de muitos pobres. Fome constante se estende pela vida, é somente ela que compele à escravidão, somente depois é o chicote. Se o bocado diário fosse tão certo quanto o ar, não haveria miséria”.

capacidades relacionadas à auto-realização e à autonomia individual. Com efeito, o que não é possível atualmente, por não haver as condições necessárias e suficientes, poderá vir a sê-lo, uma vez efetivadas tais condições.

Assim, sendo, e partilhando da concepção da estrutura dos direitos fundamentais como mandados que exigem a realização de um estado de coisas na maior medida do possível, na esteira de Alexy (2008, p. 98), o texto da Constituição Federal associa aos direitos sociais uma dimensão de utopia positiva. Segundo Häberle (2004, p. 244), as constituições devem reservar um lugar para abrigar as utopias coletivas, com o desiderato de “[...] colocar em normas constitucionais os desejos que consistem em utopias concretas.”¹¹⁰ Diante disso, não se justifica a crítica de Christian Starck (2009, p. 287) ao asseverar que “Não se deve aspirar à realização de utopias de justiça”.

A relação entre o possível e o impossível é dinâmica e as utopias pressionam essa dinâmica em favor de viabilizar que cada vez mais, mais seja possível com relação à garantia da dignidade, da liberdade e da igualdade, num ambiente de solidariedade social. É utopia, mas “Se as coisas são inatingíveis... ora! Não é motivo para não querê-las... Que tristes os caminhos, se não fora a mágica presença das estrelas!”¹¹¹

Tem-se, pois a associação da utopia com a dimensão poética e emotiva que evoca, dirigindo-se a traduzir o lirismo dos direitos fundamentais em realidade progressiva, atuante e cambiante.

Uma vez fixadas as condições e os elementos componentes e habilitantes e habilitados pela reflexão hermenêutica, cabe destacar que o direito fundamental ao máximo existencial pressupõe, ainda, a adesão a premissas teóricas que lhe são subjacentes e que, da mesma forma, devem ser externadas para o adequado entendimento do horizonte teórico em que se encontra inserido e respaldado.

2.4 PREMISSAS TEÓRICAS

¹¹⁰ Em tradução livre, “[...] mise en normes constitutionnelles des espoirs qui sont au moins des souhaits utopiques concrets ».

¹¹¹ Poema de Mário Quintana.

O direito fundamental ao máximo existencial respalda a sua afirmação e caracterização a partir de determinadas premissas teóricas que são a ele subjacentes e que lhe conferem potencialidade normativa.

Evidentemente, sustentar a existência de um direito fundamental ao máximo existencial envolve a ruptura com modelos constitucionais autoritários, de caráter autocrático ou totalitários, como também com modelos constitucionais liberais.

Ademais, necessita, ainda, de um ambiente em que se reconheça a efetiva força normativa da Constituição e sua capacidade de impor tarefas atinentes à transformação da realidade, à vista do desiderato de que os direitos fundamentais se prestem a propiciar a auto-realização e o pleno desenvolvimento da personalidade em favor dos membros da comunidade política.

Nesse sentido, além de ser imprescindível o seu reconhecimento como norma jurídica imperativa e impositiva de mandados de transformação da realidade social no sentido de motivar a ampliação dos níveis de prestação suficientes à satisfação adequada das necessidades existenciais, é importante que se compreenda que tais constituições se inserem num constitucionalismo que, além de virtuoso, habilita a imbricação da moral e da política sob a dimensão normativa e axiológica dos princípios constitucionais.

De nada adiantaria, entretanto, reconhecer-se um constitucionalismo libertário, emancipatório e cooperativo, que têm reconhecida a impressão jurídico-normativa nos textos pelos quais se exprime, inclusive em sede de princípios constitucionais, se não houver o desenvolvimento institucional de uma jurisdição constitucional apta a promover a atuação da normatividade constitucional.

Como se não fosse suficiente, é preciso perceber, ainda, que os constitucionalismos que se manifestam a partir do referencial paradigmático do Estado-nação não se encontram isolados ou segregados quanto ao movimento de luta pela proteção da pessoa humana, havendo a formação de várias instâncias jurídicas, sobrepostas e transversais, subnacionais, nacionais, regionais e globais, com o mesmo desiderato, atuando ora concorrentemente, ora subsidiariamente, ora conflituosamente.

Finalmente, torna necessária a abertura da vivência constitucional para além da comunidade de intérpretes diante da perceptível simbiose entre as tendências e experiências constitucionais de diversas comunidades políticas, o que apenas enriquece a plêiade de alternativas norteadoras do pensamento do possível, a iluminar e descortinar possíveis

soluções para problemas locais e globais que desafiam a efetividade dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Todos esses fenômenos sociais consubstanciam processos políticos que mereceram atenção e investigação doutrinária, sendo mais bem delineados pelas teorias que os descrevem e projetam sua compreensão.

Desse modo, o advento de constituições de intensa tendência social, voltadas não apenas à contenção e à domesticação do poder político, mas também do poder econômico nos sistemas de economia de mercado em razão da questão social que o livre mercado propiciou, consubstanciou um novo modelo de constituição, que se proliferou com o constitucionalismo social. Esse novo modelo de constituição recebeu a fundamentação teórica da constituição dirigente, desenvolvida por Canotilho (1994) em face da Constituição portuguesa de 1976, mas que concerne à tipologia das constituições sociais.

No mesmo momento em que se estabelece a segunda fase do constitucionalismo social¹¹², lançam-se as bases para que houvesse a superação do formalismo e do positivismo jurídico então imperante. A partir de então, com as matizes de tempo e espaço pertinentes, posto não ter se tratado de um processo uniforme, vislumbra-se as raízes do que viria a redundar no neoconstitucionalismo, fenômeno que tem ensejado intensa e produtiva reflexão em derredor de si e dos efeitos que acarreta sobre a política e sobre a experiência constitucional.

O neoconstitucionalismo representa um aprofundamento e uma expansão temática do direito constitucional, produzindo-se tanto no sentido de estender a força normativa da constituição para questões até então refratárias, como por intensificar a incidência da regulação constitucional sobre aqueles temas já típicos, como a política.

Não obstante isso, a expansão do constitucionalismo deu-se também para além das fronteiras do Estado-nação, motivada pela instituição de um sistema multinível de

¹¹² Houve duas fases do constitucionalismo social, sendo a primeira do período entreguerras, quando surgiram as primeiras constituições de feição nitidamente social, com a consagração de direitos sociais e normas programáticas sobre a atividade econômica, voltadas à propositura de medidas protetivas motivadas pela questão social. Tais foram a Constituição do México de 1917 e de Weimar de 1919. Por uma série de fatores que fogem ao âmbito do presente estudo – mas outrora tratados (DANTAS, 2008), essa primeira etapa só trouxe frustração ao projeto de constitucionalismo social, culminando com o totalitarismo nazista e a eclosão da Segunda Guerra Mundial. Apenas com o seu término é que se fizeram presentes, parcialmente e apenas naqueles países que mantiveram-se ou refundaram-se democraticamente, as condições para a afirmação do constitucionalismo social de maneira efetiva e do seu respectivo modelo de Estado, o Estado Social, em suas várias feições, conforme sustenta Esping-Andersen (1999).

proteção da pessoa humana visando a resguardá-la tanto as insuficiências e falhas do sistema protetivo nacional, como no âmbito externo do seu Estado de que se é cidadão.

Tece-se, assim, uma intrincada teia de relações jurídicas no âmbito de sistemas sobrepostos e transversais, tanto de ordem estatal, como privada, em que se identifica a preocupação com a proteção da pessoa humana e sua conseqüente projeção na atuação de tribunais regionais e internacionais e em outros órgãos de solução de conflitos.

Esses fatores, ainda parcialmente nebulosos, consubstanciam uma imbricação do Direito Constitucional nacional, de um movimento que tem sido denominado de novo regionalismo, e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, acarretando um sistema de proteção dos direitos humanos que se estrutura em nível interno (subnacional e nacional), regional e internacional. Desse modo, se assiste razão a Zygmunt Bauman (1999, p. 82) quando afirma que, se “As riquezas são globais, a miséria é local”, a formação dessa interação jurídica de sistemas normativos estatais, paraestatais e privados incita a globalização do próprio constitucionalismo, o que dá origem à interconstitucionalidade, ao constitucionalismo regional e global, ao transconstitucionalismo e à migração ou intercâmbio de experiências constitucionais (constitucionalismo cruzado).

Nesse sentido, cabe trazer à colação a doutrina de Saulo José Casali Bahia (2009, p. 297), reconhecendo a interpenetração do direito internacional dos direitos humanos sobre a ordem constitucional nacional, *in verbis*:

Ao lado desta abertura interna, a profícua produção normativa de organismos internacionais ou das conferências entre Estados produziu regras ou sugestões que também passaram a ser acolhidas no seio das constituições internas dos Estados, muitas vezes na forma de enunciação indireta, na medida em que o rol constitucional muitas vezes foi meramente exemplificativo, permeável, assim, ao complemento substantivo oferecido pelo direito internacional.

O direito fundamental ao máximo existencial se firma, então, em constituições sociais, com feição dirigente, nutrido pelas potencialidades oriundas do neoconstitucionalismo, e reforçado pela existência do sistema multinível de proteção da pessoa humana pela convergência dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Ademais, opera-se o seu enriquecimento conteudístico por força tanto do transconstitucionalismo – mediante o diálogo entre cortes constitucionais, tribunais internacionais e órgãos privados de solução de conflitos –, como pela migração e pelo intercâmbio de experiências constitucionais.

Dessarte, todos esses fenômenos e suas respectivas teorias são pressupostas e subjazem à sustentação filosófica, axiológica, moral e normativa do direito fundamental ao máximo existencial, como se passará a analisar.

2.4.1 O constitucionalismo dirigente

O desenvolvimento da teoria da constituição dirigente foi efetuado por Canotilho (1994) diante do surgimento de constituições sociais que modificavam substancialmente a matéria até então usualmente por elas reguladas.

Malgrado as constituições sociais surgirem no período entreguerras e se consolidarem no pós-guerra, justifica-se prontamente a certa demora da doutrina portuguesa em refletir sobre a dimensão social do seu texto constitucional¹¹³. Com efeito, nos países em que se instituíram regimes autocráticos, não foi possível firmar-se o constitucionalismo social, embora também neles as constituições contivessem direitos sociais e normas programáticas.

Apenas com a redemocratização – o que envolve não apenas Portugal e Espanha, mas o Brasil e a América Latina – é que houve as condições suficientes para que se produzissem teorias destinadas a resolver os problemas suscitados pelo constitucionalismo social, em sua segunda etapa.

Nesse sentido, Canotilho (2001b, p. 11) esclarece que o seu desiderato é examinar o problema das relações entre constituição e lei, constituindo o núcleo essencial identificar “[...] *o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais*”¹¹⁴.

¹¹³ Diferentemente do ocorrido, por exemplo, na Itália, em que houve um acirrado debate doutrinário sobre a natureza e valor jurídico das normas programáticas, consolidando-se a doutrina de Vezio Crisafulli (1952). Já quanto à Alemanha, não se fez possível o amadurecimento a tal nível em razão da supressão do texto da Lei Fundamental dos direitos sociais e de significativa parte das normas programáticas. Não obstante isso, foi compensada pela intensa produção atinente aos princípios da dignidade e do Estado Social.

¹¹⁴ Destaques do texto original.

A concepção dirigente parte do reconhecimento do caráter normativo da constituição como um todo; ou seja, todas as normas constitucionais possuem caráter jurídico e força normativa, gozando, ainda, da imperatividade oriunda do texto constitucional e da sua supremacia¹¹⁵. Desse modo, Canotilho partilhava da concepção defendida por já em 1981 por Eduardo García de Enterría (2001) acerca do caráter normativo da constituição como um todo. Sustenta o publicista espanhol, após destacar as funções da constituição, que “[...] a Constituição não é apenas uma norma, senão precisamente a primeira das normas de todo o ordenamento, a norma fundamental, *lex superior*.”¹¹⁶ Assim, resulta intuitivo, para Garcia de Enterría (2001, p. 68) concluir que

Importa agora registrar que tanto o Tribunal Constitucional ao julgar as leis (como no exercício de suas demais competências), como os juízes e Tribunais comuns, como todos os sujeitos públicos e privados, enquanto vinculados pela Constituição e instados a sua aplicação na medida em que foi ressaltado, devem aplicar a totalidade de seus preceitos, sem possibilidade alguma de distinguir entre dispositivos de aplicação direta e outros meramente programáticos, destituídos de valor normativo.¹¹⁷

Assim, todos os dispositivos constitucionais detêm caráter jurídico e força normativa, ainda que careçam de precisão por serem indeterminados.

Canotilho trilha o mesmo caminho que Enterría, concebendo, entretanto, que o abrigo das normas programáticas e dos direitos sociais – muitos deles com feição programática – opera uma transformação na noção tradicional de constituição, dando azo a um novo modelo constitucional, decorrente do constitucionalismo social, que é o da constituição dirigente.

Para o constitucionalista luso, a constituição dirigente assume como tarefa a transformação da realidade¹¹⁸ a ser realizada pelos homens (CANOTILHO, 2001b, p. 70). Daí que representa uma opção entre as alternativas de juridicizar constitucionalmente a tarefa ou

¹¹⁵ A questão da supremacia constitucional é deveras tormentosa na doutrina, só vindo a se firmar, efetivamente, com o advento do controle de constitucionalidade, sua consolidação e expansão, ocorrida, também, com o pós-guerra, a despeito da anterioridade da experiência americana com o julgado *Marbury vs. Madison* em 1803 e da doutrina defendida por Sir Edward Coke, que sustentava a necessidade de os juízes desempenharem um controle de conformidade das leis com *the common law*, conforme salienta Cappelletti (1984, p. 58-59). De qualquer sorte, cabe referir, nesse passo, à Acosta Sanchez (1998, p. 147), para quem haveria um constitucionalismo sem constituição, posto que esta nada impunha ao legislador.

¹¹⁶ Em tradução livre. No original, “[...] la Constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior*”.

¹¹⁷ Em tradução livre. No original, “Importa ahora precisar que tanto el Tribunal Constitucional al enjuiciar las Leyes (como em el ejercicio del resto de sus competencias), como los jueces y Tribunales ordinarios, como todos los sujetos públicos o privados, en cuanto vinculados por la Constitución y llamados a su aplicación en la medida que hemos precisado, deben aplicar la totalidad de sus preceptos sin posibilidad alguna de distinguir entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos, que carecerían de valor normativo.

¹¹⁸ Recorde-se, nesse ponto, a aproximação a Hesse (1999, p. 19-20), para quem a constituição por si só pode muito pouco, embora possa impor tarefas

deixá-la aberta à política. Ao escolher pela fixação constitucional das tarefas, exsurge um novo paradigma, que é o da constituição dirigente (CANOTILHO, 2001b, p. 169). A realização das tarefas decorre da vinculação do legislador às normas programáticas, responsáveis por estabelecê-las, que Canotilho (2001b, p. 316) sustenta espriar-se em três aspectos da atividade legislativa, quais sejam: o se, o quê e o como. Assim, a) o legislador não detém liberdade quanto à realização das imposições constitucionais, não lhe cabendo deliberar sobre se deve efetivá-los ou não; b) o legislador deve regular as matérias relativas à imposição legislativa; c) e deve fazê-lo de acordo com o sentido diretivo das imposições constitucionais.

Evidentemente que não se pretende dissecar a teoria da constituição dirigente, mas apenas desenhar os seus aspectos fundamentais, a que adere e pressupõe a afirmação do direito fundamental ao máximo existencial¹¹⁹.

A despeito disso, não se pode deixar de mencionar a querele instaurada diante da peremptória e mal interpretada asserção feita por Canotilho (2001a) de que, após rever a sua teoria e elencar uma série de problemas não enfrentados quando da sua elaboração, a constituição dirigente teria morrido. Só que o Canotilho pontua que só estaria morta se “[...] o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário, capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias.”

Muito já se discutiu sobre a morte ou persistência desse paradigma de modelo constitucional¹²⁰, cabendo ressaltar que o paradigma instaurado pelo constitucionalismo dirigente, embora sujeito a debacle com a onda neoliberal, persiste vivo e encravado no texto constitucional brasileiro e, mais ainda, naqueles que mantêm-se firmemente aderidos aos postulados do constitucionalismo social.

Saliente-se, ainda, que o constitucionalismo dirigente volta-se especificamente à transformação da realidade mediante a imposição de tarefas vinculantes – em distintos graus – ao legislador, não se podendo conceber a inversão do seu sentido em favor apenas de políticas de retração social e de matiz neoliberal, como referido por Gilberto Bercovici e Luís Fernando Massonetto (2011) ao registrarem que

A constituição dirigente invertida, isto é, a constituição dirigente das políticas neoliberais de ajuste fiscal é vista como algo positivo para a

¹¹⁹ Em outra oportunidade já foi objeto de abordagem mais detida (DANTAS, 2008), como também a questão da persistência e imprescindibilidade do dirigismo constitucional em plagas brasileiras, pois portador de uma dimensão de resistência e projeção necessárias à efetividade dos direitos fundamentais, ainda tão deficitária. Como tal, necessárias à afirmação do direito fundamental ao máximo existencial.

¹²⁰ Assim, remete-se para a vasta doutrina existente sobre o tema, como Canotilho (1998), Canotilho (2001a), Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2003) e Bercovici (2003), dentre outros.

credibilidade e a confiança do país junto ao sistema financeiro internacional. Esta, a constituição dirigente invertida, é a verdadeira constituição dirigente, que vincula toda a política do Estado brasileiro à tutela estatal da renda financeira do capital, à garantia da acumulação de riqueza privada.

Ora, a crítica que tecem quanto à prevalência e adesão dos críticos do dirigismo ao engessamento da política financeira com o desiderato de promover o ajuste fiscal e a estabilização monetária – que seria o chamado dirigismo invertido – não pode obnubilar a circunstância de que, em verdade, por se tratar de medidas em direção oposta aos programas constitucionais impositivos de políticas sociais, são verdadeiramente inconstitucionais na medida em que obstarem a efetividade dos direitos fundamentais e, portanto, também do direito fundamental ao máximo existencial.

Qualquer oposição ao programa e às imposições constitucionais características do dirigismo pode acarretar a inconstitucionalidade da medida adotada, à vista da vinculação sobre a atuação legislativa.

Constata-se, pois, quão profícua para a sustentação do direito fundamental ao máximo existencial é assentá-lo num modelo paradigmático de constituição, consubstanciado na constituição dirigente. Malgrado cunhado o modelo diante da experiência portuguesa e adotado pela doutrina brasileira, pode-se afirmar a sua inerência às constituições sociais. A Constituição Sul-Africana de 1996 é designada como uma constituição transformativa, em que esse caráter transformativo certamente corresponde – guardadas as especificidades e particularidades especiais, temporais e culturais – ao paradigma dirigente.

E só a partir de uma concepção dirigente de constituição, no âmbito do constitucionalismo social, é que se poderia suplantar mitos arraigados em concepções liberais e formais de constituição, passando a sustentar a indivisibilidade, a interdependência e a interação entre as liberdades e os direitos sociais, que é *conditio sine qua non* para que se sustente o direito fundamental ao máximo existencial. Entendendo-se por máximo existencial a promoção das capacidades pertinentes à auto-realização e à autonomia individuais, opera-se uma simbiose entre as liberdades e os direitos sociais.

Outrossim, apenas a força vinculante das diretrizes constitucionais e o ínsito caráter programático de todos os direitos fundamentais, naquilo que são concebidos como princípios e, nessa condição, enquanto mandados de otimização (ALEXY, 2008), embasam a força propulsiva de expansão do possível em direção à ampliação dos níveis essenciais de prestação para satisfação suficiente das necessidades existenciais.

Disso se depreende que o direito fundamental que ora se defende precisa fundar-se, igualmente, no neoconstitucionalismo, pois torna-se imprescindível participar das consequências que ensejou na ordem jurídica como um todo.

Antes, porém, parece oportuno conceber que o dirigismo constitucional é a expressão do neoconstitucionalismo, posto que os aspectos que lhe conferiram reconhecimento e valor são, também, próprios ao dirigismo constitucional. Desse forma, ao que se concebe, seria, no mínimo, um pleonasma refere-se a dirigismo neoconstitucional ou neoconstitucionalismo dirigente ou qualquer outra combinação que se pretenda. O neoconstitucionalismo é, por si, potencialmente dirigente, dependendo do modelo constitucional adotado por determinada comunidade política. Em se tratando de constituições sociais, há o amálgama do neoconstitucionalismo com o dirigismo, como sói ocorrer com o constitucionalismo brasileiro.

2.4.2 O neoconstitucionalismo

O neoconstitucionalismo tem sido um dos temas que mais reflexão tem ensejado em derredor de si e das consequências que acarreta não apenas para o Direito Constitucional, mas para a ordem jurídica como um todo, repercutindo nos fundamentos da Teoria do Direito¹²¹. Não obstante isso, Miguel Carbonell (2007, p. 9), após registrar a notável adesão que tem se estabelecido quanto à aceitação dos traços e características desse constitucionalismo contemporâneo, notadamente na Itália, Espanha e na América Latina, reputa ainda ser um fenômeno escassamente estudado. Sem dúvida, não havendo o necessário distanciamento histórico e por estar ainda em sua fase produtiva, anos passarão até que se

¹²¹ Há uma considerável produção sobre o neoconstitucionalismo, podendo ser referidas, no âmbito da doutrina pátria, Écio Oto Ramos Duarte e a italiana Sussana Pozzolo (2006), Max Möller (2011), Eduardo Ribeiro Moreira (2008), além de obras coletivas organizadas por Dimitri Dimoulis e Écio Oto Ramos Duarte (2008) e por João Luis Nogueira Matias (2009). A produção estrangeira é ainda mais profícua, destacando-se as reflexões em obras coletivas organizadas por Carbonell (2003), Carbonell (2007), e Carbonell e Leonardo García Jaramillo (2010). A amplitude se estenderia ainda mais em se ampliando para as reflexões especificamente voltadas para a teoria dos princípios e para a nova conformação da jurisdição constitucional, no que se insere, a título ilustrativo, as obras de Robert Alexy e Ronald Dworkin, além da teoria garantista de Luigi Ferrajoli. Tais contribuições serão analisadas à medida da sua relevância para a sustentação do direito fundamental ao máximo existencial.

possa compreender adequadamente todas as suas interações e repercussões, durante os quais os estudos deverão se intensificar.

Não se adere, entretanto, àqueles que desconfiam de não haver nada de novo no que o neoconstitucionalismo designa e de que se trataria de uma etiqueta vazia (CARBONELL, 2007, p. 9), embora, como adrede exposto, o constitucionalismo dirigente seja uma versão do neoconstitucionalismo. Com efeito, o neoconstitucionalismo exprime a alteração na compostura institucional, política e jurídica dos Estados a partir do pós-guerra.

Os fenômenos que são designados debaixo desse rótulo são variados e justificam até mesmo sustentar-se a existência de vários neoconstitucionalismos¹²², originando-se, como já salientado, com o pós-guerra, como reconhece Miguel Carbonell (2003) em obra seminal. Da mesma forma, Max Möller (2011, p. 43) aponta a dificuldade de apresentar um conceito de neoconstitucionalismo em razão da variedade de concepções sugeridas pela doutrina, considerando-o, então, como um movimento próprio do constitucionalismo contemporâneo, ocasionando a mudança de atitude dos “operadores jurídicos”, o que é o mesmo que não defini-lo¹²³.

No mesmo sentido se posiciona Sussana Pozzolo (2010, p. 165), para quem o neoconstitucionalismo, a despeito de representar uma perspectiva jusfilosófica antipositivista¹²⁴, tornou-se conceito ambíguo, sendo empregado para designar fenômenos diversos.

O mesmo registro é feito por Pietro Sanchís (2003, p. 101) que considera serem neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporâneo ou simplesmente constitucionalismo expressões de uso difundido e impreciso que tem sido adotadas para demarcar uma nova cultura jurídica.

¹²² Miguel Carbonell (2003, p. 9) suscita essa possibilidade de vários neoconstitucionalismos diante da variedade de modificações introduzidas com o advento do Estado (neo)constitucional, emprestando ao título da obra essa denominação.

¹²³ Certamente esse é um dos poucos consensos inequívocos acerca do neoconstitucionalismo, de que é um movimento do constitucionalismo contemporâneo.

¹²⁴ Em razão disso o neoconstitucionalismo instaura o pós-positivismo, o que remete não a uma negação completa (como sugeriria o caráter antipositivista que lhe é atribuído), mas uma superação, sem rejeitar os elementos do positivismo jurídico que contribuíram para o surgimento do próprio constitucionalismo. Para Antônio Carlos Diniz e Antônio Cavalcanti Maia (2006, p. 650), o pós-positivismo importa num novo paradigma para a teoria jurídica, oposto e contestador das insuficiências, aporias e do formalismo do positivismo jurídico. Já Muller (2005, p. 160-161) asseve que a teoria estruturante do direito é pós-positivista, superando a separação entre ser e dever-ser, aposentando a redução da norma ao texto e do recurso ao silogismo. Além disso, possibilita “[...] a proposta de um modelo de teoria e práxis que abrange a Dogmática, a Metódica, a Teoria do Direito e a Teoria Constitucional e não continua devendo resposta ao positivismo.”

Miguel Carbonell (2007, p. 9-10), por sua vez, reputa haver três níveis distintos para se analisar o advento do neoconstitucionalismo, que seriam a) quanto aos textos constitucionais, b) quanto as práticas jurisprudenciais, c) e quanto aos avanços teóricos. Assim, o neoconstitucionalismo teria surgido para explicar o advento das constituições que aparecem com o final da Segunda Guerra, portadoras de altos níveis de normas de caráter substantivo e fixando a ordenação de fins e objetivos. Nesse sentido, o neoconstitucionalismo se nutre do constitucionalismo social em sua segunda etapa.

No âmbito jurisprudencial, os novos textos ensejaram que a prática de tribunais e cortes constitucionais – que estavam surgindo e delineado sua forma e possibilidades de atuação – se orientassem por parâmetros interpretativos distintos dos que até então empregados, conforme o modelo privatista dos métodos de interpretação. Desse modo, os juízes teriam que operar com a ponderação, a proporcionalidade, a razoabilidade, a maximização dos efeitos dos direitos fundamentais, a força irradiante dos direitos fundamentais, a eficácia privada, dentre outros fatores e técnicas pertinentes à solução das questões constitucionais.

No nível teórico, destaca Carbonell (2007, p. 11) as construções teóricas desenvolvidas para viabilizar a operacionalização e a compreensão adequada das potencialidades das novas constituições, à vista da função da ciência jurídica de representar uma meta-garantia, como sustenta Ferrajoli, destacando as contribuições de uma significativa plêiade de doutrinadores.

Outrossim, seguindo outra perspectiva, Paolo Comanducci (2003, p. 82-83), por sua vez, recordando a distinção de Bobbio entre positivismo teórico, ideológico e metodológico, pretendendo aplicá-la ao neoconstitucionalismo para, assim, possibilitar a contraposição com o positivismo e as suas especificidades em relação ao constitucionalismo. Logo, “El neoconstitucionalismo, por su parte, no se presenta solamente como una ideología, e una correlativa metodología, sino también, y explícitamente, como una teoría concurrente con la positivista.”

Sustenta, então, a ocorrência do neoconstitucionalismo como teoria do Direito, do neoconstitucionalismo como ideologia do Direito e do neoconstitucionalismo como método de análise do Direito (COMANDUCCI, 2003, p. 75-76).

Essas distinções, por sua vez, já tinham sido sustentadas por Pietro Sanchís (1999), que analisa a oposição entre tais modelos de positivismo e de neoconstitucionalismo, expondo os riscos do neoconstitucionalismo metodológico.

Sem dúvida alguma, opera-se a sua instituição a partir de três fatores que se manifestaram com o pós-guerra¹²⁵, que foram a) a afirmação do caráter jurídica e da força normativa da constituição e de todas as suas normas; b) a substancialização ou remoralização da constituição mediante o reconhecimento da dimensão material e conteudística dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais; c) a expansão e consolidação das várias vias de jurisdição constitucional, voltadas tanto à defesa do império da constituição, como à efetiva tutela dos direitos fundamentais.

Desse modo, como bem destacado por Ferrajoli (2006b), houve a passagem do Estado Legislativo ou Estado Legal para o Estado Constitucional ou, mais amplamente, para Estado Democrático de Direito¹²⁶, cujos aportes foram bem identificados por Canotilho (1999) ao perceber na sua compostura político institucional a caracterização de cinco dimensões essenciais, que seriam a) o Estado Constitucional; b) o Estado Democrático; c) o Estado Social; d) o Estado de Direito(s) fundamentais e princípios constitucionais, e) e o Estado ambientalmente sustentável.

O neoconstitucionalismo representa a evolução natural do constitucionalismo, sendo um movimento de caráter filosófico, político, jurídico, e social destinado a enfrentar e propor soluções através da ordem jurídica para os problemas relativos à proteção da pessoa humana diante dos riscos que lhe advém do exercício arbitrário das várias manifestações de poder¹²⁷.

Para tanto, o neoconstitucionalismo busca assegurar cada vez mais proteção para a pessoa humana pela ampliação dos direitos fundamentais e pelo reconhecimento do seu efeito irradiante, adotando a firme compreensão de que seu *locus* específico – o texto constitucional – é condição imprescindível e necessária – embora, no mais das vezes, não suficiente – para que possam ser respeitados e efetivados.

O neoconstitucionalismo sobreleva, portanto, o valor da constituição e sua capacidade de direção e contenção não apenas do poder político, mas da ordem econômica¹²⁸,

¹²⁵ Quanto à origem do neoconstitucionalismo a partir do pós-guerra, a doutrina de Paolo Comanducci (2003, p. 75-76), dentre outros.

¹²⁶ Ou Estado Social e Democrático de Direito, como previsto na Constituição espanhola, ou Estado de Direito Democrático, como consta da Constituição portuguesa, ou Estado Democrático e Social, como consagrado na Constituição alemã. Todas essas expressões, guardadas as particularidades de tempo, espaço e cultura, designam o mesmo conjunto de fatores que compõem o neoconstitucionalismo.

¹²⁷ Inicialmente apenas o poder políticos, com o Estado Liberal e o constitucionalismo moderno, estendendo-se, posteriormente, para a contenção do abuso do poder econômico, do poder ideológico, do poder midiático, dentre outros.

¹²⁸ Donde o surgimento da noção de constituição econômica com o advento do constitucionalismo liberal. Sobre tal noção, recomenda-se Eros Roberto Grau (2004).

estando apta a conformação as relações sociais, inclusive privadas¹²⁹. Isso repercute na instauração de um novo saber jurídico-constitucional, adequado a instaurar um diálogo produtivo e construtivo com os textos constitucionais sociais e dirigentes, como também na modificação das práticas próprias da jurisdição constitucional, colocando em suspensão determinados dogmas oriundos do constitucionalismo liberal, como a vetusta concepção da separação de poderes¹³⁰ e o da sua limitação à função de legislador negativo (KELSEN, 2007, p. 151-152).

Há, então, o reforço do sentido normativo da constituição, o reconhecimento do sentido material e contudístico dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais – que passam não apenas a gozar de caráter normativo, mas da própria supremacia constitucional – mediante uma compreensão do caráter moral que encerram, e o desenlace da jurisdição constitucional, com técnicas e mecanismos que a habilitem a resguardar os direitos fundamentais diante de cada vez mais complexos riscos, e fazendo jus à potencialidade libertária e emancipatória que possuem.

Todos esses fatores são extremamente significativos para que se sustente a existência e o valor jurídico-constitucional do direito fundamental ao máximo existencial. Com efeito, apenas teria sentido a defesa do necessário atendimento dos níveis de prestação suficientemente satisfatórios quanto às necessidades existenciais, habilitantes das capacidades humanas, num contexto em que os direitos fundamentais tivessem reconhecida a sua dimensão moral, a sua força normativa e o respectivo caráter irradiante, dando azo à técnicas que supram as carências e as deficiências da jurisdição constitucional.

Desse modo, pode-se reputar que, da mesma forma que ocorre com outros âmbitos científicos, o fenômeno designado por neoconstitucionalismo – e composto pelos três fatores referidos – necessita de um pensamento habilitante, crítico, reflexivo e construtivo, que esteja à altura de suas potencialidades. Pouco importa uma constituição social se refletida a partir de matrizes liberais, como demonstrou a primeira etapa do constitucionalismo social, com a frustração quanto à incompreensão das normas programáticas.

Da mesma forma, nenhuma relevância teria a introdução de direitos sociais no processo evolutivo dos direitos humanos e dos direitos fundamentais se não se lhes puder

¹²⁹ Daí a questão tormentosa em derredor da eficácia horizontal ou privada dos direitos fundamentais.

¹³⁰ Que, nas condições dos regimes políticos atuais, revela-se absolutamente imprestável e incapazes de conter o exercício arbitrário do poder político, quer quanto às ações inconstitucionais, quer quanto às omissões inconstitucionais.

associar mecanismos de garantia específicos, repensando o *status* das liberdades e dos direitos políticos e a sua relação com os direitos sociais.

De qualquer sorte, os três fatores que conformam o neoconstitucionalismo – caráter jurídico-imperativo da constituição, substantivização da constituição pela compreensão da moralidade ínsita aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais, e reforço e expansão da jurisdição constitucional – acabam por acarretar uma constitucionalização da ordem jurídica, o que confere ainda mais potencialidade e amplitude à incidência do direito fundamental ao máximo existencial.

Aliás, essa constitucionalização da ordem jurídica é uma característica do neoconstitucionalismo, à vista tanto da progressiva extensão do conteúdo material das constituições, com a proliferação de textos analíticos diante da crescente desconfiança da democracia representativa, como por força da expansão dos direitos fundamentais em dimensões sucessivas¹³¹, aliada à eficácia irradiante que lhes é reconhecida.

Nesse sentido, seminal é o estudo de Riccardo Guastini (2003, p. 49) que, invocando a concepção de Louis Favoreu, sustenta com ele, que

[...] por ‘constitucionalização do ordenamento jurídico’ proponho entender um processo de transformação de um ordenamento ao final do qual resulta impregnado por normas constitucionais. Um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, intrometida (penetrante e invasora), capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e a doutrina, a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais¹³².

Logo, em todos esses âmbitos deve se produzir a expressão da eficácia normativa do direito fundamental ao máximo existencial, cuja potencialidade só pode ser adequadamente compreendida, consoante uma teoria conforme o texto e o contexto constitucional, mediante a subjacência do dirigismo (de feição neoconstitucional, como apontado).

¹³¹ Há quem sustente que, além daquelas três dimensões mencionadas originariamente por T. H. Marshall (1992), haveria mais a quarta, quinta e até mesmo, para alguns autores, a sexta dimensão. Sobre a questão, as pertinentes considerações de Ingo Sarlet (2006) e Paulo Bonavides (1997).

¹³² Em tradução livre. No original, “[...] por ‘constitucionalización del ordenamiento jurídico’ propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”

No mesmo sentido é o entendimento de Virgílio Afonso da Silva (2005b, p. 38) ao destacar que a constitucionalização do direito refere-se à irradiação dos efeitos das normas e valores constitucionais.

Saliente-se que Guastini (2003, p. 50) admite a existência de níveis distintos de constitucionalização¹³³, que variam de acordo com a intensidade da ocorrência dos fatores de constitucionalização que aponta.

Desse modo, seriam condições necessárias para a constitucionalização a) a existência de constituição rígida, b) e de controle de constitucionalidade. Já as demais condições importariam na gradação da intensidade da constitucionalização, e seriam c) a força vinculante da constituição, d) a sobreinterpretação, e) a aplicação direta das normas constitucionais, f) a interpretação das leis conforme a constituição e h) a influência sobre as relações políticas. Outrossim, malgrado não referido por Guastini, aspecto conexo à constitucionalização da ordem jurídica é o bloco de constitucionalidade¹³⁴, que terá uma importância nos efeitos ensejados pelo direito fundamental ao máximo existencial na medida em que encerra, como consequência normativa, a preservação de leis que desenvolvam progressivamente os níveis essenciais de prestação relativos aos deveres positivos próprios dos direitos fundamentais. Essas leis, ao que se afigura, podem compor a noção de bloco de constitucionalidade.

Os três fatores que originaram o neoconstitucionalismo se relacionam com as condições de constitucionalização. O reconhecimento do caráter jurídico-normativo e imperativo da constituição se associa aos três primeiros fatores; o advento dos princípios e dos direitos fundamentais com o seu conteúdo de moralidade se relaciona com a sobreinterpretação e a aplicação direta das normas constitucionais, enquanto a consolidação e expansão da jurisdição constitucional está ligada à sobreinterpretação, à interpretação conforme a constituição e à influência sobre as relações políticas.

¹³³ Sobre o tema da constitucionalização do direito e suas interações, as contribuições suscitadas a partir da experiência francesa e da compleição da evolução da jurisdição constitucional e das técnicas que a possibilitam, os estudos coligidos por Mathieu e Verpeaux (1998).

¹³⁴ A referência à expressão “bloc de constitutionnalité” surge na França, referida por Claude Emeri com relação à decisão do Conselho Constitucional francês, de 21 de novembro de 1969, que apreciou a constitucionalidade das modificações do regimento da Assembléia, estendendo o âmbito de referência para além dos dispositivos do texto constitucional francês (DENIZEAU, 1997, p. 11). Posteriormente, Louis Favoreu consolidou e sistematizou essa noção em 1975 após três decisões do Conselho Constitucional que estenderam o âmbito referencial de controle para abranger o Preâmbulo da Constituição de 1958, o da Constituição de 1946 e, finalmente, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Cabe salientar, ainda, com Virgílio Afonso da Silva (2005b, p. 38-48), recorrendo à doutrina alemã e à Louis Favoreu, refere-se aos modos de constitucionalização e aos seus atores, destacando-se a importância da atuação do legislador na conformação da legislação ordinária à constituição, o papel do judiciário e da doutrina. Já o constitucionalista francês, por sua vez, refere-se à constitucionalização-transformação, que seria a responsável por designar o que se vem de chamar, tipicamente, de constitucionalização do direito.

De qualquer forma, tem-se como causas da constitucionalização do direito tanto a ampliação dos temas constitucionais, que passa a abranger matérias típicas de outros ramos, exprimindo a desconfiança para com a livre disciplina desses temas pelo legislador, como o caráter expansivo dos direitos fundamentais, fundado, como afirmado, na eficácia irradiante.

Esse processo de constitucionalização encontra opositores como Böckenförd (2006, p. 210), que rejeita a hipertrofia dos direitos fundamentais decorrente da sua dimensão objetiva e da eficácia irradiante que enseja, conferindo às cortes constitucionais a condição de segundo legislador ou supercontrolador, sendo o âmbito constitucional onicompreensivo.

Quanto ao neoconstitucionalismo também persistem críticas acerca da sua conformação, como as objeções feitas por Comanducci (2003, p. 83-97) quanto ao neoconstitucionalismo ideológico, teórico e metodológico, ou mesmo de Sussana Pozzolo (2003, p. 205) ao censurar a necessária pretensão de correção do direito e à conexão entre direito e moral.

A despeito disso, o máximo existencial, enquanto metáfora expressiva das condições de possibilidade da efetividade dos direitos fundamentais necessita não apenas das condições necessárias à constitucionalização¹³⁵, mas de um significativo grau de constitucionalização da ordem jurídica, possibilitada pelos demais fatores, decorrentes e relacionados com o neoconstitucionalismo.

Logo, depreende-se uma conexão essencial entre o direito fundamental ao máximo existencial e o neoconstitucionalismo, notadamente quanto à dimensão normativa dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais¹³⁶, no que respeita, em especial, ao advento da teoria dos princípios.

¹³⁵ Saliente-se que existem diversas críticas atinentes à constitucionalização da ordem jurídica, que serão abordadas na medida da importância para demonstrar a pertinência do direito fundamental ao máximo existencial.

¹³⁶ Evidentemente que o reconhecimento da força normativa da constituição e a consolidação e expansão da jurisdição constitucional têm relevo, mas serão abordadas mediante as incursões e interações que se seguirão.

A história da incrementação do valor normativo dos princípios constitucionais foi bem delineada por Paulo Bonavides (1997, p. 231-238) ao sustentar três fases, que seriam a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. Na fase jusnaturalista os princípios tem caráter metafísico e valor normativo nulo, contrastando com a dimensão ético-valorativa que exprimem. Essa fase teria persistido até a Escola Histórica do Direito, entrando em crise o jusnaturalismo e sendo sucedido por um positivismo tão rígido que os juristas que ainda guardavam fidelidade ao direito natural, solitários e esparsos, envergonhavam-se de defender o que parecia arcaico e ultrapassado.

Na fase juspositivista os princípios, além de perderem a dimensão moral que lhes conferia uma preponderância ao menos axiológica, manterão a sua inocuidade normativa, não se adequando à concepção positivista de norma jurídica, especialmente a defendida no âmbito da teoria pura de Kelsen. Os princípios terão caráter meramente subsidiário e secundário, servindo apenas como último elemento de colmatação de eventuais lacunas.

Já na fase pós-positivista, com o advento das constituições que sobrevieram ao pós-guerra, há a afirmação da sua hegemonia axiológica, reforçada por passarem a gozar do caráter normativo e supremo das normas constitucionais. A reação, segundo Bonavides, teria sido capitaneada por Ronald Dworkin (1999), sem olvidar a precedência de Boulanger na defesa da normatividade dos princípios.

Paulo Bonavides (1997, p. 248) assim sintetiza o aspecto fundamental do trajeto dos princípios até o seu valor jurídico-normativo, *in verbis*:

São momentos culminantes de uma reviravolta na região da doutrina, de que resultam para a compreensão dos princípios jurídicos importantes mudanças e variações acerca do entendimento de sua natureza: admitidos definitivamente por normas, são normas-valores com positividade maior nas Constituições do que nos Códigos; e por isso mesmo providos, nos sistemas jurídicos, do mais alto peso, por constituírem a norma de eficácia suprema. Essa norma não pode deixar de ser o princípio.

Eros Roberto Grau (2006), além de Bonavides, traz percuciente análise desse trajeto, destacando o valor dos princípios na estruturação da ordem jurídica e, notadamente, na valorização das constituições, concordando com Dworkin quanto à dimensão do peso e, da mesma forma que Bonavides, registra as contribuições de Robert Alexy.

De fora parte as várias contribuições de distintos juristas na conformação da teoria dos princípios¹³⁷, representativa do pós-positivismo e da mudança paradigmática na

¹³⁷ Que desbordam do âmbito deste estudo, em razão do que se explicitará os traços mais relevantes das principais contribuições, dentre as quais as de Dworkin e Alexy, adentrando nas controvérsias que são suscitadas

compreensão da norma constitucional, há de se reconhecer com Paulo Bonavides a importância fundamental do pensamento desenvolvido por Ronald Dworkin, em oposição ao positivismo jurídico desenvolvido por Hart nos idos dos anos 1970.

Como apontado há pouco, Dworkin (1999, p. 74-80) concebe a existência de diretrizes, princípios e regras. Sustenta que os princípios têm uma distinção lógica com relação às regras, recorrendo a dois critérios, que são a) o caráter impreciso de suas condições de aplicação e b) a dimensão do peso, comum aos princípios e inexistente, *a priori*, com relação às regras. A dimensão do peso suscita a aplicação dos princípios de acordo com o caso concreto e conforme a relevância que possa apresentar para a sua solução, ensejando uma ponderação diante da possível ocorrência de colisão, cujo resultado não está livre de controvérsias e desacordos. As diretrizes seriam objetivos relativos a bens coletivos que devem ser tidas por valiosas no processo político, mas que não podem ser invocados pelo judiciário, diferentemente dos princípios que, expressivos de direitos individuais, representam trunfos contramajoritários.

Dworkin ainda admite a possível ocorrência de conflito entre regras e princípios, mas concebe que, em verdade, a colisão se estabeleceria entre o princípio que respalda a regra colidente e o princípio oposto.

Ademais, admite não ser fácil, no mais das vezes, a identificação do que sejam princípios, regras e diretrizes e, ainda, a possível ocorrência de conflitos entre regras ser resolvido mediante aquela que se baseia no princípio mais importante.

Depreende-se, do quanto exposto, a fragilidade da distinção estabelecida entre diretrizes e princípios, posto que se as diretrizes ocupam sede constitucional, tornam-se impositivas, não havendo respaldo para distingui-las dos princípios. Nesse sentido, o acerto de Alexy (2007b) ao reputar que também os bens coletivos apresentam estrutura normativa de princípios.

Robert Alexy (2008, p. 90) desenvolveu a sua teoria dos direitos fundamentais com base na concepção normativo-estrutural das normas constitucionais em princípios e regras, concebendo aqueles como

normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas

na medida em que sejam relevantes para a afirmação e compreensão do direito fundamental ao máximo existencial.

também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Assim, os princípios seriam razões *prima facie* para a ação, prevaletentes por força do seu caráter expansivo, mas que não seriam de aplicação precisa a todos os casos, pois poderia haver uma colisão entre princípios diante da qual seria necessário recorrer à lei de colisão, pela qual se estabeleceriam as condições de precedência de um princípio sobre o outro a partir de determinado caso concreto. Essa lei de colisão¹³⁸ representaria, então, uma regra, pois presentes aquelas condições de precedência, sempre a consequência jurídica da incidência de um princípio iria ser aplicada por preceder ao princípio colidente.

A relação de precedência conduz a um enunciado que indica não a precedência de um princípio, de um interesse, de uma pretensão ou de um direito ou de um objeto semelhante, mas as condições sob as quais ocorreria uma violação a um direito fundamental e, como tal, ela se encontra proibida. Daí que pode ser compreendida como uma regra composta pelo modal deôntico proibido. Diante disso, sustenta que a relação de precedência cumpre uma dupla função: a) no enunciado de precedência, as condições de precedência são as circunstâncias do caso concreto – (P1 P P2) C; b) numa formulação de regra, se uma determinada ação se adequa à C, ela deve ser proibida sob pena de ofensa a um direito fundamental, do que se evidencia que C é o suporte fático de uma regra proibitiva. “Esse duplo caráter de C decorre necessariamente da estrutura do enunciado de preferência”, pois aponta que a precedência de um princípio P1 diante de outro princípio com ele colidente sob determinadas condições de precedência leva a que se conclua pela aplicação da consequência jurídica que resulta de P1 sempre que estiverem presentes as mesmas condições de precedência (ALEXY, 2008, p. 98-99).

E as condições de precedência denotam apenas que, em tais circunstâncias, a relevância da observância de determinado princípio é superior à intensidade da intervenção sofrida pelo princípio oposto, compensando-a. Sustenta, então, a lei da ponderação, consistente em 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” (ALEXY, 2008b, p. 167-168). A lei da ponderação encerra uma estrutura triádica, composta pelo grau de intervenção ou restrição de um dos princípios, pela importância da satisfação do princípio colidente e, finalmente, se a importância justifica a restrição sofrida (ALEXY, 2010b, p. 30).

¹³⁸ Conforme Alexy (2008, p. 99), “As condições sobre as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem a precedência”.

Essa é a estrutura do sopesamento ou da ponderação, a que Alexy (2008b, p. 173) vincula com sua teoria da argumentação. A racionalidade da ponderação residiria na fundamentação racional da argumentação jurídica enquanto caso especial do discurso prático geral. A fim de demonstrar e assegurar a racionalidade da ponderação, Alexy (2010b, p. 31-37) afirma a fórmula do peso, mais complexa do que a formulação originária da ponderação.

Assim, haveria dois fatores agregados, que são o peso em abstrato dos princípios colidentes e os graus de segurança das premissas fáticas relativas à intervenção e à satisfação, juntamente aos demais fatores, estabelecendo, então, os graus leve, médio e grave, sem, entretanto, pretender qualquer precisão métrica.

Desse modo, os princípios são aplicados conforme a lei de colisão, nos termos da lei da ponderação, estruturada conforme a fórmula do peso, sendo associado tal engenho com a sua teoria da argumentação.

As regras, por sua vez, teriam um caráter de razões definitivas para ação por determinarem de forma precisa o que é permitido, obrigado ou proibido. Assim, eventual conflito entre as regras seria resolvido pelos critérios de solução de antinomias, quais sejam, hierarquia, cronologia, especialidade, além da cláusula de exceção. Assim, afirma que após a colisão uma das regras colidentes resultaria invalidada¹³⁹.

Não obstante isso, Alexy admite que as regras também possam caráter *prima facie*, desde que a cláusula de exceção veicule um princípio, retirando-lhes o caráter definitivo. A despeito disso, persistiria uma diferença, pois a regra não cede se é reconhecido ao princípio contrário maior peso, pois é necessário que seja afastado não apenas o princípio de que provém a regra, como concretização parcial da sua dimensão normativa, mas também “[...] aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida”. Esses, para Alexy (2008b, p. 104-105), são princípios formais¹⁴⁰.

Tais princípios formais são motivadores para Alexy (2008b, p. 611-612) sustentar a chamada lei da combinação (BOROWSKI, 2010), pela qual os princípios formais só podem

¹³⁹ O que é pertinente segundo as concepções teóricas adotadas, ou em se concebendo a validade em sentido mais amplo, equiparando-a à existência e à incidência. Como é cediço, o critério hierárquico realmente conduz à invalidação da regra inferior. Entretanto, o critério temporal afasta a vigência e, portanto, a existência da regra mais antiga e a especialidade afasta apenas a incidência da regra geral, que permanece no sistema.

¹⁴⁰ Os princípios formais têm uma especial importância na compostura da discricionariedade epistêmica, que é um referencial para a chamada liberdade de conformação do legislador quanto ao juízo de prognose de determinados meios à vista de diagnósticos realizados sobre problemas que mereçam a intervenção legislativa.

prevalecer sobre princípios substantivos se reforçados por outros princípios substantivos. Borowski, embora reconheça a importância desta percepção, admite situações em que há uma independência entre os princípios formais e os materiais, exemplificando com o princípio que confere ao legislador a formulação de fins não constitucionalmente previstos e com o princípio da liberdade religiosa e de consciência.

Quanto aos direitos fundamentais, Alexy (2008b, p. 127) os concebe as respectivas normas como portadoras de um caráter duplo, tanto de princípio, como de regra. Considerando que as normas atributivas de direitos são, usualmente, princípios ou regras, salienta que a possível inclusão de cláusula restritiva relativa a outro princípio colidente pode conferir à formulação da respectiva norma caráter dúplice, de princípio e de regra.

Essa e outras concepções desenvolvidas por Alexy são passíveis de crítica – algumas já antecipadas quanto à interpretação constitucional. Esse, entretanto, não é o momento próprio para analisá-las e nem poderão sê-las de forma exaustiva, reconhecendo-se a existência de vasta produção acadêmica em derredor das controvérsias sobre a ponderação e sua racionalidade, sobre a concepção expansiva de direitos fundamentais, sobre a proporcionalidade e as restrições a direitos, e outros temas variados¹⁴¹.

De qualquer sorte, já restou rejeitada a sua concepção sobre interpretação, da mesma forma que não é admissível a aplicação da subsunção com relação às regras, à vista do quanto sustentado pela adoção da reflexão hermenêutica. Nesse sentido, Perelman (2000, p. 114-116) destaca que o raciocínio jurídico não pode ser uma simples dedução silogística, pois a passagem da regra abstrata ao caso concreto não é um processo dedutivo, mas uma adaptação constante dos dispositivos legais aos valores em conflito nas controvérsias jurídicas.

Outrossim, pertinentes também são as críticas de Humberto Ávila (2006, p. 52-53) ao sustentar que as regras podem entrar em conflito e sujeitar-se à ponderação sem que haja invalidação.

De fora parte isso, há de se reconhecer o esforço e o esmero de Alexy¹⁴² em manter o sistema teórico desenvolvido, avançando e aprofundando a sua teoria mediante

¹⁴¹ As críticas e oposições são oriundas de várias origens. Apenas a título ilustrativo, Streck (2007), Walber Carneiro (2011), Humberto Ávila (2006, p. 52-64), Sieckmann (2011) e na obra coletiva de Menéndez e Eriksen (2011). As controvérsias e críticas que lhe são dirigidas e que interferem ou sejam relevantes para a afirmação do direito fundamental ao máximo existencial serão analisadas a seu tempo e modo devidos, destacando-se, de logo, as objeções de Böckenförd (2006) por ele próprio referidas e respondidas (ALEXY, 2004b, p. 16-18).

¹⁴² Ele próprio chega a referir e enfrentar sete grupos de objeções distintas contra a sua proposta de princípios (ALEXY, 2010b, p. 24-25).

estudos sucessivos em respostas às críticas que lhe são dirigidas, aperfeiçoando a lei de colisão, descrevendo mais detidamente a chamada fórmula do peso e admitindo a inserção de outros referenciais na ponderação, como o peso dos valores em abstrato.

Atente-se que a dificuldade e as divergências e controvérsias que a aplicação dos princípios podem ocasionar são enfrentadas por Dworkin de forma distinta da que Robert Alexy (2008) sugere. Dworkin desenvolve a sua concepção de interpretação que, superadas as três etapas (pré-interpretativa, interpretativa e pós-interpretativa), deve conduzir à interpretação adequada e à solução correta para o caso em análise, como exposto mais detalhadamente. Já Robert Alexy busca associar a sua teoria dos princípios, desenvolvida em derredor da teoria dos direitos fundamentais, à sua teoria da argumentação, chegando a resultados substancialmente distintos.

Conforme registro feito por Manuel Atienza (2001, p.674-675), Alexy reconhece a existência de muitos pontos em comum com Dworkin, que seriam quanto aos aspectos substanciais das respectivas teorias; as divergências seriam no aspecto formal, embora haja algumas diferenças substanciais. Assim, salienta que, diversamente de Dworkin, os princípios têm caráter de mandados de otimização, os bens coletivos revestem-se de estrutura principiológica – o que, para Dworkin, representariam as diretrizes –, o relevo emprestado à proporcionalidade e a distinta compreensão acerca da relação entre igualdade e liberdade.

Nesse passo, impõe-se salientar que o neoconstitucionalismo, como já apontado, e, notadamente, a teoria dos princípios, com as potencialidades que enseja, são perspectivas teóricas fundamentais para a afirmação do direito fundamental ao máximo existencial, posto que possui estrutura normativa principiológica, o que demandará o enfrentamento de várias questões suscitadas em face da teoria dos princípios.

As teorias principiológicas são a motriz do neoconstitucionalismo, promovendo, como sustenta Giorgio Bongiovanni (2000, p. 49-50), a instauração de uma teoria constitucionalística do direito em que a) se nega o positivismo jurídico, associando a validade do direito à sua correção moral expressa pelos princípios constitucionais; b) modificando-se o paradigma de interpretação e aplicação do direito e, ainda, c) a mudança paradigmáticas das funções do poder legislativo e da jurisdição constitucional, cabendo a esta papel ativo na aplicação e concretização construtiva do direito.

Logo, o direito fundamental ao máximo existencial abriga, como todos os direitos fundamentais, uma dimensão moral que lhe confere fundamento, desvelando amplas condições de aplicação mediante a reflexão hermenêutica e os aportes que lhe enriquecem – comunidade aberta de intérpretes, referencial da satisfação suficiente e o pensamento

possibilista –, e respaldando uma atuação mais ativista do poder judiciário, à vista da superação da separação entre moral, direito e política.

Desse modo, a juridicização, pela constitucionalização, do que representa o direito fundamental ao máximo existencial, importa na vinculação do poder público a promover a ampliação contínua e progressiva, razoável e em coerência com o sistema de direitos fundamentais, dos níveis essenciais de prestação ao ponto da satisfação suficiente das condições existenciais, habilitando o ser humano para o exercício das capacidades e, portanto, apto à auto-realização e ao pleno exercício da sua autonomia.

A compreensão de sua potencialidade normativa exige que seja apreendida sua relevância, seu peso – derivado, em abstrato, da dimensão moral que lhe confere fundamento. Demanda, ainda, a aferição das condições da realidade e das possibilidades que sejam descortinadas pelas necessidades, mediante a reflexão hermenêutica, ao modo de um mandado de otimização, será possível compreender a sua potencialidade.

Saliente-se, entretanto, que não se aplica, em sua feição integral e original, a teoria dos princípios, posto que são perceptíveis deficiências que, apesar dos esforços de Alexy (2007a) e de Borowski (2003), não foram supridas pela ausência de adequada adaptação às especificidades pertinentes aos direitos positivos distintos dos de proteção relativos aos direitos fundamentais¹⁴³.

Não obstante isso, elemento indissociável da dimensão jurídico-constitucional dos direitos fundamentais é o de serem mandados de otimização, o que, com relação aos direitos sociais e ao direito fundamental ao máximo existencial, desvela não apenas serem passíveis de restrição, como defendido originariamente por Alexy (2008) e ressaltado por Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 201), mas também de ampliação e extensão dos níveis de sua realização, ou dos níveis essenciais de prestação que lhes concerne¹⁴⁴.

Ademais, outros fatores devem integrar a ponderação e não apenas os graus de restrição e importância da realização, as premissas empíricas e o peso em abstrato, não

¹⁴³ Ambos os constitucionalistas, nos estudos mencionados, tratam dos direitos positivos a partir dos direitos à proteção, sustentando que não há modificação com relação aos demais direitos positivos, inclusive os sociais, do que se diverge substancialmente.

¹⁴⁴ Embora Alexy (2008b, p. 501) admita a existência de graus distintos de proteção aos direitos sociais, cuja variação decorre de uma série de fatores, e que a maior proteção se dá diante de normas vinculantes que conferem direitos subjetivos definidos, não explicita a relação com o conteúdo dos deveres resultante deste direito social subjetivizado em caráter definitivo. Em outros termos, o que importa é admitir-se a existência, a partir das normas de direitos sociais, de direitos subjetivos, *prima facie* e definitivos, que imponham ampliação das prestações a eles relativas. Determinados padrões que asseguram o gozo de direitos sociais devem ser progressivamente ampliados, não se circunscrevendo aquele patamar alcançada, ainda que seja o mínimo.

bastando a referência feita por Alexy (2007a) à alternatividade. Outrossim, vislumbra-se que tais teorias principiológicas são muito mais buriladas no que respeita à propiciar referenciais de proteção dos direitos fundamentais com relação aos riscos de medidas restritivas e à ocorrência efetiva de colisões, a serem solucionadas pela jurisdição constitucional.

Não se percebe a existência de instrumental teórico apto o suficiente a propiciar categorias de controle com relação não aos limites das restrições e às condições de aplicação e de prevalência, mas à satisfação suficiente da necessária e possível ampliação dos níveis essenciais de prestação, associado ao alcance e preservação do conteúdo ótimo de cada direito fundamental.

As questões que desafiam a proteção da pessoa humana, nas condições complexas das sociedades atuais, não podem ser adequada ou suficientemente resolvidas apenas pela ação e pelas políticas dos Estados em sua dimensão interna. Como referido, as questões envolvem cada vez mais problemas que são locais e globais, o que se intensifica com a globalização¹⁴⁵ que, ao propiciar a redução da relação espaço-tempo torna dramáticas e emergentes determinadas situações de risco, como a pobreza extrema, as medidas antiterroristas que lesionam direitos da pessoa humana, a fome endêmica e práticas genocidas.

Destacando o caráter deletério da globalização econômica, Bauman (1999, p. 77-82) aponta que os processos globalizantes promovem a “[...] redistribuição de privilégios e carências, de riqueza e pobreza, de recursos e impotência, de poder e ausência de poder, de liberdade e restrição”. Ademais, “As riquezas são globais, a miséria é local – mas não há ligação causal entre elas, pelo menos não no espetáculo dos alimentados e dos que alimentam”.

Daí que tais situações de carência vivenciadas local e globalmente justificam sobremodo que seja erigido um sistema multinível¹⁴⁶ de proteção da pessoa humana, promovendo-se a globalização do constitucionalismo enquanto projeto e, por essa via, dos valores, dos direitos fundamentais e das técnicas associadas à contenção do exercício das várias manifestações de poder, público e privados.

¹⁴⁵ Para se ter uma dimensão do impacto da redução da relação espaço-tempo com o advento das tecnológicas de informação, da internet e das redes sociais, que aproximam e distanciam, concomitantemente, o ser humano, parecer ser ilustrativa a referência de Hobsbawm (2007a, p. 26), de que, no século XIX, estar perto de um porto era estar perto do mundo, de modo que Hamburgo estava mais próximo à Bahia do que o interior da Pomerânia. Atualmente, estar conectado é estar no mundo, em todos os lugares ao mesmo tempo, em caráter potencial e virtual. Não perto, mas inserido em toda a sua ambiência.

¹⁴⁶ Apontando uma das várias e possíveis conformações desse sistema multinível, Sabino Cassese (2006b, p. 8-11).

Apesar de Sabino Cassese (2006b, p. 4) advertir que, embora a globalização econômica seja irreversível e esteja acelerada, a globalização jurídica é paulatina e precária¹⁴⁷, tal circunstância não afeta a solidez do constitucionalismo global enquanto projeto, pois se trata de um programa para o futuro (FERRAJOLI, 2001, p. 374).

Logo, para o enfrentamento de tais desafios é possível constatar a ocorrência de uma globalização do constitucionalismo e o surgimento de níveis distintos de constitucionalização das relações entre os Estados e para com os seus cidadãos, dando origem a um sistema multinível de proteção dos direitos, associado a um novo sentido de constitucionalismo, de caráter supranacional e cooperativo, em interação e simbiose com o novo regionalismo e com o direito internacional pela convergência entre os direitos fundamentais e os direitos humanos.

A proposta do constitucionalismo global e cooperativo se adequa ao programa traçado por Ulrich Beck (1999, p. 232) ao salientar a necessidade de uma interação cooperativa dirigida à compostura de Estados transnacionais que formem associações de Estados, potencializando sua ação para além das fronteiras¹⁴⁸. Desse modo, seria construída uma soberania inclusiva, impulsionadora do trabalho

Verifica-se, ainda, o progressivo reconhecimento da proteção dos direitos humanos em instâncias privadas, como o âmbito das relações de comércio internacional, e a profusão da atuação de tribunais constitucionais, tribunais internacionais ou órgãos não-estatais de solução de conflitos na empreitada de tutela dos direitos da pessoa humana.

Esses fatores propiciam e resultam de uma migração das ideais constitucionais (CHOUDHRY, 2006) que constituem um circuito comunicativo entre os diversos órgãos de proteção da pessoa humana, o que se afigura relevante para a compreensão do direito fundamental ao máximo existencial.

Com efeito, nas condições atuais de interação e proximidade dos povos, com todos os conflitos que acarretam, o direito ora afirmado é enriquecido pela experiência constitucional tanto no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como pelas proteções que advenham das esferas privadas e da concertação dos blocos regionais.

Diante disso, passa-se a abordar a pressuposição de um constitucionalismo multinível, de caráter global e não exclusivamente estatal ou supranacional (porque também privado ou societal), com as interações decorrentes relativas ao transconstitucionalismo pelo

¹⁴⁷ O que certamente resulta das pressões e desafios que lhe são dirigidos.

¹⁴⁸ O que se dá, em especial, com a formação dos blocos regionais, como o Mercosul, no que interessa ao Brasil.

diálogo entre os tribunais e órgãos não-estatais, reciprocamente e entre si, à interconstitucionalidade e ao constitucionalismo cruzado.

2.4.3 O constitucionalismo global e a tutela multinível dos direitos fundamentais

O direito fundamental ao máximo existencial é sustentado a partir da perspectiva do texto e do contexto da Constituição Federal de 1988. Não obstante isso, não se trata de um direito específico ou peculiar da ordem constitucional pátria. Ao contrário, ao que se depreende da fundamentação moral que lhe respalda, constitui elemento fundamental do núcleo comum do constitucionalismo contemporâneo, integrando os componentes de um sentido material de constituição.

Assim, o direito ao máximo existencial não está circunscrito à ordem constitucional brasileira, sendo possível a sua identificação nas constituições de caráter social, por força da principiologia comum do constitucionalismo contemporâneo e da dimensão moral trazida pelos princípios.

A experiência da vivência comunitária de outros textos constitucionais acaba por enriquecer a compreensão do direito fundamental ao máximo existencial, pois, conforme apontado pela reflexão hermenêutica, amplia o diálogo de intérpretes¹⁴⁹ e enseja a abertura e expansão do horizonte hermenêutico, sem perder a contextualização específica do *locus* a que se refere e cujos problemas quanto aos direitos fundamentais o desafiam.

Não se pode, entretanto, circunscrever, da mesma forma, a compreensão do direito fundamental em questão aos textos constitucionais nacionais, sendo perceptível a conformação de um sistema multinível de proteção da pessoa humana, composto pelo âmbito nacional, pelo âmbito regional e pelo âmbito internacional ou global. Desse modo, o direito fundamental ao máximo existencial encontra abrigo tanto na Declaração de Direitos

¹⁴⁹ Formando o que Häberle (2004, p. 136) sugere como sendo a internacionalização da comunidade de intérpretes de direitos fundamentais.

Humanos, como nos Pactos de Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) e de Direitos Sociais¹⁵⁰, Econômicos e Culturais (PIDESC), além de ser possível a sua inferência em sede regional pela progressiva impressão da dimensão social ao Mercado Comum do Sul, ou simplesmente Mercosul¹⁵¹.

Além disso, há organizações internacionais não-estatais que se voltam para setores e relações estritamente privadas que acarretam impacto sobre os direitos humanos. Diante disso, passam a estimular e promover padrões de observância dos direitos humanos, como se dá no comércio internacional mediante a atuação da Organização Mundial do Comércio.

Nesse passo, depreende-se, a necessária compreensão da situação do direito fundamental ao máximo existencial situa-se num feixe normativo integrado pelos sistemas nacional, regional e internacional de proteção da pessoa humana, incluindo os âmbitos de regulação privada ou não-estatal, instituindo uma rede de interconstitucionalidade¹⁵² pela convergência dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, ou o constitucionalismo cooperativo global.

Com efeito, Häberle (2004, p. 134-136) ressalta o direito comparado como quinto método de interpretação e como comparação cultural, registrando que tanto os textos constitucionais costumam fazer referência a textos de direito comunitário e de direito internacional, como a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a Declaração Universal de Direitos Humanos, como as cortes constitucionais usualmente recorrem a tais textos.

¹⁵⁰ Pode-se identificar a base dogmática para afirmação do direito fundamental ao máximo existencial a partir da sustentação da indivisibilidade dos direitos humanos e, nesse sentido e malgrado constante de instrumentos distintos, a unidade protetiva dos Pactos de Direitos Cívicos e Políticos e de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais. Mais especificamente, residiria sua base normativa no art. 2º deste último Pacto, ora transcrito, *in verbis*: “Art. 2º. Cada Estado-parte 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”.

¹⁵¹ André de Carvalho Ramos (2008, p. 32) salienta que a construção de um mercado comum, como o da União Europeia e o almejado no Mercosul, envolve necessariamente os direitos humanos, pois a “[...] a construção de um mercado comum em um processo de integração econômica regional exige que haja, entre dois ou mais Estados, a liberdade de circulação de bens e serviços, de capitais e de estabelecimento”.

¹⁵² Noção cunhada por Canotilho (2006a, p. 266), que diz preferir à de constitucionalismo multinível, cooperativo, multidimensional. A interconstitucionalidade seria a ocorrência de “[...] relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflito de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político”; haveria, então, uma justaposição de ordens constitucionais no mesmo espaço político, mas não necessariamente sobre o espaço político territorial do Estado, posto que o constitucionalismo ultrapassa as fronteiras territoriais.

Logo, “A abertura do conteúdo e da dimensão dos direitos fundamentais para o exterior são consequência da evolução para um Estado constitucional cooperativo¹⁵³”. Aliás, não há qualquer novidade na ocorrência de intercâmbio de experiências, vivências e institutos constitucionais. Basta para essa constatação a recordação da expansão das constituições que, surgidas em seu modelo formal a partir do texto americano de 1787, estenderam-se para todo o mundo, ora com maior semelhança, ora com menor semelhança, ora em forma de fraude.¹⁵⁴

O elemento diferencial da contemporaneidade é a consciência explícita dessa circulação de elementos de compreensão em torno da proteção dos direitos fundamentais, como aponta Quirino Camerlengo (2007, p. 12-14). O que também é chamado, de forma muito sugestiva, como migração das ideais constitucionais¹⁵⁵ (CHOUDHRY, 2006a). Essa migração é uma metáfora expressiva do caráter expansivo dos conteúdos constitucionais para além das fronteiras estatais.

A migração de ideais constitucionais, que é produtiva e produtiva pelo comparativismo, produz-se em várias instâncias e por várias modalidades. Como observa Choudhry (2006b, p. 13), constitui-se num acelerado processo de intercambio constitucional que é uma das características centrais das práticas constitucionais contemporâneas, ocorrendo tanto pelo recurso a experiências, textos, interpretações e decisões judiciais de outros países, como de âmbito supranacional (regional e internacional).

A migração pode repercutir nos próprios textos constitucionais, tanto na sua elaboração¹⁵⁶, como na sua legitimação¹⁵⁷, sendo comum no âmbito da doutrina e da prática dos processos submetidos à jurisdição constitucional, por conduto dos advogados e juízes.

¹⁵³ Em tradução livre. No original, “L’ouverture de contenu et de dimension des droits fondamentaux vers l’extérieur sont la conséquence de l’évolution vers un État constitutionnel coopératif. »

¹⁵⁴ Naqueles Estados que só instituíram constituições para lograr capitalizar a aura libertária e emancipatória do constitucionalismo, mas que, efetivamente, adotaram regimes autocráticos.

¹⁵⁵ No que respeita especificamente à utilização de decisões de tribunais estrangeiros ou supranacionais nas decisões de um tribunal nacional, essa migração é também denominada de constitucionalismo cruzado ou cross-constitucionalismo ou, ainda, mais genericamente, como diálogo entre cortes, como preferem Sabino Cassese (2010) e Giuseppe de Vergottini (2011).

¹⁵⁶ Frederick Schauer (2008) aponta que as constituições podem surgir por imposição externa, como se deu, originariamente, com a Lei Fundamental de Bonn, por “empréstimo” de outras experiências constitucionais e, finalmente, pela elaboração originária de uma comunidade política.

¹⁵⁷ A Constituição da África do Sul prevê o recurso das cortes nacionais ao direito estrangeiro e ao direito internacional. A Constituição espanhola estabelece a diretiva da interpretação das normas sobre direitos fundamentais conforme a Declaração Universal de Direitos dos Homens e os tratados de direitos humanos a que a Espanha aderir. Já na Suíça, como aponta Häberle (2004, p. 136), a Convenção Europeia de Direitos Humanos detém um *status* constitucional por via interpretativa. O mais usual, entretanto, é a sistemática adotada pela Constituição brasileira, que prevê a prevalência dos direitos humanos como princípio que deve reger a República em suas relações internacionais – dentre outros –, e as vias de incorporação dos tratados sobre direitos humanos, consoante art. 5º, §§2º e 3º.

Saliente-se, entretanto, que a migração não traz consigo apenas aspectos positivos, porquanto podem transitar aspectos que sejam restritivos aos direitos fundamentais. Como observa Vergottini (2011, p. 53-56), da mesma forma e, às vezes, com a mesma velocidade que viajam as ideais relativas aos direitos fundamentais, circulam ideias limitadoras desses direitos. Além disso, nem sempre o diálogo entre as experiências constitucionais é frutífera, pois é possível o fracasso na adoção da ideia transferida para determinado direito constitucional nacional.

Pode-se exemplificar as duas situações com a adesão irrefletida pela doutrina e jurisprudência brasileiras quanto à reserva do possível (KRELL, 2002, p. 52) a partir da decisão designada como *numerus clausus* pelo Tribunal Constitucional alemão. Outros exemplos são a expansão das medidas restritivas a direitos fundamentais com o advento do risco do terrorismo após os incidentes de 11 de setembro de 2001.

A migração de ideais quanto a direitos fundamentais entre as instâncias nacional, regional e internacional, compondo o constitucionalismo cooperativo global, é importante para a proteção efetiva da pessoa humana, à vista da convergência, do reforço e do enriquecimento contitudístico que propicia aos direitos fundamentais. Em corroboração ao que se vem de afirmar, cabe colacionar a doutrina de Rodolfo Arango (2012, p. 6), *in verbis*:

A integração dos três níveis de proteção – nacional, regional e universal – permite um enriquecimento mútuo mediante os progressos de algum dos níveis, uma crescente convergência de mecanismos de garantia e uma expansão das possibilidades de ação dos atores sociais e dos titulares de direitos.

Ademais, é também imprescindível, porque os desafios à proteção da pessoa humana relacionam-se ao enfrentamento – ou falta de enfrentamento – dos problemas relativos à satisfação das necessidades existenciais e à garantia das liberdades. Isso demanda a instituição da aludida rede de constituições, pactos e decisões judiciais e de órgãos não-estatais de solução de conflitos que propiciem a efetividade dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, ao sustentar a necessária construção de um *Global New Deal*¹⁵⁸, William Felice (2010, p. 17-20) pontua a gravidade da carência de proteção da pessoa humana em diversas situações, como o trabalho escravo, de intenso crescimento na economia globalizada, da desproteção do trabalho, viabilizando a sua exploração, com remuneração

¹⁵⁸ Em alusão às políticas intervencionistas implementadas sob a gestão de Roosevelt nos Estados Unidos após a crise de 1929, destinada a instaurar a versão americana do *Welfare State*, firmemente ancorada em direitos sociais e princípios de justiça social.

ínfima e sem condições de saúde e segurança, retração dos serviços públicos, mortalidade infantil crescente, desemprego e falta de assistência aos desempregados, falta de acesso a medicamentos essenciais pela proteção da patente em favor das indústrias farmacêuticas, dentre outras situações.

Por outro lado, os direitos humanos e os direitos fundamentais não visam apenas à superação dos aludidos problemas, mas a propiciar a desmercantilização das condições existenciais, possibilitando a auto-realização individual e o pleno desenvolvimento da personalidade, garantindo um nível suficiente de qualidade de vida. Como observam Fitoussi, Stiglitz e Sen (2009, p. 228-232), “O conceito de qualidade de vida é mais amplo do que de produção econômica ou de nível de vida. Compreende toda uma série de fatores influentes sobre o que é importante em nossa vida, sem se limitar ao aspecto puramente material”¹⁵⁹.

Apenas com o reforço, a complementação, a convergência e a cooperação dos sistemas de proteção aos direitos humanos é que esses problemas podem ser enfrentados por Estados, com a potencialização da sua capacidade de intervenção tanto no mercado interno, como no mercado internacional, quer mediante a dimensão social que vem sendo assegurada aos blocos regionais, quer por conduto da instituição de *standards* de proteção aos direitos humanos que venham a ser impostos por organizações internacionais não-estatais e observados pelos órgãos não-estatais de solução de conflitos privados.

A aludida migração, entretanto, encontra obstáculos de variadas ordens, notadamente no âmbito da prática judicial americana, com a resistência dos *justices* William Rehnquist e Antonin Scalia pelas mais variadas razões, como por reputarem irrelevante as práticas da comunidade global (FINE, 2009).

Até o momento, entretanto, apenas se ressaltou o processo de migração de ideais constitucionais e a existência de um sistema multinível de proteção da pessoa humana (PIOVESAN, 2008), que daria compleição ao chamado constitucionalismo cooperativo global.

Falta uma devida compreensão do que seria o constitucionalismo cooperativo global, de caráter multinível, e as implicações que acarreta, como os problemas relativos ao transconstitucionalismo, e os êxitos que enseja, como a migração virtual dos valores constitucionais para a juventude dos países árabes que instauraram as revoluções do Século

¹⁵⁹ 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 ».

XXI na chamada Primavera Árabe. E, no que é específico e subjacente ao direito fundamental ao máximo existencial, a importância dessa dimensão global e cooperativa no enriquecimento do seu conteúdo e das vias de sua efetividade e justiciabilidade¹⁶⁰.

A tais aspectos, somam-se os padrões ou *standards* instituídos no âmbito das aludidas organizações internacionais não-estatais diante da necessidade de assegurar a observância dos direitos humanos nas relações de comércio internacional, no âmbito do mercado internacional, levando à defesa de parâmetros que assegurem um *Just Trade*, como o fazem Stephen Powell e Berta Esperanza Hernández-Truyol (2009) e à discussão atinente à constitucionalização da Organização Mundial do Comércio, como defende Deborah Cass (2005).

Logo, depreende-se a existência de um constitucionalismo cooperativo global mediante um sistema multinível de proteção da pessoa humana pela convergência dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, inclusive de instâncias não-estatais que também aderem ao caráter paradigmático dos direitos humanos.

O constitucionalismo global, para o seu reconhecimento, traz questionamentos que se referem tanto a si, como a sua possível expansão para abranger a ação de organizações internacionais não-estatais.

A existência do constitucionalismo global pressuporia, ou não, uma constituição supranacional, para além do seu referencial existencial que é a comunidade política demarcada pelo Estado. Assim, a própria noção de poder constituinte passa a ser questionada. Ademais, seria discutível se haveria comunhão suficiente entre os indivíduos integrados ao âmbito regional e global para respaldar a constituição ou o constitucionalismo global. Sem tal comunhão, duvidosa seria a legitimidade da constituição ou o constitucionalismo global que, se existente, ainda dependeria de um processo democrático para a produção do texto constitucional global.

Não obstante a complexidade das questões suscitadas, faz-se mister enfrentá-las para afirmar a dimensão global do constitucionalismo contemporâneo, de feição cooperativa, apto, por tal condição, a potencializar a satisfação suficiente das condições existenciais pela ação dos Estados, das organizações internacionais não-estatais e da iniciativa privada, no âmbito das relações internacionais e dos mercados econômicos regional e internacional.

¹⁶⁰ Não se pode aprofundar em demasia esta notável eliminação da dimensão territorial do constitucionalismo contemporâneo, haja vista a profusão de questões que suscita, pelo que se recomenda análise dos autores e textos referidos.

O constitucionalismo contemporâneo, além de matizado pelas modificações paradigmáticas introduzidas pelo neoconstitucionalismo, estende-se para além das fronteiras os Estados e supera o referencial territorial que lhe abrigava e limitava¹⁶¹, possuindo um verdadeiro caráter expansivo¹⁶².

Essa superação se dá pela extensão global da forma de tutela dos direitos fundamentais e dos conteúdos constitucionalmente relevantes, operando uma convergência com as normas instituidoras dos blocos regionais – que agregam cada vez mais uma dimensão social a projetos originariamente apenas de escopo comercial e econômico –, e com os pactos internacionais de direitos humanos.

Por isso que Marcelo Neves (2009, p. xxi), percebe que os problemas relativos aos direitos humanos ou fundamentais passam a ser objeto de mais de uma ordem jurídica, muitas vezes de proveniência não-estatal, acarretando uma relação transversal permanente em torno de problemas constitucionais compartilhados globalmente.

Daí ser pertinente o reconhecimento de Peces-Barba Martínez (1999a, p. 176) de que uma das dimensões essenciais dos direitos fundamentais é a sua internacionalização, tornando-os direitos humanos.

Logo, o que se estende para além das fronteiras é tanto a) a eficácia jurídica das constituições nacionais, na medida em que regem a atuação dos respectivos Estados no âmbito internacional¹⁶³, como b) os conteúdos constitucionalmente relevantes que compõem o núcleo material do constitucionalismo, consubstanciado nos direitos fundamentais, nas técnicas de sua efetivação e nas formas de limitação ao exercício arbitrário do poder, quer político, quer econômico. De outra parte, as constituições nacionais recebem e qualificam a proveniência de normas estrangeiras (em menor intensidade), regionais e internacionais que,

¹⁶¹ Como assevera com particular acuidade Gustavo Zagrebelsky (2007, p. 144-145) que, ao sustentar a possível instauração de uma *res publica universalis*, salienta que a experiência jurídica contemporânea vem, progressivamente, libertando-se do território, que por séculos foi considerado um dos três elementos constitutivos do Estado, circundado por fronteiras e demarcando uma específica coletividade humana. Essa situação modificou-se na medida em que, na atualidade, cada ser humano tem uma relação indissociável não com um território, mas “con la terra intera”, operando-se uma interação desterritorializada entre os Estados. Da mesma forma se manifesta Sabino Cassese (2006b, p. 28-29), reputando ser inexorável a crise da territorialidade do Estado, com o advento de organizações públicas, transnacionais, a exigir a instituição de outras garantias diante dos novos poderes, independentemente do território.

¹⁶² Nesse sentido se manifesta Francisco Javier Roig (2010, p. 78) ao reputar que o constitucionalismo, ao representar uma proposta filosófica em torna à necessidade de limitação do poder como exigência de garantia dos direitos da pessoa humana, detém uma natural vocação expansiva.

¹⁶³ Nesse sentido, a Constituição brasileira assim o faz no art. 4º, além de prever que a formação da comunidade latino-americana de nações visará uma integração não apenas econômica e comercial, mas também social e cultural.

tratando da tutela dos direitos humanos, projetam-se sobre o direito interno¹⁶⁴. Esses dois últimos fatores de transição de conteúdos do direito constitucional e do direito estrangeiro e regional, é que qualificam a forma mais comum de migração das ideais constitucionais.

Esse movimento dialógico da matéria constitucional, ou dos conteúdos constitucionalmente relevantes, forma a compostura do constitucionalismo global a partir do sentido material de constituição, independentemente da existência ou não, delibera e intencional ou não, de textos constitucionais supranacionais.

Desse modo, o constitucionalismo contemporâneo, de feição global, destaca-se do conceito formal tradicional de constituição mediante a positivação deliberada de um texto constitucional. Há, ao contrário, um sentido material de constituição, formado pela convergência dos distintos níveis de tutela dos direitos fundamentais, que compõem o aludido sistema multinível. Ao modo de uma constituição não-positivada, o constitucionalismo global e multinível resultaria de uma conjunção de práticas, técnicas, textos e costumes relativos à proteção da pessoa humana pelo desprendimento da matéria constitucional da base territorial estatal.

O constitucionalismo global e cooperativo não depende, necessariamente, de textos constitucionais conforme o modelo do constitucionalismo moderno¹⁶⁵.

O constitucionalismo não se confunde com a existência de constituições positivadas, pois exprime um movimento, uma dinâmica, um processo pelos qual se veiculam e se efetivam, com maior ou menor intensidade, os direitos fundamentais e as técnicas e

¹⁶⁴ O que representa, em sentido inverso ao assinalado por Peces-Barba Martínez (1999a, p. 176-177) um processo de constitucionalização dos direitos humanos. No caso da Constituição brasileira, os §§2º e 3º do art. 5º tratam da incorporação à ordem jurídica nacional dos tratados sobre direitos humanos a que adira a República brasileira. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 349.703, conjuntamente com os *Habeas Corpus* nºs 87.585 e 92.566, alterou o seu tradicional entendimento acerca da prisão civil do depositário infiel, não admitida pelo Pacto de São José da Costa Rica e admitida pela Constituição Federal e, com isso, modificou o seu posicionamento quanto ao *status* normativo dos tratados sobre direitos humanos na ordem jurídica interna. Conforme o voto do Min. Gilmar Mendes, dentre as quatro opções – supraconstitucional, constitucional, supralegal e legal, fazia-se necessária a modificação do entendimento da Corte diante da abertura progressiva do Estado constitucional a ordens supranacionais de proteção dos direitos humanos (referindo-se explicitamente ao Estado Constitucional cooperativo, defendido por Häberle), tornando-o defasado. Diante disso, adotou o Supremo Tribunal Federal a tese de que os tratados sobre direitos humanos, desde que não sigam o procedimento previsto pelo §3º do art. 5º do texto constitucional, como ocorre com os anteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004, têm *status* normativo supralegal, acarretando uma espécie de eficácia jurídica paralisante de qualquer disciplina infraconstitucional que seja conflitante.

¹⁶⁵ Existem posições doutrinárias opostas, que reputam necessário o reconhecimento de um texto formal ao modo das constituições positivadas, como é o caso de Thomas Franck (2009, xi-xvi), para quem a Carta das Nações Unidas deve ser reconhecida como constituição, propiciando a introdução dos parâmetros de controle típicos do constitucionalismo, como a separação de poderes e a sujeição dos seus atos ao *judicial review*, exercido pela Corte Internacional de Justiça, dentre outros aspectos. O mesmo registro é feito por Canotilho (2006, p. 287).

mecanismos de contenção dos poderes. Assim, encerra caráter filosófico, político, social e jurídica, devendo entranhar na cultura jurídica em que se funda a *res publica*.

As constituições, por sua vez, não têm uma significação existencial perene e constante, pois, sendo produto e expressão cultural, como sustentado por Häberle (2000), vão modificando a si próprias e à noção culturalmente produzida.

O constitucionalismo global e cooperativo é difuso e transnacional, sendo composto a) pela projeção da eficácia normativa das constituições nacionais no âmbito das relações internacionais; b) pelos instrumentos normativos regionais que imprimem dimensão social aos blocos regionais¹⁶⁶; c) pela Declaração Universal de Direitos Humanos e pelos Pactos Internacionais de Direitos Humanos, destacando-se o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966; d) pelos *standards* e padrões relativos a direitos humanos exigidos e implementados por organizações internacionais não-estatais, como a Cruz Vermelha, a Anistia Internacional, a Organização Mundial do Comércio e a Organização Internacional do Trabalho; e) pelo diálogo transnacional e intercultural das experiências e vivências constitucionais entre as comunidades políticas, notadamente entre tribunais nacionais reciprocamente, entre tribunais nacionais e cortes internacionais e entre tribunais nacionais, cortes internacionais e órgãos não-estatais de solução de conflitos.

Logo, verifica-se que a afirmação do paradigma constitucional em dimensões globais seguiria o referencial mencionado por Canotilho (2006, p. 289) mediante o reconhecimento de uma constituição global dos direitos fundamentais, ainda que não seja positivada ou não possa se reduzir a um único texto normativo.

Essa profusão de fontes, matizada pelas variadas culturas e pelas experimentações e distintas vivências da comunidade global de intérpretes dos direitos fundamentais leva, por outro lado, a uma nova conformação das concepções dos sistemas jurídicos, afigurando-se mais pertinente a compreensão da sua estrutura como uma rede normativa que tece os níveis de proteção dos direitos fundamentais, o que é suscitado por Canotilho (2006, p. 289-290)

¹⁶⁶ No caso do Mercosul, essa dimensão social deriva do projeto da Carta de Direitos Fundamentais, do Acordo relativo à Seguridade Social, da Declaração Sócio-laboral, da Carta de Buenos Aires sobre Compromisso Social e da Declaração Presidencial dos Direitos Fundamentais dos Consumidores. Independentemente do caráter vinculante ou não desses instrumentos normativos, a sua existência torna possível conceber uma dimensão social ao Mercosul, distanciando-se do objetivo originariamente declarado de caráter comercial e econômico. Outrossim, a imposição dos Estados-parte observaram as respectivas disposições dos aludidos instrumentos regionais provêm das constituições nacionais, pois os textos constitucionais do Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai (os membros originários), ao regerem as relações internacionais, determinam a observância dos direitos humanos.

como uma das vias possíveis de afirmação do constitucionalismo global, com o estabelecimento de uma rede de constituições sociais globais.

A existência de uma relação da constituição nacional com vários instrumentos normativos provenientes de fontes diversas conduziu Rafael Bustos Gisbert (2005, p. 191-192) a compreender o fenômeno como significativo do surgimento da constituição em rede normativa, reputando que é composta por múltiplos referenciais constitucionais correspondentes a cada um dos espaços constitucionais. Cada um dos lugares constitucionais exerceria suas funções, em seu próprio âmbito de atuação, de forma independente, mas estaria conectado aos demais lugares.

O caráter complexo, multidimensional e plural desse constitucionalismo global, como não poderia deixar de ser, seria composto, então, pelos constitucionalismos nacionais, pelos constitucionalismos regionais, pelo constitucionalismo internacional¹⁶⁷ e pelo constitucionalismo societal, em constante interação e mediante relações de coordenação, cooperação, influência, convergência e conflito.

Dentre os componentes do constitucionalismo global o que mais se distancia dos paradigmas clássicos do constitucionalismo é o societal, consubstanciado no reconhecimento de modos e matérias constituições estendidos a âmbitos privados, dando origem a constituições civis globais (CANOTILHO, 2006, p. 294). A noção, desenvolvida por Teubner (2004, p. 3-28) e também adotada por Marcelo Neves (2007, p. 108-113), volta-se a sugerir uma possibilidade de enfrentamento dos problemas de inclusão e exclusão que decorrem de três grandes tendências da sociedade global, que são a digitalização, a privatização e a própria globalização. Esses três processos repercutem significativamente nos direitos humanos e nos direitos fundamentais, como é intuitivo com a digitalização, que exprime o direito político universal de acesso à comunicação digital, ou inclusão digital¹⁶⁸.

Daí a defesa da instituição de uma constituição digital, regulando os direitos que assegurem o acesso e a inclusão digital, justificando a adoção da retórica constitucional utilizada por Barlow (2012) na Declaração de Independência do Ciberespaço. Além disso,

¹⁶⁷ Operando-se a aproximação entre direito constitucional e direito internacional, tornando nebulosa a distinção e justificando a ocorrência da simbiose entre ambos mediante o constitucionalismo internacional.

¹⁶⁸ Mais uma vez, cabe ressaltar a relevância dos novos meios de comunicação digital, responsáveis pela *cibercirculação* dos conteúdos e dos valores constitucionais que, navegando nas ondas da Internet, alcançam rincões em que as pessoas encontravam-se até então subjugados e alijados de tais valores, materializando e efetivando, para além das fronteiras e apesar delas, o direito à informação e a liberdade de expressão, que são condições para a liberdade de manifestação e o direito de resistência, como visto na Primavera Árabe, nos recentes movimentos dos indignados, espalhados por toda a Europa, da Puerta del Sol em Madri até a Grécia e, ainda, no movimento designado como *Occupy Wall Street*.

Sabino Cassese (2010, p. 41) identifica o ciberativismo diante da mobilização do que se denomina cibercidadãos.

Por outro lado, se a liberdade de expressão e a liberdade de informação têm na Internet a via de expressão mais fluída, intensa e acessível, Cass Sunstein (2007) aborda o problema da censura individual ao conteúdo plural proveniente da rede mediante a seleção e a filtragem de cada pessoa conectada. Os riscos da censura não são exclusivos por parte do poder público, pelo que é necessário num regime democrático, que a liberdade de expressão esteja acompanhada de dois elementos essenciais, que são a) a ampla exposição das pessoas a conteúdos, notícias, fatos e opiniões variados, e b) a existência de experiências comuns por boa parte dos cidadãos. São problemas a serem enfrentados na esfera estritamente privada da Internet, que remete à dimensão digital do direito fundamental ao máximo existencial.

Outros âmbitos em que se percebe a instituição de uma constitucionalização em ambientes em que operam atores não-estatais é, como referido, o da Organização Mundial do Comércio, cuja introdução de parâmetros relativos a direitos humanos é fundamental para a progressiva realização do direito fundamental ao máximo existencial em razão dos efeitos que um comércio internacional injusto, em que viceje livremente o poder econômico, pode acarretar.

Daí que Stephen Powell e Henández-Truyol (2009), a partir do reconhecimento do impacto do comércio internacional nos direitos humanos¹⁶⁹, principalmente direitos sociais, defendem a instituições de mecanismos que possam assegurar um comércio justo, o que também é defendido por Martínez (2002), após rechaçar os argumentos de que a ausência da observância de parâmetros relativos a direitos humanos implicaria numa vantagem competitiva indevida, consubstanciando *dumping* social, de um lado, nega, de outro, que tais parâmetros, se postos adequadamente, possam representar barreiras alfandegárias não-fiscais¹⁷⁰.

O constitucionalismo global teria, ainda, a capacidade de integrar e absorver as eventuais constituições civis, que conferem um arsenal de potencialidades para os mecanismos e técnicas de proteção da pessoa humana, constituindo um “constitucionalismo de derecho privado”, tal como denominado por Zagrebelsky (2008, p. 297-299), ressaltando

¹⁶⁹ Salientam Powell e Henández-Truyol (2009, p. 61) que “Em relação ao comércio, direitos de todas as gerações são relevantes. Alguns direitos podem parecer ter uma conexão mais intensa com o comércio”, como os direitos relativos ao trabalho. Em tradução livre. No original, “In relation to trade, rights of all generations are relevant. Some rights might appear to have closer nexus to trade than others”

¹⁷⁰ Outrossim, sobre a constitucionalização da Organização Mundial do Comércio, o estudo de Deborah Cass (2005).

que se faz imprescindível a elaboração de uma teoria do Estado de Direito e dos direitos fundamentais diante dos poderes privados. O Estado de Direito equivale à sujeição de todos os poderes à legalidade, sejam públicos, sejam privados.

Daí a importância de se compreender que o direito fundamental ao máximo existencial, por força da dimensão do constitucionalismo global que se estende sobre e em face dos poderes privados, sobretudo o poder econômico, deve conduzir a efetividade dos direitos fundamentais em tais âmbitos, pelo que Ferrajoli (2008, p. 298-299) salienta que

A técnica desta minimização (dos poderes) é em ambos os casos a da igual garantia e maximização dos direitos fundamentais e da correlativa limitação e/ou funcionalização das situações jurídicas de poder. A propósito, é preciso dissipar o equívoco de que as únicas relações verticais de poder/sujeição são as ocorridas sob o direito público entre o Estado e o cidadão; e que a sociedade civil, que é a esfera do direito privado, é uma sociedade natural e não, também, como a política, uma sociedade artificial¹⁷¹.

Cabe salientar que a formação do constitucionalismo global se dá por uma diversidade de técnicas que não podem ser esgotadas, posto ser um processo difuso e não formal. Não obstante isso, Jeffrey Dunoff e Joel Trachtman (2009, p. 19-20) apontam os mecanismos típicos do constitucionalismo e sua adaptação potencial a instituições e mecanismos supranacionais.

A impressão das características e a introdução de mecanismos típicos do constitucionalismo no direito internacional, consubstanciando um Direito Constitucional Internacional ou um constitucionalismo internacional, promove o reforço do *status* normativo do direito internacional, afigurando-se pertinente a colação da doutrina de Anne Peters (2011, p. 397-398), embora traçando uma noção mais precisa de constitucionalismo global, *in verbis*:

O constitucionalismo global é uma agenda acadêmica e política que identifica e defende a aplicação de princípios constitucionais ao direito internacional para potencializar a efetividade e a justiça no âmbito do direito internacional. O constitucionalismo global refere-se a um processo contínuo e gradual, mas não linear, de emergência e deliberada criação de elementos constitucionais no direito internacional por atores políticos e judiciais impulsionados pelo discurso acadêmico que identifica e desenvolve esses elementos.¹⁷²

¹⁷¹ Em tradução livre. No original, “La técnica de esta minimización es en ambos casos la de la igual garantía y maximización de los derechos fundamentales y de la correlativa limitación y/o funcionalización de las situaciones jurídicas de poder. A propósito de esto hay que disipar el equívoco de que las únicas relaciones verticales de potestad/sujeción son las que tienen lugar en la relación de derecho público entre Estado y ciudadano; y que la sociedad civil, que es la esfera de derecho privado, es una sociedad natural y no también, como la política, artificial.

¹⁷² Em tradução livre. No original, “Global constitutionalism is an academic and political agenda that identifies and advocates for the application of constitutionalist principles in the international legal sphere in order to improve the effectiveness and the fairness of the international legal order. Global constitutionalization refers to the continuing, but not linear, process of the gradual emergence and deliberate creation of constitutionalist

De outra parte, a via oposta leva a uma potencialização da capacidade de ação dos Estados na ampliação dos níveis de prestação dos direitos fundamentais diante da previsão da cooperação, complementação e subsidiariedade entre os vários níveis de proteção dos direitos, propiciando que seja assegurado um nível de efetividade e tutela tendencial e razoavelmente uniforme entre os países, como salienta Camerlengo (2007, p. 177).

O acerto de Peter Häberle (2004b, p. 238) é patente ao sustentar que o Estado Constitucional – resultado da evolução progressiva e contínua do constitucionalismo enquanto processo cultural e existencial – se desprende de qualquer perspectiva eurocêntrica e se torna uma obra comum resultante de várias épocas e locais, de modo que os países em desenvolvimento e os micro-Estados devem ser integrados a esse processo.

O apuramento dessa expansão do constitucionalismo viabiliza o vínculo de cooperação entre os Estados Constitucionais componentes da ordem mundial, promovendo o surgimento do que o próprio Häberle (2007, p. 6) trata como Estado Constitucional Cooperativo, que é o “[...] Estado em que o poder público é juridicamente constituído e limitado através de princípios constitucionais materiais e formais: Direitos Fundamentais, Estado Social de Direito, Divisão de Poderes, independência dos Tribunais”. Essa perspectiva é reforçada por Zagrebelsky (2007, p. 146) ao defender que o Estado constitucional é intrinsecamente aberto em razão da tendência expansiva e universalizante dos seus conteúdos.

Assim, a extensão dos conteúdos constitucionais para além das fronteiras e a convergência com outros sistemas que, por migração conscientemente recebida ou por imitação, adotam modelos e valores constitucionais, corresponde a necessidade da comunidade global contemporânea, cujos membros encontram-se cada vez mais próximos e distantes, protegidos e inseguros, deslocados e situados virtual e digitalmente em todo o mundo e, assim, em lugar nenhum ou no reino da Utopia.

Na doutrina pátria, além de Flávia Piovesan (2002), destaca-se a visão prospectiva do constitucionalismo global de Clèmerson Merlin Clève (2006, p. 42) ao admitir a necessária mudança de paradigma constitucional com a migração da perspectiva da realidade interna para outra, que “[...] insere o direito constitucional nacional no contexto daquilo que pode ser chamado de direito constitucional global”.

E isso, justamente, que denota a importância da compreensão de que o direito fundamental ao máximo existencial se afirma e se desenvolve num ambiente de

constitucionalismo dirigente nacional (por si, de feição neoconstitucional, como exposto), principiológico e instituidor de um Estado de direitos fundamentais, em conexão com o constitucionalismo global, em todas as dimensões que lhe dão compostura. Tal conexão propicia a interação dos sistemas nacional, regional e internacional dos direitos da pessoa humana (fundamentais e humanos) e, conseqüentemente, a convergência cooperativa dos seus vários atores¹⁷³. Assim, Estados e atores não-estatais, além das organizações internacionais em geral, devem adotar medidas e ações efetivas para realizar seus deveres relativos aos direitos da pessoa humana, sobretudo proteger os grupos vulneráveis mediante o respeito, proteção e satisfação dos direitos econômicos e sociais, tal como defende Felice (2010, p. 21) a partir da noção de *Global New Deal*.

Ora, a desmercantilização das condições existenciais (ESPING-ANDERSEN, 1999, p. 35) exige dos Estados uma atuação ativa na conformação dos seus mercados e dos mercados regionais e internacional, como registra Edgar Morin (1997, p. 112-113), mas não se pode desprezar a importância da ação dos atores não-estatais¹⁷⁴.

A despeito de toda a relevância do constitucionalismo global, não se pode deixar de mencionar os problemas que dele resultam e os que por ele são enfrentados em razão da globalização econômica de matiz neoliberal. Nessa seara, destacam-se os problemas das condições e possibilidades de uma governança global e o respectivo déficit democrático e a concorrência com o Estado quanto a outros setores de regulação, considerando Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 89-90) que o Estado deixa de ter o controle da regulação e passa a ser sócio. Assim, segundo o modelo de direito que se anuncia, haveria a “desconsagração” dos direitos sociais e políticos.

A esse risco da globalização é que se opõe o constitucionalismo global. Além disso, identifica a origem de um constitucionalismo global das empresas multinacionais se sobrepondo às leis nacionais. Nesse âmbito, tem-se que a dimensão social dos blocos regionais e os parâmetros de observância dos direitos humanos nas relações comerciais pode representar um fator de resistência para o poder econômico privado transnacional.

Além disso, há os problemas referidos por Virgílio Afonso da Silva, 2010, p. 101-102) a partir da interação entre o sistema nacional de direitos fundamentais e a tutela existente

¹⁷³ Situando a atuação dos atores públicos, quase públicos e privados no plano global, as considerações de Marcelo Neves (2007, p. 33).

¹⁷⁴ Para Morin, o Estado-nação pode ser decisivo na reorientação da globalização de duas maneiras: a) ou pela formação de blocos regionais fundada numa macropolítica que possibilite a oposição aos fluxos econômicos mundiais – de difícil consecução – ou b) pela ruptura política de um Estado suficientemente forte para exigir dos demais estratégias de solidariedade obrigatória – que também não seria simples de realizar.

na ordem transnacional e que são por ele caracterizados como colisão bilateral e colisão quadrilateral. A colisão bilateral se dá pela existência de níveis de tutela diferenciados entre a ordem nacional e a internacional. É o que acontece no âmbito da diversa disciplina jurídica quanto à defesa do consumidor entre o direito brasileiro e as normas dos outros países membros do Mercosul. Assim também se daria pela distinta tutela jurídica acerca da prisão civil, pois enquanto a Constituição Federal prevê a sua possibilidade quanto ao depositário infiel, assim não o faz o Pacto de São José da Costa Rica¹⁷⁵.

A colisão quadrilateral decorre da ocorrência de soluções diversas dadas por instancias jurisdicionais distintas quanto a colisão de direitos fundamentais. Seria o caso da diversa interpretação dada pelo Tribunal Constitucional alemão e pela Corte Europeia de Direitos Humanos quanto ao caso Caroline de Mônaco II a partir do direito à privacidade, tal como previsto na Constituição alemã e no Convênio Europeu de Direitos Humanos. No caso do Brasil, poderia ser exemplificado, dentre outras situações, pela controvérsia estabelecida entre a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 157, quanto à Lei de Anistia, e a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto ao Caso da Guerrilha do Araguaia, que colidem em pontos específicos.

Outrossim, há o risco de que os diálogos horizontais (firmados entre tribunais nacionais) e verticais (entre tribunais nacionais e supranacionais ou entre aqueles e órgãos não-judiciais de solução de conflitos), na concepção de Vergottini (2010, p. 39), acarretem colisões e tensões entre interpretações distintas, posturas instituições diversas e decisões opostas ou inconciliáveis, dando azo ao advento do transconstitucionalismo, tal como denominado por Marcelo Neves (2009).

Para o aludido constitucionalista, o transconstitucionalismo não se confunde com o constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal ou local, pois se refere a problemas que perpassam todos os tipos de ordens jurídicas, envolvendo questões que poderão sujeitar-se a distintos tribunais na sua possível solução. Vez por outra, esses diálogos levam a práticas anticonstitucionais pela introdução de referenciais opostos à proteção dos direitos humanos e fundamentais, como se dá quando uma migração de ideais opostas aos mesmos vem a ser implementada por determinada corte.

¹⁷⁵ O que acabou sendo solucionado com os julgamentos pelo STF do Recurso Extraordinário nº 349.703, conjuntamente com os *Habeas Corpus* nºs 87.585 e 92.566, conferindo *status* supralegal aos tratados sobre direitos humanos.

Assim, concebendo a noção transversal de constituição com base em aportes luhmannianos e no referencial de racionalidade transversal, o transconstitucionalismo seria um constitucionalismo relativo à solução de problemas jurídico-constitucionais simultâneos a várias ordens jurídicas, operando um diálogo entre as mesmas.

Não se adere, entretanto, à oposição que estabelece com relação ao constitucionalismo internacional, transnacional ou supranacional, pois o transconstitucionalismo não parece ser uma categoria concorrente, mas ao proceder relativo à solução dos conflitos resultantes das interpretações, posições, e decisões adotadas em diálogos verticais e horizontais, que não podem ser resolvidos pelo recurso à identificação da competência – porque, geralmente, há uma concorrência de competências – e nem à hierarquia ou vinculação, por serem categorias normativas inaplicáveis à interação das ordens constitucionais parciais, componentes do constitucionalismo global.

Nesse sentido, Sabino Cassese (2010, p. 23-24) elenca possíveis soluções segundo a perspectiva doutrinária, que vai desde o reconhecimento da margem de apreciação nacional, contendo as instanciais decisórias supranacionais, passando pela doutrina da cortesia judicial, até a da proteção equivalente dos direitos fundamentais.

Desse modo, constata que o direito está ocupando o lugar da política e da beligerância no panorama global e em conflitos mundiais, observando de forma muito eloquente que “Se num primeiro momento o protagonismo na solução de conflitos internacionais passou dos soldados para os embaixadores, agora presenciamos o deslocamento dos embaixadores para os juízes”¹⁷⁶, originando um cosmopolitismo de juízes (VERGOTTINI, 2010, p. 64)¹⁷⁷.

Evidentemente que não se pode catalogar ou impor uma solução única, pois as relações entre as várias ordens jurídicas, componentes do constitucionalismo global, são abertas e construtivas, sendo regida mais pela *prudentia iuris* e pela virtude do constitucionalismo dos direitos fundamentais.

¹⁷⁶ Em tradução livre. No original, “Si en un primer momento el protagonismo en la resolución de los conflictos internacionales pasó de los soldados a los embajadores, ahora presenciamos un trasvase de los embajadores e los jueces.”

¹⁷⁷ Nesse sentido, o constitucionalismo global estaria respaldado numa base filosófica cosmopolita, na esteira do que Camerlengo (2007) denomina direito constitucional cosmopolítico. David Held (2010, p. 39-47), retomando a tradição do pensamento cosmopolita, identifica três matrizes. O cosmopolitismo dos estóicos, o kantiano e o contemporâneo, fundado sobre três premissas, que são a centralidade moral dos indivíduos enquanto seres humanos, o igual valor de cada um e, como consequência, a igualdade dos *status* e do reconhecimento de cada pessoa, a exigir um tratamento imparcial e generalizável, o que pode ser remetido à coerência da ordem jurídica.

Não obstante isso, um critério significativo para convergência e transversalidade dessas ordens jurídicas constitucionalizadas é a orientação em favor da satisfação suficiente das necessidades existenciais vivenciadas pelos cidadãos locais e globais, potencializada pela cooperação entre os atores estatais, supra-estatais e privados.

Assim, o direito fundamental ao máximo existencial representaria não uma peculiaridade da ordem constitucional brasileira, transcendendo às demais ordens jurídicas, regionais, internacionais e privadas.

Esse diálogo entre as ordens jurídicas, dando compostura ao constitucionalismo global, difuso e cooperativo, de base cosmopolita, é fundamental para o enriquecimento do direito fundamental ao máximo existencial tanto quanto ao seu conteúdo, quanto no que respeita à pluralidade, possibilidades, necessidades e abertura das vias, técnicas e mecanismos para a satisfação suficiente das necessidades existenciais, *conditio sine qua non* para habilitar as potencialidades da dimensão humana dos indivíduos ao ensejar o exercício das capacidades. Auto-realização e livre desenvolvimento da personalidade pelo exercício da autonomia dependem da desmercantilização das condições existenciais e da proteção contra o poder político e ideológico, do que advém a necessidade de efetivação do paradigma dos direitos fundamentais num ambiente de Estado constitucional globalizado, em que o *rule of fundamental and human rights* estende-se às ordens jurídicas privadas.

As potencialidades do sistema multinível de tutela dos direitos humanos e dos direitos fundamentais não pode obscurecer um paradoxo identificado por acuidade por Canotilho (2008a, p. 103-104). Com efeito, embora os Estados costumem aderir às convenções sobre direitos humanos, demonstrando bondade no âmbito internacional, costumam tecer reservas à implementação desses mesmos direitos no âmbito interno. O discurso moral parece ser mais intenso no plano retórico e internacional do que no plano da efetividade interna. A afirmação do direito ao máximo existencial possibilita enfrentar este paradoxo, pois haveria o reforço da tutela nacional com o introjeção do relevo jurídico das instâncias supranacionais de proteção dos direitos da pessoa humana.

O direito que ora se defende tem, portanto, respaldo no constitucionalismo nacional, regional, internacional e privado, formando-se a partir da perspectiva do constitucionalismo global e da simbiose motivada pela migração da ideia constitucional da possível e necessária máxima realização dos direitos fundamentais, entendida como satisfação suficiente.

No âmbito nacional insta destacar que a grande maioria das constituições contemporâneas abriga a dimensão social¹⁷⁸, ressalva feita à Constituição alemã e à Constituição sueca, dentre outras, que, não obstante isso, reconhecem o caráter fundamental de direitos sociais não expressos e a impositiva garantia de direitos que exonerem o indivíduo das constrições oriundas das necessidades existenciais. O advento dos direitos sociais e a preservação dos direitos civis e políticos – onde houve essa institucionalização – fundamenta a indivisibilidade dos direitos fundamentais e respalda o *status* jurídico normativo do direito fundamental ao máximo existencial.

No que respeita ao âmbito regional, especificamente atinente ao Mercosul, é patente a sua dimensão social, seguindo a diretriz posta pelo art. 4º, parágrafo único, da Constituição Federal, ao exigir uma integração social entre os países da América Latina, coadunando-se com os princípios da prevalência dos direitos humanos e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Ademais, é corroborada a dimensão social mediante o projeto da Carta de Direitos Fundamentais, o Acordo relativo à Seguridade Social, da Declaração Sócio-laboral, a Carta de Buenos Aires sobre Compromisso Social e a Declaração Presidencial dos Direitos Fundamentais dos Consumidores.

Tais instrumentos, independentemente da natureza vinculante, associam-se à força propulsora dos direitos fundamentais, dando azo ao reconhecimento do direito fundamental ao máximo existencial, em derredor do qual os Estados-parte devem instituir o mercado comum com a introdução de obrigações positivas de elevação progressiva, equiparação e equalização dos níveis de prestação social e proteção diante das leis de mercado.

Em sede internacional, como já referido, destaca-se a unidade normativa havida entre o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Como observa Raphaël Sodini (2000, p. 5-7), a indivisibilidade proclamada quanto aos direitos civis e políticos e os direitos sociais foi desmentida pelas Nações Unidas ao consagrar dois instrumentos distintos voltados a institucionalização, com caráter vinculante, desses direitos. A questão da consagração dos direitos em um único pacto ou em dois – como veio a prevalecer – foi discutida acirradamente por algumas sessões da Comissão dos Direitos Humanos, instituída pela Assembleia Geral.

¹⁷⁸ À vista do que se tornou o paradigma do constitucionalismo social, mesmo para os Estados autoritários, cujas constituições abrigavam direitos sociais, o que se estende aos Estados socialistas, que também o faziam, em manifesta preponderância sobre a matriz liberal.

A Comissão concluiu que a complexidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, que tornava necessária a consulta de outras instituições especializadas, recomendava a existência de dois pactos distintos. Essa decisão, evidentemente, foi motivada política pelo peso dos Estados Unidos, no auge da Guerra Fria, que tinha os direitos civis e políticos como referencial oposto aos direitos sociais, que denotavam uma tendência socialista¹⁷⁹. A Guerra Fria que dividiu o mundo dividiu também a indivisível proteção da pessoa humana. Não obstante isso, a construção de sentido da interação dos dois pactos pela doutrina e pela vivência dos direitos humanos confirma o quanto disposto na Declaração de Viena quanto à indivisibilidade, como será mais adiante exposto.

A aludida indivisibilidade e a previsão do art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais denota a base normativa internacional para afirmação do direito fundamento ao máximo existencial e enriquece a sua compreensão normativa na medida em que associa aos direitos previstos no pacto – e não só a eles por força da sobredita indivisibilidade – a obrigação de realização em etapas progressivas, inclusive mediante assistência e cooperação internacionais – o que reforça o caráter de proteção multinível –, com a disponibilização do máximo de recursos disponíveis e utilizando todos os meios apropriados, voltando-se para viabilizar o seu pleno exercício.

Ora, depreende-se desse dispositivo e da compreensão desenvolvida em seu redor um substancial enriquecimento do direito fundamental ao máximo existencial, em conexão com as instancias regionais e nacionais de tutela dos direitos humanos e fundamentais, reforçando a juridicidade ao caráter programático e finalístico dos direitos e vinculando-o com medidas efetivas a serem adotadas pelos Estados e pela comunidade internacional, com a cooperação e assistência, a disponibilização do máximo de recursos viável e a adoção de todos os meios aptos. Tais parâmetros, embora subjacentes à temática dos direitos fundamentais, não são muito bem operacionalizados pela doutrina e pela prática jurisprudencial brasileira, sendo imprescindível agregá-los como condição de possibilidade da efetividade dos direitos fundamentais ao representar a parcial concretização normativa do afirmado direito fundamental ao máximo existencial.

Desse modo, é intuitivo que a moralidade que fundamenta os direitos humanos e fundamentais confere aos mesmos um direcionamento para metas e objetivos, revelando o caráter programático e vinculante (KENT, 2005, p. 87-88). Esses objetivos encerram um

¹⁷⁹ Detalhando o caráter político da decisão, Sodini (2000, p. 6-7).

caráter utópico, mas projetam-se sobre o real, o possível e o necessário, justificando a construção do referencial da satisfação suficiente das necessidades existenciais mediante a reflexão hermenêutica. As metas, todavia, são insuficientes, como salienta George Kent, sendo necessário um grande esforço de planejamento, direcionamento de recursos e implementação de medidas para que seja possível a aproximação de tais metas, que continuamente se projetam para além do que realizado.

Com efeito, apesar do reconhecimento da categoria normativa relativa a *core obligation* quanto aos direitos humanos, não se pode legitimar, no plano internacional, qualquer compreensão que os circunscreva apenas à garantia da subsistência e proteção diante da pobreza e da miséria.

No âmbito das constituições civis que se vem formando, destaca-se o valor dos direitos sociais e das liberdades no âmbito do comércio internacional, com a introdução de paradigmas mínimos quanto à observância de determinados direitos, que também compõem o arsenal de mecanismos de reforço à efetividade dos direitos humanos e fundamentais, respaldando o direito fundamental – e humano, portanto – ao máximo existencial.

Nesse sentido, destaca-se o art. XX, item I, alíneas ‘b’ e ‘g’, do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (General Agreement on Tariffs and Trade – GATT), que prevê a possibilidade de adoção, por qualquer Estado-parte, de medidas necessárias à proteção da saúde e da vida das pessoas e animais e à preservação dos vegetais, como, também, à conservação dos recursos naturais esgotáveis. A disciplina convencional do comércio internacional admite, portanto, restrições ao livre trânsito de mercadorias quando esteja em risco a saúde, a vida e o meio ambiente, o que exprime a introjeção de valores humanísticos materializados por esses direitos no âmbito do mercado internacional.

Assim, demonstrada a pressuposição de uma compreensão adequado do direito fundamental ao máximo existencial no âmbito de um constitucionalismo global difuso, complexo, intercultural e multifacetado, que universaliza a linguagem dos direitos humanos e fundamentais e a técnica de proteção da pessoa humana, assinalando elementos de enriquecimento da sua dimensão material, cabe adentrar a outro marco teórico que é imprescindível para a afirmação do aludido direito fundamental.

Se é comum a correta constatação e a referência de que os direitos fundamentais são abertos e indeterminados – como também os direitos humanos –, disso não decorre a impossibilidade de que apresente um delineamento, ainda que também aberto e inclusivo, do seu conteúdo material e do seu caráter funcional. A abertura e indeterminação são naturais e inexoráveis quanto à linguagem constitucional dos direitos fundamentais e quanto à

linguagem dos direitos humanos. As constituições e os pactos internacionais não são códigos e, como tal, não podem sequer se prestar ao intento de exaurir a disciplina de determinada matéria, pretensão esta que há muito já se revelou inalcançável mesmo pelos códigos em razão das limitações reveladoras das incapacidades da função legislativa, com a consequente superação do mito do legislador racional.

No caso do direito fundamental ao máximo existencial, a compreensão tanto da sua fundamentação, firmemente arraigada no caráter moral que lhe respalda, como do seu conteúdo material não é – e nem poderia ser – suficientemente divisada a partir do art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e nem por qualquer disposição dos textos que compõem a dimensão social do Mercosul e, muito menos, pelos arts. 1º, inciso III, 3º, incisos I e IV, 5º, *caput* e §1º, 6º e 7º, *caput*, 170, *caput*, e 193, *caput*, da Constituição Federal. Tais dispositivos fundamentam, dogmática e normativamente, o direito fundamental ao máximo existencial no constitucionalismo dirigente brasileiro, mas não propiciam a adequada e suficiente compreensão da moralidade que lhe é ínsita pelo valor que representa para a convivência comunitária e nem a inferência de elementos componentes do seu conteúdo material, a despeito do enriquecimento material proveniente do entrelaçamento e da convergência propiciada pelo constitucionalismo global.

Esses dois aspectos, relativos à fundamentação moral e à compreensão parcial da compostura do conteúdo material do direito fundamental ao máximo existencial tornam imprescindível recorrer à teoria das necessidades, a partir da qual é erigida a teoria das capacidades.

2.4.4 A teoria das capacidades e a teoria das necessidades

O direito fundamental ao máximo existencial relaciona-se, como é intuitivo, com a compreensão de que os direitos fundamentais visam a assegurar a satisfação de necessidades humanas. Essa perspectiva, associativa dos direitos fundamentais às necessidades, envolve a

fundamentação¹⁸⁰, a conceituação e elementos para identificação do conteúdo material dos direitos fundamentais.

As necessidades, por sua vez, são importantes porque condicionam a existência do ser humano e a sua liberdade, sendo relacionadas mais recentemente por Martha Nussbaum (2011) à noção de capacidades.

Nesse sentido, o direito fundamental ao máximo existencial se fundamenta na imposição da satisfação suficiente das necessidades existenciais, relacionadas substancialmente aos direitos sociais, mediante a ampliação dos níveis essenciais de prestação, a fim de assegurar a auto-realização e o pleno desenvolvimento da personalidade mediante o exercício da autonomia individual, o que remete às liberdades. Em ambos os âmbitos, quer quanto à satisfação das necessidades existenciais, quer no que respeita à auto-realização, os direitos políticos têm especial relevo.

Desse modo, o recurso às necessidades e às capacidades também demonstra e corrobora a indivisibilidade dos direitos humanos e fundamentais, não sendo possível cindir a compreensão de quaisquer das categorias que lhes compõem.

A ampliação dos níveis essenciais de prestação, por sua vez, orienta-se a partir do reconhecimento e da gravidade das necessidades enfrentadas e denota a superação do referencial paradigmático de mínimo vital ou da garantia restrita ao direito de subsistência, voltando-se não para o conteúdo essencial entendido como conteúdo mínimo de determinado direito, mas para o conteúdo ótimo¹⁸¹.

Por outro lado, o recurso às necessidades é muito mais produtivo em se conectando com a tríade, já referida, componente do pensamento do possível. É a partir das necessidades que se pode entender a relação entre o real e o necessário a fim de constituir alternativas que demarcam o possível e, então, o que seja possível ao próprio Estado que, segundo Bo Rothstein (1998, p. 57), é a questão central da filosofia política. O que o Estado deve fazer a partir do que ele pode fazer e como pode fazer. O entendimento do que ele deve

¹⁸⁰ Como salienta María José Añon Roig (1994, p. 261) ao apontar que a fundamentação ou justificação dos direitos humanos (o que se estende aos fundamentais) se relaciona com a compreensão das necessidades humanas básicas. No mesmo sentido, Perez-Luño (2001, p. 181) ressalta que o fundamento dos valores decorre das suas necessidades, aderindo ao posicionamento de Bobbio.

¹⁸¹ Com efeito, como será oportunamente exposto, a categoria teórica do conteúdo essencial, entendido como conteúdo mínimo de um direito, concerne ao chamado limite das restrições a direitos fundamentais, pelo que não pode ser a categoria adequada à identificação da satisfação suficiente do nível de prestação de um direito fundamental, pois envolve não a restrição, mas o desenvolvimento, a ampliação, do direito em questão. A transplantação acrítica da doutrina de um polo a outro da categoria de conteúdo essencial leva a equívocos como a sustentação do direito ao mínimo vital.

fazer, por sua vez, resulta da compreensão do valor e da fundamentação moral dos direitos fundamentais e, naturalmente, do direito fundamental ao máximo existencial enquanto condição de possibilidade para a suficientemente satisfatória realização desses direitos.

Saliente-se, entretanto, que o reconhecimento do constitucionalismo global e os níveis de proteção dos direitos humanos e fundamentais conduz a que a aludida indagação seja estendida para o plano supranacional, à vista do imperativo de cooperação entre os Estados, as organizações internacionais e os atores não-estatais.

Nesse sentido, torna-se importante o desafio ao discurso monetarista que, como consequência da financeirização do mundo, aponta os direitos sociais como um luxo imerecido e economicamente insustentável, porque “no hay dinero”, como salienta Francisco Contreras Peláez (1994, p. 12), para satisfazê-los.

A relação dos direitos sociais com a satisfação das necessidades existenciais é ressaltada intensamente pela doutrina, como o faz Raymond Plant (1992, p. 19) ao destacar que, entendidos os direitos sociais como direitos positivos¹⁸², o conceito de necessidade ganha papel relevante, pois “[...] as pessoas necessitam de certa quantidade de recursos para viver adequadamente”¹⁸³.

Ademais, ressaltam Plant, Lesser e Taylor-Gooby (2009, p. 20) que “O conceito de necessidade é absolutamente fundamental para a compreensão das políticas sociais contemporâneas e do Estado de Bem-Estar Social¹⁸⁴”; entretanto, a percepção de quais sejam essas necessidades é questão deveras complexa (IFE, 2008, p. 89), sobretudo pelo caráter cultural e histórico das comunidades políticas, repercutindo nas necessidades, e da diferenciação delas para com os desejo e vontades.

Essa distinção é importante porque demarca as condições de compreensão da extensão e do sentido do direito ao máximo existencial, pois não se dirige à satisfação de mera vontade individual e nem dos desejos pessoais; ao contrário, volta-se estritamente para a satisfação suficiente das necessidades. Daí a arguta observação de Plant, Lesser e Taylor-Gooby (2009, p. 22) de que o mercado é a instância em que se opera a satisfação das necessidades, dos desejos e das preferências; entretanto, as necessidades não podem ficar

¹⁸² Concepção a que se faz reservas, pois todos os direitos fundamentais envolvem deveres negativos e positivos e, em face destes, demandam recursos.

¹⁸³ Em tradução livre. No original, “[...] people have a need for a certain sorts of resources in order to live adequately.”

¹⁸⁴ Em tradução livre. No original, “The concept of need is absolutely fundamental to the understanding of contemporary social policy and the welfare state.”

apenas a cargo do mercado, porquanto existem aqueles que não têm condições de satisfazê-las pelas vias da aquisição, no mercado, de produtos e serviços.

É nesse contexto e por tais razões que se justifica sobretudo uma das funções tipicamente atribuídas ao Estado Social e que caracteriza um dos seus modelos (ESPING-ANDERSEN, 1999), que é a de desmercantilização das condições existenciais, entendida como o provimento pelo Estado das condições de satisfação das aludidas necessidades. Desejos, preferências e gostos podem ser satisfeitos pelas vias da economia de mercado¹⁸⁵, mas as necessidades não podem ficar sujeitas ao mecanismo de distribuição da riqueza próprio da economia de livre mercado¹⁸⁶.

Essa função do Estado Social se dá justamente pela dimensão dos direitos sociais, que servem à satisfação de tais necessidades, propiciando que o poder público atue para exonerar o indivíduo das constringências oriundas das necessidades existenciais quando e na medida em que não podem ser satisfeitas pelo acesso ao mercado. Infere-se, pois, a dimensão axiológica dos direitos sociais a partir do valor moral da satisfação das necessidades existenciais na medida em que se evita que sobrevenha o dano.

Por isso que, consagrando-se o objetivo de promoção da justiça social, como é inerente aos modelos de Estado Social e, no caso brasileiro, na forma dos arts. 170 e 193 da Constituição Federal, as necessidades passam a ser o único critério adequado para a distribuição dos recursos relacionados às prestações sociais, conforme anotam Plant, Lesser, Taylor-Gooby (2009, p. 21) e Contreras Peláez (1994, p. 42), sobrepondo-se ao mérito, ao êxito e à capacidade. Não obstante isso, numa comunidade política o direcionamento das prestações sociais e dos serviços públicos deve ser universal, à vista do caráter solidário e de que não representem um estigma social discriminatório. As necessidades, então, devem ser valoradas e avaliadas globalmente, malgrado satisfeitas tanto coletiva, como individualmente.

Contreras Peláez (1994, p. 41) observa não ser possível a transição imediata do ser – a constatação das necessidades – para o dever ser por força do peso axiológico que comporta – a imposição jurídica da satisfação das necessidades.

As necessidades são importantes porque a sua satisfação exprime um carga valorativa intensa pela sua própria natureza (IFE, 2008, p. 90). Assim, da constatação real de uma necessidade advém a dimensão axiológica que comporta a sua satisfação; daí faz-se

¹⁸⁵ Como observa Ife (2008, p. 258), os direitos humanos não incluem todos os direitos de que alguém se afirma titular.

¹⁸⁶ Acerca da distinção entre necessidades e preferências ou desejados, as considerações de Plant, Lesser e Taylor-Gooby (2009, p. 25-33) e Brage (1999, p. 99-116).

necessário chegar à imposição da sua satisfação como dever jurídico pela fundamentação moral que comporta.

Uma possível solução é delineada por Ruth Gavison (2003, p. 37) reputando que a compreensão dos direitos humanos deve ser determinada pela urgência das necessidades, sua relação com a dignidade e a necessidade de conferir-lhes a especial proteção assegurada pelos direitos.

Para a compreensão da questão atinente à relação entre as necessidades, a sua dimensão axiológica e os direitos humanos e fundamentais, tanto para fins de fundamentação, como para desnudar elementos que componham parcialmente o conteúdo material de determinados direitos – e do direito fundamental ao máximo existencial – é preciso uma aproximação ao conceito de necessidades e perscrutar a relação entre necessidades e direitos.

Além de ser uma noção complexa, Len Doyal e Ian Gough (1991, p. 1) ressaltam que costuma ser amplamente utilizada e abusada, inclusive para justificar a adoção de políticas sociais verdadeiramente desastrosas. Assim, o conceito de necessidade humanas objetivo e universal tem atraído para si desconfiança e ceticismo, o que colaborou para a série de fatores e mudanças na estrutura social e do Estado. O enfraquecimento da noção e da compreensão das necessidades ocasionou a frustração quanto a possibilidades de êxito de políticas sociais, a ameaça sobre os direitos sociais, a fragmentação da luta política e a ascensão da Nova Direita com o seu discurso neoliberal (DOYAL; GOUGH, 1991, p. 9).

Esse contexto faz premente a retomada e revalorização do conceito e da compreensão adequada das necessidades humanas, reforçando o seu vínculo de fundamentação e de conteúdo para com os direitos humanos e os direitos fundamentais. Com efeito, Peces-Barba Martínez (1999b, p. 35) ressalta que a união das necessidades a serem satisfeitas e a sua consideração direito já situa a cultura dos direitos sociais.

Nesse sentido, Doyal e Gough (1991, p. 3) apontam que a construção adequada da teoria das necessidades é fundamental para fundar a representação de alternativas ao neoliberalismo.

A noção de necessidade surge como essencial aos conceitos e categorias principais da teoria marxista (HELLER, 1986, p. 21-24), embora o próprio Marx não a tenha explicita e diretamente enfrentado. De qualquer sorte, é perceptível que ele nega a possibilidade de que qualquer necessidade seja estritamente natural¹⁸⁷, sendo todas elas

¹⁸⁷ Que seriam as necessidades de alimentação, vestuário, moradia, dentre outras. Para Heller (1986, p. 30), as necessidades naturais, segundo Marx, são as relativas à preservação da vida e são naturalmente necessárias

necessidades sociais¹⁸⁸ porque surgem e devem ser satisfeitas no âmbito da sociedade, mediante o mecanismo capitalista da economia de livre mercado. Entretanto, para Marx a redução do conceito de necessidade a necessidade econômica expressa uma forma de alienação capitalista das necessidades, pois, destinando-se a sociedade capitalista à produção, não tem como finalidade a satisfação das necessidades, mas a valorização e o acúmulo de capital

A necessidade, então, baseia-se na divisão do trabalho. Ademais, as necessidades dirigidas à posse de bens podem aumentar infinitamente. A necessidade de ter é a expressão mais significativa do empobrecimento das necessidades (HELLER, 1986, p. 64-65), pois as leva a um processo de redução e homogeneização.

O possível enfrentamento dos problemas que caracterizam a necessidade de ter, a natureza da sociedade capitalista de não se predispor à satisfação das necessidades e a alienação que produz se dá pelo oposto a essa alienação. Para Marx (HELLER, 1986, p. 112), o capitalismo gera tanto a alienação quanto a consciência da alienação, que é composto pelo conjunto das necessidades radicais. Essas necessidades radicais são pertinentes à classe dos operários e são de satisfação impossível no sistema econômico capitalista, motivando a sua própria derrubada. De qualquer sorte, as necessidades são sempre históricas, podendo trazer consigo o germe para o cambio da estrutura social que comanda a história.

A tendência à afirmação de um conceito de necessidade que seja objetivo e universal, desenvolvido no âmbito de uma teoria das necessidades, é o que relaciona necessidade e dano para aquele que não a tem provida. Assim, seguindo a linha de argumentação de Doyal e Gough (1991, p. 2), o conceito de necessidades humanas parte das inferências de que: a) as pessoas podem sofrer sérios danos pela alteração das circunstâncias sociais, causando-lhe profundo sofrimento; b) a justiça social existe na proporção inversa da ocorrência de sérios danos e intenso sofrimento; c) quando as medidas direcionadas à redução dos graves danos conseguem minimizá-los, tem-se o progresso social; d) se essa redução não existir, as circunstâncias sociais entram em conflito com os interesses objetivos dos prejudicados.

Logo, a noção objetiva e universal de necessidade, percebida, vivenciada e experimentada por todo o ser humano, tanto real, como potencialmente, remete à associação

porque sem a sua satisfação o homem não pode conservar a si próprio. Como o modo de satisfazê-las depende do nível de cultura e de outras condições particulares, sendo produto histórico e, logo, socialmente determinadas.

¹⁸⁸ Noção que, para Marx, apresenta três sentidos distintos (HELLER, 1986, p. 77-85).

com a ocorrência de dano grave. As necessidades humanas exprimem situações em que o indivíduo se encontra que podem resultar em dano grave para si. O valor moral da satisfação da necessidade consiste justamente em evitar o dano e, em razão disso, deve haver uma ótima satisfação das necessidades, segundo Gough e Doyal (1991, p. 3-4).

Haveria, ainda, a referência às necessidades representando fins ou voltando-se para fins. Robert Plant, Lesser e Taylor-Gooby (2009, p. 33-34) aderem à concepção de Ian Gough e de Jen Doyal ao reputarem que se alguém tem uma necessidade, a ausência de sua satisfação lhe acarretará um dano. Desse modo, necessidades remetem a algo sem o qual sobrevirá grave dano: o que é necessário para evitar a ocorrência de danos graves à pessoa humana. Além do dano, há uma perspectiva teleológica porque evitar o dano estaria associado a ensinar o livre desenvolvimento da personalidade.

Assim, as necessidades teriam um caráter finalístico por viabilizarem a realização de um objetivo ao serem satisfeitas. É nesse sentido que Ife (2008, p. 92-93) ressalta que possuem um caráter instrumental a algum fim que, em se tratando das necessidades básicas, são representados pela efetivação dos direitos humanos e fundamentais.

A relação das necessidades com a ocorrência de dano grave ao não tê-las satisfeitas é ressaltado, também, por Maria José Añon Roig (1994, p. 190-193), para quem são as necessidades relações de dependência do ser humano para com o mundo que permitem realizar as condições de existência. Assim, agregando ao dano a ausência de alternativas para a sua supressão, senão a própria satisfação, cabe colacionar a sua doutrina, *in verbis*:

O conceito de dano ou sofrimento com que se liga a noção de necessidade az referência a aquele que, experimentado pelo ser humano, origina uma situação de degeneração permanente de sua qualidade de vida e de sua integridade física ou moral. O conceito de necessidade inclui, portanto, um elemento de necessidade prática derivado de sua vinculação à ideia de dano ou sofrimento que nos põe imediatamente em sua relação com outra dimensão deste conceito: a inexistência de alternativas racionais ou práticas. Este aspecto é o que permite caracterizar as necessidades como situações inevitáveis.”¹⁸⁹

No mesmo sentido, Carll Wellman (2011, p. 47) sustenta que os direitos humanos como direitos morais pressupõem a existência de necessidades humanas básicas, bens ou condições sem as quais o ser humano sofreria danos. Daí não advém, automaticamente, a

¹⁸⁹ Em tradução livre. No original, “El concepto de daño o sufrimiento con el que conectaría la noción de necesidad hace referencia a aquel que experimentado por un ser humano origina una degeneración permanente de su calidad de vida y de su integridad física y/o moral. El concepto de necesidad incluye, por tanto, un elemento de necesidad práctica derivado de su vinculación a la idea de daño o sufrimiento, que nos pone inmediatamente de en relación con otra dimensión de este concepto: la inexistencia de alternativas racionales o prácticas. Este aspecto es el que permite caracterizar las necesidades como situaciones ‘insoslayables’.”

fundamentação moral dos direitos humanos e fundamentais, devendo ser associado com outros fatores.

Na doutrina pátria a referência às necessidades básicas, embora para respaldar o mínimo vital, é adotada por Paulo Gilberto Cogo Leivas (2006, p. 123), adotando a definição acima mencionada de Añon Roig, que associa o dano, a ausência de alternativas e a inevitabilidade.

Todos os mencionados autores defendem a noção objetiva e universal de necessidades, desvinculada do subjetivismo que as associam a preferência e de qualquer relativismo que seria oriundo de particularidades culturais. Ora, se é certo que os sentimentos relativos às necessidades estão culturalmente arraigados, não são as necessidades básicas particulares e contextuais

Como salientam Goldewijk e Fortman (1999, xi), haveria uma dupla perspectiva. Necessidades que são básicas para a subsistência humana, como alimentação e água, são universais; entretanto, são profundamente influenciadas pela compreensão cultural dos valores e das próprias necessidades. O fato das necessidades estarem vinculadas à experiência social possibilita o reconhecimento de sua universalização pela generalização através do discurso racional e do consenso, transitando para a dimensão axiológica e servindo para maximizar e otimizar a satisfação das necessidades de todos e de cada pessoa, como aponta Perez-Luño (2001, p. 182).

Assim, afigura-se que o caráter universal dos direitos humanos e fundamentais deriva exatamente das necessidades básicas serem compartilhadas por todos os seres humanos: alimentação, saúde, moradia, bem-estar, segurança social, trabalho, água, liberdades e inclusão política, dentre outros, são comuns a todos, independentemente da situação e do contexto cultural que, apesar disso, matizam o sentido, o conteúdo e a materialidade de tais necessidades, divergindo-se, nesse ponto, de Ware e Goodin (1990, p. 12-29), que defendem a relatividade das necessidades.

Os danos graves que podem advir da não satisfação das necessidades remetem à ofensa à dignidade, à liberdade ou à igualdade, como sustenta Robert Alexy (2007) ao conceituar os direitos fundamentais como protetivos de bens jurídicos fundamentais à satisfação de necessidades que colocam a pessoa humana em risco de grave lesão.

Ao associar necessidade e danos que resultam da sua insatisfação, surge, no plano dos direitos humanos e fundamentais e de sua efetividade, a questão da escassez e da carência – que para alguns autores, como Brage (1999, p. 19) exprimem a noção de necessidade. Com efeito, embora seja possível a existência de necessidades que não envolvam carência

(PELÁEZ, 1994, p. 52), a questão da carência sempre aparece em se tratando de necessidades existenciais que fundamentam direitos humanos e direitos fundamentais.

Já que as necessidades são progressivas e infinitas, aumentando e se tornando mais complexas à medida que a complexidade social se intensifica, as possibilidades de que sejam satisfeitas as necessidades existenciais remete tanto à questão da escassez, quanto à capacidade do Estado alocar os recursos que disponha para atendê-las. Nesse sentido, Galtung (1994, p. 96) afirma que as necessidades são flexíveis e variam no tempo e no espaço, não sendo fáceis de serem compreendidas e nem de serem alcançadas.

Outrossim, firmada a noção básica do sentido das necessidades, cabe reconhecer a existência de gradações ou tipos de necessidades. Ife (2008, p. 96) suscita a classificação das necessidades desenvolvida por Maslow. Para Maslow, que estabelece uma hierarquia das necessidades ao classificá-las, haveria necessidades físicas e psíquicas, necessidades de segurança, de relacionamento, de estima e de auto-realização.

Doyal e Gough (1991), por sua vez, admitem a existência de necessidades básicas, relativas à saúde e autonomia, e necessidades instrumentais, que são derivações das necessidades básicas e servem a estas. Assim, com relação à saúde seria uma necessidade intermediária a alimentação. Carl Wellman (2011) sustenta a existência de quatro direitos humanos básicos que se destinam a evitar os danos resultantes da insatisfação das respectivas necessidades. Seriam o direito à vida, o direito à liberdade, o direito de associação e o direito de não ser ofendido por terceiros.

A contribuição que se afigura mais significativa para uma adequada compreensão das necessidades e sua tipologia é a sugerida por Galtung (1994, p. 71-73). Para ele existem quatro categorias de necessidades, que são a) as necessidades de sobrevivência, que evitam os danos perpetrados pela violência; b) as necessidades de bem-estar, que evitam os danos causados pela miséria; c) os direitos de identidade, que evitam os danos oriundos de alienação, e as necessidades de liberdade, que evitam os danos oriundos das constrições, censuras e repressões, elencando uma série de direitos referidos a cada uma das categorias de necessidades apresentadas.

Desse modo, a importância da adoção da teoria das necessidades sobreleva como pressuposto para a afirmação e compreensão do direito fundamental ao máximo existencial, para o seu conceito e fundamento, como também para identificação de elementos concernentes ao seu conteúdo material. Se os danos resultantes do desatendimento das necessidades existenciais induzem violação à dignidade, conforme Goldewijk e Fortman (1999, p. 51), tem-se que não podem ser atendidas em nível inferior ao da satisfação

suficiente, a fim de ensejar o pleno desenvolvimento das capacidades, tal como sustentado por Martha Nussbaum (2011) e, conseqüentemente, o amplo, efetivo e real exercício das liberdades.

Dessarte, das necessidades existenciais vislumbra-se a relação para com os direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais. A satisfação suficiente dos mesmos pela ampliação dos níveis de prestação, operando a sua desmercantilização, habilita o desempenho das capacidades humanas por cada indivíduo, viabilizando a auto-realização e a autonomia individual. Afirma-se, pois, a indivisibilidade substancial dos direitos fundamentais, pois se as necessidades existenciais concernem preponderantemente aos direitos sociais, a satisfação das mesmas em nível suficientemente satisfatório – e a conseqüente realização dos respectivos direitos sociais – é condição para que as capacidades sejam exercidas e, por conseguinte, para que as liberdades possam ser usufruídas.

Se assiste razão à Galtung (1994, p. 56-57) ao asseverar que as necessidades estarão onde estejam os direitos humanos e ao perceber semelhanças entre a satisfação das necessidades e o processo político, não se pode negar que a teoria das necessidades é indissociável da fundamentação dos direitos humanos e fundamentais como direitos morais, tal como adiante exposto.

Antecipe-se, de logo, que a questão da ausência de transitividade do fato para o normativo é resolvida com pertinência por Carl Wellman (2011) ao estabelecer a vinculação das necessidades com os danos e com as razões morais para satisfazê-las, evitando-os. Desse modo, a fundamentação dos direitos humanos e fundamentais com base nas necessidades decorre da compreensão de que existem razões morais suficientes a que se evite o sofrimento de um dano grave ao ser humano apenas pela sua condição de ser humano.

Assim, a interação entre necessidades, dano e as razões morais de evitá-lo a qualquer ser humano conferem uma dimensão moral aos direitos humanos e fundamentais, como adiante será exposto ao tratar da fundamentação dos direitos fundamentais e do direito ao máximo existencial, especificamente.

Como as razões morais são razões para a ação, motivam a ação humana e tornam valiosa a satisfação das necessidades, não pela satisfação em si, mas por evitarem o grave dano à pessoa. Essa vinculação parece ser pertinente, mas não se afigura pertinente negar o valor da satisfação das necessidades como condição para a auto-realização e para a autonomia individual. O valor positivo adviria pela existência de razões morais que justificam que cada ser humano deva estar apto ao pleno exercício das suas liberdades, de forma real e efetiva,

alcançando as metas, objetivos e projetos de vida traçados e realizando a sua humanidade conforme todas as aptidões, escolhas e direcionamentos que pretenda.

Tais capacidades, intrínsecas e necessárias ao desenvolvimento das liberdades, demandam a satisfação suficiente das necessidades existenciais ou básicas, compondo o conteúdo formal do direito fundamental ao máximo existencial.

As necessidades básicas seriam aquelas sem as quais danos graves sofridos pelo ser humano o inabilitariam ao exercício das capacidades humanas. São as que se afiguram como condição existencial não apenas para a vida, mas para as plenas potencialidades que designam e distinguem a pessoa humana, referindo-se sempre a bens moralmente fundamentais por representarem sua satisfação, adotando-se a tipologia de Galtung. Pode-se apenas considerar que as necessidades básicas se compõem das necessidades existenciais, relativas às condições que propiciem a qualidade de vida e o bem-estar, e as necessidades de autonomia, concernentes às condições de livre desenvolvimento da personalidade. Às primeiras se relacionam os direitos sociais; às segundas, as liberdades. Ambas compõem as necessidades básicas, pois a liberdade religiosa é tão básica e imprescindível para alma, como o alimento o é para o corpo.

Para tanto, não se afigura possível buscar a satisfação das necessidades quanto ao que represente o mínimo vital, pois a sobrevivência ou a subsistência é apenas uma das necessidades básicas e os direitos a ela relativos, ou a intensidade mínima do atendimento dos direitos, tendo como referencial o mínimo vital, é inadequada à garantia da desmercantilização das condições existenciais e, conseqüentemente, inócua para assegurar a auto-realização e o pleno desenvolvimento das liberdades de forma real e efetiva, o que depende não apenas da vida, mas da qualidade de vida que habilite as capacidades. Logo, depende da satisfação para além do mínimo das necessidades existenciais.

Nesse sentido, cabe invocar os critérios para a mensuração dos níveis de satisfação das necessidades que são desenvolvidos por Doyal e Gough (1991, p. 92). Assim, investigam a questão sobre a moralidade da intensidade da satisfação das necessidades, ou seja, se é moralmente aceitável o atendimento mínimo das necessidades ou se, ao contrário, “[...] podem ser estendidas para níveis mais altos e mesmo a níveis ótimos de satisfação?”¹⁹⁰.

¹⁹⁰ Em tradução livre. No original, “[...] can it be extended to higher and even optimum levels of need satisfaction?”

Por essa via, as necessidades ligam-se às capacidades, que reforçam, em sobreposição, o sentido e o valor moral que já possuíam¹⁹¹, pois a sua satisfação suficiente é imprescindível para as capacidades que viabilizem a auto-realização, o que pressupõe a existência de qualidade de vida, ou a garantia de uma vida decente.

A adoção do direito fundamental ao máximo existencial e a insuficiência, sob o paradigma dos direitos humanos e fundamentais, do direito ao mínimo vital, fazem deduzir que não pode haver outro referencial de satisfação que não aquele já aludido da satisfação suficiente. Com efeito, a auto-realização individual e o exercício da autonomia, que derivam das capacidades habilitadas pela satisfação das necessidades exigem que essas necessidades sejam atendidas além do mínimo, ou, conforme critério adotado, conforme a satisfação suficiente.

Doyal e Gough (1991, p. 92-108), após apontarem o reconhecimento do direito à mínima satisfação das necessidades básicas, defendem que o que se impõe, no âmbito do contexto da vida pública e da vida privada, é a satisfação ótima das necessidades, cabendo colacionar o excerto abaixo, *in verbis*:

Sempre haverá determinados objetivos que as pessoas levam muito a sério e creem que têm o dever de *alcançá-las na maior medida possível*. Trata-se normalmente de fins que são essenciais para seu desenvolvimento vital, cujo alcance satisfatório indicará se são ou se são consideradas pelos demais como portadoras de elevados valores morais. Os objetivos pessoais de cada classe são informados por valores culturais: formas e níveis de atuação que esperam aquilo que sentimos moralmente obrigados.¹⁹²

Posteriormente (DOYAL; GOUGH, 1991, p. 159-163) desenvolvem a noção de ótimo de participação e ótimo crítico, sendo este mais amplo por habilitar o indivíduo ao pensar sobre sua própria vida e suas expectativas, enquanto o primeiro critério de estimativa das necessidades remete à capacidade do indivíduo optar pelas atividades que deseje desenvolver no seu próprio ambiente cultural. Admitem, entretanto, que as condições sociais dos diferentes países, notadamente do Terceiro Mundo, podem justificar a redução dos padrões de satisfação pertinentes ao ótimo crítico – que deve ser o ponto almejado – em termos de médio e curto prazo, permanecendo como critério a ser atingido em longo prazo.

¹⁹¹ Embora Arthur Kaufmann (2007, p. 84) sustente que valha mais proteger a tragédia do que estimular a felicidade, o que pode ser entendido como conferindo prioridade moral a evitar os danos decorrentes do não atendimento das necessidades do que promover as capacidades humanas, com o que não se concorda.

¹⁹² Em tradução livre. No original, “There will always be some goals which individuals take very seriously and which they believe that they have a duty to achieve *to the best of their ability*. These will usually be aims which they perceive as central to the conduct of their lives, the successful achievement of which will determine whether or not they will regard themselves and be regarded by others of a high moral character.” Personal goals of this kind are informed by cultural values – the types and levels of performance expected by those toward whom one experiences moral obligations.”

A partir daí, Paulo Roberto Cogo Leivas (2006, p. 126-127) defende a concepção de mínimo vital, considerando a sua utilidade por ser mais realista, com o que não se pode aderir.

Como salientado, o direito fundamental ao máximo existencial, ao impor a satisfação suficiente das necessidades existenciais mediante a ampliação dos níveis de prestação que possibilitem o desenvolvimento das liberdades mediante o desempenho das capacidades, propicia a auto-realização e a autonomia individual, garantindo, conseqüentemente, qualidade de vida.

Nem a sobrevivência é a única necessidade existencial e nem o atendimento de outras necessidades existenciais a um patamar mínimo viabiliza o exercício das capacidades e o desenvolvimento pleno das liberdades. Eventual incapacidade de um determinado contexto social e político não pode ser tido como obstáculo intransponível, pois o máximo existencial abriga uma dimensão moral e outra utópica, consubstanciando uma ideia reguladora das condições adequadas para o pleno exercício das potencialidades humanas.

Essa compreensão da teoria das necessidades evita que se circunscreva os direitos fundamentais apenas à garantia do mínimo de sobrevivência, relacionando-os somente à satisfação dessas necessidades sem que se perceba a sua vinculação com as capacidades humanas e que não basta atingir um nível mínimo de atendimento de tais necessidades, pois isso representaria uma parcial insatisfação, conforme a construção doutrinária que se propõe a partir da afirmação do direito fundamental ao máximo existencial.

Nisso se insere a advertência de Alfonso Manuel Chacón Mata (2007, p. 47), feita a partir do desvirtuamento da interpretação por vezes conferida ao art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Para ele, não passa de falácia restringir a realização de direitos à satisfação das necessidades básicas¹⁹³, o que é evitado em se compreendendo a teoria das necessidades em conexão com a teoria das capacidades e em consonância com o direito fundamental ao máximo existencial.

Nesse contexto, impõe-se associar a teoria das necessidades à teoria das capacidades, já intuitivamente introduzida nas relações já anunciadas entre necessidades e capacidades.

¹⁹³ De forma similar, Teresa Vicente Giménez (2006, p. 79) sustenta que o Estado Social não se funda na ideia da satisfação das necessidades básicas, mas em imperativos de justiça social, estando em questão o problema da realização dos direitos sociais e a justa distribuição da riqueza.

Se o suprimento das necessidades em nível suficientemente satisfatório habilita o exercício das capacidades, que representam o desenvolvimento das liberdades, o efetivo gozo das liberdades um parâmetro para aferição do nível de progresso e de desenvolvimento de uma comunidade política, como suscita Amartya Sen (2000, p. 17-18). O desenvolvimento assim propiciado seria tanto individual e, portanto, humanístico, como comunitário e, assim, solidário, na medida em que exige a remoção das fontes de privação das liberdades substantivas ou substanciais, que seriam a pobreza, a tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência de serviços públicos e intolerância ou arbítrio de Estados repressivos.

Tais situações são exatamente as que ocasionam danos graves e que podem ser evitadas mediante a supressão das respectivas necessidades, que se materializa nos direitos fundamentais e se fundamenta no valor moral de que se evite tais danos para os seres humanos. Depreende-se, então, tanto a interação das necessidades e capacidades¹⁹⁴, como dos direitos sociais e das liberdades, demonstrando a já propalada indivisibilidade, que convergem na compreensão do direito fundamental ao máximo existencial e permitem desnudar as suas possibilidades.

A noção de capacidade¹⁹⁵ é desenvolvida por Amartya Sen (2000, p. 32-33) a partir da sua teoria que vincula o desenvolvimento econômico à ampliação e gozo efetivo das liberdades. Refere-se às capacidades como possibilidade das pessoas levarem o tipo de vida que valorizam, podendo ser ampliadas pelo processo político mediante políticas públicas, notadamente mediante as capacidades de participação política do povo.

Sen (1996b, p. 55-57) define a capacidade como a aptidão ou habilidade real de alguém para realizar funcionamentos valiosos para a sua vida. Os funcionamentos são entendidos como estados de uma pessoa que pretende fazer ou ser ao viver. A capacidade envolve alternâncias e combinações variadas de funcionamentos, podendo escolhê-los livremente. Assim, a vida deve ser *vivenciada* por uma combinação de *fazer e seres* em que a qualidade de vida é avaliada a partir da capacidade para realizar os funcionamentos.

Por sua vez, a liberdade envolve o conjunto das capacidades de uma pessoa (SEN, 1996b, p. 58). Se a capacidade concerne à aptidão para alguém optar ou fazer algo, conforme os seus desígnios do que seja valioso para uma vida boa, consiste num tipo de liberdade

¹⁹⁴ Relação esta que já é estabelecida, com outros pressupostos teóricos, por Luis Recasens Siches (2008, p. 602-603), entendendo que a carência das condições materiais de bem-estar social acarreta a urgência das necessidades e impedem que a pessoa desenvolva seus próprios projetos de vida.

¹⁹⁵ Reconhece, preliminarmente, não ser expressão muito atrativa para a designação que pretende conferir-lhe.

substantiva, real e efetiva. A liberdade em geral envolve o conjunto de capacidades, mas cada capacidade importa num tipo de liberdade, que é a liberdade substantiva.

A expansão das liberdades implica potencializar a auto-realização e autonomia individual e, ao mesmo tempo, decorre da desmercantilização das condições existenciais pela satisfação suficiente das necessidades básicas. Desse modo, pontua Sen (2000, p. 33) que

Ter mais liberdade para fazer as coisas que são justamente valorizadas é (1) importante por si mesmo para a liberdade global da pessoa e (2) importante porque favorece a oportunidade de a pessoa ter resultados valiosos. Ambas as coisas são relevantes para a avaliação da liberdade dos membros da sociedade e, portanto, cruciais para a avaliação do desenvolvimento da sociedade.

Essa concepção inicialmente delineada por Amartya Sen já é importante enquanto referencial teórico subjacente tanto para a fundamentação, como para a afirmação e potencialidade do direito fundamental ao máximo existencial.

Embora partam de premissas e concepções distintas, a teoria das necessidades e a teoria das capacidades parecem ser complementarias, posto que as capacidades se estabelecem somente quando as necessidades são supridas. Da mesma forma que evitar um dano pela insatisfação das necessidades é moralmente valioso diante da condição do ser humano, afigura-se moralmente valioso ensejar o mais amplo arsenal de capacidades, pelos quais o indivíduo deve estar habilitado para escolher, fazer e projetar a sua vida, conferindo-lhe o sentido que bem pretender consoante o seu ideal de vida – boa ou não, embora a justificação moral exija a capacidade de discernir e optar pela vida boa.

Martha Nussbaum (2011) desenvolve com mais acuidade a noção de capacidade, conferindo-lhe, a partir de então, a estrutura de uma teoria que se volta à construção da justiça social. Para Nussbaum (2011, p. 20), capacidades não são apenas habilidades internas que residem no ser humano, abrangendo também liberdades e oportunidades criadas pela combinação de habilidades pessoais e das condições políticas, sociais e econômicas. O complexo dessas capacidades que concernem às liberdades substanciais é denominado por ela como capacidades combinadas.

A estas capacidades combinadas acrescenta o que trata como capacidades internas, que respeitam a traços da personalidade, capacidade emocional e intelectual, estado de bem estar físico e de saúde, conhecimentos internalizados, dentre outros. Desse modo, para Nussbaum (2011, p. 22-25), as capacidades combinadas consistem nas capacidades internas mais as condições sociais, políticas e econômicas nas quais um funcionamento por ser escolhido e exercido.

Acrescenta, ainda, a noção de capacidades básicas com relação aos poderes que

são inatos ao ser humano. Seriam, então, faculdades inatas que condicionam o desenvolvimento posterior e a formação individual.

Ressalta que a existência da capacidade envolve oportunidade de escolher e optar, dando compostura à noção de liberdade de escolha, mas se uma escolha que possa ser exercida, enquanto liberdade substantiva.

Portanto, a promoção das capacidades é a promoção de esferas de liberdade. Dentre tantas capacidades possíveis de serem atribuídas aos seres humanos, Nussbaum perquire quais seriam as mais importantes, pois em favor delas deve se estabelecer as ações políticas necessárias à consecução da justiça social.

Diante disso, Nussbaum (2011, p. 29-32) insere os referenciais de dignidade humana, com todas as ressalvas e observações quanto aos riscos de concebê-la como uma noção intuitiva e auto-evidente, ressaltando que sua compreensão depende do entrelaçamento com outros aspectos e fatores. Da dignidade decorre o reconhecimento do igual respeito a cada ser humano, por serem todos portadores da mesma condição humana e, conseqüentemente, da dignidade.

Ao precisar ainda mais os critérios para identificação das principais capacidades, Nussbaum (2011, p. 31-34) se aproxima, mesmo sem intenção, da teoria das necessidades, ao considerar que a proteção das áreas de liberdade é tão importante que a sua remoção torna a vida humana nada valiosa em termos de dignidade. Ora, a remoção das áreas de liberdade implica dano à dignidade, que deve ser evitado mediante a satisfação das liberdades que, assim, habilitam as capacidades. Se a capacidade não for fundamental, pode ficar a cargo do processo político o seu reconhecimento.

A partir daí, suscita a existência de dez capacidades tidas como centrais, que são relativas a) à vida, b) à saúde, c) à integridade física, d) aos sentidos, imaginação e pensamento, f) às emoções; g) à racionalidade prática; h) ao relacionamento e interação social; i) ao relacionamento com outras espécies; j) às atividades lúdicas e recreativas; l) ao controle sobre si e seu ambiente, que remete à dimensão política, como participação e inclusão do processo político, e à dimensão material, que envolve o trabalho e a propriedade, por exemplo.

O importante desse elenco é a heterogeneidade, pois cada uma delas exige o igual respeito, da mesma forma que cada ser humano é credor de igual tratamento pelo Estado e pelos demais membros da comunidade. A necessidade de coerência quanto à garantia dessas capacidades não exime o Estado de buscar suprir as necessidades que as constroem se o faz ou se privilegia apenas uma ou poucas dessas capacidades, mas não todas.

Disso se infere um dos aspectos fundamentais do direito fundamental ao máximo existencial a partir do parâmetro da satisfação suficiente. A satisfação suficiente de um determinado direito pela supressão da necessidade a que se refira não pode ser aferida em se ignorando os demais direitos fundamentais ou até mesmo outros possíveis titulares do direito em questão, do que se reforça ser imprescindível aferir a coerência com relação aos demais direitos fundamentais quando se avalia se a ampliação dos níveis de prestação de determinado direito é ou não suficientemente satisfatória.

Saliente-se que nem todas dessas capacidades principais se refletem em direitos fundamentais, como se dá com a capacidade de vivenciar e ter emoções, que não pode ser objeto de tutela ou garantia jurídica.

Diante disso, Martha Nussbaum (2011, p. 36) suscita que a pretensão básica da concepção que desenvolve de justiça social baseada nas capacidades é a compreensão de que “[...] o respeito pela dignidade humana exige que os cidadãos sejam alçados acima de um amplo patamar de capacidade, abrangendo todas as dez áreas.”¹⁹⁶

Ora, Martha Nussbaum, ao tecer a sua teoria das capacidades com vistas à proposta de justiça social, está expressando o direito fundamental ao máximo existencial em termos da satisfação das capacidades que habilitem o efetivo exercício das liberdades de escolher, fazer e ser. Para tanto, pressupõe-se que tais capacidades sejam garantias pela supressão das necessidades, evitando o dano e viabilizando a auto-realização e a autonomia na medida em que as condições existenciais serão desmercantilizadas.

A despeito disso, Nussbaum (2011, p. 37) adentra em tema sensível não apenas à justiça social, mas também aos direitos fundamentais, consistente na inexistência de condições sociais que permitam a promoção de todas as dez capacidades além do patamar estabelecido, situação em que algumas delas estariam em competição, consubstanciando a situação típica em que se estabelece uma escolha trágica. A complexidade da situação em que se dá uma escolha trágica não é bem delineada segundo o modelo custo-benefício.

Diante disso, atenta para algo que era intuitivo em situações de escolha trágica pela impossibilidade de satisfação conjunta dos direitos em questão, ou das capacidades concorrentes. Nessas condições, que podem se enquadrar ao que se convencionou chamar de reserva do possível, deve-se buscar as medidas necessárias para aproximar os indivíduos do patamar especificada para as capacidades concorrentes, se não puder ser ultrapassado esse

¹⁹⁶ Em tradução livre. No original, “[...] (this) respect for human dignity requires that citizens be placed above an ample (specified) threshold of capability, in all ten of those areas.”

limiar imediatamente. Nisso se caracteriza, da mesma forma, a função do direito fundamental ao máximo existencial como ideia reguladora, que embasa sempre a ampliação dos níveis essenciais de prestação, e sempre para além do mínimo vital.

Finalmente, Nussbaum (2011, p. 42) se debruça sobre como definir qual seja o patamar adequado para que as capacidades sejam compatíveis com a dignidade humana, rechaçando os dois opostos: a fixação de um limiar extremamente alto inviabilizaria que fosse alcançado; de outra parte, a estipulação de um patamar baixo que seja fácil atingi-lo, ficando aquém do que a dignidade exigiria. Diante disso, afirma que a tarefa dos constituintes e do legislador deve se orientar pela seleção do nível que seja viável, mas não ilusório.

Tem-se mais uma convergência entre as capacidades e o direito fundamental ao máximo existencial, pois, como já exposto, o seu referencial não é o impossível, mas a satisfação suficiente, que se situa muito além do mínimo, mas dentro das possibilidades, pressionando para a ampliação do possível e, conseqüentemente, a extensão dos níveis essenciais de prestação.

A partir do quanto exposto das teorias das necessidades e das capacidades, vislumbra-se que ambas encontram-se subjacentes à afirmação e às potencialidades do direito fundamental ao máximo existencial, pelo que se justificam as convergências ressaltadas quanto a vários aspectos dessas teorias.

Servem como subsídio à fundamentação, à conceituação e à identificação parcial dos elementos componentes do seu conteúdo material, justificando-se a exposição das contribuições que podem enriquecer a compreensão deste direito fundamental.

Respaldam, ainda, o reconhecimento da universalidade e da indivisibilidade dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, características que são imprescindíveis para a adequada compreensão do direito fundamental ao máximo existencial.

Além disso, na medida em que as razões morais de evitar danos ao ser humano pela insatisfação das necessidades existenciais e de possibilitar o exercício de suas capacidades, que condicionam a autorrealização e a autonomia, residem nos valores compartilhados comunitariamente, tem-se a solidariedade social.

A solidariedade¹⁹⁷ seria, então, o valor que, vinculado com a dignidade, a liberdade, e a igualdade – de onde provêm o sentido e as razões morais que tornam

¹⁹⁷ Sobre a solidariedade e a sua relação de fundamentação para com os direitos fundamentais, dentre outros, Gregorio Peces-Barba Martínez (1999a). Mais amplamente, para além da fundamentação dos direitos,

moralmente impositiva a satisfação das necessidades – fundamenta todo o sistema de direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais e, por essa via, inspira o direito fundamental ao máximo existencial. Nesse sentido, revela-se pertinente e legítima a imposição normativa de satisfação das necessidades ao que se representa como satisfação suficiente, pois, como afirmado em 1902 por Leon Bourgeois (1902, p. 32), “A sociedade não pode ficar indiferente ao jogo fatal dos fenômenos econômicos”¹⁹⁸.

A questão de como satisfazer as necessidades remete para o modelo do Estado, a estrutura das políticas sociais e sua conformação com os direitos fundamentais. Não obstante isso, deve-se reconhecer que a satisfação das necessidades pode se dar também quando a comunidade política viabiliza a habilidade de satisfação das necessidades pelos próprios necessitados, como defende David Schmitz (2009, p. 249-250); entretanto, a habilidade de satisfazer necessidades, usualmente, envolve, ela própria, outras necessidades. É o caso dos que estão em situação de desemprego e que necessitam meios de subsistência. Evidentemente que habilitá-los a suprir por si as necessidades envolve o acesso ao trabalho e, certamente, para este acesso deve ser importante a formação educacional. Trabalho e educação, assim, são necessidades que viabilizam a habilidade de suprir outras necessidades, o que relativiza a proposta de prioridade à habilidade de realizar as necessidades.

Logo, às teorias das necessidades e das capacidades e à reflexão hermenêutica se deve agregar uma nota de realidade – embora não deixe de perpassar contínua e constantemente o problema da efetividade e da justificabilidade dos direitos sociais –, que integra o pensamento do possível. A realidade traz consigo as necessidades que devem ser evitadas, fundamentando moralmente a satisfação das mesmas pela progressiva ampliação dos níveis de prestação até o referencial do satisfatório suficiente, habilitando as capacidades que condicionam a auto-realização e a autonomia.

Diante disso, impõe-se adentrar na exposição de aspectos da realidade social, sobretudo a brasileira, que permitem demonstrar que a afirmação do direito fundamental ao máximo existencial, com as contribuições que se pretende agregar ao discurso da efetividade dos direitos, visa ao atendimento de uma demanda dramática daqueles que se situam abaixo da linha de pobreza – para quem a sobrevivência garantida pelo mínimo vital seria uma dádiva divina – e das comunidades políticas como um todo, tanto as nacionais como a

alcançando a conformação da própria comunidade política, Carlos de Cabo Martín (2006) e o caráter paradigmática de Leon Bourgeois (1902).

¹⁹⁸ Em tradução livre. No original, “La société ne peut rester indifférente au jeu fatal des phénomènes économiques”.

comunidade mundial.

2.5 A QUESTÃO SOCIAL: O REAL AQUÉM DO NECESSÁRIO E DO POSSÍVEL

Qualquer reflexão sobre direitos fundamentais não pode perder de vista a realidade a que se referem. Isso porque, a despeito da generalidade dos problemas, com as matizes apresentadas, ser global e local (SANTOS, 2002, p. 46-50), o constitucionalismo contemporâneo também abarca tais dimensões por força da sua dimensão expansiva, estendendo-se para além das fronteiras e exigindo o apuramento das reflexões e da capacidade projetiva e emancipatória dos direitos fundamentais pela interseção com os direitos humanos.

A afirmação do direito fundamental ao máximo existencial demanda a constatação da insuficiência das políticas públicas e das ações estatais quanto à efetividade dos direitos fundamentais. A insuficiência é percebida também pela má compreensão das instâncias doutrinária e jurisprudencial acerca das condições e possibilidades de efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo pela exaltação, defesa e circunscrição da justiciabilidade ao que seria o mínimo vital.

Ou seja, a censura constitucional ao poder público só se efetiva quanto não se assegura que o membro da comunidade sobreviva – e muitas vezes, nem em tais casos. A sobrevivência nas condições existenciais mínimas distancia-se do ideal constitucional de vida boa, ou qualidade de vida, ou, ainda, vida decente (FABRE, 2000), que é necessária ao pleno desenvolvimento das capacidades e, por consequência, à auto-realização e à autonomia individuais.

Assim, a liberdade exigida pela condição humana em razão da potencialidade e da capacidade de autodeterminação e de programação do plano de vida de cada ser humano fica aquém não apenas do necessário, mas muito vezes também do que se afigura possível. A garantia do mínimo, independentemente do que seja entendido como tal, não é suficiente para evitar a expropriação da condição humana.

Para que se verifiquem as condições propiciadas pela realidade e as necessidades por ela imposta, a fim de se construir as alternativas e possibilidades no que respeita às condições e possibilidades de efetividade suficientemente satisfatória dos direitos fundamentais, impõe-se um olhar sobre a realidade social brasileira e mundial.

Os contornos da análise não poderão ser extensos e nem se pretende trazer dados ou informações exaustivos, mas apenas retratar pontualmente a grave situação de pobreza, exclusão e desigualdade por que passam aqueles destituídos do nível adequado de implementação dos direitos sociais, ou mesmo de qualquer nível de sua implementação, quiçá aquele designado como mínimo vital.

Não obstante isso, no mais das vezes, em se tratando das condições sociais brasileiras, e malgrado os avanços alcançados nos últimos anos¹⁹⁹, nem sequer o mínimo tem sido alcançado em caráter geral. Aquém do mínimo e do máximo encontra-se a deficiência do Estado Social brasileiro, matizado por diversos problemas que remontam à origem histórica²⁰⁰ e à formação econômica brasileira²⁰¹, mas também sofrem incrementos pela incapacidade das instâncias político-decisórias de formular programas de governo que visem efetivamente à institucionalização de um Estado de direitos fundamentais²⁰², ou seja, de um governo das leis conforme e para os direitos fundamentais. A ineficiência dos mecanismos e dos processos da Administração Pública é notável, ao que se agrega os níveis de corrupção, fragilizando a atuação do poder público em favor dos direitos fundamentais.

Lopez Calera (2004, p. 73) aponta que, dentre os problemas pertinentes aos direitos fundamentais – relativos à conceituação, fundamentação, determinação e realização – o mais grave concerne ao da realização. Embora sem suscitar especificamente a situação

¹⁹⁹ Que podem ser retratados a partir dos êxitos de programas sociais, como o Fome Zero, depois integrado ao Programa Bolsa-Família, juntamente com a Bolsa-Escola, Bolsa-Alimentação, Auxílio-Gás, como registram Nelson Carlos Teixeira (2004) e Walter Belik (2004, p. 34), dentre outros, ressaltando que o Fome Zero abrange mais de sessenta ações, emergenciais e estruturais, desde o cartão alimentação até medidas de intensificação da Reforma Agrária, com o objetivo de priorizar e dar um tratamento universal à segurança alimentar.

²⁰⁰ Como pode ser visto em Sérgio Buarque de Holanda (1995).

²⁰¹ O que pode ser identificado em Celso Furtado (2003).

²⁰² A concepção do Estado Democrático de Direito como portador de uma dimensão que o caracteriza como Estado de direitos fundamentais foi introduzida por Canotilho e Vital Moreira (1991, p. 83) por se voltar para a efetivação dos direitos e liberdades fundamentais do homem “[...] na sua complexa qualidade de *pessoa, cidadão e trabalhador*” (destaques no original). Dessa forma, consideram que assegura uma autonomia perante os poderes públicos e que, ao mesmo tempo, torna-se um Estado antropologicamente amigo. No mesmo sentido, aderindo e desenvolvendo a noção de Estado de direitos fundamentais, encontra-se Paulo Otero (2007, p. 525-526), destacando a sua fundamentação no impositivo respeito pela dignidade da pessoa humana, entendida como cada pessoa individual e concreta, defendendo, todavia, a sua transição para um Estado de direitos humanos com o desiderato de firmar o elemento humanístico como norte e base do Estado de direitos.

brasileira, traz indagações similares às interpelações anteriormente apontadas, e que merecem destaque, conforme excerto abaixo, *in verbis*:

Los hechos hablan por sí solos. Grandes masas de población carecen de un reconocimiento, de un respeto mínimo de los derechos más elementales. Incluso en las sociedades avanzadas, en los Estados democráticos de Derecho, se puede detectar que los derechos humanos reconocidos y tutelados tiene realizaciones muy insatisfactorias, limitaciones e incluso negaciones parciales o particularizadas muy través.

Constata-se que os aludidos problemas, que fazem definhar a dimensão social do constitucionalismo contemporâneo e dirigente, do constitucionalismo regional e do constitucionalismo internacional e privado, não são, em caráter exclusivo, típicos das plagas brasileiras.

Ora, se essa observação é pertinente para os países do capitalismo central, quanto mais para o Brasil, integrante dos países em desenvolvimento, ainda que emergente, cujo crescimento econômico não repercute, na proporção adequada, desenvolvimento, entendido como bem-estar e liberdades substantivas (SEN, 2000).

Nesse contexto, tem-se apenas corroborado a ineficiência dos direitos fundamentais e, principalmente, dos direitos sociais, encerrando uma dramaticidade trágica se cotejados com as necessidades sentidas no plano da realidade e desvelando.

Daí a séria constatação de que “[...] *a face sombria do Estado de direito*”, que deixa “[...] ‘ao Deus dará’ a condição daqueles que não têm os meios de assegurar a existência pela propriedade”, segundo as lições de Castel (2005, p. 21)²⁰³, ainda persistente naqueles países que não conseguiram implantar institucional e politicamente o Estado Social.

A análise da realidade mundial e brasileira permite concluir que medidas e ações estatais consubstanciadas em políticas públicas e em serviços públicos destinados a mitigar a questão social, em suas novas feições, ou a superá-la, não têm sido suficientes e, ao que parece, aquém do possível. Registre-se, todavia, que não se pretende, pelos contornos e limites do presente estudo, esgotar a análise da realidade social que perpassa globalmente as comunidades políticas e o Brasil ou mesmo as adentrar profundamente em suas principais causas e consequências.

O problema da questão social concerne à dependência do indivíduo as suas necessidades existenciais que, não logrando satisfação adequada, sujeitam-no à exploração pelas vias da economia de mercado, constringendo a sua liberdade.

²⁰³ Destaques no original.

Os efeitos da pobreza e da exclusão social que ela enseja, conduzindo à expropriação da condição humana, manifestam-se inclusive nos risco de quebra do ligame social formado em derredor da solidariedade, fundada no compartilhamento tanto de demandas e valores, como de anseios e utopias comuns.

O risco é da própria subsistência da comunidade, podendo ocasionar o seu perecimento em favor de um individualismo que relegue cada um a si mesmo. Em tal situação, a política estaria fadada a desaparecer, perdendo o seu sentido primitivo e significativo de liberdade. Liberdade em comunidade. Sendo suprimida pelo poder econômico que se apropria das instituições políticas.

Como assevera Castel (1998, p. 30), a questão social teria sido abordada pela primeira vez pelo jornal francês *Le Quotidienne*, em 1830, decorrendo de uma “[...] tomada de consciência das condições de existência das populações que são, ao mesmo tempo, os agentes e as vítimas da revolução industrial. É a questão do pauperismo.”

Por sua vez, Engels (2008, p. 106) compara a condição existencial de um escravo com a de um proletário, obtemperando que “[...] o escravo pode ter uma existência melhor que a do proletário, mas o proletário pertence a uma etapa superior de desenvolvimento da sociedade e ocupa também, ele mesmo, uma posição superior à do escravo”.

A questão social, segundo Jacques Commaille (1997, p. 13-14) é estrutural ao capitalismo, e não apenas accidental, sendo caracterizada como “[...] uma aporia fundamental sobre a qual uma sociedade experimenta o enigma da sua coesão e tenta conjurar o risco de sua fratura” (CASTEL, 1998, p. 30).

Ao que se percebe, a questão social acomete o homem em sua existência social, imerso na comunidade, como a própria comunidade em si mesmo, em razão do que se percebe que as dificuldades que ela acarreta não se limitam ao pauperismo e ao desemprego. Atinge a toda a comunidade, inviabilizando o exercício pleno da liberdade, o que se dá tanto por parte dos que se encontram excluídos, como dos que, embora incluídos, sofrem com os seus efeitos sobre o trabalho e o salário (PIMENTEL, 2007, p. 147).

As consequências da questão social são responsáveis por expropriar a condição humana do indivíduo, que passa a governar-se premido pelas necessidades mais atávicas, que não consegue satisfazer nem por si, nem pela via da comunidade. O pertencimento à comunidade passa a significar pouco, se ela própria não visa a assegurar não apenas a sobrevivência, não somente o mínimo, mas efetivas condições de superar a desassistência em que se encontra. O indivíduo fica sujeito ao mercado, operando-se a mercantilização das suas condições existenciais.

Ademais, os problemas resultantes da pobreza e da inexistência das condições de emancipação social são graves também por não existirem critérios adequados para sua mensuração.

Como salientando por Fitoussi, Sen e Stiglitz (2009), a indicação do crescimento econômico mediante o Produto Interno Bruto não é fator adequado para mensurar o nível de desenvolvimento de um país e, muito menos, da existência de qualidade de vida para os seus membros.

Para tanto, é preciso identificar, inicialmente, a pobreza para que seja possível promover as condições de sua mitigação ou superação mediante políticas públicas que desenvolvam e expandam os níveis de prestação dos direitos fundamentais de forma contínua, persistente e progressiva, no contínuo alcance do referencial da satisfação suficiente.

William Felice (2010, p. 4-6) questiona os critérios adotados pelo Banco Mundial para aferir a pobreza, sendo considerada como a incapacidade de alcançar o mínimo padrão de vida, fixando que a extrema pobreza abaixo da renda de U\$1,00 por dia. Em 2008 o próprio Banco Mundial reconheceu que a sua metodologia era imprecisa e inadequada e, curiosamente, aumentou a linha de extrema pobreza para abaixo de U\$1,25 por dia. No seu relatório de 2005, 1,4 bilhões de pessoas, $\frac{1}{4}$ da população dos países em desenvolvimento, estaria vivendo abaixo do aludido patamar, enquanto 3,1 bilhões estaria com renda diária inferior a U\$2,5. Ainda assim, esse critério é inadequado, pois o custo de vida é variável de país para país, de modo que, mesmo havendo uma redução do número de pessoas com renda inferior a U\$1,25 em se comparando com dados de 1981, tal constatação não é indicativa da redução da pobreza.

De qualquer forma, como constata Hammil (2010), o conceito de pobreza é difícil por envolver perspectivas de várias disciplinas das ciências sociais, como a análise das estruturas sociais.

Amartya Sen (1996b, p. 69) considera a pobreza como situação em que não se tem o exercício dos níveis de capacidades básicas minimamente aceitáveis, criticando a adoção da fixação de um critério relativo à linha de pobreza.

Com efeito, Diane Roman (2002, p. 412) busca identificar o conceito jurídico de pobreza, percebendo uma tendência de assimilar pobreza a exclusão social. Não obstante isso, entende ser descabido fundamentar a noção de pobreza como insuficiência de recursos, que levaria à prevalência de um critério exclusivamente econômico. Do mesmo modo, censura os que se valem da perspectiva sociológica para entender a pobreza como exclusão social e ausência de trabalho (ROMAN, 2002, p. 446-449).

Diante disso, sugere que seja erigido o conceito jurídico de pobreza²⁰⁴. Constatamos que a pobreza consubstancia um problema social inaceitável pela ordem jurídica, sendo um atentado à dignidade da pessoa humana, à sua existência e desenvolvimento, atentado que o direito se destina a combater. A pobreza, mais do que ausência de recursos e exclusão social, consubstancia, juridicamente, uma ausência de direitos. Assim, “A pobreza é mensurada, desta forma, pelo não-exercício de direitos essenciais, constitutivos do ligame social.”²⁰⁵ Reforça o seu conceito ao invocar o Relatório do Comitê Econômico e Social das Comunidades Europeias, que associa a pobreza à ausência dos direitos à moradia, a alimentação e a recursos financeiros, ou seja, à ausência de proteção social e sanitária. A pobreza seria, então, um sinônimo de não-direitos, ou de um não-exercício de direitos em tamanha amplitude que esvazia a sua substância. Daí se justifica que a resposta a tal grave problema se dê pela consagração de direitos humanos e fundamentais, pelos quais se intenta assegurar tais direitos, suprimindo o não exercício deles próprios.

Essa definição é corroborada quando assevera que a ordem jurídica utiliza outra linguagem para pobreza. Não se trata de uma linguagem econômica e nem sociológica, mas a linguagem dos direitos humanos, pois é por eles que se visa a promover o objetivo de toda e qualquer comunidade política, desde Aristóteles, passando pela Declaração de Independência americana e a Constituição francesa de 1793, expandindo-se e globalizando-se, que é a felicidade. Evidentemente, o que o direito pode garantir para que seja alcançada, pois existem elementos e componentes que não são passíveis de tutela jurídica.

As observações de Diane Roman e de Amartya Sen são importantes para evitar que se pense em qualidade de vida e desmercantilização das condições existenciais a partir de critérios exclusivamente econômicos. Como observa Jean-Paul Maréchal (2005, p. 32), é perceptível a tendência ao reducionismo de todos os problemas sociais a questões meramente econômicas e financeiras.

Há o reducionismo do ser humano ao *homo oeconomicus*, o que obnubila as possibilidades e capacidades das organizações internacionais, dos atores não-estatais e dos próprios Estados de enfrentarem as situações de desigualdades, exclusão social e pobreza extrema e, com elas, os seus efeitos, notadamente porque “[...] nunca o mundo foi tão rico,

²⁰⁴ Embora se adira ao conceito jurídico de pobreza sugerido por Diane Roman, tal adesão não equivale e negar o caráter multidimensional da pobreza e nem a transdisciplinaridade da sua compreensão, que também não é a proposta da autora.

²⁰⁵ Em tradução livre. No original, “La pauvreté se mesure de la sorte par la non-jouissance de droits essentiels, constitutifs de l’appartenance social. »

nunca os seres humanos estiveram tão desigualmente dotados, nunca a biosfera foi tão ameaçada”. Não obstante isso, o discurso econômico assevera que não há alternativa senão a adoção de políticas neoliberais (FELICE, 2010, p. 15).

O relatório das Nações Unidas sobre os Objetivos do Milênio de 2011 revela que, apesar da pobreza continuar a cair, mesmo com os efeitos decorrentes da crise econômica de 2008/2009, há uma distância significativa para a meta fixada para 2015, de redução de 23% da pobreza. A mortalidade infantil ainda apresenta números alarmantes, embora também tenha sido reduzida de 12,4 milhões em 1990 para 8,1 milhões em 2009, expondo, ainda, os êxitos parciais no combate à malária, à AIDS e à tuberculose. Além disso, o acesso à água potável vem sendo assegurado a um maior número de pessoas.

O relatório constata, entretanto, que os esforços têm que ser intensificados, pois os mais vulneráveis, as minorias, continuam intensamente desprotegidos, o que exige o aumento das medidas relativas à paz, equidade, igualdade e sustentabilidade.

A Comissão Econômica para América Latina e Caribe – CEPAL – (2009), analisando aspectos econômicos e sociais da América Latina em 2008, constatou que a pobreza atingia, até 2007, 34,1% de toda a população, sendo que 12,6% vivem em pobreza extrema ou em condições de indigência; ou seja, de 184 milhões de pessoas pobres, 68 milhões são indigentes. Com relação a 2006, a pobreza teria sido reduzida em 2,2% e a indigência em 0,7%²⁰⁶.

Esses dados, tanto em âmbito global, como regional, estendendo-se à situação brasileira, confirmam a pertinência, adaptada aos contextos atuais, da observação de Marx e Engels (2008, p. 82-83) de que, na sociedade burguesa, a propriedade burguesa leva ao fim da propriedade, pois ela não é acessível à boa parte da população e “[...] os que trabalham não ganham e os que ganha não trabalham.” A liberdade, então, não pode se reduzir apenas ao livre comércio e à liberdade de compra e venda, pois não passam de elementos retóricos na medida em que não podem ser exercidas.

Por sua vez, o relatório do *Human Rights Watch* (2010, p. 202) relativo aos eventos e dados de 2009, no que se refere ao Brasil, registra que o país consolidou a sua posição como um dos mais importantes e influentes no âmbito regional e global, mas continua enfrentando problemas graves que desafiam os direitos humanos, como os altos índices de

²⁰⁶ Para a análise de outros dados sociais relativos à América Latina, recomenda-se CEPAL (2009), que mostra quão grande é o desafio de uma dimensão social e regional que proporcione o direito ao máximo existencial, pela convergência entre os direitos fundamentais das constituições dos seus países e a tutela reconhecida em caráter supranacional.

crimes violentos, práticas de tortura policial, prisões em condições desumanas, trabalho forçado e violência contra as populações indígenas e contra os sem-terra. Dentre os problemas mencionados, sobressai a dimensão social de todos eles, ainda que indiretamente. Apenas o trabalho forçado e a violência contra povos indígenas e contra os sem-terra é que podem ser imediatamente reconduzidos aos direitos sociais.

A situação de pobreza produz efeitos graves e intensos, dentre os quais se destaca a fome. Josué de Castro (2007, p. 284) já observava, em obra clássica, que não é possível o desenvolvimento com um povo faminto, que não disponha de um mínimo de alimentação.²⁰⁷ O mínimo, a despeito de assegurar a sobrevivência, não seria suficiente, ainda assim, como vem posteriormente a destacar (CASTRO, 2007, p. 290).

Nesse sentido, se a questão social nos países do capitalismo central é preocupante, ainda mais grave e desafiadora é em Estados como o brasileiro, em que consta com a inércia e complacência histórica dos governantes, como diagnosticado por Josué de Castro (2007, p. 267) ao reconhecer que o desajuste econômico e social foi “[...] consequência da inaptidão do Estado Político para servir de poder equilibrante entre os interesses privados e o interesse coletivo”.

A fome é a consequência mais degradante da questão social, que vem a repercutir na constituição de uma situação de pobreza que aparece como um repuxo que ameaça toda a coletividade. A pobreza, embora não se tenha originado da questão social (SCHWARTZMAN, 2004, p. 57-58), é potencializada pelos efeitos desestabilizadores e excludentes do abuso do poder econômico.

Victor Vicent Valla (2005, p. 42) registra que, conforme dados da Comissão Econômica para América Latina e Caribe (CEPAL), em 2002 cerca de metade da população da América Latina vive na pobreza e que 1/5 dessa população era de indigentes.

Os dados da situação socioeconômica brasileira não negam a insuficiência da ação estatal e o distanciamento dos direitos fundamentais para com a realidade. São deficiências que comprometem não apenas as condições existenciais, mas até mesmo as liberdades que, aprioristicamente, conforme a teoria liberal-individualista, não dependem das ações e das políticas públicas.

²⁰⁷ De forma sintética ao seu levantamento, assertoa que “A alimentação do brasileiro se mostra assim imprópria em toda a extensão do território nacional, apresentando-se em regra insuficiente, incompleta, desarmônica, arrastando o país a um regime habitual de fome – seja de fome epidêmica, como na área do sertão, exposta às secas periódicas, a do Nordeste açucareiro e da monocultura do cacau, exposta às secas periódicas, seja epidêmica, como na área do sertão, exposta às secas periódicas, seja de subnutrição crônica, de carências mais discretas como nas áreas do Centro e Sul” (CASTRO, 2007, p. 290).

Segundo Pochmann (2005, p. 52), há uma diversidade de fatores que levam à má distribuição de renda, ampliando a pobreza e a exclusão social e deixando a sua própria sorte os que não gozam de trabalho, reputando que a dispersão de objetivos, o clientelismo, o paternalismo, o favorecimento aos ricos, “[...] podem continuar a obstaculizar a perspectiva necessária da emancipação social e econômica da população de baixa renda (POCHMANN, 2005, p. 62)”.

A pobreza, o desemprego, a concentração de renda, a fome, dentre outros fatores, são representativos do distanciamento entre os direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais, e a realidade social. São uma demonstração de que o projeto traçado de forma vinculante pela Constituição Federal de constituir socioeconomicamente o seu Estado Democrático de Direito ainda não se efetivou. O problema se estende à saúde, educação, moradia e segurança social.

Vislumbra-se, pois, do quadro exposto que o Estado brasileiro longe está de propiciar o mínimo vital, embora esse seja, no mais das vezes, o âmbito que a jurisdição constitucional entende passível de tutela. Apesar disso, não se deve adstringir a potencialidade normativa dos direitos fundamentais como um todo, e dos direitos sociais em particular, à mera implementação do mínimo vital. Como adrede delineado, o direito fundamental ao máximo existencial impõe a desmercantilização das condições existenciais e a aptidão do Estado propiciar aos indivíduos o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Com isso, não se ignora as limitações que são intrínsecas à estrutura e ao sistema econômico, objetivando-se também sustentar a necessidade de que sejam estendidas.

Se o mínimo não foi alcançado, não significa que não possa ser ultrapassado e, muito menos, que não haja insuficiência dos níveis de prestação do Estado, inferiores ao que seria vital e, mais ainda, ao que seria essencial.

Nesse passo, cumpre salientar que os direitos fundamentais, como um todo, têm uma dimensão programática, pois visam sempre, enquanto princípios jurídicos destinados à promoção de uma situação máxima de fato, ao máximo de concretização possível, não se equiparando esse possível, usualmente, ao mínimo vital e nem bastando que seja alcançado. Assim, os direitos fundamentais envolvem sempre um caráter impositivo de avanço e de ultrapassagem sobre o nível real de sua implementação, independentemente de ser ou não atingido o chamado mínimo vital.

Nessas condições, confirma-se o relevo do presente estudo. O direito fundamental ao máximo existencial consubstancia um paradigma para a compostura institucional do Estado e para a compreensão do sistema de direitos fundamentais. Se o real se encontra

alguém do necessário, e se o necessário deve ultrapassar o mínimo vital, que não pode ser absolutamente relegado, o direito ao máximo existencial deve expandir as possibilidades do real, atendendo às necessidades sociais relativas a ensejar o pleno desenvolvimento da personalidade, materializando os valores encampados pela dimensão moral dos direitos fundamentais.

Posto isto, poder-se-ia objetar que o que se está projetando nada mais seria do que uma utopia. Novamente cabe reiterar o importante *locus* das utopias, que em muito se exprimem nos direitos sociais.

Diante disso, cabe adentrar nos possíveis caminhos que demonstrem o campo possível de ampliação dos níveis de prestação do Estado para não apenas alcançar, mas ultrapassar o mínimo e atender às demandas existenciais ao máximo que se afigure viável.

Para tanto, faz-se mister sustentar uma revisão da teoria dos direitos fundamentais, erigida sob o manto ideológico do liberalismo e que até então não fora, ao que se afigura, devidamente adaptada ao advento do constitucionalismo social e, mais amplamente, do constitucionalismo dirigente, com feições neoconstitucional, e do constitucionalismo global.

É preciso que a teoria dos direitos fundamentais confira aos direitos sociais a mesma estatura e importância dos direitos civis e políticos, das liberdades fundamentais, e que dialogue com mais intensidade com os sistemas regionais e internacional de proteção dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais.

É necessário, ainda, que reconheça a fundamental indivisibilidade entre todos os direitos fundamentais e, principalmente, entre as liberdades e os direitos sociais, rompendo com mitos que se internalizaram no âmbito doutrinário e jurisprudencial graças tanto ao discurso ideológico que de liberal passou a neoliberal e do imobilismo reflexivo.

Apenas com o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada é que haveria o horizonte de compreensão adequado e suficiente para que seja firmado o direito fundamental ao máximo existencial, com a exploração de toda a sua potencialidade enquanto ideia reguladora e enquanto elemento que deve nortear a reflexão e a prática constitucional, sujeitando-se ao entendido aberto e plural por parte da comunidade de intérpretes da Constituição e, por que não, dos instrumentos normativos regionais, internacionais e não-estatais que se dirigem à tutela da pessoa humana.

3 TEORIA DA CONSTITUIÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA

A afirmação do direito fundamental ao máximo existencial demanda que seja revista a teoria dos direitos fundamentais a fim de extirpar mitos que segregam os direitos sociais, afetando a capacidade garantista e emancipatória do sistema de direitos fundamentais constitucionalmente previsto.

A teoria dos direitos fundamentais foi erigida conforme a ideologia liberal que respaldou o constitucionalismo moderno, dando origem a vários mitos e preconceitos arbitrários que são refratários à incorporação das necessárias inovações que se produziram nos textos constitucionais, às suas potencialidades e à evolução da compreensão em torno da ampliação do rol de direitos fundamentais.

Dentre os efeitos do apego doutrinário e jurisprudencial ao lugar-comum de uma já vetusta teoria dos direitos fundamentais encontra-se a propalada condição dos direitos sociais como secundários, subordinados, condicionados, imprecisos (MORALEZ, 2009, p. 12-14)²⁰⁸.

A percepção do caráter ideológico subjacente ao perfil tradicional da teoria dos direitos fundamentais é destacada, dentre outros, por Gerardo Pisarello (2007, p. 14-16). Assim, propõe o enfrentamento e a superação de quatro mitos acerca dos direitos sociais, que persistem em razão do discurso neoliberal e da muito propícia crise do Estado Social, causando uma desproteção ou uma proteção debilitada dos direitos sociais.

O primeiro seria o concernente ao caráter secundário e subalterno dos direitos sociais a partir da história dos direitos fundamentais, ao serem concebidos como direitos de segunda ou de terceira dimensão²⁰⁹. O segundo repercute na fundamentação dos direitos, pois

²⁰⁸ As insuficiências teóricas quanto à compreensão dos direitos sociais foram destacadas no item 2.1, a que se remete.

²⁰⁹ Há dois possíveis enquadramentos históricos dos direitos sociais no constitucionalismo. Em se seguindo a doutrina de Marshall (2005, p. 21), os direitos sociais seriam componentes da terceira dimensão dos direitos fundamentais. Considera o autor que a primeira dimensão seria relativa aos direitos civis, necessários para a liberdade individual, da palavra, de pensamento e fé e de propriedade. Os direitos políticos são os relacionados à participação no exercício do poder político, enquanto os direitos sociais abrangeriam toda a gama de direitos, como o bem-estar econômico e segurança. A cada século corresponderia o desenvolvimento de uma das categorias, iniciando-se com o século XVIII e chegando ao século XX, em que floresceram os direitos sociais. Não obstante isso, já antevê a indivisibilidade entre as três dimensões de direitos, pois todas elas formavam elementos distintos componentes da cidadania, noção que se ampliava na mesma medida do surgimento dos direitos. A indivisibilidade, já antevista em 1950 por Marshall, decorria da circunstância de todos os direitos, em suas respectivas dimensões, serem reconduzidos à cidadania. Assim, sustenta que “Os direitos civis davam poderes cujo uso era drasticamente reduzido por força da classe social e da falta de oportunidade econômica. Os direitos políticos davam poder potencial, cujo exercício exigida experiência, organização e uma mudança de

na medida em que as liberdades e os direitos políticos são expressão da dignidade da pessoa humana, os direitos sociais só o seriam indiretamente. O terceiro é de ordem teórico-dogmática, relativa à distinção estrutural entre os direitos sociais e as liberdades, impedindo

ideais quanto às funções do governo. Levou tempo para desenvolver tudo isso. Os direitos sociais estavam em seu ponto mínimo e se encontravam entrelaçados no tecido da cidadania”. Em tradução livre. No original, “Los derechos civiles daban poderes legales cuyo uso se veía drásticamente reducido por el perjuicio de clase y la falta de oportunidad económica. Los derechos políticos daban poder potencial cuyo ejercicio demandaba experiencia, organización y un cambio de ideas en cuanto a las funciones apropiadas del gobierno. Llevó tiempo desarrollar todo esto. Los derechos sociales estaban en su punto mínimo y se hallaban entrelazados en el tejido de la ciudadanía”. A outra corrente doutrinária, mais comum no Brasil, defende que os direitos sociais compõem a segunda dimensão, ficando a primeira composta pelos direitos civis e políticos, ou seja, a liberdades individuais e a liberdades políticas, tal como sustentado em 1979 por Karel Vasak (1982) e acolhido, posteriormente, por Norberto Bobbio (1992). María Eugenia Rodríguez Palop (2010, p. 89-98) defende a autonomia geracional dos direitos políticos e Peces-Barba Martínez (1999b, p. 62-65) também o faz. Alessandro Pizzorusso (2011), por sua vez, após analisar o processo de evolução geracional dos direitos fundamentais, insere os direitos sociais da segunda dimensão. A diferença quanto à inserção dos direitos políticos juntamente com os direitos civis ou em dimensão autônoma é de menor relevância caso se compreenda que, malgrado iniciado o seu surgimento com o constitucionalismo moderno, só vieram a ser garantidos de forma ampla, com a previsão do sufrágio universal, na maioria dos países, no século XX. Na doutrina brasileira, adotando esta última classificação, Paulo Bonavides (1997, p. 516-526), José Adércio Leite Sampaio (2004, p. 259-263), Dirley da Cunha Júnior (2009, p. 579-583) e Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 45-57). Ademais, sobre a discussão atinente à correta qualificação como sendo uma evolução por gerações ou dimensões, as observações tecidas por Dirley da Cunha Júnior e Ingo Sarlet são deveras esclarecedoras, destacando-se a posição de Paulo Bonavides ao preferir ‘dimensão’ a ‘geração’ caso por este se entenda sucessão cronológica e caducidade dos direitos de gerações antecedentes. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martis (2007, p. 32-36), por sua vez, rechaçando ambas as denominações, suscitam a utilização das expressões ‘categorias’ ou ‘espécies’. No âmbito dessas controvérsias, afigura-se pertinente a preservação da expressão ‘dimensões’, sendo possível a sua relação com a evolução cronológica dos direitos na medida em que é possível identificar as respectivas dimensões temporais do seu surgimento. De qualquer sorte, uma das perspectivas que decorrem da evolução dos direitos fundamentais é a que reputa os direitos sociais, por serem de segunda dimensão, menos importantes do que os de primeira dimensão, o que não encontra qualquer fundamento, posto se tratar de classificação de ordem meramente histórico-cronológica. Cabe salientar, ainda, o entendimento de Emmanuel Decaux (2009, p. 44) de que a distinção em gerações estabelecida por Vasak não se confirma historicamente e consubstancia uma falácia, sendo que os direitos econômicos, sociais e culturais habitam o direito internacional desde 1919, com o Tratado de Versailes, sendo consagrados conjuntamente com os demais na Declaração Universal de Direitos Humanos. O mesmo entendimento é adotado por Asbjorn Eide e Allan Rosas (2001, p. 4), que não admitem a noção de gerações ou dimensões, considerando que não pode ser identificada sequer quando analisada a evolução dos direitos no âmbito interno dos vários Estados. O Supremo Tribunal Federal adota a concepção das dimensões para a compreensão histórica dos direitos fundamentais, inserindo os direitos sociais na segunda dimensão, como restou expresso no acórdão proferido na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3540, no sentido de que “**Os direitos de segunda geração** (direitos econômicos, sociais e culturais), de outro lado, **identificam-se** com as liberdades positivas, reais ou concretas, **pondo em relevo**, sob tal perspectiva, o princípio da igualdade” (Destques no original). Cabe, ainda, salientar a posição de Jim Ife (2008, p. 37-39) que reputa ser a compreensão geracional dos direitos humanos absolutamente inconsistente e portadora de problemas conceituais, malgrado destaque alguns aspectos positivos que dela provêm e apesar de ser amplamente utilizada na literatura e residir na consciência popular. O primeiro problema seria relativo aos direitos de terceira dimensão como integrantes de um processo autônomo e separado das demais. Como bem observa, não se afigura pertinente alçar os direitos coletivo e difusos na terceira dimensão, pois pressupõe que os de primeira e segunda seriam apenas individuais. O mais adequado seria considerar que tanto os direitos civis e políticos, como os sociais, podem ser tanto individuais quanto coletivos. O segundo problema é reputar que os de primeira dimensão são mais importantes que os demais, o que é um equívoco. O terceiro é que existem direitos que não se adequam a nenhuma das três gerações, o que é resolvido pelo reconhecimento de outras além da terceira, o que não é vislumbrado por Ife (2008, p. 47-50). Diante disso, Ife sugere abandonar a classificação em gerações e, indo além, propõe sete categorias de direitos de direitos humanos, que seriam os direitos de subsistência, direitos sociais, direitos econômicos, direitos civis e políticos, direitos culturais, direitos ambientais e direitos espirituais.

que se revestam de mecanismos similares de tutela. O quarto é decorrente dos demais e se expressa na consideração dos direitos sociais como meros programas, sem vinculação, e à respectiva forma de positivação nas constituições²¹⁰.

Por sua vez, Roig e Añon (2002, p. 105-109) apontam o que consideram como aporias dos direitos sociais, que seriam, no que seja mais relevante, a) o caráter relativo pelo condicionamento de sua implementação às circunstâncias e à disponibilidade de recursos, b) a indeterminação interna, c) o problema de suas garantias e da justiciabilidade, e d) a ausência de caráter universal.

Da mesma forma, Carlos Miguel Herrera (2009, p. 7-8) reconhece que os direitos sociais continuam a ser percebidos como direitos particulares, excepcionais, contingentes, confundindo-se com políticas sociais ou resumindo-se às prestações sociais. Além disso, a própria condição de serem direitos é negada por aqueles que reputam como tais apenas os que ensejam exigibilidade judicial, o que, para eles, não seria o caso dos direitos sociais.

Assim, os direitos sociais sofrem algo como uma *capitis diminutio* com relação às liberdades, haja vista o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais conforme o paradigma liberal-individualista que marca a reflexão teórica²¹¹.

Esses problemas também são perceptíveis no âmbito da compreensão dos direitos econômicos, sociais e culturais pelos textos normativos internacionais de direitos humanos. Como já mencionado, foi intenso o debate acerca da integração das liberdades e dos direitos sociais num único texto ou em textos distintos tanto na redação da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948²¹², quanto na positivação dos Pactos Internacionais de Direitos

²¹⁰ Como é o caso da Constituição espanhola, que consagra regime jurídico distinto para as liberdades e direitos políticos diante da maior parte dos direitos sociais, definidos como princípios norteadores da política social e econômica, consoante os seus art. 39 e seguintes.

²¹¹ Cabe salientar que as liberdades e os próprios direitos humanos já enfrentaram tais problemas. Ao serem consagradas, as liberdades exprimiam princípios de direito natural, abstratos e indeterminados, que só portariam feição jurídica depois de disciplinados pelo legislador, o que se reforçava a medida em que o positivismo jurídico se estabelecia e fundava o mito do legislador racional. Desse modo, é elucidativa a análise de Canotilho (2008a, p. 105), de que “[...] sob o ponto de vista jurídico-constitucional e jurídico-dogmático os ‘direitos sociais’ estão hoje na mesma situação em que estavam os direitos, liberdades e garantias individuais há mais de cinquenta anos. Se nessa época, a conhecida ‘teoria da regulamentação das liberdades’ implicava a tornar a eficácia dos direitos individuais dependentes da *interpositio legislatoris*, também agora se insiste na tese que o legislador tem uma completa liberdade de conformação e, por isso, sem a intervenção constitutiva da lei ‘não existem’ direitos sociais”. Ao ser superada quanto às liberdades, passou a aplicar-se, com matizes próprias, aos direitos sociais, como pontua José Afonso da Silva (2000, p. 140-145). Carlos Miguel Herrera (2009, p. 11) faz o mesmo registro, considerando que os direitos humanos também padeciam da equivocada compreensão de que seriam meras proclamações filosóficas e políticas.

²¹² Apesar de previstos conjuntamente os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, Imre Szabo (1984, p. 55) salienta ser perceptível algum certo menosprezo a estes últimos, pois não lhes é dado o mesmo destaque e atenção que os demais direitos. De forma geral, adota-se a referência aos direitos sociais como categoria abrangente das demais. Sobre a distinção entre elas, dentre outros, José Adércio Leite Sampaio

Humanos, destinados a conferir aos direitos consagrados na Declaração Universal caráter juridicamente vinculante, no âmbito do direito internacional.

Com efeito, Sodini (2000, p. 1-8), como já referido, salienta que a Assembleia Geral havia decidido que os direitos sociais seriam previstos juntamente com os civis e políticos em um único pacto, seguindo o modelo adotado pela Declaração Universal de Direitos Humanos, reputando que o exercício dos direitos civis e políticos e dos direitos econômicos, sociais e culturais era interdependente (SZABO, 1994, p. 61).

Mesmo assim, a Comissão designada para a redação do pacto persistiu na discussão da pertinência ou não da consagração conjunta ou em pactos distintos, entendendo, majoritariamente, pela última opção, considerando que a natureza peculiar dos direitos econômicos, sociais e culturais recomendaria a definição de medidas e obrigações diferenciadas. Assim, sem sequer submeter à Assembleia Geral a sua deliberação de adotar dois pactos, a Comissão empreendeu a criação de um pacto dentro do projeto de Pacto ao prever uma série de ressalvas e um estatuto derogatório quanto aos aludidos direitos. Em face disso, a Assembleia Geral constatou a impossibilidade da adoção de um único pacto, originando, por essa via, o divórcio das duas categorias de direitos, reiterando, entretanto, que ambas deveriam seguir o mesmo espírito.

Asbjorn Eide e Allan Rosas (2001, p. 3) salientam que a mudança de concepção da Assembleia Geral decorreu da pressão de países ocidentais, havendo a tentativa de mitigação da separação dos direitos em dois pactos distintos pela reiterada declaração da sua indivisibilidade e inter-relação, tanto na Proclamação de Teerã de 1968, como na Declaração de Viena de 1993.

Embora Sodini entenda ser até justificável, sob a perspectiva jurídica, a distinta consagração dos direitos em dois pactos – o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ambos de 1966 –, por demandarem, esses últimos, ações positivas dos Estados que implicam um esforço financeiro, além da complexidade e imprecisão das obrigações que acarretam, sustenta que a leitura política da bipartição dos direitos é mais adequada à realidade. O acirramento ideológico da Guerra Fria repercutia, então, na compreensão dos direitos humanos e na forma da positivação do catálogo de direitos, malgrado os Estados Unidos do

(2004, p. 262-263), sustentando que os sociais visam a garantir a participação plena na comunidade política, os econômicos têm o objetivo de assegurar um nível de vida adequado e os culturais se referem ao estímulo e preservação das formas de manifestação cultural de todas as matizes em dada sociedade.

New Deal, a Inglaterra da Lei dos Pobres, e a França do *État Providence* já conhecessem os direitos sociais.

Da mesma forma, Szabo rejeita as duas razões usualmente apresentadas para justificar a separação dos direitos. O fato de constituírem os direitos econômicos, sociais e culturais uma novidade não era, já em torno de 1950, razão suficiente para tanto. A outra alegação, de que poderia conferir mais liberdade aos Estados de aderir a um ou outro pacto, não era pertinente, pois a própria Assembleia reafirmava possuírem a mesma importância.

Emmanuel Decaux (2009, p. 44-45) invoca, então, a fratura ideológica ensejada pela Guerra Fria, em detrimento da estruturação do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, ocasionando, ainda, uma clivagem institucional entre a Organização das Nações Unidas e outros órgãos voltados à proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais, como a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

No mesmo sentido, Albert Noguera Fernández (2010, p. 35-36) registra que a indivisibilidade e a interdependência dos direitos fundamentais foram contraditadas pela perspectiva ideológica da tese liberal e da tese socialista, refletindo-se na aprovação por duas Convenções distintas dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, não tendo até hoje a adesão dos Estados Unidos no PIDESC.

Essa diferenciação da consagração em documentos internacionais distintos, entretanto, não teria qualquer importância se houvesse a mesma intensidade da tutela internacional das duas categorias de direitos, o que não ocorreu, persistindo até a atualidade. Como salientam Chisanga Puta-Chekwe e Nora Flood (2001, p. 39), desde a adoção da Declaração Universal a proteção dos direitos civis e políticos é sistematicamente priorizada sobre a dos direitos econômicos sociais e culturais, com a consequente frustração do propósito da Declaração de promover a melhoria das condições de existência humana, ignorando os graves problemas sociais que acometem parte significativa da população mundial.

A marginalização pela segregação dos direitos econômicos, sociais e culturais serve, assim, à marginalização dos mais pobres e dos grupos mais vulneráveis, à aniquilação da projeção de sentido que propicia a dimensão utópica dos direitos fundamentais. Do mesmo modo que o camponês kafkaniano que não consegue ultrapassar a porta da lei e entrar na lei, proibido pelo porteiro até a proximidade de sua morte, os que mais necessitam não alcançam o reino dos direitos fundamentais, premidos pelas necessidades existenciais. Mesmo sabendo – tanto o homem do campo como os membros da comunidade política – que a lei – e os direitos fundamentais, sobretudo – devem ser acessíveis a todos, não consegue superar os obstáculos simbólicos que lhe são postos e que, talvez, não representassem mais perigo ou

riscos do que os riscos e perigos oriundos da realidade das necessidades existenciais insatisfeitas.

Além disso, haveria menor importância na separação dos direitos em pactos distintos caso fossem previstos os mesmos mecanismos de garantia, o que não veio a ocorrer, sendo os mecanismos de tutela internacional dos direitos civis e políticos mais efetivos.

Segundos os regimes dos dois pactos, as liberdades clássicas e os direitos políticos gozam de justiciabilidade facultativa, enquanto os direitos sociais carecem de qualquer justiciabilidade (GUSY, 2003, p. 33-35)²¹³. A falta de justiciabilidade dos direitos sociais corresponde mais à decisão política dos Estados-parte, firmemente ancorada no sobredito caráter ideológico, do que por força da natureza ou da estrutura jurídica dos direitos sociais.

A despeito disso, Daniel Whelan (2010, p. 113-115) expõe as questões centrais que levaram à adoção dos dois pactos. Primeiramente, os direitos sociais eram consagrados mediante expressões imprecisas e vagas, de forma muito geral. Qualquer especificação mais detalhada foi prontamente rejeitada pela Comissão.

Já os direitos civis e políticos tinham sua redação muito precisa e específica, acreditando os Estados-parte que se fazia necessário o detalhamento para especificar as obrigações que seriam encaradas pelos Estados-parte. O sistema de monitoramento dos direitos econômicos, sociais e culturais não chegou a ser objeto de intenso debate, embora nitidamente ineficaz em cotejo com o sistema de reclamações.

Por essas vias, os países capitalistas relegavam os direitos para um tratamento de segunda classe, o que veio a se confirmar com as práticas instituídas após o advento do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o que não era a intenção dos seus redatores.

²¹³ Essa mesma situação se repete no âmbito do sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos, como salienta Christoph Gusy, pois a Convenção Europeia de Direitos Humanos instituiu as possíveis vias de proteção para as liberdades tradicionais através do Conselho da Europa e da Corte Europeia de Direitos Humanos, sendo possível ao indivíduo provocar a jurisdição da Corte. Já a Carta Social Europeia, que reconhece os direitos sociais, econômicos e culturais, não comporta senão garantias políticas para tais direitos, não havendo qualquer órgão jurisdicional predisposto a sua tutela.

Vislumbra-se que o fundamento principal para a existência de regimes jurídicos distintos, tanto no plano internacional, como nacional e regional, é, sobretudo, ideológico e político. Jean Jacques Israel (2005, p. 49) reputa que oposição dentre direitos sociais e liberdade decorre de compreensões filosóficas distintas quanto à concepção de liberdade, de caráter político e ideológico.

A deficiência da forma de tutela desses direitos repercute na jurisprudência e na doutrina, mantendo-se por força de uma aceitação do paradigma liberal da teoria dos direitos fundamentais.

A manutenção desse paradigma pelo imobilismo da reflexão e da crítica se apresenta ainda mais dramático em países nos quais o processo democrático mostrou-se insuficiente ou ineficiente para propiciar a efetividade dos direitos sociais, como é o caso do Brasil e dos demais países da América Latina, à vista dos períodos de regime autocrático que suportaram após a Segunda Guerra Mundial²¹⁴.

Ademais, a cisão ideológica entre capitalismo e liberalismo, de um lado, e socialismo e economia planificada, de outro, associando-se à defesa das liberdades ou dos direitos sociais, respectivamente, baseia-se numa oposição inconciliável entre liberdades e direitos sociais que não tem respaldo nem teórico nem prático.

Com efeito, ao contrário do que se poderia pressupor, e conforme adiante ressaltado, a indivisibilidade entre os direitos fundamentais se estabelece, também e inclusive, entre as liberdades e os direitos sociais, o que justifica que se considere estes últimos como liberdades positivas ou liberdades de fazer, e não apenas de querer²¹⁵.

A tensão e potencial colisão não se firma entre as liberdades e os direitos sociais como um todo; ao contrário, não há oposição entre liberdade de locomoção e qualquer direito social, como não há entre os direitos sociais do trabalhador e a liberdade de expressão. Da mesma forma, direito à informação e direito à educação não se contrapõem. Paolo Caretti (2005, p. 401) tem a mesma percepção ao ressaltar que a igualdade a que os direitos sociais visam é condição para o exercício da liberdade, reconhecendo, contudo, que sofrem uma

²¹⁴ Diferentemente da Alemanha, por exemplo, em que, mesmo ausentes os direitos sociais expressamente reconhecidos, o processo político da democracia que se consolidou viabilizou a instituição efetiva do Estado Social, assegurando a emancipação social, sendo acompanhado de um progressivo amadurecimento doutrinário e jurisprudencial quanto aos direitos sociais reconhecidos a partir de outros direitos ou princípios expressos na Constituição alemã, como a dignidade da pessoa humana.

²¹⁵ Como feito pelo próprio Supremo Tribunal Federal no sobredito acórdão proferido na Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3540.

espécie de menoridade por terem secundado as liberdades na perspectiva histórica, observação igualmente feita por Cascajo Castro (2011, p. 09).

Em verdade, pode-se identificar uma tensão apenas entre as liberdades econômicas, livre iniciativa, livre concorrência e propriedade privada dos bens de produção, e os direitos sociais, mas não entre estes e as liberdades fundamentais individuais, o que desautorizaria boa parte das críticas feitas pelas doutrinas liberais contra as medidas interventivas do Estado, voltadas à efetivação dos direitos sociais. Como bem registrado por Cass Sunstein (2004a, p. 19), os mercados e a riqueza dependem do governo.

No plano estritamente teórico, há, inclusive, os que, como Böckenförd (2006, p. 203) negam aos direitos sociais a condição de direitos fundamentais, por reputar que tal caracterização só é devida aos direitos que são imediatamente válidos e exigíveis, embora rejeite a sua compreensão limitada à de normas programáticas²¹⁶.

Da mesma forma, embora por outros motivos, Fernando Atria (2005, p. 32) sustenta que “o direito *não pode* proteger os direitos sociais como se pode proteger os direitos civis e políticos”; ora, embora os direitos sociais demandem outras técnicas e estratégias, não se pode vislumbrar a negativa peremptória de que consubstanciem direitos fundamentais e, mais ainda, como direitos subjetivos.

Já os que admitem a previsão dos direitos sociais como fundamentais nos textos constitucionais acabam por ceder à imprecisão dos constituintes e cindir o regime de tutela das liberdades e dos direitos sociais, ou cindir o regime de tutela dos próprios direitos sociais, contando com o beneplácito da doutrina e da jurisprudência.

É o caso da postura de Peces-Barba Martínez (2007, p. 92-94) com relação à Constituição espanhola, admitindo a existência de três regimes distintos para a tutela dos direitos sociais, em conformidade com o tratamento conferido pela Constituição espanhola ao qualificar alguns dos direitos sociais como princípios norteadores da política social e econômica, na forma dos seus arts. 39 e seguintes.

Adotando posição distinta, Cascajo Castro (2011, p. 12) parte de uma leitura diferenciada do texto constitucional a partir do art. 53²¹⁷, tida como necessária em razão dos

²¹⁶ Maria José Añon Roig e José García Añon (2002, p. 105) apontam a existência de autores que negam, tradicionalmente, a condição dos direitos sociais como autênticos direitos fundamentais, como o faz Carl Schmitt (1996).

²¹⁷ Artículo 53. 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a). 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la

avanços constitucionais e legislativos havidos no ordenamento espanhol. Nesse sentido, não é pertinente entender que

[...] o princípio da vinculação à Constituição opere de forma distinta conforme se trate de direitos e liberdades reconhecidos no capítulo II do título I, ou dos princípios norteadores do capítulo III, porque a força normativa da Constituição (art. 9.1 CE) se proclama a respeito de toda ela e não só com relação a algumas partes ou conteúdos²¹⁸.

Assim, verifica-se a aplicação por Cascajo Castro do pensamento do possível, abrindo horizontes de sentido a partir da realidade e das necessidades que se impõem de não esvaziar e nem frustrar a consistência e a coerência do sistema de proteção dos direitos fundamentais na Constituição espanhola.

O mesmo ocorre no âmbito do sistema constitucional português. José Carlos Vieira de Andrade (2001, p. 190-191) confere ao tratamento da Constituição portuguesa aos direitos fundamentais o mesmo entendimento acerca de regimes jurídicos diferenciados. Para o autor haveria dois tipos básicos de direitos fundamentais, que seriam os direitos, liberdades e garantias, expressos por normas preceptivas que atribuem efetivos direitos subjetivos aos seus titulares. Tais direitos envolvem pretensões a abstenções e até mesmo a prestações e teriam um nível de densidade constitucional suficiente; se, excepcionalmente, não o gozassem de densidade constitucional suficiente, estaria pressuposta a competência do juiz constitucional para dar-lhes a devida conformação em razão do imperativo de eficácia imediata. A outra categoria seria a relativa aos direitos sociais, tidos como “[...] direitos a prestações sujeitas a determinações políticas”, com relação aos quais estaria reservada ao legislador a competência para torná-los efetivos.

Sección 1.ª del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30. 3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

²¹⁸ Em tradução livre. No original, “[...] el principio de vinculación a la Constitución opere de forma distinta según se trate de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título I, o bien de los Principios rectores del capítulo III, porque la fuerza normativa de la Constitución (artº 9.1 CE) se proclama respecto a toda élla y no sólo en relación con algunas de sus partes o contenidos”.

Corroborando a doutrina de José Carlos Vieira de Andrade, Jorge Miranda (2000b, p. 141-145) analisa o regime constitucional relativo à tutela dos direitos fundamentais e, passadas as revisões, conclui que, mesmo sendo ambas as categorias componentes dos direitos fundamentais “[...] os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais adquirem um relevo diferente no contexto da Constituição – um relevo ou impacto maior os primeiros que os segundos.” Daí que, dentre outras diferenças em razão da menor relevância, enquanto os direitos, liberdades e garantias teriam um regime específico e completo, os direitos económicos, sociais e culturais têm um regime disperso e muito menos exigente. Canotilho (s.d, p. 437-448), ao admitir um regime específico e reforçado de tutela constitucional²¹⁹ reservada apenas aos direitos, liberdades e garantias, excluindo-se os direitos sociais.

Divergindo dos constitucionalistas lusos, Jorge Reis Novais (2010, p. 358-360), de forma irretocável e contundente, em caráter exemplar da devida atividade crítico-reflexiva, derruba a sustentação da distinção de regimes na Constituição portuguesa que resultaria de interpretação mais fácil e corriqueira.

Após destacar que, realmente, é perceptível a intenção dos constituintes de privilegiar a tutela das liberdades e desproteger os direitos sociais – ou protegê-los com menos afincos –, sustenta que tal propósito é

[...] uma impossibilidade lógica porque a Constituição não pode *dar* aos direitos, liberdades e garantias mais protecção material do que a que já lhes é devida pela sua natureza constitucional, tal como, e em contrapartida, não pode *dar* aos direitos sociais menos que essa mesma protecção constitucional. Ou seja, a protecção material devida a direitos de liberdade e a direitos sociais tem de ser, no fundo, exactamente a mesma, isto é, a protecção devida pelo facto de constituírem direitos fundamentais constitucionalmente consagrados e, logo, impostos normativamente à observância de todos os poderes constituídos.

Essa tendência enfraquece o sistema de direitos fundamentais como um todo, exprimindo carência de introyecção do sentido da indivisibilidade, não autorizando que sejam estabelecidos – ou, se estabelecidos, que sejam doutrinariamente sustentados – regimes diferenciados de tutela e garantia constitucional.

²¹⁹ O diferencial desse regime específico consiste em que a) os direitos, liberdades e garantias são limites materiais ao poder de reforma – dentre os sociais, só aqueles relativos aos trabalhadores o são –; b) reserva legal para a disciplina, não estendida senão para aspectos nucleares do caráter institucional de alguns direitos sociais, como as bases do sistema educacional; c) um regime protetivo mais intenso, ao prever aplicação direta e imediata, vinculação do poder público, proibição de restrições não autorizadas expressamente, proibição de excesso, dentre outros, não estendido aos direitos sociais.

No âmbito do constitucionalismo italiano, Paolo Caretti (2005, p. 402) admite a existência de direitos sociais incondicionados, que seriam imediatamente aplicáveis, tal como as liberdades, e os direitos sociais condicionados, que dependeriam de intervenção do poder público para dar-lhe concreção e efetividade. Entretanto, defende as posições adotadas pela Corte Constitucional italiana ao desenvolver as decisões no suprimento das abstenções do poder público são legítimas.

O entendimento de Pizzorusso (2011, p. 300-301) é ainda mais contundente ao corroborar a criação, pelo Tribunal Constitucional italiano, das chamadas sentença aditivas, voltadas ao suprimento de omissões inconstitucionais e que só poderiam ser proferidas apenas quando a necessidade de integração normativa para o exercício do direito fosse absolutamente imprescindível. Com evoluções subsequentes, conteve a constância da utilização desta técnica decisória em razão do ônus financeiro que poderia acarretar, passando a avaliar previamente os custos decorrentes de determinada sentença aditiva.

Antonio Baldassarre (1997, p. 2008-209) justifica a necessidade de construção teórica e jurisprudencial distinta em razão da originária configuração que é dada aos direitos sociais pela Constituição italiana. São dois os aspectos mais significativos, que seriam a) a amplitude do elenco de direitos sociais previstos – que, para o autor, não teria precedente em outro sistema constitucional, certamente desconhecendo a extensão do catálogo constante da Constituição Federal de 1988 – e a sujeição ao mesmo regime jurídico-constitucional dos demais direitos fundamentais.

Já na Alemanha e na França não se vislumbra qualquer elenco de direitos sociais no rol dos direitos fundamentais. Como salienta Thomas Meindl (2003, p. 108-121), enquanto no constitucionalismo alemão do pós-guerra é possível perceber uma vontade explícita de excluir os direitos sociais do âmbito dos direitos fundamentais, essa vontade é implícita no âmbito do constitucionalismo francês do mesmo período.

No que respeita à Alemanha, enquanto havia significativa dúvida sobre a pertinência da previsão de um catálogo de direitos fundamentais – o que acabou prevalecendo –, existia um consenso quanto ao seu conteúdo, no sentido de que não deveria se estender além dos direitos civis e políticos, excluindo os direitos sociais. Ou seja, deveriam ser contemplados apenas os direitos verdadeiramente fundamentais e não outros, meramente programáticos, como concebidos na época de Weimar, notadamente por Carl Schmitt (1996).

Apesar da exclusão, Meindl salienta a ocorrência de diversas tentativas de integrar ao texto da Constituição alemã um rol de direitos sociais. A última ocasião foi em 1994, quando da intenção de ampla revisão decorrente da unificação após a queda do muro de

Berlin. Não houve êxito, mantendo-se o catálogo original, em respeito à vontade dos constituintes fundadores da Lei Fundamental de Bonn, que pretendiam cercar o direito constitucional alemão como um direito rígido, fincado em direitos justificáveis, evitando um direito flexível, composto pela dimensão programática dos direitos sociais²²⁰.

Já em França, Meindl salienta que os direitos sociais não foram consagrados no texto da Constituição de 1958, constando apenas em seu Preambulo a referência à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e ao Preambulo da Constituição francesa de 1946, que contemplava direitos sociais.

Os direitos sociais não poderiam ficar, entretanto, submetidos apenas às instâncias políticas e ao processo democrático, de modo que vieram a ser reconhecidos como direitos fundamentais de forma indireta, por força da construção jurisprudencial alemã a partir da interação normativa do princípio do Estado Social com o princípio da dignidade da pessoa humana. A existência de direitos fundamentais sociais se deu por derivação de tais princípios, como por força da constatação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, como induz Hesse (2001, p. 93) e Dieter Grimm (2006, p. 156). Essa admissão não repercutiu, entretanto, numa inclusão no texto constitucional, sendo uma construção estritamente jurisprudencial que Meindl (2003) identifica a partir do julgamento do caso *numerus clausus I*, em 1972.

No constitucionalismo francês os direitos sociais foram reconhecidos como direitos fundamentais a partir da decisão do Conselho Constitucional de 16 de julho de 1971, que admitiu o caráter jurídico-normativo do Preambulo da Constituição de 1958. Por essa via, passaram a gozar de valor constitucional, compondo o bloco de constitucionalidade, os direitos sociais referidos pelo Preambulo da Constituição de 1946, invocado pelo Preambulo da Constituição de 1958. Por essa via, houve o reconhecimento constitucional dos direitos sociais como fundamentais, mas se deu por uma *petite porte*, como aponta Meindl, pois “[...] o espaço textual a eles destinado é quantitativamente reduzido com relação ao das liberdades. A esta restrição quantitativa, acrescenta-se uma restrição qualitativa”²²¹, que seria o caráter secundário e marginal dos direitos sociais.

Dorsen, Rosenfeld, Sajó e Baer (2010, p. 1.353-1.354) ao analisarem a forma de positivação dos direitos sociais nas constituições de alguns países, salientam que a

²²⁰ Assim registra Konrad Hesse (2001, p. 97-98) quanto à existência dos direitos sociais fundamentais dentre os direitos previstos pelas constituições dos *Länder*, além do acirrado debate quanto a sua inclusão no texto federal após a unificação, ainda que sob o rótulo de normas definidoras de tarefas do Estado.

²²¹ Em tradução livre. No original, “[...] leur place textuelle reste finalement quantitativement réduite par rapport aux droits-libertés. A cette restriction quantitative, s’ajoute une restriction qualitative.”

Constituição irlandesa de 1937 previu os direitos sociais na condição de Princípios Diretivos da Política Social²²², cujo *caput* estabelece o caráter meramente programático não-vinculante sobre o Parlamento (Oireachtas), mas veda que seja conhecidos e tutelados judicialmente.²²³

A Constituição indiana também abriga muitos dos direitos sociais no âmbito dos Princípios Diretivos da Política Pública²²⁴, como o direito ao bem-estar, à subsistência, ao trabalho, dentre outros, estabelecendo, da mesma forma, que as disposições ali inseridas não seriam judicialmente tuteláveis.

Não obstante isso, registram que a Suprema Corte da Índia, depois seguida pela Suprema Corte da Irlanda, passaram a promover um amplo uso dos Princípios Diretivos no sentido de tornar os direitos acionáveis e, conseqüentemente, impor ao Estado a sua implementação, a despeito da vedação constitucional expressa.

No que respeita aos Estados Unidos, não há nenhuma previsão de direito social na sua Constituição, que data de 1787, mas os governos estaduais e o federal provêm os serviços de bem-estar, não estando as cortes aptas à imposição judicial dos direitos sociais.

Ainda segundo Dorsen, Rosenfeld, Sajó e Baer, na maioria dos países europeus, a Índia e, em alguns casos, a África do Sul, as constituições têm obtido uma compreensão que lhe assegura eficácia direta nas relações privadas e vinculação estatal quanto à obrigação de prover os serviços relativos aos direitos sociais aos indivíduos.

Os exemplos de Portugal, Espanha, Alemanha e França são significativos por adotarem constituições que inspiraram o constitucionalismo brasileiro e que, ao menos expressamente, exprimem mitos e preconceitos em derredor dos direitos sociais, erigindo um sistema menos protetivo do que as liberdades e, desse modo, desafiando a compreensão criativa e inventiva da doutrina e da jurisdição constitucional no sentido de superá-los e constituir um novo horizonte de sentido que possibilite a coesão e a efetividade dos respectivos sistemas de direito constitucional. Esses mitos e preconceitos são oriundos,

²²² Em verdade, o direito à educação é previsto dentre os direitos fundamentais. Os demais direitos, como o direito à subsistência e ao trabalho, estão previstos dentre os Princípios Diretivos da Política Social, no art. 45 da Constituição irlandesa.

²²³ “Art. 45. Os princípios de política social previstos neste artigo são diretrizes gerais para o Parlamento. A sua aplicação no processo de produção das leis fica ao juízo exclusivo do Parlamento e não devem ser conhecidos por qualquer Corte sob qualquer dispositivo desta Constituição”. Em tradução livre. No original, “Art. 45 The principles of social policy set forth in this Article are intended for the general guidance of the Oireachtas. The application of those principles in the making of laws shall be the care of the Oireachtas exclusively, and shall not be cognisable by any Court under any of the provisions of this Constitution.”

²²⁴ Com exceção do direito à educação e do direito à igualdade, que é largamente disciplinado dentre os direitos fundamentais, instituindo a igualdade perante a lei, a igualdade de oportunidade e de emprego, a extinção dos títulos ligados às castas, e a proibição da *untouchability*, assegurando igual tratamento aos outrora denominados como intocáveis.

segundo Baldassarre (1997, p. 134-135) da incapacidade de superar os limites tradicionais do Estado de Direito (liberal) e de conferir novas interpretações a esta fórmula em conformidade com as transformações significativas vivenciadas pela comunidade política.

Embora as construções teóricas estejam em conformidade estrita com a disciplina das respectivas constituições, nada obsta que a atividade crítico-reflexiva, motivada pelas potencialidades da interpretação constitucional, desenvolva novos sentidos que viabilizem alçar os direitos sociais ao mesmo *status* jurídico-constitucional das liberdades, como visto a partir da Constituição italiana e com o desenvolvimento da prática jurisprudencial na Índia, Irlanda e África do Sul. Apenas posteriormente houve, na Europa, o desenvolvimento da compreensão mais adequada dos direitos sociais previstos como diretrizes ou em *status* constitucional inferior, habilitando-os como efetivos direitos, ainda que os países apresentem muitas variações quanto à justiciabilidade dos direitos sociais.

Tanto as constituições, ao serem elaboradas, ficaram relativamente atadas aos pressupostos e paradigmas liberais do constitucionalismo moderno, como a doutrina se acomodou, no mais das vezes, com o arcabouço teórico da época da Revolução francesa. Diante disso, só cabe reproduzir a crítica de Nipperdey (2011, p. 60-61) em face da resistência da doutrina admitir o que denominava de eficácia absoluta dos direitos fundamentais – e que consiste na defesa da eficácia imediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Assim, considera que a opinião contrária à eficácia direta se deixa aprisionar pelo significado dos direitos fundamentais na perspectiva do século XIX. Ora, os direitos fundamentais não podem ter somente o mesmo significado que tinham em constituições antigas, acrescentando que

Se no século 19. o significado dos direitos fundamentais foi visto exclusivamente em seu estar relacionado ao estado, então isso é um sinal para isto, que a proteção do particular diante de intervenções arbitrárias do estado naquele tempo foi o objetivo principal da incorporação dos direitos fundamentais nos documentos constitucionais. Uma proteção jurídico-constitucional diante de ‘poderes sociais’ e diante do poder de fato de particulares tinha de, pelo contrário, parecer como secundária e não foi certamente, primeiro também em sua necessidade, claramente reconhecida. [...]. Ela foi (a Constituição de Weimar), ao contrário, sintomática para a mudança de significado, que se inicia, dos direitos fundamentais, que se esclarece disto, que o perigo da esfera jurídica do cidadão particular por outros poderes que estatais, simultaneamente, condiciona uma adaptação das funções dos direitos fundamentais a uma situação histórica mudada.

A crítica de Nipperdey é pertinente diante da resistência ao reconhecimento dos direitos sociais no mesmo patamar dos demais direitos fundamentais, merecendo que lhes seja conferido a mesma estatura jurídico-constitucional.

A despeito disso, atendo-se à realidade brasileira e às necessidades demandadas pela comunidade política, os efeitos de uma adesão irrefletida a perspectivas que afetem ou vulnerem as potencialidades emancipatórias e inclusivas dos direitos sociais são muito mais graves do que em países desenvolvidos, cujo processo democrático consolidado é uma das melhores garantias, ainda que de natureza política.

Os aludidos sistemas constitucionais não se sujeitam ao enfrentamento dos problemas sociais que resultam da realidade brasileira, o que pode explicar as razões pelas quais os direitos sociais permaneceram deficitários e em posição secundária e marginal, o que não condiz nem com o sistema constitucional brasileiro, fartamente contemplativo de direitos sociais, sem qualquer distinção no que respeita a regime jurídico dos direitos fundamentais.

Ademais, em tais condições não seria possível sustentar o direito fundamental ao máximo existencial, ou seria inócua a sua afirmação, posto que não haveria respaldo para a defesa da imposição do aumento progressivo e contínuos dos níveis essenciais de prestação ao patamar do que seja suficientemente satisfatório às necessidades existenciais, com o desiderato de habilitar a auto-realização e o exercício da autonomia individual.

Desse modo, apesar da inexistência de qualquer elemento que indique uma diferenciação no regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais entre as liberdades e os direitos sociais na Constituição Federal de 1988, como mencionado, persiste a mesma necessidade de ruptura com dogmas e mitos que contaminam a doutrina e a jurisprudência em detrimento da efetividade dos direitos sociais, pois foram internalizados e, por essa via, operam com concepções deficientes e inadequadas quanto aos direitos sociais.

Registre-se que o problema enunciado na Espanha, em Portugal, na Itália, na Alemanha e em França se estende à América Latina²²⁵, para além do Brasil – no que se refere no apego ao paradigma teórico liberal –, consoante Albert Noguera Fernández (2010, p. 24) que, ao analisar a tutela dos direitos sociais nas constituições latino-americanas, constata ser

²²⁵ Cabe destacar a experiência constitucional sueca, cujo sistema constitucional é muito peculiar, composto pelo Instrumento de Governo de 1974, pela Lei de Liberdade de Imprensa, de 1949, pela Lei Fundamental sobre Liberdade de Expressão de 1991 e pela Lei de Sucessão de 1810, sem olvidar o desenvolvimento de costumes constitucionais tendo como âncora a intensa cultura constitucional formada, como aponta Clara Marquet Sardà (2010, p. 39). Os direitos sociais, na Suécia, têm intenso grau de efetividade, malgrado não estejam constitucionalmente contemplados e, mesmo sem constarem dos textos componentes da Constituição, são respeitados e realizados pelo compromisso do poder público. Não obstante isso, Sardà (2010, p. 17) aponta a existência de uma frágil dogmática sobre direitos sociais, não havendo uma teoria geral sobre direitos sociais que explique sua construção e seu significado no âmbito da ordem jurídica. Esse problema não é prerrogativa do constitucionalismo sueco, infelizmente, que, mais uma vez infelizmente, não prejudica gravemente os membros da comunidade e nem lhes deixa substancialmente desassistidos em razão de tal deficiência teórica, ao contrário do que se opera no Brasil, na América Latina, na África, e, em menor medida, nos países desenvolvidos que não adotaram o mesmo modelo de Estado Social vigente na Suécia e nos países escandinavos

muito mais fácil, na prática, a tutela jurisdicional de um direito civil ou político do que de qualquer direito social.

Diante das experiências constitucionais referidas e da cisão no âmbito do direito internacional quanto aos mecanismos de tutela dos direitos civis e políticos e dos direitos econômicos, sociais e culturais, sobreleva a necessidade de proceder a uma revisão dos aspectos mais significativos da teoria dos direitos fundamentais quanto para a superação dos preconceitos arbitrários em torno destes direitos²²⁶.

Tal proposta implica buscar as bases para rejeição do paradigma liberal que inspira a teoria dos direitos fundamentais, a fim de que a Constituição Federal – não só ela, mas as demais constituições que se fundam sob os mesmos pressupostos e têm caráter social, como também as ordens jurídicas supranacionais – seja trazida à fala pela comunidade aberta de intérpretes e, assim, efetivar as novas potencialidades que tem sido obnubiladas.

Por essa via, os referenciais para as necessárias correções e superações no plano teórico são o texto e o contexto constitucional – e também supranacionais, por força da dimensão multinível que comportam os direitos da pessoa humana e do constitucionalismo global –, almejando-se a formulação de uma teoria dos direitos fundamentais que seja constitucionalmente adequada.

Nesse sentido, embora se referindo especificamente à teoria da constituição, mas em raciocínio que pode ser empregado para a teoria dos direitos fundamentais – até porque depende e participa da teoria da constituição –, Ernst-Wolfgang Böckenförd (2006, p. 103-104) estabelece as condições para uma teoria constitucionalmente adequada, como se verifica do excerto abaixo, *in verbis*:

Para elaborar e formular uma tal teoria constitucional conforme a Constituição se deve partir da própria Constituição, das suas decisões fundamentais e dos seus princípios diretivos, dos elementos que ela mantém e daqueles que ela modifica com relação à tradição constitucional, do ordenamento e do equilíbrio estabelecido pelas funções, pelos poderes, dentre outros²²⁷.

Ora, não se pode conceber que persistam os vícios que advieram do constitucionalismo social, em que os direitos sociais e as normas programáticas não foram

²²⁶ Não se pretende, evidentemente, fundar uma nova teoria dos direitos fundamentais em seu sentido sistemático, mas apenas rever algumas construções teóricas que lhe dão compostura a fim de sustentar o imperativo reconhecimento do mesmo estatuto jurídico das liberdades e dos direitos sociais, sem o que o direito fundamental ao máximo existencial restaria inócuo e a propalada indivisibilidade seria apenas figura retórica.

²²⁷ Em tradução livre. No original, “Per elaborare e formulare una tale teoria costituzionale conforme alla costituzione si deve partire dalla costituzione stessa, dalle sue decisioni fondamentali e dai suoi principi direttivi, dagli elementi che essa mantiene e da quelli che essa cambia rispetto alla tradizione costituzionale, dall’ordinamento e dall’equilibrio stabiliti per le funzioni, i poteri, eccetera”

compreendidos pela doutrina alemã, àquela época do constitucionalismo social entre-guerras, com novidade que não poderia ser apreendida sob as lentes dos paradigmas do constitucionalismo liberal, como se verifica da doutrina de Carl Schmitt (1996) em derredor do caráter que sustenta como paradoxal da Constituição de Weimar.

Se a atividade científica volta-se a resolver problemas (LAUDAN, 1977, p. 11-12) e se as teorias são provisórias porque pertinentes até que surjam outras que as superem, por melhor explicar ou solucionar o mesmo problema (POPPER, 1999, p. 54), a doutrina não pode se furtar a enfrentar o novo – já não tão mais novo – com novas reflexões, abrindo horizontes de sentido a partir da reflexão hermenêutica.

Outrossim, ainda que se aproxime o direito muito mais da arte do que da ciência, persistiria a dimensão lúdica e imaginativa que deve conduzir a doutrina à superação da realidade pela fundamentação de perspectivas de novos sentidos que correspondam às projeções dos anseios e necessidades vivenciados e experimentados pela comunidade de intérpretes dos direitos fundamentais.

Além disso, a fundamentação de uma teoria dos direitos conforme a Constituição deve se orientar pelos sentimentos que se sintetizam nos direitos fundamentais nela consagrados. Como observa András Sajó (2011, p. 279), as constituições são, dentre outras coisas, representações de injustiças pré-fundacionais que são desfeitas no ato de sua instituição, exprimindo a responsabilidade moral e, ao mesmo tempo, a vergonha da respectiva comunidade política por tais injustiças.

Assim, os direitos sociais predispõem a possibilidade de enfrentar os sentimentos de humilhação, desprezo e ignorância, com fé, paixão e crença na capacidade transformadora das condições sociais pela própria comunidade política, tornando-se uma comunidade de intérpretes dos direitos fundamentais.

Nessa comunidade, os resultados interpretativos devem ser os melhores possíveis, ou as respostas corretas e adequadas a tais sentimentos e à solução dos problemas a que se dirigem, como um projeto contínuo de uma narrativa artística da epopeia dramática e gloriosa, frustrante e de esperanças, dos direitos humanos e fundamentais. O direito fundamental ao máximo existencial representa, nessa epopeia, a figura de Ulisses, à vista dos graves desafios que lhe põem, da necessidade de resistir e dos perigos que se situam em seu entorno na odisseia pela efetividade dos direitos fundamentais que seja suficientemente satisfatória das

necessidades existenciais²²⁸. Só que a história é contada pelos intérpretes da comunidade aberta, que devem ter em mira o cumprimento, distinta e às vezes inalcançável, das missões de Ulisses.

E é a isso que se destina a proposta de revisão de aspectos da teoria dos direitos fundamentais que, presos ao paradigma liberal²²⁹, tolhem os direitos fundamentais de progredirem na epopeia e frustram o direito fundamental ao máximo existencial em sua dimensão heroica²³⁰.

Ademais, a necessidade de que sobrevenham teorias constitucionalmente adequadas é reforçada por Canotilho (2001b, p. 154-158), destacando que têm de responder às modernas exigências da feição promocional do direito, conferida pelo caráter programático dirigente dos textos constitucionais. Nisso se insere a teoria dos direitos fundamentais, que não pode ser aprisionada aos mitos e preconceitos inautênticos derivados da perpetuação do paradigma liberal e positivista que orientou a sua caracterização originária.

Robert Alexy (2008b, p. 31) explicita as várias espécies de teorias que podem ser formuladas em derredor dos direitos fundamentais, como as históricas – que explicam o surgimento e o desenvolvimento – as filosóficas – que tratam da sua fundamentação – e as sociológicas – pertinentes à função que representam no sistema social, dentre outros possíveis tipos e variáveis. Não obstante o reconhecimento de todas essas perspectivas, sustenta Alexy a necessidade de uma teoria jurídica dos direitos fundamentais.

Do mesmo modo, ao analisar as diferentes propostas teóricas em torno dos direitos fundamentais, Böckenförd (2006, p. 150-180) identifica cinco matrizes que norteiam e dão compostura diferenciada à teoria dos direitos fundamentais, que seriam a a) teoria liberal, b) a teoria institucional, c) a teoria axiológica, d) a teoria democrático-funcional, e e) a teoria própria do Estado Social.

A primeira seria a teoria liberal, desenvolvida no auge do Estado liberal burguês e que circunscreve os direitos fundamentais aos direitos de liberdade do indivíduo diante do

²²⁸ Mais uma vez se recorre à metáfora, figura de linguagem que permite dar o conhecer algo pela proximidade simbólica com o que se está estabelecendo a relação.

²²⁹ O paradigma liberal do constitucionalismo, sobretudo no que respeita aos direitos fundamentais, é descrito de forma aguda por Böckenförd (2006, p. 191-193).

²³⁰ Evidentemente que a utilização da metáfora a partir do herói Ulisses na Odisseia de Homero não deve se estender aos vícios que de que padece o herói, como a arrogância que se depreende de algumas passagens. A arrogância se daria na adoção da perspectiva de ensimesmamento do direito constitucional, como se bastasse a si para transformar a realidade. O referencial heroico se justifica por ser o próprio direito constitucional a expressão de lutas e revoluções, pelas quais foi sendo erigido, num passado por vezes de dor e sofrimento, animado pela utópica dimensão heroica de um futuro promissor.

Estado. O poder público não pode intervir na esfera das liberdades individuais senão nos estritos limites de suas competências, pois lhe é anterior e intrínseca à natureza humana. Ao Estado cabe viabilizar o exercício das liberdades e harmonizar os limites jurídicos para que o seu exercício por um indivíduo não afete a liberdade de outro. Opera-se, então, o estabelecimento de uma divisão (supostamente precisa) das esferas de liberdade do indivíduo (e incompetência do poder público) e de competências do poder público (e sujeição do indivíduo). Ademais, o conteúdo das liberdades seria prévio e não poderia ser definido por qualquer lei, não se sujeitando a qualquer intervenção restritiva ou limitativa. Nessa condição, ao Estado não caberia nenhum dever positivo para garantir a realização dos direitos fundamentais, bastando-lhe a abstenção. Como o exercício da liberdade se basta a si, consistente na própria conduta do titular, não cabe ao poder público nenhuma ação que garanta a conduta desejada pelo titular do direito.

Tais características e efeitos da adoção da teoria dos direitos fundamentais de feição liberal suscitam, para Böckenförd, o problema relativo à cegueira das condições e pressupostos sociais para a realização das liberdades. O indivíduo não está apto a exercer as liberdades apenas em se reconhecendo uma esfera de não-intervenção estatal. A questão se torna mais grave ainda diante das condições contemporâneas da vida social, de grande interdependência.

Além da teoria liberal, haveria a teoria dos direitos como instituições, desenvolvida por Schmitt e desenvolvida por Häberle (2003b).

Peter Häberle (2003b, p. 97-98) os direitos fundamentais são realidades vitais objetivas, pois as normas de direitos fundamentais fazem efetiva a ideia de direitos fundamentais na realidade social. Logo, “O direito fundamental é algo existente, formado e organizado. É uma situação objetivada e feita realidade”²³¹, admitindo, ainda, a existência de uma feição individual.

Segundo a teoria institucional, portanto, os direitos fundamentais são princípios objetivos que ordenam o âmbito de vida a que se referem. Assim, os direitos apresentam-se como instituições sobre as quais a ordem jurídica erige uma disciplina específica. Como consequência, admite-se uma amplitude normativa ao poder público para regular as liberdades, reconhecendo a intervenção normativa como uma condição de possibilidade para

²³¹ Em tradução livre. No original, “El derecho fundamental es algo existente, formado y organizado. Es una situación objetivada y hecha realidad.”

sua realização. Assim, a tutela jurídica de determinada liberdade é fixada a partir do conjunto normativo que lhe confira caráter institucional.

Böckenförd aponta ainda a teoria axiológica dos direitos fundamentais, de que é expoente Rudolf Smend (1988). Nela, os direitos fundamentais são tidos como elementos de integração, exprimindo os valores fundamentais da sociedade. O caráter objetivo prepondera sobre o aspecto subjetivo, de forma semelhante ao que ocorrido com a teoria institucional. As liberdades estão sempre predispostas à realização dos valores constantes dos direitos fundamentais. Enquanto representativo de valores, não se adequam aos métodos jurídicos tradicionais, situando-se no âmbito das ciências sociais. Outrossim, sobrevêm problemas relativos ao conteúdo dos direitos fundamentais, que remete à questão da determinação de sentido dos valores abrigados por tais direitos. Em se concebendo como valores, o caráter absoluto que lhes era dado pela teoria liberal passa a ser negado, pois não há hierarquia de valores, que são intensamente colidentes entre si, desvelando a relatividade dos direitos fundamentais. Observa, ainda, que a interpretação axiológica dos direitos fundamentais pode atrair para o seu âmbito axiológico as questões concernentes à colisão de direitos.

O constitucionalista alemão se opõe a esta teoria axiológica porque, ao pressuposto da existência de uma ordem de valores, ficam ocultas questões centrais relativas à colisão e ponderação, por exemplo.

Por sua vez, a teoria democrático-funcional dos direitos fundamentais os concebe a partir da função política que encarnam, ou seja, a partir da sua relação para com o processo democrático, no que são fundamentais as liberdades de expressão, de opinião e de reunião. Seriam fatores constitutivos e *conditio sine qua non* para a institucionalização do regime democrático. Assim, as liberdades encerra um caráter finalístico, pois não se justificam em si, mas na relação que mantêm com o processo político aberto e democrático.

Finalmente, invoca a teoria dos direitos fundamentais típica do Estado Social. Partindo das deficiências da teoria liberal dos direitos, notadamente da aludida cegueira quanto às condições sociais para o exercício das liberdades, e associando-se ao crescente número de pessoas que já não dispunha de tais condições, esta teoria volta-se a aproximar a liberdade de direito e a liberdade real, ou a liberdade formal e a liberdade substantiva. Assim, “O conteúdo a garantir é constituído não apenas pela liberdade jurídica e abstrata, mas também pela liberdade real”²³².

²³² Em tradução livre. No original, “Il contenuto da garantire è costituito non solo dalla libertà giuridica e astratta, ma anche dalla libertà reale”.

Com isso, o Estado assume o encargo de prover as condições e pressupostos sociais para o exercício das liberdades e, por essa via, mediante os direitos fundamentais, alcança-se as prestações estatais, que demandam custos. Essa é a razão pela qual “A concreta garantia dos direitos fundamentais se torna dependente da disponibilidade dos meios financeiros do Estado”²³³. A teoria seria inadequada porque não especifica claramente a compreensão do que sejam os direitos fundamentais e porque ficariam reduzidos a meras competências constitucionais diante da imprecisão dos critérios que permitam dimensionar as garantias dos pressupostos sociais para o exercício das liberdades

Com efeito, nenhuma das matrizes teóricas referidas, quer por Alexy, quer por Böckenförd, afigura-se suficientemente adequada para fundamentar a negação dos paradigmas liberal que impregnam a prática dos tribunais e a doutrina pátria.

A teoria liberal é a que se encontra mais arraigada, constituindo uma série de preconceitos arbitrários, mitos e dogmas que conferem uma posição e uma condição subalterna aos direitos sociais, negando a indivisibilidade dos direitos fundamentais e frustrando o próprio gozo efetivo das liberdades.

A teoria institucional não pode fazer prevalecer a dimensão institucional dos direitos fundamentais sobre a sua dimensão individual, libertária, garantista e emancipatória, sob pena de ignorar a sua origem e a finalidade que os fundamenta, concernente à satisfação das necessidades básicas, que abrangem as necessidades existenciais – as quais se destinam os direitos sociais – e as necessidades de autonomia – as quais se relacionam as liberdades e os direitos políticos. Essa mesma razão desautoriza a teoria democrático funcional.

A teoria axiológica não detém a compostura e a consistência sistemática suficiente a merecer a qualidade paradigmática de teoria. Trata-se, em verdade, de uma feição dos direitos fundamentais serem expressivos dos valores socialmente compartilhados a partir da fundamentação moral de que se deve tanto evitar o dano à pessoa humana que adviria da insatisfação de uma necessidade, como que se deve viabilizar a desmercantilização das condições existenciais, habilitando a pessoa humana ao exercício das capacidades.

A teoria dos direitos conforme o marco do Estado Social, por sua vez, tal como antevista por Böckenförd – e pela doutrina majoritária – padece de insuficiências e defeitos que resultam, em verdade, da pressão internalizada do paradigma teórico liberal, em razão do

²³³ Em tradução livre. No original, “La concreta garanzia dei diritti fondamentali diventa dipendente dalle disponibilità dei mezzi finanziari dello Stato”, sendo a impossibilidade econômica”.

que se justifica a necessária revisão do estado atual da teoria dos direitos fundamentais visando a superar tais deficiências.

Nenhuma delas, por si só, oferece soluções adequadas para os problemas que desafiam os direitos fundamentais, mas trazem aportes significativos que podem auxiliar na empreitada de fundação de uma teoria dos direitos fundamentais conforme ao texto e ao contexto, conforme o sentido e a experimentação da comunidade aberta de intérpretes, numa abertura para além das fronteiras.

Outrossim, as supostas imprecisões e insuficiências teóricas relativas ao entendimento em derredor dos direitos sociais não justifica rejeitá-los no marco de uma teoria adequada dos direitos fundamentais, cabendo introduzir novos instrumentos e categorias que estejam aptos à operacionalizar as condições de efetividade dos direitos sociais e conferir-lhes o mesmo estatuto normativo das liberdades, dos direitos políticos e dos demais direitos fundamentais.

Partindo dessas premissas, já delineadas alhures, não se pode deixar de perceber que o sistema constitucional brasileiro, relacionado com as exigências das demandas sociais a partir das carências acerca das condições existenciais que assolam grande parte da população, não pode relegar os direitos sociais a uma posição jurídica subalterna, devendo haver uma reconstrução teórica que assegure o mesmo *status* jurídico-fundamental entre liberdades e direitos sociais.

Atente-se, com Canotilho (2008, p. 107), que os direitos sociais caracterizam-se pela gradualidade de sua realização, discurso que pode ser estendido também para as liberdades, em se concebendo a superação das liberdades não-protegidas pelas liberdades protegidas (ALEXY, 2008b). Essa gradualidade se relaciona justamente com os níveis de prestação²³⁴, vinculados, por sua vez, com o referencial de satisfação suficiente das necessidades básicas, sujeitando-os, em determinadas circunstâncias, ao controle jurisdicional. Nisso se insere e se legitima o reconhecimento do direito fundamental ao máximo existencial, que se afigura, no plano da interpretação constitucional, como a resposta correta, ou adequada, quanto às condições e possibilidades de efetividade dos direitos fundamentais.

²³⁴ Daí a relevância para o presente estudo da compreensão dos níveis essenciais de prestação, provenientes do art. 117, item 2, alínea 'm', da Constituição italiana, enquanto voltados à progressividade gradual do conteúdo essencial dos direitos sociais até o conteúdo ótimo, e não mínimo, afastando a pertinência da invocação do direito ao mínimo vital.

Nesse sentido, devem ser analisadas as questões atinentes às noções de direitos fundamentais e de direitos sociais, à fundamentação dos direitos fundamentais, a sua normatividade, enfrentando o problema da indeterminação material, e aos tipos de eficácia. Será possível constatar a impertinência da dicotomia que diferencia as liberdades e os direitos sociais em direitos negativos ou de defesa e positivos ou prestacionais, respectivamente, adentrando na tipologia dos deveres oriundos dos direitos fundamentais.

Posto isso, cumpre analisar a noção de direitos fundamentais, introduzindo em seu âmbito a discussão acerca da noção de direitos sociais e sua adequação ou não, questão que é prejudicial aos demais desenvolvimentos teóricos que se sucederão.

3.1 NOÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE DIREITOS SOCIAIS

É intuitivo que a afirmação do direito fundamental ao máximo existencial não pode se sustentar senão a partir da sua caracterização efetiva como tal mediante a verificação da sua correspondência e adequação à noção constitucionalmente adequada de direitos fundamentais.

Essa noção deve ser, necessariamente, aberta, susceptível aos câmbios que sejam ocasionados pelas mudanças sociais e pelas alterações de valores, interesses e sentimentos por parte da comunidade aberta de intérpretes dos direitos fundamentais. Assim, é uma noção inclusive e não excludente, mas que, por outro lado, se não pode incluir demais, também não deve excluir a menos²³⁵.

²³⁵ Norberto Bobbio (1992, p. 68-69), tecendo considerações acerca da expansão dos direitos humanos – que podem ser estendidas para explicar a ampliação dos direitos fundamentais – salienta que a sua proliferação decorre de três fatores: a) o aumento da quantidade de bens susceptíveis de tutela jurídica; b) surgimento de novos titulares diversos do homem-indivíduo; c) das necessidades surgidas a partir da contextualização do homem na sociedade, enquanto criança, idoso, trabalhador, dentre outros. A expansão encontra resistência naqueles que, como Guy Haarscher (1997, p. 50-55), consideram que haveria uma banalização dos direitos pelo reconhecimento como tais de reivindicações moralmente legítimas, mas inadequadas a serem categorizadas como direitos humanos ou fundamentais. Não obstante isso, e apesar de se admitir a necessidade de um conceito que, malgrado aberto, não seja excessivamente inclusivo, o movimento dos direitos humanos e fundamentais não pode ficar aprisionado em noções e conceitos legados do constitucionalismo liberal por se tratar de um processo vivo e contínuo que, como exposto, resulta do surgimento, da gravidade e da intensidade de necessidades básicas. Assiste razão, no particular, a Ingo Sarlet (2006, p. 68) quando, ao rechaçar as críticas quanto ao excesso

A questão é deveras difícil, posto que há uma plêiade de noções distintas e supostamente distintas, levando à perda da compreensão dos elementos centrais que permitem distinguir os direitos fundamentais de outros direitos. Além disso, há uma variedade de critérios que ora se associam, ora concorrem entre si quanto à proposição de uma noção adequada de direitos fundamentais.

Esta noção deve estar a altura de exprimir o caráter de fundamentalidade dos direitos que designa, em razão do qual se estabelece, ou deve se estabelecer, a especial proteção constitucional aos respectivos bens jurídicos, fundando-se no valor e na bondade moralmente justificáveis de uma tutela diferenciada.

Apenas a partir desta noção é que será possível rechaçar todas as oposições aos direitos sociais como direitos fundamentais, porquanto se evidencie a plena adequação da sua noção àquela relacionada aos direitos fundamentais.

3.1.1 Noção de direitos fundamentais²³⁶

A noção de direitos fundamentais é particularmente importante no âmbito da compreensão dos sistemas constitucionais de proteção da pessoa humana. Há uma

de direitos previstos no texto constitucional de 1988, ressalta que o prestígio ou desprestígio dos direitos fundamentais não depende substancialmente da sua quantidade.

²³⁶ Cabe referenciar a ocorrência de divergência terminológica, que já denota certa sujeição dos direitos sociais às liberdades, posto que, para serem reconhecidos como direitos fundamentais, são tidos como liberdades públicas em alguns países, como a França. A despeito da interação entre as liberdades e os direitos sociais, marcada pela indivisibilidade afirmada, não se pode esgarçar o noção conceitual dos direitos sociais ao ponto de tratá-los como liberdades típicas. Sobressai a inadequação da doutrina francesa clássica, que qualifica os direitos fundamentais a partir das liberdades públicas, como se depreende de Jean Rivero e Hugues Moutouth (2006, p. 12-13). Os autores, ao tratarem da diferenciação entre liberdades e direitos humanos, destacam que não há uma estrita correspondência, pois não seria mais pertinente identifica-los, apesar de corresponderem os direitos humanos, em sua origem, às liberdades públicas. Isso se dá em razão do surgimento de uma categoria de direitos humanos, tão importante quanto às liberdades, mas substancialmente distinta, que seria relacionada “[...] a um mínimo de segurança material, que implica principalmente proteção da saúde e possibilidade de encontrar um emprego remunerado, e também um mínimo de desenvolvimento intelectual, ligado ao acesso ao ensino, à cultura, à informação.” Daí denominar tais direitos como direitos de crédito, cuja maturação teria se originado do movimento revolucionário e da insurreição de 1848 (RIVERO; MOUTOUTH, 2006, p. 76).

Não obstante isso, afigura-se preferível denominar os direitos que são abrigados pelas constituições como direitos fundamentais, distinguindo-se as liberdades dos direitos sociais, mas compondo ambas as categorias os direitos fundamentais, com o mesmo regime jurídico-constitucional.

multiplicidade de critérios e os doutrinadores costumam suscitar distinções no mais das vezes de somenos importância entre as noções usualmente sugeridas²³⁷.

De qualquer sorte, como aludido, é impositivo que a noção de direitos fundamentais seja aberta e culturalmente orientada, arejando-se continuamente pela vivência e pela experimentação da comunidade aberta de intérpretes constitucionais, o que possibilita o enriquecimento tanto de direitos fundamentais específicos, como a admissão de direitos fundamentais decorrentes²³⁸, que seriam apenas materialmente constitucionais, embora indiretamente referidos ao texto constitucional.

Robert Alexy (2008b, p. 66-69), partindo da distinção entre norma de direito fundamental e disposição de direito fundamental – esta referida ao enunciado textual da Constituição –, aponta existirem três critérios distintos para identificar uma norma de direito fundamental. Evidentemente que esses critérios se estendem e podem funcionar para fins de construir uma noção de direitos fundamentais. Esses critérios seriam a) o material, b) o estrutural e c) o formal.

Ao que se pode entender de tais critérios, o material é concernente tanto conteúdo que deve ser pertinente aos direitos fundamentais, como também o valor desse conteúdo, a importância e o sentido que representa para a tutela da pessoa humana. O critério estrutural concerne à identificação dos direitos fundamentais pela estrutura que apresentam, ou seja, pelo tipo e forma de deveres e obrigações que acarretam. Finalmente, o critério formal respeita à forma de positivação dos direitos em determinado texto constitucional, aferindo se há ou não expressa disposição do caráter fundamental desses direitos pela constituição.

Segunda Alexy, Carl Schmitt utiliza critério que associa elementos substanciais e estruturais, considerando que os direitos fundamentais representam o fundamento do próprio Estado e, como tal, são reconhecidos pela Constituição. Dizer que os direitos fundamentais constituem o fundamento do Estado é um elemento substancial. Além disso, para Schmitt,

²³⁷ O que justifica o registro de Cristina Queiroz (2002, p. 13) quanto à dificuldade de encontrar definição adequada para os direitos fundamentais.

²³⁸ Não se adota a distinção, sugerida por Ingo Salert (2006, p. 139-140) entre direitos implícitos e direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela República, na forma do art. 5º, §2º, do texto constitucional. O próprio autor tende mais a reputar que ambos são, em verdade, implícitos em sentido amplo. Parece mais adequado, todavia, considerar que todos os direitos apenas materialmente constitucionais, não positivados no texto, sejam direitos decorrentes de outros direitos fundamentais, identificados por via de refinamento e especificação mediante a interpretação constitucional (ALEXY, 2008b), desde que fundamentado em direito expresso, como um desdobramento ou, efetivamente, uma derivação. Haveria, ainda, os decorrentes de tratados sobre direitos humanos, como os constantes da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, já aprovada seguindo o procedimento do art. 5º, §3º, do texto constitucional, na forma do Decreto nº 6949/2009. Finalmente, existiriam os direitos decorrentes dos princípios e do regime adotado pela República.

seriam direitos fundamentais apenas aqueles que apresentam a estrutura dos direitos fundamentais individuais de liberdade.

Tal impressão se confirma em parte, pois Schmitt (1996, p. 170-174) associa, efetivamente, o critério material e o estrutural, mas destaca a dimensão individual e de tutela sobre e contra o Estado ao reputar que direitos dados ao arbítrio do princípio ou à vontade de uma maioria parlamentar, simples ou qualificada, não podem ser honestamente designados como fundamentais. Desse modo, “Direitos fundamentais em sentido estrito são apenas os direitos liberais da pessoa humana individual”²³⁹, que acrescentando que esses direitos individuais são opostos ao Estado e, em sentido estrito, são os direitos de liberdade individual, considerando-se o indivíduo isoladamente, e não as exigências sociais.

Em outros termos, para Schmitt seriam direitos fundamentais somente as liberdades (critério substantivo), não apenas pela sua importância ou valor fundamental, mas também pela estrutura que portam ao impor abstenções e omissões ao Estado, configurando-se como direitos de defesa por força dos deveres negativos que ensejam ao poder público.

Dai se depreende, como também o faz Alexy, a impertinência do critério estrutural, pois a sua adoção corresponde a uma adesão ao paradigma liberal que circunscreve os direitos fundamentais apenas às liberdades, ignorando o advento de outros direitos fundamentais, ainda que surjam para traduzir as liberdades de formais em reais.

Outra hipótese alentada por Alexy é adotar apenas um critério estrutural, como identificar os direitos fundamentais aos dispositivos da Constituição alemã que confirmam direitos subjetivos. Desse modo, haveria a vantagem de que apenas as que assegurassem direitos subjetivos seriam tidas como normas de direitos fundamentais. O inconveniente de afastar da caracterização como normas de direitos fundamentais daquelas que tivessem uma conexão estreita, sistemática e textual, com as que asseguram direitos subjetivos afasta a adequação da utilização deste critério.

O critério formal, por sua vez, é o que confere maior segurança e precisão para a noção de direitos fundamentais, embora não seja isento de controvérsias. Ora, pode-se reputar que, a princípio, definindo a constituição determinado direito como fundamental por assim tratá-lo e designá-lo, não se deveria questionar ou contrariar os desígnios dos constituintes. O critério formal, todavia, padece de caráter redutor e restritivo, pois não é razoável imaginar que os constituintes consigam esgotar no texto constitucional a previsão de direitos

²³⁹ Em tradução livre. No original, “Derechos fundamentales en sentido propio son tan sólo los derechos liberales de la persona humana individual.”

fundamentais e nem seria razoável exigir-se a inserção expressa no seu texto como condição para reconhecer determinado direito como fundamental.

Alexy também envereda pelo critério formal, pelo qual seriam direitos fundamentais todos aqueles positivados no título correspondente da Constituição alemã; entretanto, admite que haveria estreiteza nesse critério, pois há vários outros dispositivos da Constituição alemã que exprimem direitos fundamentais e que não estão situados topologicamente no respectivo título da Constituição alemã, como o art. 103, §3°. Não obstante isso, sugere que as direitos fundamentais seria os contidos “[...] nas disposições dos arts. 1° a 19 da Constituição alemã, bem como as disposições garantidoras de direitos individuais dos arts. 20, §4°, 33, 38, 101, 103 e 104 da Constituição alemã.

Após suscitar as vantagens do critério formal para a noção de direitos fundamentais, reputa Alexy que seriam de direitos fundamentais apenas as normas assim expressas por enunciados da Constituição alemã e, desse modo, os direitos fundamentais seriam os por ela dispostos.

Para corrigir a estreiteza da noção formal de direitos fundamentais, Alexy suscita a possibilidade do reconhecimento de direitos fundamentais atribuídos a outros, expressamente consagrados, desde que decorram de um processo de refinamento por força da abertura semântica e da abertura estrutural²⁴⁰ e que estejam vinculados fundamentadamente²⁴¹.

Ora, ainda que esse processo de refinamento seja uma operação pertinente para o reconhecimento de direitos fundamentais decorrentes, não se afigura adequada a adoção exclusiva do critério formal, à vista da já referida estreiteza, sendo insusceptível de abarcar o caráter produtivo da vivência e da experiência constitucional quanto ao movimento contínuo e progressivo de surgimento de novos direitos fundamentais. Deve-se concordar com Flávia Piovesan (2010, p. 04) de que os direitos humanos – e os fundamentais também –, enquanto

²⁴⁰ Adiante expostas.

²⁴¹ Não obstante isso, Alexy sustenta outra noção, que reputa como formal, relativa a direitos fundamentais, adiante analisada, mas que traz importantes aspectos para uma noção material de direitos fundamentais, até porque, como ele próprio reconhece, o que os direitos fundamentais são não é uma decisão exclusiva do texto constitucional, mas da vontade política do povo a partir da situação econômica do país, associada à prática jurídica e à ciência do direito (ALEXY, 2008b, p. 100), que inspiram a comunidade aberta de intérpretes dos direitos fundamentais enquanto sujeitos-constituintes.

reivindicações morais, nascem quando devem e quando podem nascer²⁴² e não é razoável que esse nascimento dependa da difícil certificação constitucional mediante emenda.

No mesmo sentido, Norberto Bobbio (1998, p. 5) ressalta que os direitos humanos – o que se aplica, indistintamente, aos direitos fundamentais – são direitos históricos, “[...] nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.

Diante da Constituição Federal de 1988, a inserção do direito à moradia e do direito à alimentação por força de emendas constitucionais apenas tornou formalmente fundamentais direitos que já o eram materialmente e que, por força dessa qualidade, já gozavam do regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, por força da atração promovida pela fundamentalidade material.

A doutrina é vasta em sugestões de noções de direitos fundamentais, perpassando pelos critérios apontados e suscitando outros. Perez-Luño (1998, p. 46) adota o critério formal em concomitância com o critério material, estabelecendo uma vinculação dos direitos fundamentais com os direitos humanos. Assim, direitos fundamentais seriam os humanos assegurados pela ordem jurídica nacional, usualmente pela constituição, gozando de tutela jurídica reforçada. Já os direitos humanos exprimem o feixe de faculdades e instituições que materializam, em dada época e contexto social, as exigências relativas à dignidade, à liberdade e à igualdade do ser humano e que devem ser reconhecidos nacional e internacionalmente.

Essa noção é deveras significativa, mas pode padecer de caráter restritivo, pois não é incomum que direitos fundamentais sejam reconhecidos antes de se tornarem direitos humanos, sendo esse, aliás, o movimento que ensejou o surgimento da Declaração Universal de Direitos Humanos, com o processo de internacionalização dos direitos fundamentais (MARTÍNEZ, 1999, p. 174-179).

Ferrajoli (2001, p. 19), por sua vez, suscita um critério formal, que reputa eminentemente teórico²⁴³, pelo qual os direitos fundamentais são todos os direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos dotados de *status* de pessoas,

²⁴² Quanto aos direitos sociais, pode-se afirmar, mais especificamente, que nasceram quando podiam, mas muito depois de quando deveriam, posto que a origem do constitucionalismo moderno já abrigava a aspiração pelos valores fundantes dos direitos sociais. A demora é sentida sobretudo em países em que grassa a exclusão social.

²⁴³ Logo, independente de qualquer ordem constitucional específica, diversamente do que ocorreria se o critério adotado fosse formal, mas dogmático, caso em que seria pertinente a determinada constituição.

cidadãos ou pessoas com capacidade. Esclarece, ainda, que direito subjetivo é qualquer pretensão positiva ou negativa referida a um sujeito passivo por força de previsão normativa.

Essa noção, ao que se afigura, é formal, mas não adstrita a um texto constitucional específico, sendo dotada de generalidade suficiente a ser aplicada à constituição de qualquer país, posto não se referir a conteúdo.

A doutrina brasileira envereda na complexa tarefa de identificar uma noção constitucionalmente adequada de direitos fundamentais. Assim, José Adércio Leite Sampaio (2004, p. 22-34), fazendo alusão ora a direitos humanos, ora a direitos fundamentais, indistintamente, aborda o critério material e o critério formal, com suas respectivas matizes e variações. Já Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2007, p. 54) reputam que os direitos fundamentais são direitos públicos subjetivos titularizados por pessoas físicas ou jurídicas e previstos na Constituição, gozando da sua supremacia e destinando-se a limitar o exercício do poder estatal diante da liberdade individual. Essa noção, de caráter analítico²⁴⁴, está eivada de alguns equívocos que a tornam excessivamente restritiva.

Inicialmente, restringir os direitos fundamentais à categoria dos direitos públicos subjetivos equivale a negar a existência de direitos fundamentais predispostos em face de particulares, da mesma forma que a finalidade de liminar o poder estatal ignora que os direitos fundamentais estendem progressivamente o seu manto protetivo para resguardar a pessoa humana diante de qualquer forma de exercício arbitrário de poder, quer seja político, quer seja ideológico ou religioso, quer seja econômico, independentemente de ser ator estatal ou não estatal. Outrossim, não se restringe à liberdade individual, relacionando-se, também, com a dignidade e com a igualdade.

Com efeito, diante da controvérsia atinente à noção de direitos fundamentais e às insuficiências pertinentes aos critérios formal e estrutural, afigura-se ser o critério material o mais adequado para a caracterização da noção de direitos fundamentais.

Apesar de Alexy e Ferrajoli terem, eles próprios, noções distintas e específicas acerca do que sejam os direitos fundamentais, suscitam contribuições importantes quanto à afirmação de outra noção de direitos fundamentais, que se revela mais adequada do que a que eles próprios sustentam. Essa seria uma noção material de direitos fundamentais, que deve ser constitucionalmente adequada, apesar de Alexy aproximar-se dela como noção formal.

²⁴⁴ É uma noção analítica porque disseca vários termos da compostura de uma relação jurídica de direito fundamental para qualificar algum direito como fundamental

Como aludido, ao se mencionar o critério material como referencial para a noção de direitos fundamentais há duas perspectivas distintas que se conformam e se reforçam. A noção material, assim, remete tanto ao conteúdo, como à fundamentalidade, ao relevo dos direitos.

Thomas Meindl (2001), após analisar as possibilidades da noção material a partir de uma categoria de direitos específicos, no que inclui necessariamente os direitos sociais, sustenta só ser possível a noção material a partir do duplo caráter dos direitos fundamentais, de que advém a dupla tutela jurídica que ensejam. Logo, só seria possível construir a noção material de direitos fundamentais de acordo com a compreensão dos direitos fundamentais como direitos subjetivos e com direitos objetivos; ou seja, a partir da dimensão subjetiva e da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. A dimensão objetiva confere aos direitos a condição de se sobrepor ao legislador e aos processos de revisão constitucional, além de ensejarem uma projeção sobre as esferas privadas e para além das posições de defesa; a dimensão subjetiva exprime a titularidade de posições jurídicas de conteúdo variado pelo sujeito, conferindo-lhe pretensão à garantia de tais posições²⁴⁵.

A existência dessas duas dimensões, entretanto, não é suficiente para a qualificação de determinado direito como fundamental, o que é dependente do conteúdo que abrigam e da relevância dessa tutela jurídica especialmente reforçada. Esses dois aspectos sobressaem de contribuições oriundas das construções teóricas de Alexy, Dworkin e Ferrajoli, corroborando a pertinência de uma noção material de direitos fundamentais que seja aberta, inclusiva e constitucionalmente adequada e, conseqüentemente, o acerto da proposta teórica formulada por Ingo Sarlet (2006, p. 91-95) quanto a uma noção materialmente aberta de direitos fundamentais.

Assim, o traço diferencial dos direitos fundamentais não pode ser outro que não a sua fundamentalidade material, consubstanciada na sua importância e valor moral, tal como destacado pelos referidos constitucionalistas e mais por Perez-Luño, como já sustentado, ao relacionar os direitos fundamentais com a dignidade, a liberdade e a igualdade.

Dworkin, Alexy e Ferrajoli, situam a fundamentalidade dos direitos fundamentais na necessária sobreposição aos processos democráticos, sendo a sua observância uma

²⁴⁵ Para Meindl (2001, p. 252-253) haveria uma dimensão objetiva principal, de que advém a dimensão objetiva complementar e a dimensão subjetiva. A dimensão objetiva complementar confere aos direitos fundamentais uma dimensão coletiva, quíça universal, pois, entendidos como normas objetivas da constituição e gozando da sua supremacia, dirigem-se contra os poderes públicos e privados e não se resumem apenas a imposições de deveres ou obrigações negativas, ultrapassando a função de defesa.

condição para o próprio sentido da democracia. Para Dworkin (1984, p. 153) os direitos fundamentais seriam trunfos das minorias²⁴⁶ no âmbito do processo político-decisório contra as maiorias contingentes e variáveis²⁴⁷. Daí que não poderiam ficar ao livre talante do processo democrático (2006b, p. 24). Isso não significa que os direitos fundamentais não estendam a sua proteção a todos. Os direitos fundamentais são também direitos das maiorias; todavia, as maiorias costumam utilizar-se de seu poder para manter-se nele, suprimindo e excluindo as minorias, circunstância em que os direitos fundamentais revelam-se especialmente importantes, pois devem assegurar a minoria diante da opressão da maioria. Se assim não fosse, a democracia se transformaria em tirania das maiorias, deturpando o sentido libertário e emancipatório da democracia.

Da mesma forma, Robert Alexy (2008b, p. 446-449) aprimora a noção formal de norma de direito fundamental, do que se deduziu a noção formal de direitos fundamentais, sustentando que “[...] direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”; aliás, pode-se acrescentar, como Schmitt adiantou, sequer para as maiorias parlamentares qualificadas.

Apesar de Alexy reputar essa noção como formal e ampla, reconhece que concepções substantivas aderem a tal posicionamento, relacionando-a com uma noção material e ampla, determinada pela dignidade da pessoa humana.

Também se pode deduzir o relevo dos direitos fundamentais da concepção de Ferrajoli (2002, p. 23-24) que, defendendo um sentido substantivo de democracia, decorrente da dimensão material dos direitos fundamentais, sustenta que eles impõem vínculos ao processo político e democrático e, estando “[...] subtraídos à disponibilidade do mercado e da

²⁴⁶ A noção de minoria não é de ordem meramente quantitativa ou estatística. Uma maioria numérica pode ser minoria, como se dá com as classes mais pobres nos países em desenvolvimento que, malgrado maioria, estão distanciadas ou alijadas do processo político-democrático. Assim, minoria, nesse contexto, tem um viés político, significando o distanciamento ou alijamento do processo político, que cala a voz de uma possível representação em sua defesa. Cristina Queiroz (2002, p. 16), por sua vez, concebe as minorias como resultantes de um traço cultural, ao que não se adere pelas razões expostas. Pode até ser que haja divergências culturais nas práticas e costumes de um grupo ou de uma coletividade, mas só se consubstancia como minoria diante do distanciamento do processo político.

²⁴⁷ Embora, como já aludido, restrinja os direitos fundamentais às liberdades e aos direitos políticos, reputando que objetivos de ordem social seriam argumentos de política e não de direito, concepção que parece discutível mesmo no horizonte da experiência constitucional americana, é impertinente quanto ao Brasil, à vista do modelo constitucional adotado, aderindo ao constitucionalismo social e portando um caráter dirigente, consequentemente.

política, formam a *esfera do indecidível que* e do que *indecidível que não*²⁴⁸.

Desse modo, verifica-se que os direitos fundamentais se sobrepõem para assegurar o próprio processo democrático. São direitos que demarcam o âmbito do que não pode ser decidido diversamente pelo processo democrático, impondo-se sobre e contra as maiorias parlamentares – simples e qualificadas, no mais das vezes – e figurando como trunfos das maiorias sobre as minorais.

Tais aspectos, pertinentes em si, denotam o referencial de fundamentalidade material que distingue e especifica os direitos fundamentais com relação a direitos outros, justificando a especial proteção de que gozam em razão de sediados constitucionalmente.

Disso se conclui que são direitos fundamentais todos aqueles que, pela sua relevância, devem se sobrepor ao processo democrático, cabendo analisar as razões de tal revelo.

Mais uma vez Alexy (2008b, p. 48) propõe elementos que auxiliam a compostura de uma noção constitucionalmente adequada de direitos fundamentais e que tem o condão de se desprender de uma dada e determinada constituição. Para o constitucionalista alemão, os direitos fundamentais referem-se a carências cuja satisfação seja tão fundamental que justifique a tutela jurídica, desde que esta tutela seja possível e viável. O amor, por exemplo, envolve uma carência substancial para a vida humana, mas não é susceptível de tutela jurídica.

Por essa via, pode-se concluir que a noção mais pertinente relativa a direitos fundamentais, que seja aberta e inclusiva, sem descaracterizar a dimensão de fundamentalidade que lhes é pertinente, é a material, entendendo os direitos fundamentais como direitos que visam a satisfazer situações de grave necessidade quanto a bens jurídicos – que sejam passíveis de tutela jurídica – fundamentais concernentes à dignidade, à liberdade e à igualdade. Por isso que os direitos fundamentais não podem ficar sujeitos ao livre jogo do processo democrático, pois a supressão dessas necessidades justifica-se moralmente, como já alertado.

Inferese que a noção material de direitos fundamentais envolve e pressupõe a interligação com a teoria das necessidades e, portanto, com a teoria das capacidades, corroborando-se a pertinência do critério oferecido por Perez-Luño e por Ingo Sarlet. Dentre os méritos dessa noção estão a) a imediata associação dos direitos com a dimensão moral que

²⁴⁸ Destaques no original e tradução livre. No original, “[...] sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman *la esfera de lo indecible que* y de *lo indecible que non*”.

representam, por força da referência tanto às necessidades como à dignidade, à liberdade e à igualdade, b) que justifica o caráter de sobreposição ao processo político-democrático e c) à contraposição às manifestações de poder, sejam estatais, sejam privados, que coloquem em risco a satisfação das aludidas necessidades. Outrossim, propicia a d) abertura do catálogo de direitos fundamentais abrigados em determinado texto constitucional, independentemente da existência de cláusulas de abertura²⁴⁹. Por essa via, opera-se uma contínua e progressiva constitucionalização de direitos pelo reconhecimento da fundamentalidade material de supressão de situações de risco à pessoa humana referidas a necessidades que surjam nos novos contextos e ambientes de complexidade.

Aliás, já que as necessidades são sempre progressivas, os direitos fundamentais têm de acompanhá-las, cabendo à doutrina e à jurisprudência subministrar os meios e condições que assegurem uma tutela jurídica adequada, no que se insere a proposta do direito fundamental ao máximo existencial, com a demarcação da justificabilidade gradual dos direitos fundamentais, para além do mínimo, a partir das possibilidades de ampliação dos níveis essenciais de prestação até a satisfação suficiente das necessidades existenciais e das necessidades de autonomia. Do conteúdo essencial como limite dos limites migra-se para o conteúdo ótimo, como fator propulsor.

Uma vez posta a noção material de direitos fundamentais, entendidos como direitos que se destinam a assegurar a satisfação de necessidades graves porquanto pertinentes a bens jurídicos fundamentais, pertinentes à dignidade, à liberdade e à igualdade, cabe ressaltar que o juízo de aferição da fundamentalidade material é despiciendo em se tratando de direitos que gozem de fundamentalidade formal.

Em outros termos, adota-se o entendimento de que todo e qualquer direito previsto na Constituição Federal como fundamental o será, independentemente da apresentar ou não fundamentalidade material, inclusive o direito à gratificação natalina²⁵⁰.

Por essa via, já se tem que todos os direitos sociais previstos na Constituição Federal são fundamentais; entretanto, quanto aos direitos sociais faz-se mister analisar a pertinência de uma noção constitucionalmente adequada para confirmar a tese de que,

²⁴⁹ As cláusulas de abertura são disposições constitucionais que expressamente declaram o caráter não exaustivo e aberto da enunciação constitucional do catálogo de direitos fundamentais. Na Constituição Federal de 1988 são cláusulas de abertura o art. 5º, §2º, que é a cláusula geral, e, mais especificamente, o próprio art. 5º, só que o inciso LV, última parte (com os meios e recursos inerentes), e o *caput* do art. 7º (além de outros que visem à melhoria de sua condição social).

²⁵⁰ Em sentido oposto do que referido por Alexy (2008a, p. 48), que excluiria a gratificação natalina do rol de direitos fundamentais por não possuir a fundamentalidade material. Entendendo-se que basta a positivação no texto constitucional, despicienda a análise da fundamentalidade material.

independentemente de estarem ou não positivados, correspondem a direitos fundamentais, pela adequação à respectiva noção material.

3.1.2 Noção de direitos sociais

A afirmação de uma teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada é *conditio sine qua non* para que o direito fundamental ao máximo existencial possa ser reconhecido e desenvolver as suas potencialidades enquanto condição de possibilidade da efetividade dos direitos.

Com efeito, não se pode almejar qualquer sentido para o direito em questão se persistirem os mitos e preconceitos arbitrários em torno dos direitos sociais, olvidando a necessária indivisibilidade entre todos os direitos fundamentais e, mais ainda, negando àqueles direitos a qualidade de fundamentais.

Como já antecipado, o direito fundamental ao máximo existencial se apresenta como ideia reguladora que deve vicejar na doutrina e na prática dos tribunais e que sustenta a exigência progressiva, contínua, processual e gradual de ampliação dos níveis essenciais de prestação até o que seja suficientemente satisfatório para atender às necessidades básicas – existenciais e de autonomia –, habilitando o ser humano ao exercício das suas capacidades e, conseqüentemente, à auto-realização e à autonomia.

Disso se depreende ser imperativa a garantia do mesmo *status* jurídico-constitucional entre as liberdades e os direitos sociais, para o que é imprescindível compreendê-los como direitos fundamentais.

Assim, firmada a noção material de direitos fundamentais, que se afigura como a mais adequada dentre as demais propostas, consistente em serem garantias de satisfação de graves necessidades relativas a bens jurídicos fundamentais pertinentes à dignidade, à liberdade e à igualdade, a constatação da fundamentalidade material dos direitos sociais é suficiente para assegurar-lhes a qualidade de direitos fundamentais.

Em outros termos, é preciso aferir a noção dos direitos sociais e identificar nela a existência de elementos que decorram ou que expressem a sobredita noção de direitos fundamentais. É preciso, então, que os direitos sociais se caracterizem como direitos que

visam à satisfação de necessidades relativas bens jurídicos fundamentais pertinentes à dignidade ou à liberdade ou à igualdade, ou a todos esses princípios²⁵¹.

A sustentação da noção adequada de direitos sociais depende da análise do seu movimento histórico de modo a desvelar a linha evolutiva que os caracterizam e identificar as razões que, malgrado tantos obstáculos, de tão variada ordem, os sustentam. Como sustentado quando das referências à reflexão hermenêutica, todo e qualquer sentido é construído historicamente e vivenciado socialmente. E é no percurso histórico dos direitos sociais que se pode encontrar o primeiro equívoco que dificulta a compreensão adequada de sua noção.

Com efeito, o primeiro equívoco, que conduziu – e continua conduzindo – a uma falsa percepção da normatividade e da estatura constitucional dos direitos sociais, decorre da falta de entendimento quanto ao seu surgimento, no ambiente do constitucionalismo social.

O processo evolutivo dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões distintas já fora explicitado, incidentalmente, havendo os que simplesmente se rejeitam a utilizar tais expressões, ainda que por motivos de previsão linguística.

Como já referido, a circunstância de terem surgido após os direitos civis e políticos, enquadrados na primeira dimensão, é fator que confere a impressão de os direitos sociais não se relacionam tão intensamente com os bens jurídicos relativos à dignidade, à liberdade e à igualdade, senão teriam sido reconhecidos na mesma época. Não seriam direitos tão importantes ou tão fundamentais ou, ao menos, seriam menos fundamentais e não decorreriam da própria natureza humana (IFE, 2008, p. 48). Para outros, seriam até mesmo incompatíveis com os direitos civis e políticos (HAYEK, 2006, p. 305).

Essa inferência é confirmada pela expressiva asserção de Jim Ife (2008, p. 34) no sentido de que “Quando as pessoas nas sociedades ocidentais falam sobre direitos humanos, estão se referindo aos direitos de primeira geração, civis e políticos”²⁵² e quando a mídia, políticos ou instituições tratam dos dados de determinado países sobre direitos humanos, não se preocupam, na maioria das vezes, com os níveis e padrões alcançados relativos à saúde, à educação, à segurança social e à proteção do meio ambiente²⁵³.

²⁵¹ Tratar-se-á, então, de inserir os direitos sociais dentre os fundamentais. Não se ignora, entretanto, aqueles que, tal como referido por Carlos Miguel Herrera (2009, p. 8 e 20), negam aos direitos sociais a natureza de verdadeiros direitos por reputar que não podem ser exigidos judicialmente, ou seja, que não seriam justiciáveis. Como essa questão remete à estrutura normativa dos direitos sociais, será enfrentada subsequentemente.

²⁵² Em tradução livre. No original, “When people in western societies talk about human rights, they often mean first-generation civil and political rights.”

²⁵³ Essa asserção é comprovada, por exemplo, pelos dados dos relatórios anuais sobre direitos humanos, como o do *Human Rights Watch* (2010), que não costuma conferir o mesmo espaço e a mesma importância ao déficit relativo aos direitos sociais e à questão social dos países.

Essa correta percepção de Jim Ife é de extremo perigo para o êxito do projeto social, libertário e emancipatório, que inspira os direitos sociais, pois indica incompreensão, por parte da comunidade aberta dos intérpretes de direitos fundamentais, da noção de direitos sociais, que deve lhes imprimir a fundamentalidade material necessária ao reconhecimento de que são, também, direitos fundamentais.

As razões para essa postura generalizada de não reconhecer, afastar ou esquecer que os direitos sociais se prestam às mesmas finalidades que os direitos civis e políticos – a proteção da pessoa humana diante das manifestações arbitrárias de poder – são variadas. Essas mesmas razões é que explicam a dificuldade de identificar uma adequada noção que revele serem os direitos sociais, também, direitos fundamentais.

De qualquer forma, Jim Ife aponta que os direitos civis e políticos já têm em torno de si – ao menos nas comunidades ocidentais – um consenso consolidado, construindo ao longo do tempo. Além disso, a fixação nos direitos de primeira dimensão é mais conveniente para os governos, pois os desonera de responsabilidades sociais relativas à educação e saúde, por exemplo, pois seriam serviços públicos, mas não teriam a dimensão e o peso de representarem direitos fundamentais.

Logo, além de os direitos sociais sofrerem um desprestígio quanto aos direitos civis e políticos, que repercute na negação do seu reconhecimento como autênticos direitos fundamentais, merecedores do mesmo regime jurídico que os demais, carecem do peso que o discurso dos direitos humanos e dos direitos fundamentais têm na contemporaneidade²⁵⁴.

Essa, evidentemente, não foi a intenção de T. H. M Marshall (2004, p. 23-24), até porque considerava, já em 1950, que as três categorias de direitos fundamentais, embora tenham percorrido a sua própria linha evolutiva de forma autônoma, haviam há pouco alinhado os seus corredores. O problema de serem subestimados os direitos sociais, além de outras inconsistências lógicas, levam Ife, da mesma forma que Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, a negar a categorização dos direitos em gerações ou em dimensões. Ora, se a liberdade religiosa é importante para alimentar a alma, a alimentação é imprescindível para o corpo, da mesma forma que a água, moradia, roupa e assistência à saúde, que Ife (2008, p. 49) chega a chamar de direitos de sobrevivência, reputando-os realmente fundamentais.

Gerardo Pisarello (2007, p. 35-36), por sua vez, rejeita a concepção geracional ao

²⁵⁴ Como saliente Jim Ife (2008, p. 1), os direitos humanos – e também os direitos fundamentais – representam uma das ideias mais poderosas no discurso político contemporâneo, oferecendo uma alternativa ao discurso economicista de financierização da vida e do mundo.

identificar que exprime, erroneamente, a história da expansão dos direitos fundamentais como linear, excludente e universal, considerando que é excessivamente formalista e que não atenta à efetividade ou não e nem aos retrocessos sofridos²⁵⁵.

A melhor forma de rechaçar a impressão que de que os direitos sociais gozam de menos importância do que os direitos de primeira dimensão é, então, apurar a reflexão quanto a sua noção a fim de deixar estrema de dúvida que são, efetivamente, direitos fundamentais²⁵⁶ para, então, projetar a reflexão sobre a questão do regime jurídico-constitucional dos direitos sociais.

Como já aludido, os direitos sociais encontraram-se a partir da segunda metade do século XX em plena Guerra Fria, sendo mais uma de suas vítimas. A batalha ideológica, já referida, minou e enfraqueceu os direitos sociais quanto à sua fundamentação axiológica, obscurecendo o valor moral que comportam.

Além disso, a ideologia liberal, opondo-se à ideologia socialista, foi responsável por desenvolver preconceitos arbitrários sobre os direitos sociais repercutindo em sua noção e prejudicando a sua devida e adequada compreensão.

O paradigma liberal do constitucionalismo tentava enveredar em pleno constitucionalismo social, dirigente, estimulado pelo neoliberalismo e os seus próceres, como

²⁵⁵ Com o que não se concorda, desde que haja a compreensão de que a dimensão cronológica não guarda relação com o grau de fundamentalidade dos direitos. Evidentemente, deve-se conceber o modelo de dimensões de direitos como um modelo explicativo do processo histórico, cujas matizes e complexidades podem ser agregadas para uma compreensão adequada. Mesmo que houvesse reclames e antecedentes dos direitos sociais precedentemente ao século XX, mesmo que os direitos políticos só tenham assegurado o sufrágio universal para alguns países no século XX, e ainda que se admita progressiva expansão das liberdades, mesmo após o seu surgimento, e apesar dos direitos coletivos e difusos mais não serem, em grande parte, do que projeção daqueles direitos civis, políticos e sociais já existentes, parece ser viável a persistência do aludido modelo, desde que, reitere-se, com tais acréscimos. Ademais, os reclames e positivções do que viriam a ser direitos sociais não se consolidaram antes do século XX, salvo exceções pontuais, como a Constituição francesa de 1848. Nesse sentido, Rivero observa que a previsão nas Constituições francesas de 1791 e de 1793 acerca do dever do Estado prestar instrução pública e assistência não eram tidas como direitos dos cidadãos.

²⁵⁶ Em se tratando do constitucionalismo brasileiro, tal questão já estaria superada, em parte, por força de muitos direitos sociais estarem no art. 6º, sob o título relativo aos direitos fundamentais. Essa é a posição, inclusive, de Ingo Sarlet (2009, p. 216-223), que afirma serem os direitos sociais, sob o referencial da Constituição brasileira, direitos fundamentais, não se podendo ignorar a vontade constitucionalmente expressa. Ademais, da fundamentalidade formal adviria a presunção de fundamentalidade material. Entretanto, diante da situação em que se encontram, de menosprezo e depreciação diante das liberdades e dos direitos políticos, impõe-se ressaltar que gozam, igualmente, de fundamentalidade material, sendo direitos humanos e fundamentais na mais digna acepção das expressões. Ademais, ainda na Constituição brasileira há direitos sociais que estão fora do catálogo de direitos fundamentais, além de existirem outros não expressos no texto, mas que são decorrentes, justificando ainda mais a proposição de uma noção de direitos sociais que conduza à inexorável conclusão de que são, tanto quanto os demais, direitos fundamentais. A partir daí restará a questão de merecerem ou não o mesmo regime jurídico-constitucional, que é deveras importante para a compreensão das potencialidades do direito fundamental ao máximo existencial.

Friedrich Hayek, Karl Popper e Robert Nozick²⁵⁷, associando-se a vários outros argumentos²⁵⁸ que se opõem à constitucionalização dos direitos sociais e, uma vez, constitucionalizados, à negação do seu caráter jurídico ou, se reconhecido, à defesa de um *status* inferior ao das liberdades, como exposto.

Assim, Peces-Barba Martínez (1999b, p. 56-59) situa a resistência aos direitos sociais e a concebê-los como direitos fundamentais em razões substancialmente de caráter ideológico, por força do liberalismo. Assim, observa que há setores da doutrina, de feição conservadora e liberal, que não admitem a inserção dos direitos sociais dentre os civis e políticos, pois se reduzem a postulados políticos e pretensões morais que, apesar de vazados em textos normativos, não podem ser considerados direitos. Para o constitucionalista espanhol, os direitos sociais, surgidos posteriormente, têm dificuldades de aceitação e de adaptação, consistindo num conceito novo.

A noção de direito social restou, por muito tempo, incompreendida, imprecisa e opaca, dificultando a sua inserção dentre os direitos fundamentais, como já se verifica desde Carl Schmitt (1996, p. 174) ao afirmar que não se pode chamá-los de direitos fundamentais por estarem em contraposição aos que, de forma autêntica, merecem essa designação, que são as liberdades. Mesmos pelos mais ardorosos defensores dos direitos sociais, como é Georges Gurvitch (2004, p. 69), a dificuldade e a usual imprecisão da noção são reconhecidas, atribuídas, em parte, ao caráter social desses direitos, trazendo consigo ambiguidades e conferindo fluidez à expressão (HERRERA, 2009, p. 7).

A incompreensão também é apontada por Antonio Baldassarre (1997, p. 123) como fator preponderante para a crise de identidade e para o déficit de normatividade dos direitos sociais. A expressão ‘direitos sociais’ não era somente incomum no discurso político da época do seu surgimento; era verdadeiramente incompreensível.

Carlos Miguel Herrera (2009, p. 13-19) expõe as críticas ideológicas suscitadas em contestação à ideia de direitos sociais, destacando as que foram oriundas de Georges Ripert, de Carl Schmitt, de Ernst Forsthoff e de Hayek. Apesar das críticas dos juristas não terem, imediatamente, feição ideológica, resultam da visão de Direito Público pressuposta e

²⁵⁷ Já em 1948 Georges Burdeau (1948, p. 294-295) registrava o respeito quase supersticioso do liberalismo para com a liberdade individual, explicando a resistência aos novos direitos sociais e a confiança de que a felicidade seria alcançada com a redução das tarefas do Estado.

²⁵⁸ Nesse sentido, Frank Michelman (2009, p. 254-278) trata das objeções que denomina institucionais, contratualistas e majoritária, ao que José Adércio Leite Sampaio (2004, p. 263) agrega as objeções particularista, funcional, pragmática, deontológica e formal-positivista, todas enfrentadas e rechaçadas pelos autores e que são rejeitadas pela sistemática dos direitos fundamentais que ora se defende.

sustentada pelo liberalismo e, mais tarde, pelo neoliberalismo. Além disso, opunham-se intensamente à ampliação de tarefas do Estado, negando a compatibilidade com as garantias do Estado de Direito.

O arsenal oriundo da batalha ideológica se contrapôs a uma noção adequada de direitos sociais, como se vislumbra das ácidas e sarcásticas críticas de Friedrich Hayek (2006, p. 306-308). Enquanto Hayek exalta dos direitos civis e políticos, considerando-os como veneráveis exigências relativas à existência de um governo justo, confere aos direitos sociais uma noção que lhes deturpa a natureza, conforme se verifica do excerto abaixo, *in verbis*:

Estes reivindicam benefícios particulares ao que se supõe que todo ser humano tem direito, sem indicar quem está obrigado a proporcionar tais benefícios ou por que processo devem ser providos. Tais direitos positivos, sem embargo, requerem como contrapartida que se estabeleça quem (pessoa ou instituição) tem o dever de proporcionar o que os demais devem ter.²⁵⁹

Ora, o entendimento de que os direitos sociais são benefícios imprecisos impostos a não se sabe quem desnatura a sua condição e enfraquece o seu relevo moral. Enquanto os direitos civis e políticos consubstanciam exigências de um governo justo, os direitos sociais são meros benefícios arbitrariamente previstos para todos os seres humanos ou, mais especificamente e com o tom sarcástico, para “[...] o camponês, para o esquimó e, eventualmente também, para o Abominável Homem das Neves”²⁶⁰. Desse modo, assevera que utilizar o termo direito para designar aspirações e benefícios o degrada, devendo ser preservado o seu verdadeiro significado, importante para manutenção de uma sociedade livre.

As críticas ácidas de Hayek são comuns nos círculos neoliberais, que fomentam a persistência do paradigma liberal da teoria dos direitos, dificultando o entendimento sobre a noção de direitos sociais como integrante da noção de direitos fundamentais. Como visto, Hayek sequer concorda com a designação do que chama benefícios como direitos, quanto mais ainda que sejam direitos fundamentais.

A Hayek e seus companheiros adere Danilo Zolo (2001, p. 95) por defender que há uma impossibilidade funcional de conformação jurídica dos direitos sociais no âmbito de uma economia de livre mercado. Logo, não teriam caráter jurídico por serem as respectivas prestações inviáveis na medida em que se chocam com as garantias do modelo econômico

²⁵⁹ Em tradução livre. No original, “Estos reivindican beneficios particulares a los que se supone que todo ser humano tiene derecho, sin indicar quién carga con la obligación de proporcionar tales beneficios, o a través de qué proceso deben proveerse. Tales derechos positivos, sin embargo, requieren como contrapartida que se establezca quién (persona o organización) tiene el deber de proporcionar lo que los demás deben tener.”

²⁶⁰ Menos abominável, certamente, do que as condições existenciais precárias de quem não logra a obtenção efetiva das prestações relacionadas aos direitos sociais, pois entre uma lenda e uma epopeia, o drama da epopeia é mais intenso e real quando vivenciado em grande parte do mundo.

adotado.

Outras críticas igualmente contundentes foram lançadas contra os direitos sociais por Maurice Cranston (1973, p. 64-65). Para ele, a intenção de agregar os direitos sociais aos direitos humanos teria sido motivado pelo interesse de políticos de que o conceito destes últimos se torne nebuloso, irreal e absurdo. O conceito respeitável até então existente teria se tornado obscuro e debilitado, pois os direitos humanos tradicionais são os direitos civis e políticos – como o direito à vida, liberdade e devido processo –, não cabendo integração dos direitos econômicos e sociais – como seguro em face do desemprego, acesso à saúde e pensões.

Contra tal incorporação haveria razões filosóficas e políticas. A filosófica consiste na falta de sentido de uma nova teoria dos direitos humanos. A política se consubstancia no prejuízo à efetiva proteção do que realmente eles realmente são pela deturpação causada pelos supostos novos direitos.

Para que um direito possa ser concebido, tem de passar no teste da praticabilidade, o que não ocorre com os direitos sociais, que não podem ser impostos e muito menos assegurados judicialmente, pois ninguém pode ter um dever de realizar o que seja impossível. Assim, esses direitos seriam absurdos e, como tal, não devem nem ser admitidos como tais.

Ademais, os direitos sociais não passariam nos testes da moralidade universal e nem no da importância paradigmática. Não são direitos universais, pois dependem da sua contextualização e da participação no sistema de segurança social, admitindo, ao menos, que podem até ser direitos morais de alguns, mas jamais universais.

Essas críticas não tem sustentação no movimento global que impulsiona os direitos sociais no âmbito da tutela multinível, sendo expressão de construções teóricas distorcidas pela ideologia econômica inconsistente, que prega a liberdade num ambiente autônomo em que os indivíduos possam determinar a si próprios. Essa seria a única condição de libertação e não de opressão. Olvida-se, entretanto, que, a não ser para as doutrinas liberais, a intervenção do Estado não significa necessariamente opressão, não sendo pertinente contrapor mercado e Estado, posto que é a ordem jurídica estatal que constitui o mercado. Por outro lado, é patente a dependência do Estado por parte do capitalismo, inclusive do fluído e ágil capitalismo financeiro, como se confirma a cada crise global.

Em contraposição à concepção liberal de direitos sociais, calha referir à concepção socialista, desenvolvida e adotada pelos países em que vicejou o socialismo após o término da Segunda Guerra Mundial.

Nesse sentido, Lajos Lorincz (1966, p. 201-205), após destacar os modelos

constitucionais burgueses com relação à consagração dos direitos sociais, conforme o fortalecimento, a resistência ou o ocaso do movimento operário, salienta que nos países capitalistas a garantia aos direitos sociais, econômicos e culturais caberia ao processo político e ao sistema econômico. Tais direitos teriam, então, um papel significativo, embora ainda secundário. Já quanto aos países socialistas, como exemplifica com a Constituição Soviética, os direitos em questão eram tidos, verdadeiramente e de forma deliberada, como verdadeiros direitos subjetivos pertencentes aos cidadãos.

Na doutrina pátria, a síntese das críticas liberais e do respectivo paradigma para a compreensão dos direitos fundamentais, que nutrem os preconceitos arbitrários em face dos direitos sociais, pertence a Ricardo Lobo Torres (2009, p. 9), que nega a condição dos direitos sociais como direitos fundamentais se embasando numa perspectiva formal, ou seja, na forma de positivação dos direitos fundamentais no texto constitucional²⁶¹.

Com efeito, considera que o fato dos direitos sociais estarem no art. 6º e não no art. 5º da Constituição Federal daria ensejo a não assimilá-los aos direitos fundamentais, apesar de ambos estarem sob o Título II do texto constitucional. Traça uma distinção no mínimo confusa e imprecisa entre direitos sociais fundamentais e direitos fundamentais sociais, absolutamente destituída de função.

Para o autor seriam fundamentais apenas os direitos sociais que concernem ao mínimo existencial²⁶², advogando a “[...] *redução de sua jusfundamentalidade ao mínimo existencial*, que representa a quantidade mínima de direitos sociais abaixo da qual o homem não tem condições para sobreviver com dignidade” (TORRES, 2009, p. 53).

Em verdade, em consonância com a Constituição Federal, não é possível defender que os direitos fundamentais se restringem aos positivados no art. 5º, independentemente de quais sejam os que se encontrem fora do respectivo catálogo, o que é reforçado pela previsão da recepção de direitos fundamentais que não estejam expressos, como se depreende dos §§2º e 3º do seu art. 5º.

Da mesma forma, é absolutamente descabido reduzir a compreensão dos direitos sociais como direitos fundamentais apenas àqueles que integrem o chamado mínimo vital, ao qual estaria restrita a justiciabilidade das prestações sociais. Como se pode inferir de Alfonso Manuel Chacón Mata (2007, p. 47), os direitos não se limitam apenas à garantia da

²⁶¹ Daí ser extremamente aplicável a advertência feita por George Marmelstein (2008, p. 173) no sentido de que os direitos previstos pelo art. 5º da Constituição Federal não são nem os únicos a merecerem a qualificação como fundamentais e nem os mais importantes.

²⁶² Que se prefere denominar de mínimo vital.

sobrevivência e nem a tanto pode ficar circunscrita a jusfundamentalidade e a justiciabilidade.

Daí a pertinente observação de Andreas Krell (2002, p. 48-49) que, analisando o entendimento de Ricardo Lobo Torres, salienta ser incompatível com a Constituição brasileira, pois “[...] esses direitos sociais, no Brasil, são também fundamentais, com todas as consequências dessa natureza. A tentativa de relativizá-los e de retirar-lhes a qualidade da ‘fundamentalidade’ não traz nenhuma vantagem, mas é, ao contrário perigosa”.

Assim, releva notar os elementos característicos dos direitos sociais que os habilitam a ser reconhecidos como direitos fundamentais, em igualdade de condições e de estatuto jurídico-constitucional com as liberdades e os direitos políticos. Para tanto, não se busca qualquer noção estrutural ou formal dos direitos sociais, que poderiam levar à contraposição ou à diferenciação entre direitos sociais e liberdades, o que não interessa neste momento. Ademais, tais propostas de noção levariam a antecipar a discussão acerca de serem ou não os direitos sociais exclusivamente positivos e de ser este um traço distintivo para com as liberdades, questionando a sua relevância. Insta destacar, ainda, ser surpreendente que muitos doutrinadores se debrucem sobre questões atinentes a direitos sociais sem sequer propor, indicar, sugerir ou deixar entrever uma noção que possa lhes ser atribuída.

Antevendo a sobredita afirmada noção de direitos fundamentais, tem-se três elementos componentes: a) as graves necessidades; b) os bens jurídicos fundamentais; c) a fundamentalidade dos bens jurídicos residente em sua relação com a dignidade, com a liberdade e com a igualdade.

A noção de direitos sociais se relaciona com todos os três elementos, pois estão intensamente relacionados com as necessidades existenciais, agravadas e intensificadas com a quest, representando a tutela jurídica de bens constitucionalmente relevantes porque referidos à dignidade, à liberdade e à igualdade.

Adentrando na relação entre a novidade constitucional que significou a consagração dos direitos sociais e o processo de racionalização do poder que caracteriza o constitucionalismo, Boris Mirkine-Guetzévitch (1933, p. 80-84) ressalta que a previsão dos direitos sociais nos textos constitucionais não dependeu da maior ou menor intensidade do processo democrático, mas da ameaça social ao sistema capitalista que representou a Revolução russa e em razão da força imperativa da adoção de medidas para enfrentar a questão social. Com os direitos sociais, impunha-se ao Estado a criação de um mínimo de condições necessárias para assegurar a independência social do indivíduo. Essa é a noção sustentada pelo aludido constitucionalista para os direitos sociais, não se preocupando com a sua efetividade e conferindo-lhes, ao menos, um caráter educativo.

Certamente numa das mais clássicas lições sobre direitos sociais, Georges Burdeau (1948, p. 290-291) os concebe como conjunto de prerrogativas conferidas ao indivíduo para liberá-lo de restrições econômicas, libertando-o da dependência econômica na medida em que possibilitam o enfrentamento da miséria, da solidão, e da insegurança social.

Cass Sunstein (2004, p. 12-13), referindo-se à construção da Segunda Declaração de Direitos²⁶³ por conduto do Presidente Roosevelt em razão da Grande Depressão – também mencionado por Burdeau (1948, p. 290-291) –, inserindo-se nas medidas que ficaram conhecidas como *New Deal*, menciona o discurso do Presidente ao registrar que um homem necessitado não é livre. O reconhecimento dos direitos sociais para fazer face às necessidades existenciais negou caráter absoluto do princípio liberal do *laissez-faire* e partiu da compreensão de que o mercado precisava e era constituído pelo Estado, não sendo uma instituição natural, como propalado pelos liberais.

A Segunda Declaração de Direitos, contemplando os direitos sociais, vincula-se ao famoso discurso de 1941, quando se comprometeu a efetivar as chamadas quatro grandes liberdades, que seriam: liberdade de expressão, liberdade religiosa, liberdade da miséria²⁶⁴ e liberdade do medo (SUNSTEIN, 2004, p. 2).

Georges Gurvitch (2004, p. 45), por sua vez, ao sustentar a necessidade de uma declaração de direitos sociais, ressalta o vínculo indissociável entre liberdades e direitos sociais, afirmando que a declaração seria o instrumento da luta heroica contra os obstáculos que ameaçam e minam a liberdade e a democracia. Os direitos sociais deveriam, então, tutela a pessoa humana enquanto produtor, consumidor, cidadão e ser humano. A preocupação de Gurvitch (2004, p. 73-74), entretanto, é evitar que os direitos sociais fiquem sujeitos à definição do Estado, em face do que os reputa, primordialmente, como direitos de participação, recorrendo ao novo paradigma do direito que tenta introduzir, que seria o Direito Social. Assim, os direitos sociais devem ser direitos de participação dos grupos e dos indivíduos resultantes da sua integração social e destinados a garantir a democracia, representando, em síntese, o direito dos indivíduos, dos grupos de todos em si, a uma

²⁶³ A expressão tem uma função simbólica e retórica, não havendo sua positivação no texto constitucional americano, que não abriga expressamente nenhum típico direito social.

²⁶⁴ A expressão em inglês é *freedom from want*, que Gurvitch (2004, p. 31) e Burdeau (1948, p. 290) interpretam como sendo liberdade da miséria e da opressão econômica, adequando-se ao sentido empreendido pelo Presidente americano ao associar a tal expressão o alcance, por todo e qualquer país, das condições de riqueza que assegure aos seus habitantes uma vida saudável e pacífica. Jorge Reis Novais (2010, p. 70) também se refere ao caráter seminal do discurso presidencial.

organização plural da vida social, necessária à liberdade.

Pela noção de Gurvicht se percebe que os direitos sociais têm uma dimensão processual, referida também por Peter Häberle (2002, p. 194-201) como *status activus processualis*, pelo qual defende intensa e plural participação popular como forma de mediar as prestações estatais relativas aos direitos básicos, constituindo uma reserva processual de prestação.

Ewing (2003, p. 324-326), por sua vez, sustenta a existência de direitos sociais substantivos e de direitos sociais processuais. A noção de direitos sociais substantivos remete à garantia de que as necessidades básicas das pessoas sejam atendidas e, talvez e, além disso, à garantia de que seja justa a distribuição dos recursos em dada comunidade. Os direitos sociais adjetivos concernem à participação e integração, já mencionadas a partir de Gurvicht.

Jorge Reis Novais (2010, p. 42) concebe os direitos sociais como imposições ao Estado dos deveres de garantia de bens econômicos, sociais e culturais fundamentais cujo acesso depende das condições de mercado, enquanto Antonio Baldassarre (1997, p. 139) advoga que os direitos sociais visam à liberação de determinadas formas de privação, buscando assegurar a síntese entre liberdade e igualdade, ou seja, a liberdade igual, embora se possa acrescentar como desiderato a igualdade livre.

Assim, intuitiva é a doutrina de Teresa Gimenez (2006, p. 87) ao destacar que os direitos sociais se fundamentam na igualdade e os problemas decorrentes da tentativa de distingui-los e separá-los das liberdades, não se justificam, pois o processo histórico de consagração dos novos direitos sociais, como componente igualitário, possibilita a ampliação do âmbito de liberdade humana.

No mesmo sentido, relacionando os direitos sociais com a dignidade, é a doutrina de Ingo Sarlet (2001, p. 106-111), enquanto Diane Roman (2002, p. 428) reputa que a dignidade da pessoa humana é “[...] a matriz conceitual dos direitos sociais”²⁶⁵.

As referências doutrinárias aludidas permitem constatar que, efetivamente, há uma relação de fundamentação e justificação entre os direitos sociais e a dignidade, a liberdade e a igualdade.

Com efeito, não se pode almejar vida digna ou decente (FABRE, 2000) sem que o exercício dos direitos sociais. As capacidades humanas só podem ser desempenhadas com sua potencialidade com o pressuposto de que o indivíduo consiga viver com qualidade de vida e

²⁶⁵ Em tradução livre. No original, “[...] matrice conceptuelle des droits sociaux”.

um nível satisfatório de bem-estar. A remissão para com a dignidade e para com a liberdade é concreta e inequívoca. Por outro lado, a igualdade, é elemento essencial para a compreensão dos direitos sociais na medida em que visam justamente a reduzir as desigualdades sociais decorrentes da questão social, propiciando a emancipação das constringências econômicas.

Se há a relação imediata com os aludidos princípios, também há com as necessidades existenciais, revelando o caráter de fundamentalidade dos bens jurídicos tutelados.

Albert Noguera Fernández (2010, p. 19) define os direitos sociais como previsões normativas necessárias à satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, em consonância com Pisarello (2007, p. 11) e com Francisco Contreras Peláez (1994, p. 46-47), que, depois de defender que os direitos sociais são direitos naturais ou morais²⁶⁶, sustenta serem direitos em que se realizam, por diversas formas de prestação, a colaboração dos poderes públicos quanto à satisfação das necessidades básicas. Observe-se que se busca a noção materialmente adequada dos direitos sociais, em razão do que não se suscita elementos característicos de sua estrutura, como o afirmado caráter positivo ou de imporem prestações²⁶⁷.

Verifica-se, pois, que a noção adequada de direitos sociais não pode prescindir de sua vinculação com as necessidades e, conforme exposto, com as capacidades humanas. Ademais, os bens jurídicos pertinentes às necessidades existenciais são relevantes por encontrarem abrigo na dignidade, na liberdade e na igualdade.

Dessa forma, já se tem condições de sustentar que a noção material de direitos sociais se adequa à noção material de direitos fundamentais, levando à forçosa conclusão de que são uma espécie deles, juntamente dos direitos civis e políticos e de novos direitos, de enquadramento ainda impreciso.

Logo, malgrado todas as oposições, conforme a noção constitucionalmente adequada de direitos sociais, estes são, também, direitos fundamentais²⁶⁸. Essa condição

²⁶⁶ Ao fazê-lo o autor desprende a noção de direito natural da que lhe é comum, à vista da dificuldade de ancorar os direitos sociais numa fundamentação jusnaturalista, assemelhando-os ao sentido de direitos morais e direitos humanos, tomados indistintamente.

²⁶⁷ Característica que auxilia a desvirtuar e a dificultar o sentido da noção de direitos sociais, pois é intensamente discutível, como será exposto, a sua vinculação com obrigações ou deveres positivos, não se adotando esse entendimento. Mantendo a relação com o caráter positivo no âmbito conceitual dos direitos sociais, apesar de admitir que podem demandar deveres negativos, Paulo Gilberto Cogo Leivas (2006, p. 87-88).

²⁶⁸ E, naturalmente, também são direitos humanos, não apenas por estarem consagrados em textos normativos internacionais, mas pela conformação material que existe com relação aos direitos fundamentais, diferenciando-se o *locus* de sua positivação e, conseqüentemente, o respectivo sistema de tutela. Materialmente, entretanto, não há distinções significativas entre direitos humanos e direitos fundamentais, salvo a existência de particularidades culturais que se exprimam como direitos em texto constitucionais específicos.

permite que milite em favor deles a presunção de que gozam do mesmo regime jurídico conferido às liberdades e aos direitos políticos naqueles sistemas em que as constituições não estabelecem níveis distintos de tutela²⁶⁹, como é o caso do brasileiro. Isso não equivale a negar qualquer distinção quanto às especificidades dos direitos sociais, levando apenas ao reconhecimento de que não se justifica qualquer desprestígio ou déficit de normatividade apenas por serem categoria distinta das liberdades e dos direitos políticos.

Há, ainda, algo a ser completado quanto à noção de direitos sociais. Os elementos até então identificados como componentes da noção material de direitos sociais são comuns às liberdades e aos direitos políticos. Ambos envolvem, como afirmado, a satisfação de necessidades que se vinculam à dignidade, à liberdade e à igualdade. Carece a noção do elemento distintivo, que especifica e diferencia os direitos sociais no âmbito do sistema de direitos fundamentais.

A nota diferencial dos direitos sociais, que permite identificar a sua especificidade com relação às demais categorias, é dada por dois outros elementos que devem compor a sua noção materialmente adequada. Desmercantilização e solidariedade. Os direitos sociais são fundamentais e se destinam a desmercantilizar as condições existenciais do ser humano, fundando-se no princípio da solidariedade.

A desmercantilização como sendo fator que distingue os direitos sociais é destacada por Robert Alexy (2008b, p. 499)²⁷⁰ ao conceituá-los como “[...] direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficiente e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia obter de particulares.”

A referência a serem direitos em face do Estado para suprir a necessidade de algo que não pode ser adquirido no mercado expressa a ideia de que os direitos sociais destinam-se a desmercantilizar as condições existenciais. Em outros termos, liberar o indivíduo da dependência econômica quanto à satisfação das necessidades existenciais pela via exclusiva do mercado, com suas leis próprias e que almeja a distribuição da riqueza por critério distinto da necessidade.

O mercado, em si e por si, não se dirige à justiça social ou à satisfação equânime

²⁶⁹ Como aludido, as Constituições da Espanha e de Portugal preveem *status* jurídico-constitucional distinto para parte dos direitos sociais com relação às liberdades, o que demanda a superação desta *capitis diminutio* pela atividade crítico-reflexiva e inventiva da doutrina e da jurisdição constitucional. Nesses países, a princípio, não haveria a presunção do mesmo nível de tutela constitucional, que poderia ser alcançada progressivamente.

²⁷⁰ Alexy concebe os direitos sociais como direitos a prestação em sentido estrito, que são um dos tipos de direitos a prestações em sentido amplo. A perspectiva que se defende é relativamente distinta, como será adiante abordada.

das necessidades, visando apenas ao auto-interesse, que consiste na obtenção de lucro. Lucro e satisfação de necessidades são absolutamente incompatíveis como objetivo das forças econômicas e do poder econômico num ambiente de livre mercado.

Diante disso, justifica-se não apenas a intervenção do Estado para que não haja abuso do poder econômico e aumento arbitrário dos lucros²⁷¹, com concentração excessiva de capital, mas a conformação político-institucional do Estado Social conforme o modelo social-democrático defendido por Esping-Andersen (1999, p. 34-37)²⁷².

Como expõe o autor, quando o mercado se torna hegemônico e universal, com a consolidação e expansão do capitalismo, o bem-estar das pessoas começa a depender inteiramente da sua relação com o dinheiro. O enfrentamento dessa questão motivou a introdução dos direitos sociais visando a superar a condição de simples meio de produção do trabalhador. Assim, define a desmercantilização quando uma prestação é obtida como devida para que o indivíduo possa conservar seus meios de existência sem depender do mercado.

Esping-Andersen observa, ainda, que a existência de um sistema de proteção social e de assistência social, ainda que efetivos, não é suficiente para indicar a ocorrência da desmercantilização, pois se os benefícios são fracos e reduzidos e associados à estigmatização, não será acessível aos cidadãos. Após analisar as maneiras de conformação do sistema de proteção social, reconhece que os Estados que institucionalizam uma busca efetiva de desmercantilização são bastante recentes. O traço essencial que a caracteriza é assegurar ao

²⁷¹ Conforme, inclusive, o art. 173, §4º, da Constituição Federal de 1988.

²⁷² O autor identifica, ainda, outros três modelos de Estado Social. O primeiro modelo é denominado de Estado-providência liberal, em que a assistência se baseia na avaliação das necessidades, concedendo benefícios modestos e universais, havendo uma predominância do paradigma liberal. Nesse regime, os efeitos da desmercantilização são substancialmente reduzidos, instituindo uma igualdade relativa na pobreza entre os beneficiários, sendo o caso dos Estados Unidos, Canadá e Austrália. O segundo modelo é o Estado-providência corporativo, sendo também de caráter conservador. Neles, os direitos sociais nunca encontraram significativa contestação, sendo vinculados à classe, à corporação, ao grupo a que pertence o indivíduo, viabilizando a efetiva desmercantilização dentro de cada corporação, com a capacidade do Estado se substituir ao mercado. É o adotado na Alemanha. Finalmente, o terceiro modelo é o denominado como Estado-providência social-democrático. Prevalece a universalidade dos direitos sociais e sua função de desmercantilização é estendida para além dos pobres, necessitados e excluídos, alcançando a classe média. O que o caracteriza é que “Antes de tolerar um dualismo entre Estado e mercado, entre classe operária e classe média, os sociais-democratas buscam instaurar um Estado-providência que encoraje uma igualdade desde os mais altos *standards* e não uma igualdade nas necessidades mínimas”, ou quanto ao atendimento do mínimo vital. A consequência é que os serviços e benefícios proporcionados devem ser elevados aos níveis demandados pelas exigências da classe média e aos trabalhadores deve ser assegurado o gozo dos mesmos direitos conferidos às demais pessoas. Para que esse modelo funcione adequadamente, deve haver a fusão entre bem-estar e trabalho, com a dependência da efetiva garantia do pleno emprego, à vista do alto custo para a manutenção de um sistema de proteção solidário, global e abrangente. É o modelo a que se aproximam os países escandinavos (ESPING-ANDERSEN, 1999, p. 41-43), malgrado ocorridas recentes reformas neoliberais. Texto transcrito em tradução livre. No original, “Plutôt que de tolérer un dualisme entre l’État et le marché, entre classe ouvrière et classe moyenne, les sociaux démocrates cherchent à instaurer un État-providence qui encourage une égalité des plus hauts standards et non une égalité des besoins minimaux.»

cidadão a possibilidade de não trabalhar sem que haja perda potencial do emprego, da renda e do bem-estar geral²⁷³.

Essa concepção de direitos sociais voltados à desmercantilização das condições existenciais é corroborada por Clara Marquet Sardà (2010, p. 64-74) que, examinando os direitos sociais no ordenamento jurídico sueco, adere ao entendimento de Esping-Andersen, adotado no âmbito jurídico por Alexy. Gregorio Peces-Barba Martínez (1999a, p. 109) também refere os direitos sociais ao atendimento de pretensões de caráter moral relativas a necessidades que não podem ser satisfeitas pelas leis de mercado.

José Luis Rey Pérez (2011, p. 93), por sua vez registra que o objetivo dos direitos sociais é substituir o mercado na satisfação das necessidades básicas ou, pelo menos, não deixá-las unicamente nas mãos do mercado.

Com efeito, após destacar a importância do elemento funcional para a noção de direitos sociais e reconhecer que ela está impregnada pela igualdade intrínseca à dignidade da pessoa – por serem igualmente dignos todos os seres humanos –, defende que a nota distintiva é a valiosa função a que se destinam. De um conceito formal, baseado na estrutura jurídica desses direitos e na sua justiciabilidade, converte-se numa noção carregada de conteúdo material cujo elemento funcional consiste exatamente na desmercantilização.

A desmercantilização, por sua vez, exige tamanha intensidade nas prestações ligadas aos direitos sociais que só se justifica e legitima por força da solidariedade social, outro valor/princípio que, concomitantemente com a dignidade, a liberdade e a igualdade, lhes confere intenso conteúdo material. A solidariedade revela-se “[...] como un principio constitucional definitorio y fundante de este constitucionalismo del Estado social”, conforme a pena de Cabo de Martín (2006, p. 45) ao desenvolver uma teoria constitucional da solidariedade, dando continuidade à tradição jurídica inaugurada de forma significativa e seminal por Duguit (2001, p. 180-192)²⁷⁴.

Antecipando em parte a sua noção, o direito fundamental ao máximo existencial, por sua vez, consiste na imposição jurídica de progressiva, contínua e processual ampliação, alargamento, extensão, dos níveis essenciais de prestação até a satisfação suficiente das

²⁷³ Possibilitando, por exemplo, a manutenção do emprego e o pagamento de benefício compatível com o salário, de modo a preservar a renda, como auxílio-doença em caso de doença atestada por um determinado tempo mínimo.

²⁷⁴ Propondo a modificação do paradigma jurídico do individualismo para o solidarismo, sustenta que a solidariedade social não é artificial, estando entranhada na sociedade e exprimindo-se pela comunhão de necessidades entre os que compõem determinada comunidade e pela diversidade de tais necessidades, susceptíveis de serem supridas pela capacidade dos membros da comunidade (DUGUIT, 2001, p. 181).

necessidades básicas (conteúdo essencial ótimo), habilitando o indivíduo ao exercício das suas capacidades e, conseqüentemente, à auto-realização e à autonomia. Decorre do direito afirmado o dever jurídico-constitucional de que os direitos sociais sejam efetivados até o suficientemente satisfatório à desmercantilização.

Clara Marquet Sardà (2010, p. 74-76), em lição lapidar, sustenta que “[...] os direitos sociais implicam para o Estado uma nova responsabilidade, que supõe uma função de garantia pública diante dos mecanismos de mercado, ao que recorre usualmente o indivíduo para satisfazer suas necessidades”²⁷⁵; ademais, corrobora a fundamentação moral e o peso axiológico que comportam, à vista da nobre função que lhes incumbe, como se verifica abaixo, *in verbis*:

A realização desta função dos direitos sociais se encontra em relação com uma visão humanista do ser humano como sujeito individual e social, dependente do seu entorno e de suas relações. O fundamento último destas normas se encontra, portanto, no princípio da dignidade da pessoa humana, que implica o valor igual de todas as pessoas e possibilidades iguais, em quanto a tais, de obter o respeito de seus direitos, assim como realizar uma vida plena de acordo com sua vontade²⁷⁶.

Com efeito, a auto-realização e a autonomia dependem do amplo exercício das capacidades humanas. Esse amplo exercício, por sua vez, condiciona-se à satisfação suficiente das necessidades existenciais. Só poderá ser atingido esse referencial se houver a ampliação progressiva e contínua, processual e persistente, dos níveis essenciais de prestação, dirigindo-se ao conteúdo ótimo dos direitos²⁷⁷. Tal imposição é a decorrência do direito fundamental ao máximo existencial que, assim, impõe que se confira aos direitos sociais não apenas a garantia de um mínimo vital, desprestigiado por Esping-Andersen (1999, p. 32). Daí a função de desmercantilização.

Logo, há uma interação entre as necessidades, as capacidades, a auto-realização e a autonomia que visa, ao fim e ao cabo, pela efetividade ampliada dos direitos sociais, desmercantilizar as condições existenciais. Para tanto, une-se aos princípios que respaldam a noção material de direitos sociais o princípio da solidariedade, na medida em que deve haver

²⁷⁵ Em tradução livre. No original, “[...] los derechos sociales implican para el Estado una nueva responsabilidad, que supone una función de garantía pública frente a los mecanismos de mercado, a los que acude habitualmente el individuo para satisfacer sus necesidades”.

²⁷⁶ Em tradução livre. No original, “La realización de esta función de los derechos sociales se encuentra en relación con una visión humanista del ser humano como sujeto individual y social, dependiente de su entorno y de sus relaciones. El fundamento último de estas normas se halla, por tanto, en el principio de dignidad humana, que implica el valor igual de todas las personas y posibilidades iguales, en cuanto a tales, de obtener el respeto de sus derechos, así como de realizar una vida plena de acuerdo con su voluntad.”

²⁷⁷ Que, aliás, condiz com a natureza normativa principiológica, enquanto concebido os direitos sociais, em geral, como princípios e, então, como mandados de otimização.

um substrato social em que a comunidade aberta dos intérpretes de direitos fundamentais compartilhe a responsabilidade não apenas pela sustentação do respectivo sistema de proteção social, mas também pela participação ativa quanto às formas de concretização e de tutela desses direitos.

Das notas doutrinárias acima referidas, desde autores contemporâneos às primeiras tendências de positivação dos direitos sociais, como Boris Mirkin-Guetzévitch, Georges Burdeau e Georges Gurvitch, até constitucionalistas da atualidade, infere-se que os direitos sociais são também fundamentais, pois a noção constitucionalmente adequada desses direitos atende aos referenciais que compõem a noção de direitos fundamentais.

Com efeito, fica patente que se caracterizam como garantias diante de um tipo específico de necessidades, que são as necessidades existenciais. Essas necessidades, por sua vez, acaso insatisfeitas ou atendidas em patamar inferior ao suficientemente satisfatório – conforme exige o direito fundamental ao máximo existencial – acabam por repercutir no cerceamento das liberdades, colocando o indivíduo preso aos grilhões do mercado²⁷⁸.

A inexistência das condições existenciais para a vida humana é obstáculo relativamente intransponível para que o indivíduo possa se realizar e exercer com autonomia as suas capacidades²⁷⁹, sendo governado não pela vontade deliberada e consciente, mas pelas suas necessidades insatisfeitas. Quem se encontra em necessidade que constrange, não dispõe de liberdade.

Os bens jurídicos necessários à satisfação dessas necessidades encontram-se disponíveis, limitadamente e segundo o mecanismo da *lex mercatória*, no âmbito do mercado, instância que, num sistema econômico capitalista, independentemente do grau de intervenção estatal, é a responsável, com mais ou menos autonomia, pela distribuição da riqueza social. Havendo mais intervenção, esses mecanismos distributivos do mercado são parcialmente, e de forma mais intensa, dirigidos pelas ações estatais e pelas políticas públicas. Cabe ao Estado, enquanto Estado Social, corrigir desvirtuamentos e distribuir a parcela da riqueza que, de outro modo, circularia no mercado. Essa distribuição deve se orientar pelas necessidades e capacidades, o que é respaldado pela vivência comunitária da solidariedade.

²⁷⁸ Aplicável seria a ideia introdutória de Rousseau (2001, p. 9) ao *Contrato Social*, destacando que o homem nasceu livre no estado de natureza, mas encontra-se agrilhado. Se o povo age melhor quando tem condições de sacudir o jugo, em se tratando do jugo do poder econômico pela força inexorável das necessidades constringedoras da liberdade, os direitos sociais são o instrumento de liberdade, da mesma forma que as liberdades se afiguraram para ele como instrumento da libertação do jugo do poder político.

²⁷⁹ Como salienta Peces-Barba Martínez (1999b, p. 60) considerando que os direitos sociais se justificam apenas enquanto se voltam a motivar intervenções que públicas relativas à satisfação suficiente das necessidades básicas, impeditivas do desenvolvimento da personalidade e da livre eleição e exercício do seu projeto de vida.

Além do mercado, tendencialmente, orientar-se ao lucro e não às necessidades e capacidades, os bens jurídicos que nele circulam o fazem conforme o seu valor econômico e não consoante os critérios de justiça social. Assim, ao invés da distribuição se orientar pela intensidade e pela gravidade da necessidade, seguirá a direção de quem dispuser, por mérito ou não, de poder econômico.

Depreende-se, pois, uma dramática mercantilização das condições existenciais, expressiva da já indicada financeirização da vida, ficando o indivíduo sujeito às leis opressivas da concorrência, da oferta e da procura. O valor que importa para o mercado é o financeiro, enquanto para o indivíduo necessitado, é o valor humanístico e moral. Em face desse problema é que surgem e se legitimam os direitos sociais, cujo mister não pode ser outro que não a desmercantilização, à vista dos princípios da dignidade, da liberdade, da igualdade e da solidariedade.

A noção material constitucionalmente adequada de direitos sociais deve ser composta pela a) referência às necessidades, b) aos bens jurídicos pertinentes ao seu atendimento²⁸⁰, c) aos princípios com que tais bens se relacionam e que lhes conferem fundamentalidade material, que são a dignidade, a liberdade e a igualdade. Além disso, deve exprimir os elementos que os distinguem das liberdades, dos direitos políticos e de outros direitos fundamentais, que são d) a função de desmercantilizar as condições existenciais, respaldada pela e) solidariedade social.

Diante disso, pode-se defender que *os direitos sociais são garantias que visam a desmercantilizar as condições existenciais ao proporcionar, com base na solidariedade social, o atendimento de graves necessidades relativas a bens jurídicos fundamentais decorrentes da dignidade, da liberdade e da igualdade.*

Ademais, embora haja distinções sugeridas entre direitos sociais, econômicos e culturais, pode-se considerar que elas se diluem nesta noção mais ampla de direitos sociais, que será a utilizada, preferindo-se a referência agregadora a direitos sociais.

Cabe salientar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, sem explicitar o critério adotado quanto à noção subjacente aos direitos sociais, os reconhece como fundamentais, como se verifica da ementa abaixo, *in verbis*:

Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos

²⁸⁰ Que, como se sustenta, deve ser suficientemente satisfatório.

que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. (SL 47 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00001)

A sobredita noção confirma que os direitos sociais se caracterizam, materialmente, como direitos fundamentais, possuindo as duas notas distintivas de voltar-se para a desmercantilização das condições existenciais com base na solidariedade social. Apesar de a solidariedade ser princípio que respalda todo o sistema de direitos fundamentais, comporta a feição específica de embasar o compartilhamento comunitário das responsabilidades pela sustentação do sistema de proteção social.

A noção material se sobrepõe, então, à noção estrutural, que usualmente se foca na compostura estrutural dos direitos sociais em comparação com as liberdades, introduzindo equívocos usualmente repetidos que devem ser evitados, como a circunstância de serem direitos positivos ou a prestações, enquanto estas seriam direitos negativos ou de defesa. Com efeito, esta distinção não se justifica, sendo uma das responsáveis pelo déficit de normatividade e de *status* jurídico-constitucional dos direitos sociais, pois todos os direitos fundamentais comportam deveres positivos e negativos relacionados a sua satisfação e, conseqüentemente, demandam custos.

A noção e a distinção não podem, por conseguinte, ser estrutural. Já a noção formal, malgrado possível e viável, pouco informa do relevo dos direitos sociais, o que se afigura fundamental para a compreensão da sua importância no sistema de direitos fundamentais e para a afirmação do direito fundamental ao máximo existencial.

Com efeito, este direito fundamenta que aos direitos sociais seja conferida a função de desmercantilização, tanto no âmbito constitucional, como nas demais instâncias de tutela multinível dos direitos humanos e fundamentais. Não seria conforme tal direito conceber-se os direitos sociais destituídos desse caráter, o que ocorre quando são circunscritos ao atendimento do que seja o mínimo vital.

A expansão para além do mínimo mediante a ampliação progressiva dos níveis essenciais de prestação até a satisfação suficiente das necessidades existenciais, desmercantilizando a condição humana, é, então, o dever-base ou o dever-fundamental que compõe a esfera normativa do direito que ora se afirma. Nesse sentido, Peces-Barba Martínez (1999b, p. 61-62) prevê que os direitos, os valores e os princípios componentes do sentido de justiça da sociedade democrática devem propiciar que as pessoas alcançem “[...] o nível de

humanização máximo possível e, em cada momento histórico”²⁸¹.

Não obstante isso, tal direito não pode ser enquadrado, ele próprio, como direito social ou como liberdade. Em verdade, consubstancia o direito fundamental de síntese, pois se volta à ampliação do nível de prestações não apenas relativo às necessidades cobertas pelos direitos sociais, mas também pelas liberdades e pelos demais direitos.

Por almejar tanto a desmercantilização e, através dela, o efetivo desenvolvimento da personalidade, com a habilitação do exercício das capacidades humanas, o direito fundamental ao máximo existencial é um sobredireito, pois se sobrepõe aos demais por concernir aos modos e formas pelos quais devem ser compreendidos, garantidos e efetivados. Por isso, como já anunciado, caracteriza-se como ideia reguladora na condição de representar a condição de possibilidade para a realização dos direitos fundamentais no âmbito da transversalidade do constitucionalismo contemporâneo.

De fora parte isso, se os direitos sociais comportam uma noção material que desnuda a sua qualidade de fundamentais, faz-se mister corroborar tal constatação adentrando na análise dos fundamentos dos direitos fundamentais.

Com efeito, a investigação a ser empreendida deverá afastar qualquer dúvida sobre a impossibilidade de conferir-se aos direitos sociais importância ou valor secundário com relação aos demais direitos, o que se afigura imprescindível no âmbito de uma revisão da teoria dos direitos fundamentais que vise a extirpar os preconceitos arbitrários decorrentes do enraizamento do paradigma liberal.

A análise almeja demonstrar que os direitos fundamentais são direitos morais, tanto por força do valor moral de evitar os danos que decorram da insatisfação das necessidades que se destinam a tutelar, como pelo mesmo valor que comporta habilitar o ser humano ao exercício das capacidades que lhe são potencialmente inerentes. Para tanto, a fundamentação se estende, em igualdade de condições, de peso e de relevância, aos direitos sociais, confirmando que merecem também a qualificação por serem, realmente, fundamentais.

3.2. FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, no curso de sua evolução, mereceram distintas concepções em derredor de sua justificação e fundamentação, com para a concepção jusnaturalista, de que se originaram a juspositivista e a concepção dos direitos fundamentais como direitos morais. Esta última se afigura suficientemente autônoma para justificar uma distinção com relação às demais, inserindo-se no neoconstitucionalismo.

Não se pode ignorar, entretanto, a existência de outras concepções de fundamentação dos direitos fundamentais, como as concepções institucional, funcional, realista e, até mesmo, procedimental.

A prevalência de uma determinada concepção acerca da fundamentação dos direitos fundamentais é deveras relevante para a compreensão da potencialidade normativa e eficaz dos direitos fundamentais, notadamente diante da sua abertura semântica e estrutural, tal como desenvolvidas por Alexy (2008b, p. 70-71), como também para viabilizar uma via de controle material da legitimidade dos atos do Poder Público, cabendo trazer à colação a doutrina de Perez-Luño (1998, p. 20), abaixo transcrita, *in verbis*:

A concepção dos direitos fundamentais determina, deste modo, a própria significação do poder público, ao existir uma íntima ligação entre o papel conferido a tais direitos e o modo de organizar e exercer as funções estatais. Os direitos fundamentais constituem a principal garantia com que contam os cidadãos de um Estado de Direito de que o sistema jurídico e político, conjuntamente, orientar-se-á para o respeito e a promoção da pessoa humana²⁸².

A postura fundamental da ordem jurídica e, como tal, da própria a teoria do direito, da teoria do Estado – com as atribuições fundamentais dos órgãos de direção política e do poder judiciário, a democracia e a compreensão do princípio republicano –, como também a consistência do Estado Democrático de Direito, dependem da concepção de que tenha acerca dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, assiste razão a Perez-Luño (1998, p. 19) ao pontuar que o constitucionalismo atual não seria o mesmo sem os direitos fundamentais, havendo uma interdependência genética e funcional para com o Estado de Direito, que se sintetiza na já

²⁸² Em tradução livre. No original, “La concepción de los derechos fundamentales determina, de este modo, la propia significación del poder público, al existir una íntima relación entre el papel asignado a tales derechos y el modo de organizar e ejercer las funciones estatales. Los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana”.

aludida e significativa expressão de Estado de direitos fundamentais, que se potencializa com o desenvolvimento de uma cultura constitucional no âmbito da comunidade aberta de intérpretes constitucionais.

Disso se infere que as discussões são acerbadas, envolvendo posturas filosóficas, políticas, ideológicas, econômicas e existenciais distintas e ensejando discussões que, se devidamente perquiridas, poderão levar ao aperfeiçoamento da teoria dos direitos fundamentais, seguindo o modelo epistemológico aberto de Karl Popper (1999, p. 53-55), diante de sua fundamentação adequada ensinar a solução de problemas que lhe são colocados, suscitando outros a serem enfrentados.

Na doutrina estrangeira, dentre outros autores, o tema é especialmente abordado por Gregorio Peces-Barba Martínez (1999a, p. 40-58) e pelo próprio Perez-Luño (1998, p. 30-50), enquanto constitucionalistas como Duguit (2005, p. 190-191), Smend (1988, p. 245), Schmitt (1996, p. 170-171), Hesse, (1998, p. 244), Alexy (2008a, p. 46), Häberle (2003b, p. 5-7 e 97) e Dworkin (1999a, p. 277-278) adotam, explícita ou implicitamente, uma fundamentação para os direitos fundamentais.

A questão também é analisada na doutrina pátria, destacando-se a reflexão de Paulo Bonavides (1997, p.560-587), desenvolvida entre teorias sobre as concepções e sobre a fundamentação dos direitos fundamentais, Fábio Konder Comparato, Luis Roberto Barroso (2009, p. 235-261), embora referindo-se genericamente ao constitucionalismo e às suas mudanças de paradigmas, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Branco (2008, p. 235), Dirley da Cunha Júnior (594-597), André Ramos Tavares (2008, p. 444-446), e, de forma bem detida, José Adércio Leite Sampaio (2004, p. 50-133).

Observe-se que nem sempre há uniformidade na identificação das teorias que fundamentam os direitos fundamentais. Alguns autores recorrem às teorias contratualistas (MIRANDA, 2000, p. 42-43), distinguindo-as do jusnaturalismo, o que não parece pertinente, pois as doutrinas contratualistas justificam os direitos fundamentais no direito natural.

Não obstante isso, esse quadro inicial bem demonstra o relevo e o estágio da discussão, não se pretendendo esgotar a análise de cada um dos fundamentos defendidos e nem exaurir os que serão objeto de análise, objetivando apontar as insuficiências de cada doutrina para sustentar a compreensão axiológica dos direitos fundamentais como direitos morais.

O foco, como já apontado, será estabelecido na concepção jusnaturalista e na juspositivista, apreciando-se também as perspectivas realistas, funcionalistas, institucionalistas e comunitárias.

Antes, porém, há de se admitir que os direitos fundamentais não vivem apenas de exaltação, sendo conhecidas as críticas que lhe são opostas pelas mais variadas doutrinas políticas e jurídicas, além dos que entendem, como Bobbio (1992, p. 25), não haver qualquer relevância na investigação sobre os fundamentos dos direitos fundamentais ou dos direitos humanos, sendo questão superada.

Além disso, afirma-se, ainda, como já indicado, haver uma banalização dos direitos fundamentais por se expandirem cada vez mais, causando depreciação do conceito e colocando sobre pressão a força normativa das constituições (HAARSCHER, s.d, p. 53).

Vislumbra-se, também, aqueles que intentam, em razão disso, estabelecer ordens de precedência hierárquica entre direitos fundamentais, ou que rejeitam a uma das categorias de direitos fundamentais essa condição. Dessas questões já foram enfrentadas quando da sustentação das noções de direitos fundamentais e de direitos sociais, ficando caracterizado que estes últimos se integram naqueles primeiros. De qualquer sorte, como exposto, o reforço desta constatação e a rejeição desses problemas demandam a investigação sobre os respectivos fundamentos axiológicos.

Tais questões apresentam-se como antecedentes à investigação dos fundamentos dos direitos fundamentais e à evolução que percorreram até a consolidação do constitucionalismo contemporâneo.

Assim, passe-se, inicialmente à defesa do valor dos direitos fundamentais, como conquista do desenvolvimento comunitário da tutela da pessoa humana, visando a sua proteção, tanto pela contenção do exercício arbitrário do poder, como através da garantia das suas condições de existência e de auto-realização.

Posteriormente, sustenta-se ser imprescindível a identificação dos fundamentos dos direitos fundamentais, até para a compreensão da sua estrutura normativa, pois a sua caracterização como direitos morais amplia a potencialidade normativa da dimensão de principiológica de que se revestem ao traduzir na positivação constitucional os valores subjacentes à ideia de Direito que se entrelaça com a moralidade social.

3.2.1 As críticas aos direitos fundamentais

Inicialmente, impende esclarecer que, na sua feição originária, a expressão ‘direitos fundamentais’, segundo Perez-Luño (1998, p. 29) surge na França revolucionária, como *droits fondamentaux*, alcançando reconhecimento no texto constitucional de Weimar de 1919. Não obstante isso, os direitos fundamentais, então nascentes em constituições positivadas, eram direitos naturais por antonomásia, sendo previstos nos textos das declarações de direitos, como a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão.

De fora parte o problema da precedência e da influência²⁸³ de uma declaração sobre a outra, é conhecida a voraz crítica de Edmund Burke (1997), plasmada de matiz conservador e burguês, contra o ideário que veio a se materializar através da Revolução francesa, estendendo-se às liberdades e aos direitos políticos.

Ao discutir a possibilidade de que seja garantida a liberdade, Burke (1997, p. 220) percebe que, embora alguns gozem de liberdade, outros estão sujeitos à servidão opressiva e degradante. A crítica do autor vai além dos fundamentos do próprio movimento revolucionário, questionando a viabilidade dos direitos que estavam sendo consagrados.

²⁸³ A conhecida discussão acerca da precedência do reconhecimento positivo dos direitos fundamentais firmada entre Jellinek e Boutmy não pode ser objeto da presente reflexão, cabendo a análise dos fundamentos expostos por Jellinek (2002). De qualquer sorte, o juspublicista alemão retrata que a Declaração francesa foi objeto de reflexões contrastantes, havendo os que a exaltassem (dentre os quais, a maioria de franceses) e os que a criticassem em razão dos termos abstratos e vagos poderem servir livremente aos interesses dos homens de Estado. Verifica-se, de logo, que o problema da abstração, da imprecisão e da indeterminação não é *prerrogativa* exclusiva dos direitos sociais. De qualquer sorte, reconhece Jellinek a sua importância fundamental ao prever, pela primeira vez, direitos dos indivíduos e cidadãos, num ambiente em que só se considerava existentes os direitos dos governantes e os privilégios de castas e corporações, sendo os agora direitos universais dos súditos estabelecidos como obrigações estatais. A partir da Declaração, desenvolveu-se a noção de direito público subjetivo, alterando profundamente as bases do Direito Público (JELLINEK, 2002, p. 3-4) e traduzindo-se de direito natural em direito positivo. O caráter expansivo dos direitos inicia-se com a adoção, por quase todos os demais Estados do continente, de declarações de direitos. Ressalta a importância de buscar os fundamentos que conduziram à redação da Declaração francesa, questionando a pertinência da tese até então prevalecente de que se embasou na doutrina contratualista e na experiência da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (JELLINEK, 2002, p. 6). Diante disso, nega que o contrato social de Rousseau tenha sido uma das fontes da Declaração, considerando que os princípios nele defendidos são inimigos de qualquer declaração de direitos, à vista da onipotência conferida à chamada vontade geral (JELLINEK, 2002, p. 7-9), havendo uma influência muito limitada. Em seguida, Jellinek (2002, p. 11-16) nega que Lafayette tenha se proposto uma declaração de direitos tendo como modelo a Declaração de Independência dos Estados Unidos. Em verdade, sua inspiração teria origem nas declarações de direitos das constituições dos Estados que compunham a Confederação americana, cuja primeira foi a sobredita Declaração da Virgínia. Por sua vez, a base para a construção da noção de direito público subjetivo não teria sido o direito natural, mas a luta pela liberdade religiosa a partir da Reforma Protestante. Desse modo, conclui que “A ideia de fixar em forma de lei os direitos inatos, inalienáveis e sagrados do indivíduo não é de origem política, mas de origem religiosa. O que hoje é considerado obra da Revolução foi em verdade fruto da Refirma e da sua luta.” Em tradução livre. No original, “L’idea di fissare in forma di legge i diritti innati, inalienabili e sacri dell’individuo non è di origine politica, bensì di origine religiosa. Ciò che fino oggi è stato considerato opera della Rivoluzione, fu in verità un frutto della Riforma e delle sue lotte.”

Outro movimento crítico erigido contra os direitos fundamentais em seu nascedouro residiu na crítica marxista às liberdades burguesas e, notadamente, à propriedade privada dos meios de produção.

Engels (2008, p. 106) reputava existirem apenas formalmente as liberdades, que não estavam à disposição da grande maioria da população, sendo usufruídas apenas pela burguesia, mas inacessível ao proletariado.

Como visto, a condição de escravo é menos opressiva do que de proletário, pois lhe são asseguradas as mínimas condições de alimentação e moradia, a fim de que seu valor enquanto objeto não se depreciasse, o que não ocorria com o proletário, que ficava absolutamente desassistido. Como não detinha propriedade para se resguardar dos riscos sociais, concluiu que “[...] o proletário só pode se libertar abolindo a propriedade privada em geral”.

Marx e Engels (2008, p. 82) rechaçam toda a oposição ao reconhecimento da propriedade privada como direito fundamental, como se verifica do excerto abaixo, *in verbis*:

Horrorizai-vos porque queremos abolir a propriedade privada. Mas em vossa atual sociedade a propriedade privada já está abolida para nove décimos de seus membros; ela existe precisamente porque não existe para esses nove décimos. Censurai-nos, portanto, por querer abolir uma propriedade cuja condição necessária é a ausência de toda e qualquer propriedade para a imensa maioria da sociedade.

As liberdades e os direitos políticos não era direitos passíveis de gozo por todo e qualquer indivíduo pela incapacidade de exercê-los por quem não dispunha das condições materiais de existência, dependendo do valor da sua energia pessoal, convertida em trabalho, para obter o salário, no mais das vezes insuficiente para si e para sua família. O fato de serem livres e dotados de razão e discernimento não lhes permitia negociar as condições do contrato de trabalho, estando premidos pela força coercitiva da necessidade econômica.

Pouco adiante a liberdade de querer se não há liberdade de se conduzir conforme a vontade deliberada e refletida. Os direitos no plano teórico tinham uma concepção que não se confirmava na realidade, merecendo as severas críticas de Marx, Engels e de Burke, ainda que por matrizes de pensamento diversas.

Assim, a oposição ao surgimento das liberdades públicas e dos direitos políticos fundava-se, em verdade, na falta de efetividade desses direitos, firmados em pressupostos individualistas e liberais que visavam à proteção do indivíduo enquanto ser abstratamente considerado, ignorando a imersão social e as condições existenciais em que vivam. Havia inequívoca distância entre a liberdade de querer e a liberdade de conduzir-se conforme a vontade.

A crítica dirige-se, no que se refere ao marxismo, contra o modelo e os fundamentos dos direitos oriundos do constitucionalismo liberal que, embora tivessem logrado êxito em conter o exercício arbitrário do poder político, não eram suficientes para proteger a pessoa humana diante do arbítrio do poder econômico. As condições materiais de existência não poderiam ficar a cargo do mercado, não poderiam ser mercantilizadas, por consistir numa depreciação da condição humana.

Observe-se, entretanto, com Robert Castel (2005, p. 20-21) que a consagração da propriedade na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão não foi nem algo fortuito e nem se limitou à concepção de propriedade reduzida ao privilégio da propriedade burguesa, pois “[...] no início da modernidade a propriedade toma um sentido antropológico profundo, porque ela aparece [...] como o alicerce a partir do qual o indivíduo que se livrou da proteção-sujeição tradicional pode encontrar as condições de sua independência”.

E Castel confirma tal ilação pela constatação histórica de que a propriedade privada foi defendida pela mais vasta linhagem de ideologias que permearam a Revolução Francesa, tanto por Rousseau, Robespierre, Saint-Just e os *sans-culottes*, quanto pelos mais conservadores. Variava apenas o sentido e a forma como a propriedade deveria ser regulada, mas era comumente defendida.

Apenas a sucessão dos fatos históricos permitiu ao marxismo perceber que a propriedade privada e as liberdades tinham uma manifestação meramente formal, ficando grande parte da população alijada desses direitos em razão da situação que lhes era imposta pela tessitura social decorrente da Revolução Industrial, que conformou o ambiente da questão social. Para Robert Castel (2005, p. 31-32) haveria uma grande insegurança social que torna a sobrevivência incerta pela precariedade permanente sobre a própria existência.

Tamanha insatisfação fora percebida pelas classes burguesas, tanto que Eric Hobsbawm (2007b, p. 27) registra a advertência feita pelo pensador político francês Alexis de Tocqueville na Câmara dos Deputados no início de 1848, de que havia um vulcão prestes a explodir e que a tempestade já se avistava no horizonte.

Dali em diante houve a última onda revolucionária no Ocidente – até o momento –, com sucessivas revoluções que se espalhavam por toda a Europa após a primeira eclodir, mais uma vez, em Paris, liderada não pelos intelectuais, mas pelos pobres. No mesmo período começavam a vicejar as críticas de Marx e Engels não apenas ao sistema capitalista, mas ao sistema jurídico que a assegura e aos direitos civis e políticos, que só aos detentores de propriedade atingiam. Espalhava-se pela Europa, com traduções em várias línguas, o *Manifesto Comunista*.

Ora, o fato das revoluções terem sido mobilizadas por trabalhadores pobres bem demonstra o acerto de Marx, Engels e, ainda que por outra via, Burke. Como salienta Hobsbawm (2007b, p. 35-36), foram os trabalhadores pobres que morreram nas barricadas urbanas. O impulso revolucionário é identificado pelo historiador ao apontar que “Foi sua forma que alimentou as demonstrações que se transformaram em revoluções”. O grande objetivo revolucionário não consistia em reivindicações econômicas, abrangendo as políticas. Assim, pretendia-se a instauração de uma república social democrática e social, o que mostra, efetivamente, que os direitos civis e políticos foram consagrados para não se estender àqueles que mais deles necessitavam.

Nesse sentido, nada mais expressivo do que a história para corroborar a pertinente crítica marxista quanto a serem meramente formais, textuais, retóricos, simbólicos, os direitos civis e políticos, pelos quais muitas revoltas e insurreições, além das típicas revoluções, foram e até hoje são instauradas²⁸⁴. Somente profundas modificações da estrutura social, quer pela via revolucionária, quer pela via reformadora, poderiam vitalizar os direitos até então meramente formais, tornando-os potencialmente reais. Para tanto, imprescindível seria conter o poder econômico.

Já a crítica de Burke expressa o receio do êxito do ideário burguês revolucionário contra uma concepção que repousava numa suposta ordem natural que justificava a estrutura estamental da sociedade, assegurando as prerrogativas e os privilégios da burguesia sobre o proletariado.

A reação é tão voraz quanto a crítica e coube, dentre outros, a Thomas Paine (2005, p. 51). Para ele, as ideais de Burke representaram “[...] um desacerto intransitável de rapsódias e uma espécie de discurso prolixo a respeito de governos, no qual ele afirma tudo o que lhe apraz, presumindo que recebe crédito sem apresenta evidências”, ressaltando que “O Sr. Burke, praticando seu usual excesso, insultou a *Declaração dos Direitos do Homem*, publicada pela Assembleia Nacional de França como a base sobre a qual é construída a Constituição da França”. Paine não admitia o insulto desferido por Burke à Declaração francesa ao tê-la classificado como amontoado de folhas de papel desprezíveis e enodoadas sobre os direitos do homem.

Já a verve da crítica marxista foi importantíssima para fomentar o desenvolvimento do constitucionalismo e dos direitos fundamentais no sentido da progressiva

²⁸⁴ Como se verifica com a Primavera Árabe, já abordada.

extensão e ampliação a fim de proteger a pessoa humana não apenas em face do poder político, mas também contra o poder econômico, resguardando-a da questão social e de seus efeitos. Juntamente com outros fatores, foi responsável por estimular o surgimento do Estado Social, com a consagração dos direitos sociais nos primeiros textos constitucionais do século XX. Ao lado do Estado Social, ensejou a formação, também, do Estado Socialista, renegando as liberdades econômicas e a propriedade privada em vista do objetivo de instauração do comunismo.

Essas oposições, surgidas em face de um modelo de direitos fundamentais conforme o paradigma liberal dominante, não têm o condão de renegar a importância e o valor do constitucionalismo e dos direitos que por ele vem a ser assegurados. A dimensão utópica que se inicia com a consagração das liberdades e dos direitos políticos se converteu no móvel de expansão dos direitos fundamentais através do constitucionalismo social. Pretendia-se superar o caráter meramente formal dos direitos constantes até então das declarações pela agregação de novos direitos que possibilitassem transformar as liberdades e os direitos políticos de formais em reais; ou seja, tornar efetivas das liberdades e os direitos políticos ao garantir, pelos novos direitos, as condições materiais de existência.

Desse modo, a previsão dos direitos sociais nos textos constitucionais se iniciou, de forma ampla e consolidada com a Constituição mexicana de 1917 e com a Constituição alemã de Weimar de 1919, expandindo-se no pós-guerra e dando conformação ao Estado Democrático de Direito, portador da dimensão do Estado Social.

Assim, não eram pertinentes as críticas que desautorizavam a noção e o valor dos direitos fundamentais, pois a insurgência se deu em face de uma concepção restrita de direitos, que deixava “[...] ao ‘Deus dará’ a condição daqueles que não têm os meios de assegurar a existência pela propriedade” (CASTEL, 2005, p. 31), como já registrado.

A resposta é corroborada por Georges Gurvitch (2004) com uma das mais pujantes defesas quanto ao advento de uma declaração de direitos sociais, após enfrentar a questão atinente a sua necessidade (GURVITCH, 2004, p. 47-51), chegando a formulá-la, como se verifica do excerto abaixo, *in verbis*:

Pensamos ter respondido as principais objeções contra a utilidade das declarações de direitos, antigas e novas. Mas parece não ter sido exaurida a questão. As declarações, ainda que pareçam cristalizadas, representam o elemento mais dinâmico do direito positivo. Não apenas exprimem da melhor forma o direito espontâneo, móvel, vivido pela Nação, mas transmitem este dinamismo espontâneo a todo o ordenamento jurídico, conduzindo-o a transformações contínuas e imanentes. Os direitos proclamados pelas declarações são, de fato, mais próximos aos valores e às

ideais jurídicas que constituem um elemento essencial e indispensável da vida de cada direito²⁸⁵.

As críticas originárias ao surgimento dos direitos fundamentais são rechaçadas por serem predispostas não contra os direitos fundamentais em si, mas contra determinada concepção de direitos fundamentais, que os restringia aos direitos civis e políticos, por força da preponderância da ideologia liberal.

Apesar disso, surgiram e persistem profundas e mais recentes críticas, como as suscitadas por Michel Villey (2007), adiante abordadas, que estão referidas mais ao déficit de efetividade dos direitos reconhecidos como humanos e fundamentais do que à própria ideia que lhes respalda.

Logo, impõe-se enveredar pelas questões acerca da possibilidade e importância da fundamentação dos direitos fundamentais.

3.2.2 A possibilidade e a importância da fundamentação dos direitos fundamentais

O problema da fundamentação dos direitos fundamentais traz consigo três questões. A primeira se relaciona com o sentido e a própria significação do que sejam os fundamentos dos direitos fundamentais. A segunda envolve, firmada a identificação da consistência desses fundamentos, a possibilidade de se alcançar e compreender tais fundamentos. Finalmente, tem-se que aferir ser ou não questão de relevo contemporâneo buscar a sobredita fundamentação. Como já antecipado, a fundamentação é deveras significativa, quer para a noção material de direitos fundamentais, já exposta, quer para fundamentar a dimensão axiológica de lhes conferir a devida e adequada efetividade, respaldando o direito fundamental ao máximo existencial.

²⁸⁵ Em tradução livre. No original, “Pensiamo di avere risposto alle principali obiezioni mosse all’utilità delle dichiarazioni di diritti, vecchie e nuove. Ma non ci sembra di aver esaurito i termini della questione. Le dichiarazioni, sebbene appaiano cristallizzate, rappresentano l’elemento più dinamico del diritto scritto. Non solamente esprimono nel modo migliore il diritto spontaneo, mobile, vivente della Nazione, quanto trasmettono questo dinamismo spontaneo all’intero ordinamento giuridico, spingendolo verso trasformazioni continue e immanenti. I diritti proclamati dalle dichiarazioni sono infatti i più vicini al valore e alle idee giuridiche che costituiscono un elemento essenziale ed indispensabile della vita di ogni diritto”.

Partindo do esclarecimento feito por Fábio Konder Comparato (2010, p. 41) de que a discussão dos fundamentos envolve a busca da razão pela qual uma nova deve ser obedecida, a fundamentação dos direitos fundamentais mostra, por si, sua importância.

Apenas a partir da fundamentação adequada – do porquê de se dever obedecer os direitos fundamentais – é possível, por extensão, compreender-se a relevância da sua implementação efetiva e o valor do direito que ora se afirma, enquanto condição de possibilidade de efetividade do sistema multinível de proteção da pessoa humana, sobretudo no âmbito constitucional. Em outros termos, o valor decorrente da razão de deverem de ser obedecidos se comunica com a importância da sua efetividade.

Em verdade, sendo um problema logicamente antecedente, a percepção da consistência da fundamentação dos direitos fundamentais é uma *conditio sine qua* para se verificar a possibilidade de identificá-la e apreendê-la, como também da sua importância.

3.2.2.1 O sentido dos fundamentos dos direitos fundamentais

A busca pelos fundamentos dos direitos fundamentais²⁸⁶ envolve a perquirição das razões que os justificam e impõem o desenvolvimento progressivo da efetividade dos direitos.

Não se trata de fundamentos como razões últimas relativos à essência dos direitos fundamentais, o que já pressuporia a encampação, de certa forma, de concepção jusnaturalista. De forma diversa, almeja-se fundamentos decorrentes da reflexão hermenêutica, estabelecida a partir da percepção dos preconceitos e do horizonte de sentido em que se embasa a existência e a vivência dos direitos fundamentais pela comunidade aberta de seus intérpretes.

Se a reflexão ontológica voltada para a essência dos objetos não mais condiz com o horizonte descortinado pela reflexão hermenêutica, justamente por obnubilar a finitude da condição existencial do homem diante das limitações da razão, não se pode pretender

²⁸⁶ Reitere-se que, malgrado referências contínuas aos direitos fundamentais, que são o foco principal, a despeito do reconhecimento do sistema multinível de proteção da pessoa humana e da convergência com os direitos humanos, as questões postas e as soluções sugeridas estendem-se também a estes últimos.

encontrar uma razão última e absoluta, eterna e imutável, para respaldar os fundamentos dos direitos fundamentais.

A sua fundamentalidade deve ser percebida pela continuidade progressiva da reflexão a partir da consciência histórica de determinada comunidade em uma dada época histórica, partindo da unidade substancial entre compreender, interpretar e aplicar, como já aludido.

Assim, os fundamentos dos direitos fundamentais só podem se reconduzir à própria pessoa humana, quer como indivíduo, quer enquanto manifestada em sua vivência comunitária, e, como tal, envolvem uma atividade de reflexão contínua e complexa, que sempre tende a ultrapassar a si própria, mas jamais alcança a totalidade do sentido, pois a existência se manifesta como contínuo devir.

Logo, os fundamentos em questão sujeitam-se à compreensão historicamente situada e compartilhada do horizonte de sentido desenvolvido no curso da tradição humanista e cultural dos direitos fundamentais, e só por essa perspectiva podem e devem ser apreendidos.

A fundamentação é questão sempre em aberto, pois não se encerra numa definição ou concepção absoluta que seja imune a críticas ou a novos desenvolvimentos. O sentido é sempre aberto, pois dele partilha a carga histórica e cultural do homem que pertence a sua dimensão existencial.

Não se pode estabelecer uma cisão ou separação entre os fundamentos, os direitos e a existência humana individual e comunitária. O homem não é ser isolado, mas complexo²⁸⁷. Complexidade essa que se manifesta e se potencializa na vivência da experiência existencial comunitária. É unidade de múltiplas e facetadas manifestações e dimensões.

Daí já se pode antecipar uma das razões pelas quais se torna importante a investigação dos fundamentos dos direitos fundamentais, pois as discussões e as ações políticas, jurídicas, democráticas, individuais e sociais em torno dos mesmos devem ter presente que é preciso tornar mais humana a existência do homem.

Por conseguinte, o sentido de se pretender compreender os direitos fundamentais como direitos morais, respaldando-se nos textos e contextos constitucionais nacionais e transnacionais, manifesta-se de forma integrada à própria tradição do constitucionalismo, com

²⁸⁷ Adota-se o paradigma do pensamento complexo desenvolvido por Edgar Morin (2006) e que não se opõe à reflexão hermenêutica estabelecida pela matriz gadameriana (1999).

foco nas questões e nos problemas que desafiam os aludidos direitos tanto globalmente, quanto localmente.

O sentido da moralidade, como fundamento dos direitos fundamentais, não é constante, eterno e imutável, mas participa do próprio movimento existencial do homem e se orienta pelo caráter teleológico e deontológico da promoção da auto-realização e da autonomia. A partir de ambas se dá o livre e amplo desenvolvimento da personalidade, exigindo a desmercantilização das condições existenciais, habilitantes do exercício das capacidades humanas pela satisfação suficiente das necessidades respectivas. Por essa via, evidencia-se a relação da fundamentação ora investigada com o direito fundamental ao máximo existencial. As razões que explicam por que se deve obedecer aos direitos fundamentais são as mesmas que conferem dimensão axiológica ao aludido direito, enquanto ideia reguladora que deve ser introjetada no âmbito doutrinário, na prática jurídica e na seara comunitária, a ser vivenciada e experimentada pela comunidade de intérpretes, sempre aberta.

Essa reflexão se dá tanto universalmente, materializada nos direitos humanos, como regional e localmente, consubstanciada nos direitos fundamentais, em razão do que se afirmou alhures, pois partilham, tanto os direitos humanos como os fundamentais, dos mesmos fundamentos.

Não obstante isso, como os direitos fundamentais são desafiados em especial pelo contexto social, político e econômico brasileiro, a sua fundamentação não pode abstrair-se de tais condições, malgrado haja uma matriz comum.

Posto isto, o que se pretende com a investigação e afirmação dos fundamentos dos direitos fundamentais é destacar o embasamento para a validade, o sentido e a função que comportam. Segunda as diferentes concepções, a validade, o sentido e a função dos direitos fundamentais decorrem do direito natural, da positivação em determinado texto constitucional, ou se encerram num referencial distinto dessas duas matrizes, sempre aberto e contínuo, pois assim o é a existência humana e as necessidades e problemas que desafiam os direitos fundamentais.

3.2.2.2 A possibilidade de fundamentação

A exposição do sentido que se pretende conferir ao fundamento dos direitos fundamentais já indica a solução da questão atinente à possibilidade de que seja possível alcançá-los. Como registra José Adércio Leite Sampaio (2004, p. 57), “Não é fácil apresentar uma justificação de direitos humanos que angarie consenso. Começa pelo significado e alcance ambíguos da expressão ‘direitos humanos’, o que não muda com ‘direitos fundamentais’.” Essa dificuldade é expressão do paradigma da complexidade – que integra o âmbito das pré-compreensões adrede suscitadas – e que se materializa pela finitude da razão e da compreensão do homem. Essa complexidade e a sua dificuldade, evidentemente, não podem levar à desistência dessa empreitada, haja vista sua importância fulcral.

A questão é posta pelo próprio José Adércio Leite Sampaio (2004, p. 58), identificando os que denomina como antifundamentalistas de variadas orientações, desde Weber a Carnap. Já Perez-Luño (2001, p. 134-135), também partindo da questão e das oposições à possibilidade de uma fundamentação dos direitos fundamentais, situa as variantes não-cognoscitivas.

Ramírez (1997, p. 20-22) também enfrenta a oposição daqueles que reputam impossível fundamentar e justificar os direitos fundamentais, reconhecendo que a dúvida acerca da viabilidade de encontrar a fundamentação advém não apenas da pluralidade de teorias, mas da própria natureza do problema.

Tais objeções, apontadas pelos mencionados doutrinadores, envolvem uma pré-compreensão dos direitos fundamentais como dotados de expressão axiológica, o que mais serve a enfrentar a sua caracterização como direitos morais, inadmissível para os que aderem ao positivismo jurídico. Observe-se que a fundamentação juspositivista, bastante a si mesmo, não encontraria os obstáculos postos pelos que negam essa possibilidade.

No mesmo sentido são as observações de José Adércio Leite Sampaio (2004, p. 58-59), defendendo que a fundamentação pode assumir distintos sentidos e feições, desde uma perspectiva histórico-genética, quanto ético-metafísica e epistemológico-jurídica.

Assim é a percepção de Perez-Luño (2000, p. 136), ao considerar que tais objeções são pertinentes a partir da concepção positivista, considerando que “É evidente, em qualquer caso, que a partir dos pressupostos não-cognoscitivos, desde os quais o positivismo

enfoca o problema dos valores éticos, jurídicos e políticos, resulta impossível fundamentar os direitos humanos”²⁸⁸.

De qualquer sorte, não se pode deixar de abordar as objeções lançadas e sistematizadas por Norberto Bobbio (1992, p. 15-24), que ultrapassam o âmbito da pré-compreensão dos direitos fundamentais como direitos morais dotados de dimensão axiológica.

Para Bobbio (1992, p. 17-18), o fundamento é ainda aquele tido como absoluto e que exerce uma coerção sobre a razão quanto à necessidade inexorável de seu reconhecimento, conferindo tal sentido aos jusnaturalistas e reputando que seria, como tal, apenas uma ilusão. Sustenta, então, quatro dificuldades insuperáveis para se chegar ao fundamento dos direitos humanos.

A primeira decorreria da impossibilidade de se buscar os fundamentos de algo sobre o que não se tem uma noção precisa; ou seja, a fundamentação dos direitos pressupõe que se tenha clara a noção do que sejam direitos humanos ou fundamentais, questão de todo controvertida. Para Bobbio (1992, p. 18), [...] os valores últimos, por sua vez, não se justificam; o que se faz é assumi-los. O que é último, precisamente por ser último, não tem nenhum fundamento.” Ademais, indaga como seria possível, seja ou não absoluto, o fundamento “[...] de direitos dos quais é impossível dar uma noção precisa.”

A segunda objeção se situa no caráter variável e contingente dos direitos humanos, pois o seu rol tem se modificado bastante no curso da história, com a alteração dos interesses e necessidades, das classes que ocupam o poder, dos meios disponíveis à realização dos mesmos e das transformações técnicas e tecnológicas (BOBBIO, 1992, p. 18). Diante disso, afirma que “O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”, não sendo possível atribuir-se fundamento absoluto ao que é historicamente relativo e contingente, exemplificando com a liberdade religiosa.

A terceira e a quarta objeções se fundam no caráter heterogêneo dos direitos fundamentais, pois havendo situações que levam à incompatibilidade entre dois ou mais direitos, não poderiam portar um único e mesmo fundamento. Além disso, há direitos que valem indistintamente, para todos, e outros que afetam apenas a determinado grupo, o que desautorizaria colocá-los sob o mesmo fundamento.

²⁸⁸ Em tradução livre. No original, “Es evidente, en cualquier caso, que a partir de los presupuestos no cognoscitivistas, desde los cuales el positivismo enfoca el problema de los valores éticos, jurídicos y políticos, resulta imposible fundamentar los derechos humanos.”

As objeções lançadas por Norberto Bobbio, todavia, não podem ser suficientes a rejeitar a possibilidade de fundamentação dos direitos fundamentais. Como exposto, ele parte de premissas e paradigmas oriundos da filosofia da consciência que conferem acerto às suas críticas; entretanto, todas as condições de possibilidade de fundamentação dos direitos fundamentais não se esgotam na perspectiva por ele criticada e tida como jusnaturalista.

Em verdade, Bobbio se opõe a uma determinada e específica concepção acerca dos fundamentos dos direitos, a jusnaturalista, que sustenta a existência de um valor objetivo e universal dos direitos, atemporal e imutável. Com relação a esta concepção, as objeções de Bobbio são pertinentes.

Tal perspectiva, contudo, não desautoriza a reflexão acerca do fundamento dos direitos fundamentais e muito menos a defesa de sua concepção como expressão da dimensão moral da existência humana, orientada pela reflexão hermenêutica acima enunciada e destinada à busca por uma compreensão complexa e cultural.

Ora, a primeira objeção não resiste ao sentido da fundamentação que ora se perquire, não se manifestando como razões últimas ou definitivas, como adrede exposto. De outra parte, a dificuldade do sentido da noção dos direitos fundamentais não é motivo suficiente para desistir ou resistir à empreitada, adotando-se a noção material anteriormente exposta. A noção é e tem de ser aberta e variável, pois o seu sentido material é justamente preenchido com vistas ao fundamento dos direitos fundamentais.

A segunda objeção, acerca da contingência e variedade dos direitos também não é obstáculo intransponível para a averiguação de seus fundamentos, porquanto a reflexão hermenêutica se dirige à percepção contínua e aberta da sua fundamentação, cultural e historicamente situada, revelada pelas demandas e necessidades que os tornam valiosos moralmente na medida em que respaldam razões morais enquanto razões para como deve ser a ação humana.

Finalmente, a ocorrência de colisões entre direitos fundamentais é rechaçada como causa de impedir a busca de seu fundamento, pois nada impede que, tendo uma justificação comum, haja paradoxos pela complexidade da vivência humana em coletividade.

Outrossim, como categoria, os direitos fundamentais comportam fundamentação, a despeito de poderem, de acordo com a diversidade cultural e o contexto histórico, ser concretamente entendidos de forma diversa. É o caso da igualdade entre homens e mulheres, que não é integralmente adotada em função de crenças tradicionais e religiosas em determinadas culturas; não obstante isso, homens e mulheres terão direito à vida, à saúde, ao trabalho, dentre outros.

Logo, a variabilidade dos direitos fundamentais acompanha o próprio devir da dimensão existencial humana, refletindo-se na feição axiológica componente da sua experiência individual e comunitária e que repercute na diferenciação material do conteúdo moral dos direitos fundamentais.

Atente-se, entretanto, que a demarcação do presente estudo tem em vista o contexto histórico e social do Brasil e do desenvolvimento do constitucionalismo pátrio, como já acentuado, mas as respostas às objeções postas são necessárias pelo caráter global e local das questões que afetam a existência humana mediante a política, o direito, a econômica e a moral.

Nesse sentido, Ramírez (1997, p. 21) sintetiza a defesa da possibilidade de fundamentação, ao asseverar que “O reconhecimento universal da possibilidade de alcançar a fundamentação dos direitos parte do dato fático, seja de caráter histórico, como etnológico e antropológico social, presente em todas as partes do mundo, de maneira constante e desde os tempos mais distantes”²⁸⁹.

Perez-Luño (2001, p. 137), por sua vez, reputa possível a busca da fundamentação apenas mediante uma concepção renovada de jusnaturalismo, de caráter metaético, entendendo-o segundo uma concepção deontológica, funcional e aberta que impele o reconhecimento, por todos os sistemas jurídicos, de direitos básicos dos que compõem a respectiva comunidade política.

Em sentido complementar, e já assinalando o que virá a respaldar a concepção axiológica dos direitos fundamentais como direitos morais, Ramírez (1997, p. 21-22) pontua que o pensamento atinente à possibilidade de fundamentar os direitos fundamentais é de especial relevo para o discurso de reivindicação dos direitos fundamentais.

Nessas condições, constata-se que é justamente o reconhecimento do direito fundamental ao máximo existencial que embasa e é, reciprocamente, justificado pela dimensão moral dos direitos fundamentais, a exigir, no contexto das plagas brasileiras, a

²⁸⁹ Em tradução livre. No original, “El reconocimiento universal de la posibilidad de acceder a la fundamentación de los derechos parte del dato fático, ya sea de carácter histórico, como etnológico y antropológico social, presente en todas las partes del mundo, de una manera constante y desde los tiempos más lejanos”.

encampação e revitalização do constitucionalismo dirigente e virtuoso, de dimensões globais, que é incompatível com o positivismo e com o jusnaturalismo.

Firmada, então, a possibilidade de fundamentação dos direitos fundamentais, há de se enfrentar a questão da sua importância que, de resto, pela defesa da necessidade e da possibilidade de buscar as suas causas justificadoras, está implicitamente pressuposta e manifestada.

3.2.2.3 A importância da fundamentação

Em complementação à crítica que firma a impossibilidade de fundamentação, Bobbio sustenta ser absolutamente prescindível tal discussão, reforçando o ceticismo que antes demonstrara.

A questão acerca da necessidade de reflexão sobre os fundamentos dos direitos humanos foi colocada por Norberto Bobbio (1992, p. 25). Convidado para uma manifestação num Simpósio sobre “Fundamento dos Direitos do Homem”, terminou a sua comunicação registrando, peremptoriamente, que “[...] o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”. Não via razão para mudar de ideia, especificando mais adiante que “Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los”, de modo a impedir que não fiquem sendo apenas solenes declarações, reiteradamente violadas.

O problema, para Bobbio, não estaria tanto no âmbito filosófico ou jurídico, mas no político, no que parece estar enganado. A fundamentação dos direitos encampa a sua juridicidade e potencializa a sua eficácia normativa, dando azo a que sejam mais intensamente garantidos, dado o caráter axiológico que, por esse ou por aquele fundamento, vem a materializar-se através deles.

Garantir a efetividade dos direitos não pode ser relegada apenas ao âmbito político, pois a política deve se conduzir conforme os direitos humanos e os fundamentais, cujo valor que lhes dá fundamento consubstancia um critério de legitimidade material ao

exercício do poder político, em complementação ao sentido de legitimidade formal proveniente do processo democrático.

Aliás, em sentido substantivo, a política, enquanto fenômeno existencial comunitário, volta-se justamente aos direitos fundamentais, devendo ser o seu móvel e desiderato, entendida como atividade de direção da comunidade para os fins e objetivos que nutrem o ligame social.

Ademais, entende Bobbio (1992, p. 26) que o problema, de certa forma, teria sido resolvido pela consagração da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, que é “[...] a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado como humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade.”

Assim, acaba por fundamentar os direitos no consenso construído em derredor daqueles consagrados na Declaração Universal. Essa perspectiva, contudo, é questionada por Santiago Nino (2007, p. 127-128), reputando que Bobbio a construiu num momento histórico em que a ideologia subjacente às convenções internacionais de direitos não estava em discussão. Posteriormente, diante da expansão crescente de um relativismo ético que permite a invocação de direitos humanos até mesmo em favor de intervenções arbitrárias e pouco humanitárias, essa conclusão fica prejudicada.

A concepção de Nino será adiante apreciada, embasando-se na existência de uma fundamentação moral dos direitos fundamentais como decorrência de uma moral discursiva que segue pressupostos e no qual haja imparcialidade, num ambiente de liberdade democrática.

De qualquer sorte, a importância da fundamentação é patente, inclusive para evitar que se pratiquem manipulações e arbítrios sob as hostes da invocação dos direitos fundamentais, que não podem desservir àquilo que lhes confere justificação. Desse modo, apenas pela compreensão adequada da fundamentação dos direitos é que se pode identificar os abusos cometidos em nome dos direitos humanos. Eles não autorizam que Idi Amin em Uganda, Ferdinando Marcos nas Filipinas, o Khmer Vermelho no Camboja, como exemplificado (NINO, 2007, p. 129) e, no Brasil, o movimento militar instaurado em 1964, tentem embasar suas ações numa visão particular do que sejam os direitos humanos e os direitos fundamentais.

A importância ainda é manifesta pela necessidade de habilitar a reivindicação tanto de novos direitos, de sua efetividade e de mais e eficientes garantias, como já apontado acima por Ramírez (1997, p. 21-22).

Em corroboração ao que ora sustentado, cumpre trazer a lume Gregorio Robles (2005, p. 1) que, rebatendo a alegada falta de importância vista por Bobbio, percebe com acuidade o equívoco em que incide o jusfilósofo italiano, pois “[...] o problema *prático* dos direitos humanos não é o da sua fundamentação, mas o de sua realização; porém, o problema *teórico* dos direitos humanos não está em sua realização, mas em sua fundamentação”.

Ora, como antes assinalado, a teoria serve à prática e toda a reflexão teórica é desenvolvida tendo em vista problemas que afetam a realidade e, no caso dos direitos fundamentais, as condições existenciais e de liberdade do ser humano.

Disso se depreende a necessária afirmação da importância da fundamentação dos direitos fundamentais. Por mais difícil e complexa que seja a questão²⁹⁰, não é despida de importância, como acentua Robles (2005, p. 1-2) ao entender que não pode ser ocultada e apontando até mesmo uma perplexidade diante da questão, ponderando as razões que denotam seu o relevo, como abaixo se evidencia, *in verbis*:

A primeira é o absurdo de defender algum valor sem saber por quê. A segunda é o fato de o referido porquê ou fundamento delimitar o conteúdo concreto, em uma ou outra direção, dos direitos humanos. A terceira é se francamente ridículo e inaceitável que nós, teóricos, apresentamos teorias sobre direitos sem fundamentá-las. Por último, a quarta, para conduzir à prática tais direitos é necessário, pelo menos, ter as idéias claras. Diremos

²⁹⁰ Assim, “É certo que o pensamento insistente não é suficiente. Porém, sem ele, as coisas andam menos ainda”, como salienta Habermas (1993, p. 111). Além disso, embora a questão dos fundamentos ultrapasse o âmbito da ciência jurídica, inclusive por levar à adoção de uma teoria do direito distinta da propugnada pelo positivismo, como será demonstrado, a fundamentação dos direitos fundamentais impregna a ciência jurídica na medida em que se expandem por todo o ordenamento, conferindo-lhe um caráter crítico e heurístico, ao invés de exclusivamente descritivo e explicativo. Se a ciência jurídica não pode resolver todos os problemas (CASAMIGLIA, 2000, p. 23), há de resolver da melhor forma possível aqueles que sejam passíveis de alguma solução, sendo justamente nessa compreensão que se insere a afirmação dos direitos fundamentais como direitos morais, respaldada e respaldando a existência de um direito fundamental ao máximo existencial, que é pressuposto e, reciprocamente, exige, um constitucionalismo moralmente emancipatório, de caráter dirigente.

que a primeira razão é ética, a segunda é lógica, a terceira é teórica e a quarta, pragmática.

Em face de defesa tão peremptória da importância dos fundamentos, também adotada por Dirley da Cunha Júnior (2009, p. 594-597), Ramírez (1997, p. 19), e Perez-Luño (2001, p. 132-133), não se pode deixar de ressaltar que os direitos humanos e os fundamentais partilham de prestígio, de modo que os regimes mais arbitrários vez por outra os invocam e os encampam em constituições que são meramente semânticas, à semelhança do que Perez-Luño (2001, p. 240-241) indica ocorrer com a expressão ‘Estado de Direito’.

Tais direitos não podem ser objeto de manipulação ideológica ou de desvirtuamentos do processo democrático que permitam a tradução do arbítrio do poder político, econômico e ideológica na subjugação do ser humano. Também não podem residir apenas nos textos, precisando ser transportados para a realidade concreta para tornar a existência humana possível e valiosa, sem que se coisifique a condição humana.

O discurso pela importância da fundamentação não é apreendido suficientemente em folhas de papel, por resultar de toda uma tradição histórica que envolve a luta pela proteção da pessoa humana e a contenção dos riscos que podem ofendê-la e oprimi-la. Materializa-se no horizonte histórico proveniente do constitucionalismo moderno, habilitando insurreições e revoluções, movimentos populares, reformas e transições constitucionais.

Os direitos fundamentais não são quaisquer direitos e nem estão subordinados ao legislador, a um decisionismo político e nem a um voluntarismo ético, sendo dotados de um dever contínuo e progressivo que acompanha o enrijecimento da necessidade de fundamentação axiológica e da legitimidade material do exercício do poder político.

Ressalte-se que a sua importância só pode ser compreendida a partir dos seus próprios fundamentos, não sendo suficiente a condição de estarem constitucionalmente assentados, para o que bastaria a tese juspositivista para justificá-los, mas que não seria capaz de respaldar a sua sobreposição às decisões majoritárias, ou seja, a embasar seu caráter contramajoritário.

Nesse sentido é que se compreende ainda mais as referências de Dworkin (1984, p. 153), Robert Alexy (2001a, p. 432) e Ferrajoli (2002, p. 23-24) ao convergirem, por distintas razões e fundamentos, quanto ao caráter contramajoritário dos direitos fundamentais.

Não se afigura suficiente para sustentar a potencialidade da primazia e da precedência dos direitos fundamentais, fundamentando materialmente a supremacia da Constituição, a sua consagração em sede constitucional, embora seja ela imprescindível, do que se confirma a necessidade de fundamentação.

Voltando ao contexto brasileiro, a fundamentação encerra ainda maior relevo, dada a falta de percepção republicana e ética que prepondera nos órgãos de direção política, com a crise da democracia representativa, a confusão entre o público e o privado, e o despreço pelas questões relativas à implementação dos direitos fundamentais diante das mazelas sociais que ainda avultam os mais variados rincões do país, como a fome, a pobreza, o analfabetismo, a deficiência no sistema público de saúde, a exclusão social e o desemprego, que compõem o quadro da questão social e que se projeta, em maior ou em menor medida, pela América Latina.

Outrossim, há especial importância para a rejeição das concepções que subestimam o valor dos direitos sociais, reputando-o como secundários, como também para embasar o direito fundamental ao máximo existencial.

Posto isto, faz-se mister adentrar nas concepções ou teorias erigidas em derredor da fundamentação dos direitos fundamentais, sem qualquer pretensão de esgotar ou definir a questão, mas de contribuir para o aprofundamento da reflexão sobre direitos fundamentais, imprescindível para que se promova a construção de um efetivo Estado de Direitos Fundamentais, axiologicamente respaldado e que seja fulcrado no direito fundamental ao máximo existencial.

Aponte-se que há uma imbricação entre a justificação do Estado e a fundamentação dos direitos fundamentais, pois, enquanto expressão política da manifestação comunitária da coletividade, o Estado não pode se dirigir senão aos e pelos direitos fundamentais, compartilhando as suas ações, medidas e políticas da justificação materialmente fundante dos direitos fundamentais, traduzindo-o num Estado de Justiça²⁹¹.

3.2.3 Concepções sobre a fundamentação dos direitos fundamentais

²⁹¹ O que não importa em concessões à extensão desmedida do poder do Estado ou à colonização do espaço vital, não se admitindo, a seu teor, o desenvolvimento de regimes autoritários ou totalitários.

A pluralidade de vertentes, concepções e premissas que envolvem a perquirição dos fundamentos dos direitos fundamentais torna difícil, notadamente nos lindes do presente estudo, a apreciação detida e exaustiva da questão.

Não obstante isso, e reconhecendo critérios diferenciados e outros que se sobrepõem, destaca-se a caracterização e a categorização dos fundamentos feitas por José Adércio Leite Sampaio (2004, p. 59-132), por Perez-Luño (2001, p. 132-184), Gregório Peces-Barba Martínez (1999a, p. 39-58), Ramírez (1997, p. 22-45), Gregorio Robles (2005, p. 75-125), Jorge Miranda (2000, p. 39-43). Registre-se, ainda, a concepção desenvolvida por Kaufmann (2007, p. 187-204).

Não se pode confundir a fundamentação dos direitos fundamentais e as distintas concepções que a orientam com a compreensão acerca da própria noção dos direitos fundamentais. Ainda que a fundamentação repercuta numa determinada compreensão do que sejam e da consistência dos direitos fundamentais, não se pode confundir o fundamento com aquilo que é fundamentado.

Essa distinção, entretanto, não significa que não haja uma relação entre a fundamentação e a noção material de direitos fundamentais, pois as razões que justificam a sua dimensão normativa, ou seja, por que devem ser observados os direitos fundamentais, estende-se e projeta-se para sua noção material, já afirmada.

Diante de tantas concepções e visões distintas acerca do fundamento dos direitos fundamentais, afigura-se mais pertinente a bipartição entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, sem que se possa deixar de abordar as concepções crítico-realistas, funcionalistas, institucionalistas e comunitárias. Será analisada, também, a fundamentação defendida por Robert Alexy (2001b, p. 93-131).

Ao enveredar sobre cada perspectiva de fundamentação se procederá à avaliação do respaldo que pode conferir ao reconhecimento do igual valor dos direitos sociais, à vista do intento de revisão da teoria dos direitos fundamentais para extirpar os mitos decorrentes do paradigma liberal e desvelar as bases para que se torne constitucionalmente adequada.

Assim, impõe-se analisar a concepção que defende a fundamentação dos direitos fundamentais no direito natural ou, em outros termos, que concebe os direitos fundamentais como direitos naturais.

3.2.3.1 Direitos fundamentais como direitos naturais: do jusnaturalismo ao positivismo jurídico

Os direitos fundamentais são uma das criações mais engenhosas da cultura humanística, decorrente das necessidades oriundas do cadinho histórico desenvolvido para o surgimento do Estado moderno e propiciada pela confluência de várias doutrinas filosóficas e políticas. É uma ideia potencializada pela ideologia e pela dimensão utópica da existência humana, como bem pontua Emmanuel Lévinas (2004, p. 263) em excerto abaixo transcrito, *in verbis*:

A descoberta dos direitos que, sob o título de direitos do homem, se relacionam à própria condição de ser homem, independentemente de qualidades como nível social, força física, intelectual e moral, virtudes e talentos, pelos quais os homens diferem entre si, e a elevação desses direitos ao nível de princípios fundamentais da legislação e da ordem social, certamente marcam um momento essencial da consciência ocidental.

A origem dos direitos fundamentais está historicamente situada na sua caracterização como expressão de prerrogativas e faculdades inatas e intrínsecas ao homem, conforme o paradigma do jusnaturalismo racionalista. O direito natural dos direitos fundamentais, então tidos como direitos individuais, integrando a primeira dimensão do processo expansivo que então se iniciava, necessitou, entretanto, do direito positivo.

Nesse sentido, e por mais paradoxal que seja, os princípios abstratos e gerais de justiça, materializados no direito natural, poderiam ser acedidos pelo homem pelo simples domínio da razão seguindo os métodos que seriam adotados pelo positivismo jurídico. Desse modo, o jusnaturalismo racionalista traz o germe de sua própria decadência.

Embora ultrapasse os lindes do presente estudo, não se pode deixar de situar a evolução do jusnaturalismo até o advento do constitucionalismo moderno, que nele se embasou.

Kelsen (2001, p. 102) traz uma primeira noção geral de jusnaturalismo pela contraposição ao positivismo jurídico, considerando o direito natural como uma doutrina idealista do direito, que se identifica com a justiça e que traria princípios imutáveis.

Da mesma forma, Del Vecchio (1957, p. 384) aponta que o direito natural é o critério de valoração do direito positivo a fim de medir a sua justiça intrínseca, reconhecendo que “A tendência do movimento histórico manifesta-se, em geral, no sentido duma consagração progressiva do direito natural pelo direito positivo”.

Com efeito, pode-se identificar três orientações distintas para o jusnaturalismo. A primeira seria, para Michel Troper (2004, p. 37), representada pelo direito natural clássico, inspirado pelas reflexões de Aristóteles, e cujas leis resultariam da própria natureza das coisas, constituindo uma ordem naturalmente harmônica e espontânea. Já a o direito natural moderno seria proveniente da concepção de que a única realidade é o indivíduo que, por sua natureza, possui direitos que podem ser descobertos pela razão.

Em verdade, e como assinalam Peces-Barba Martínez, Eusebio Fernandes e Rafael de Asís (2000, p. 296-300) há significativa dificuldade de identificar as distintas teorias do direito natural, tanto pelos séculos de existência, como pelas diferentes concepções e abordagens adotadas. Apesar disso, concebem a existência de um jusnaturalismo ontológico, que abarca toda a história do direito natural, e um jusnaturalismo deontológico, que se materializa num objetivismo moral pelo qual existiriam, em função da história e das transformações sociais, um conjunto de normas morais que deveriam ser observadas pelo direito positivo. Não haveria incompatibilidade entre o jusnaturalismo deontológico – que seria monista, admitindo apenas a existência do direito positivo, embora buscando conferir-lhe a aludida fundamentação moral – e um juspositivismo crítico.

Pode-se, então, perscrutando a evolução das concepções sobre o jusnaturalismo, compreender o seu evoluir como abarcando três referenciais próprios. Haveria o jusnaturalismo fundado na natureza das coisas e na existência de uma ordem espontânea e harmônica. Quando essa natureza das coisas passa a ser uma decorrência da manifestação suprema da vontade de um Deus, essencialmente justo, passe-se a um jusnaturalismo de fundamentação teológica. Finalmente, o jusnaturalismo racionalista é aquele que identifica a existência de princípios que decorreriam da própria natureza humana, a que se poderia aceder pelo domínio reto da razão, sendo inaugurado por Hugo Grócio (KELSEN, 2001, p. 106), como se pode inferir da análise de Radbruch (1997, p. 62).

Assim, de forma progressiva, a ordem natural das coisas foi superada pela fundamentação divina, tornando-se, na Idade Média, o direito natural objeto da Revelação a que o homem pode ter acesso mediante a reflexão, tendo como expoente São Tomas de Aquino²⁹². Ressalta Bobbio (1996, p. 19-20) que havia a lei natural, a lei humana e a lei divina, correspondendo a diferença entre lei natural e lei humana à distinção entre direito natural e direito positivo, devendo a lei humana derivar da lei natural.

²⁹² Recebendo a denominação de direito natural teológico (BEDIN, 2006, p. 241).

Com o advento do Iluminismo e a exaltação da razão humana, a fundamentação do jusnaturalismo deixa de ser de origem divina e passa a residir na capacidade de reflexão do próprio homem que, pela reta razão, descobre as leis do direito justo²⁹³.

Numa ordem natural anterior estariam inscritos os direitos inatos à pessoa humana, respaldados não mais em razões ou fundamentos sobrenaturais ou divinos, nem de tradição ou da natureza das coisas, mas da razão proveniente da natureza humana, sendo sua matriz principal a corrente metafísica da filosofia moderna, de Descartes e Kant (ABBAGNANO, 2003, p. 822).

Dentre outros, Kant (1993, p. 152-153) logrará fundar o direito na razão, pois, na medida em que também reputa que a lei seja expressão da vontade coletiva, seria contrário à razão que alguém desse a si leis injustas. Assim, expressaria sempre o legislador leis que detivessem a qualidade da justiça proveniente da razão.

Desloca-se da natureza das coisas e da vontade divina para a natureza humana, diferenciada e destacada pela razão, do que sustenta Kant que deve apresentar atributos jurídicos intrínsecos, consubstanciados na liberdade legal, igualdade civil e na independência civil, que seriam, então, os princípios de direito natural inferidos pela reta razão e que orientariam a busca pelo conteúdo de justiça do direito.

Já Stammler (s.d, p. 361) aponta que a essência do direito está na convivência social que, embora constante e permanente quanto a sua forma, é variável no conteúdo concreto, sujeitando-se às transformações históricas e fundamentando o que ficou conhecido como direito natural de conteúdo variável, refutando uma das clássicas características que o distinguem do direito positivo, que era a inalterabilidade do conteúdo, eterno e imutável.

Daí que Radbruch (1997, p. 56-57), depois das agruras praticadas sob o pálio do positivismo jurídico formalista e inodoro, tenha sofrido um giro jusnaturalista, renovando-o pela aceitação do relativismo que se projeta ao âmbito da razão teórica e não sobre a razão prática, significando renúncia à fundamentação científica das últimas atitudes e posições do espírito, mas não a tais atitudes e posições em si.

E é justamente sob o manto dessa notável carga filosófica, e acompanhando as variações aludidas, que, a partir do jusnaturalismo racionalista, são fundamentados os direitos individuais e políticos sustentados pelo constitucionalismo moderno de matiz liberal como direitos naturais.

²⁹³ Denominado como direito natural antropológico (BEDIN, 2006, p. 241).

As próprias declarações de direito que inauguram o constitucionalismo moderno, como a Declaração do Bom Povo da Virgínia de 1776, e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, exprimem os direitos individuais consagrados, as liberdades, a igualdade formal, a propriedade privada, a segurança e alguns direitos políticos, como direitos naturais, anteriores e superiores ao Estado e, como tal, inalienáveis e a ele oponíveis.

O art. 1º da Declaração americana previa que todos os homens eram iguais por natureza e igualmente livres e independentes, tendo direitos que lhe são inerentes, e que, mesmo constituindo-se em sociedade, não lhes podem ser retirados.

Já o preâmbulo e os arts. 1º, 2º e 17 explicitam que aos homens pertenciam, pela condição de serem naturalmente livres e iguais, os direitos naturais, objetivo de toda associação política, e que a declaração tinha a função apenas de evitar o esquecimento e o menosprezo de tais direitos, invioláveis e sagrados.

Essas declarações nada mais fizeram do que contemplar a concepção de direitos individuais e políticos como direitos naturais, tal como sustentado precipuamente por Rousseau (2001, p. 9) e John Locke (1998, p. 405-413). Rousseau destaca o caráter originário da liberdade e da igualdade entre os homens, de modo que o contrato social só seria legítimo porque a alienação da liberdade serviria para assegurar a sua continuidade no estado civil. Todos seriam livres, pois se autodeterminariam cumprindo a lei que seria expressão da vontade geral. Já Locke, por exemplo, fundamenta a propriedade como direito natural, quer proveniente da razão, quer proveniente das leis divinas.

Kant (1993, p. 44-46), depois de caracterizar o direito natural e o direito positivo, estabelece a necessidade de que seja buscado o fundamento das prescrições jurídicas apenas na razão, aferindo a justiça das mesmas e indicando uma possível legislação positiva. Para ele, o direito se erige em função da liberdade do homem, denotando a sua liberação e a sua autonomia fundada na própria subjetividade. O direito tem como razão existencial viabilizar e estabelecer as condições de exercício da liberdade segundo uma lei geral.

Peces-Barba Martínez (1999a, p. 42-46), tecendo críticas às concepções dos direitos fundamentais como direitos naturais, reputa que se trataria de uma compreensão reducionista, afirmando que representa uma confusão da moral com o direito, pois “Enquanto esses valores, interesses e pretensões não se incorporam ao Direito positivo, não são propriamente direitos fundamentais; são expressão de um espírito sem força”²⁹⁴. Em razão

²⁹⁴ Em tradução livre. No original, “Mientras que esos valores, intereses o pretensiones, no se incorporan al Derecho positivo, no son propiamente derechos fundamentales; son expresión de un espíritu sin fuerza”.

disso, seria insuficiente a existência e o reconhecimento de direitos naturais para limitar o poder político do Estado, como também seria uma concepção inadequada por ignorar a historicidade dos direitos e a sua pertinência genética com o contexto social, como exemplifica ao salientar que o desenvolvimento da técnica, da ciência e da moral trouxe a incorporação de direitos outrora impensáveis.

Não obstante isso, a crítica mais contundente – e que serve também de oposição para a concepção dos direitos fundamentais como direitos morais – é a de que haveria uma imprecisão de significação e de conteúdo. Observe-se que, enquanto Locke defendia a propriedade como um direito natural – apesar das reservas de Martínez quanto a essa inferência –, Rousseau já não o fazia.

Além disso, Danièle Lochak (2005, p. 25-26) ressalta que a consagração dos direitos individuais e políticos como naturais pelas primeiras declarações de direito logo seria absorvida pelo direito positivo, que deixaria de fazer a invocação do direito natural. Intuitiva é a constatação de que a os direitos previstos na Declaração de 1789 não seriam os mesmos da Constituição de 1793, indicando a percepção dos revolucionários de que o direito natural não seria efetivo na proteção dos direitos individuais. A Declaração de Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão, do Ano III, sequer fazia referência aos direitos como direitos naturais.

De qualquer sorte, tem-se que a concepção dos direitos fundamentais como direitos naturais representou uma importante função de instância crítica e revolucionária, como sói ocorrer quando se dá o recurso ao direito natural para deslegitimar o direito positivo. O sentido abstrato e impreciso dos direitos tidos como naturais acabaria foi um problema, pois acabou tornando a lei a fonte direta desses direitos, redundando na insuficiência da fundamentação jusnaturalista para a efetiva proteção da pessoa humana – não por si, mas pelos paradigmas filosófico-jurídicos existentes.

Como se pode inferir a partir dos registros de Fioravanti (2009, p. 92-93), a assunção dos princípios da razão de Kant e a monopolização da produção jurídica a fim de unificar as fontes do direito em determinado território, que redundou na origem do Estado moderno, inicialmente absolutista, levaram ao ocaso do jusnaturalismo e à ascensão do juspositivismo.

A contínua referência à lei na Declaração francesa de 1789, a conformação que lhe cabia conferir às liberdades, à propriedade e aos demais direitos, a encampação da sua concepção como resultante da vontade geral, e a pressuposição de que a vontade geral não erra, reforçada pela estrita concepção da separação de poderes de Montesquieu, levaria à prevalência da lei como fonte de todo o direito.

Com isso, o direito positivo já passa a gozar automaticamente dessa qualidade de ser expressão do direito natural, prejudicando uma das funções do jusnaturalismo que é a crítica do direito positivo existente. Se o legislador atua pela expressão da vontade coletiva, ou da vontade geral para Rousseau, e se tal é fundada na razão humana, conseqüentemente a lei positiva será dotada de uma racionalidade intrínseca à existência e à natureza humana, vindo a preparar o advento do positivismo jurídico.

A partir daí, a fundamentação dos direitos fundamentais como direitos naturais vai revelar a sua fragilidade, desautorizando a sua permanência. Destaque-se, ainda, que a imprecisão e a indeterminação de tais direitos levariam àquilo que já fora referido e impugnado outrora, possibilitando que, sob as vestes de um direito natural materializado pela vontade arbitrária do soberano.

De qualquer forma, a concepção jusnaturalista dos direitos fundamentais dificilmente poderia respaldar o reconhecimento do mesmo valor aos direitos sociais, posto que não surgidos originariamente com o advento do constitucionalismo moderno e sendo muito mais decorrentes da conformação real da sociedade, nas quais se produzem as necessidades, do que da natureza imediata do indivíduo.

Não seria da natureza das coisas, nem da vontade divina e muito menos da natureza humana acessível pela razão a existência de direito à moradia, ao trabalho, à proteção dos riscos sociais, à saúde, dentre outros; entretanto, inequívoco que as necessidades existenciais que são vitais, como alimentação e água, independem de qualquer conformação social.

Não se afigura pertinente e adequada a invocação do direito natural, em qualquer de seus três referenciais clássicos, como suficiente a embasar a tese de que os direitos sociais devem gozar do mesmo estatuto jurídico-constitucional dos demais direitos fundamentais por partilharem de idêntica fundamentação. Salvo uma compreensão renovada ou pós-moderna do direito natural²⁹⁵, não se revela como paradigma adequado de fundamentação.

Não obstante isso, na medida em que o soberano manifestava a sua vontade através de atos normativos, como ocorrido nos regimes totalitários, notadamente no nazismo e no facismo, ficaria a questão acerca da validade e legitimidade de leis que fossem substancialmente injustas.

²⁹⁵ O que, por si só, já o descaracterizaria.

3.2.3.2. Direitos fundamentais como direitos positivados: a (im)possível depuração axiológica

Se não podem mais ser concebidos como direitos naturais, pelas razões acima indicadas, os direitos fundamentais lograram obter a sua fundamentação por serem resultantes do ato de positivação soberana dos Estados, pelas vias democráticas ou não.

Nesse contexto, Luigi Ferrajoli (2006b, p. 421-422) sustenta que a monopolização da produção do direito conduziu à ruptura paradigmática, substituindo-se o critério de validação das normas pelo da autoridade de sua fonte.

Com isso, o direito se caracteriza pela positivação, com a sobreposição entre existência e validade e a eliminação de qualquer referencial material ou axiológico que condicione, para além da regular produção da norma, a sua validade (FERRAJOLI, 2006b, p. 423-424).

Embora Fioravanti (2009, p. 89) assinala – com razão – que o constitucionalismo e o positivismo são duas vertentes que expressam concepções gerais da ordem jurídica entre si antitéticas e incompatíveis, durante longo tempo os direitos fundamentais serão fundamentais apenas porque consagrados nas constituições.

Como explicitado com relação ao jusnaturalismo, os lindes estreitos do presente estudo não permitem maiores digressões acerca da caracterização jusfilosófica do positivismo jurídico e de todas as suas matizes, mas não dispensam considerações que visam a identificar suas principais matrizes.

De logo, há de se destacar a advertência de Bobbio (1996, p. 15) que distingue o positivismo jurídico do positivismo filosófico, a partir do que se compreende algumas oposições entre a doutrina positivista mais elevada, consubstanciada no normativismo de Kelsen, e as premissas filosóficas do positivismo. O positivismo jurídico “[...] deriva da locução *direito positivo* contraposta àquela de *direito natural*”, ressaltando que o regresso a uma teoria completa e coerente sobre o positivismo remontaria à Hobbes, para quem não exista qualquer critério para o justo e injusto senão a lei positiva, que era o comando do soberano, representando uma reviravolta radical no jusnaturalismo (BOBBIO, 2007b, p. 39-40).

A despeito das origens remontarem ao período revolucionário, como exposto, Pedro de Vega García (s.d, p. 27-33) descreve o fortalecimento do positivismo pelo desenvolvimento da doutrina alemã, pautada por um formalismo a toda prova.

Bobbio (1995, p. 131-146) expõe os pontos cardeais do positivismo jurídico, que representam a adoção da concepção do direito como um fato e não como valor, destacando o formalismo do positivismo, pois a validade do direito decorreria da conformação da sua produção à estrutura formal, independentemente do conteúdo.

Nesse sentido, apenas a atividade legislativa do Estado teria a condição de fonte proeminente do direito, que, ao ser posto, estaria positivado. O elemento substancial e típico do direito seria a coação. A partir de uma teoria da norma jurídica associada com uma teoria do ordenamento jurídico, fundamenta o positivismo a coerência e completude do ordenamento.

Além disso, o direito representa fatos e fatos são apreendidos e descritos para ser explicados, segundo a concepção do paradigma científico proveniente das ciências naturais, em reivindicação a sua condição de ciência, conforme estabelecido no normativismo de Kelsen (2000, p. 1). O jurista pretendia conferir ao direito, depurando-o “[...] de todos os elementos que lhe são estranhos”, não sendo política do direito e nem envolvendo considerações axiológicas.

Observe-se que Kelsen (2000, p. 78) não ignora o valor moral da justificação do direito, reconhecendo que “Uma tal legitimação do Direito positivo pode, apesar de sua insuficiência lógica, prestar politicamente bons serviços. Do ponto de vista da ciência jurídica ela é insustentável”, sintetizando a sua pretensão de depuração axiológica do direito no excerto abaixo, *in verbis*:

Com efeito, a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar – quer através de uma Moral absoluta, quer através de uma Moral relativa – a ordem normativa que lhe compete – tão-somente – conhecer e descrever.

Bobbio (1995, p. 133-134), entretanto, após destacar os pontos fundamentais do positivismo, que permitem perceber as suas três faces, como método, teoria e ideologia²⁹⁶, obtempera ser preferível um positivismo ético, no plano ideológico, por concernir a questões que ultrapassam a esfera da ciência do direito, atinentes à teoria da obediência, e que seriam de ordem moral ou ideológica.

²⁹⁶ Daí a referência feita por Comanducci (2003, p. 82-83) ao neoconstitucionalismo metodológico, teórico e ideológico.

Michel Troper (2004, p. 40) também rebate a crítica da neutralidade moral do positivismo ao afirmar que, independentemente de serem normas de direito até aquelas provenientes de um regime nazista, a qualificação do direito como justo ou não implica um juízo moral que exorbita a ciência jurídica.

Ora, não se pode deixar de esclarecer que a pretensa pureza propiciada pelo formalismo e pela feição metodológica do positivismo nada mais representa do que uma tentativa de obnubilar e dissimular os valores que são encampados pelos que adotam a concepção positivista, valores esses consubstanciados na segurança jurídica e na certeza do direito. Não obstante isso, a certeza de um direito injusto não traz qualquer segurança jurídica.

Ao contrário do que explicitamente revelado, a pureza e o formalismo não se prestavam apenas a deputar elementos estranhos ao direito, à moda de uma redução eidética de caráter fenomenológico, mas envolviam de forma subjacente uma adesão axiológica, como bem aponta Tom Campbell (2004, p. 31), *in verbis*:

Ainda que nem todos os positivistas levem seus valores na manga, como Jeremy Bentham, os sistemas que desenvolvem e sustentam, muitas vezes com discurso de aparente neutralidade moral de conceitos e descrições, tipicamente devem mais do que reconhecem a uma visão do direito carregada de valor²⁹⁷.

Em face disso, buscar uma refundação do positivismo jurídico, associando-o ao governo das leis mediante um entrelaçamento com o processo democrático e orientado axiologicamente, propicia um elemento crucial para os melhores modelos de governo disponíveis, salientando Campbell que a associação entre o governo das leis e a democracia não é casual, estando estreitamente relacionados.

De qualquer sorte, não se pode corroborar com o argumento de que não interessa à ciência jurídica o valor das normas jurídicas, quanto ao seu valor moral, confirmando-se, nesse passo, a advertência de Fioravanti acerca da relação antitética entre positivismo e constitucionalismo. O caráter crítico-reflexivo que deve permear a ciência jurídica e a teoria do direito, e não apenas descritivo, impõe valorações também quanto à justiça ou não das leis.

Queira ou não, a circunstância de ser direito positivo é, por si só, um fundamento para impor a obediência aos governados, a despeito de sua qualidade moral, embora realmente o positivismo não imponha a obediência a regimes autoritários, como adverte Troper (2004, p.

²⁹⁷ Em tradução livre. No original, “Aunque no todos los iuspositivistas lleven sus valores en la manga al modo de Jeremy Bentham, los esquemas que desarrollan y presentan, a menudo en el discurso en apariencia moralmente neutral de conceptos y descripciones, típicamente deben más de lo que ellos dicen a una visión del Derecho cargada de valor.”

41). O mero caráter descritivo já importa certa postura impassível e de contemplação dos juristas e dos profissionais do direito, o que denota a compreensão do direito como um instrumento de manutenção do *status quo*. Tal perspectiva não é constitucionalmente adequada, à vista dos pressupostos teóricos suscitados e que envolvem o dirigismo constitucional, o neoconstitucionalismo e o sistema multinível de tutela dos direitos fundamentais. Essas teorias explicativas e críticas dos fenômenos que designam não permitem conferir ao direito o caráter de manutenção do *status quo*, para o que bastaria a leitura dos direitos fundamentais conforme o paradigma liberal. Daí a necessidade de superar a fundamentação positivista dos direitos, incompatível com a valorização dos direitos sociais e com a compreensão do direito fundamental ao máximo existencial.

Logo, apontadas as linhas gerais do positivismo, não se pode conceber que os direitos fundamentais extraiam a sua fundamentação apenas e tão-somente do ato de positivação através da promulgação de uma Constituição – ainda que democrática e, por isso, promulgada. Malgrado seja, juridicamente, ato soberano e magnânimo do povo, os direitos fundamentais não poderiam ficar condicionados a contingente positivação.

Outro obstáculo, e ainda de maior relevo, refere-se mais ao sentido que portam os direitos fundamentais. Tendo como fundamento a condição de serem direitos positivados nas constituições, não haveria obstáculos a que o legislador os fraudasse, desvirtuasse e os neutralizasse, malgrado a existência das garantias da supremacia da constituição, como as vias de controle de constitucionalidade.

Sendo noções abstratas e imprecisas, a falta de uma dimensão axiológica ou moral que permita, num horizonte histórico e mediante a reflexão hermenêutica, a compreensão do sentido e do valor dos direitos fundamentais importaria numa concessão inadmissível ao preconceito da prevalência das leis sobre as constituições, confirmando a redução do Estado de Direito ao mero Estado legal ou legislativo.

Ora, esse preconceito é um dos que constituem obstáculo à plena normatividade dos direitos sociais e a sua igual estatura constitucional com relação aos direitos civis e políticos, sob a premissa de que a sua previsão constitucional não descreve a conduta devida e nem os obrigados a satisfazê-la. Assim, diretamente do texto constitucional não haveria como conferir-lhes efetividade por força da baixa densidade normativa.

Essa objeção é mais decorrente da concepção positivista da ordem jurídica e da crença numa capacidade de legiferação exaustiva e minuciosa, sendo concernente, em sua

origem, a todos os direitos fundamentais, de que se originou a já parcialmente superada doutrina da regulamentação das liberdades.

Logo, a concepção positivista de fundamentação dos direitos fundamentais retira-lhes, em verdade, o fundamento, posto que os enfraquece em si mesmo e, sobretudo quanto aos direitos sociais, os torna absolutamente dependentes do legislador.

Peces-Barba Martínez (1999a, p. 53-56) também critica a concepção positivista que visa a conferir fundamentos aos direitos fundamentais, entendendo que haveria um reducionismo tanto prático quanto teórico. O reducionismo prático se caracteriza simplesmente pela ausência de preocupação com a questão da relevância moral dos direitos fundamentais, quer por ser desnecessária, quer por ser impossível, questão que já fora abordada e superada.

Por conseguinte, constata-se não ser adequada a defesa da fundamentação juspositivista dos direitos fundamentais e, no que respeita ao objetivo específico desta investigação, depõe contra o desiderato de demonstrar a equivalência axiológica entre os direitos sociais e os demais direitos fundamentais, o que é imprescindível para a teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada aos textos e aos contextos nacionais, regional e global.

Se o que deve ser obedecido tem como razão o fato de ter sido positivado pela autoridade, a dimensão axiológica do sistema de direitos fundamentais e o valor moral de cumprir o direito ficam diluídos, o que é incompatível com o sentido do constitucionalismo contemporâneo. Há mais razões, e mais relevantes, que justificam cumprir as imposições normativas e, sobretudo, atender os deveres relativos aos direitos fundamentais, do que o mero fato da positivação.

Além disso, o direito fundamental ao máximo existencial não poderia ser afirmado e desenvolver suas potencialidades no ambiente em que prevalece a concepção positivista da fundamentação dos direitos, pois haveria um desnível entre as liberdades e os direitos sociais que tornaria absolutamente inviável a proposta da satisfação suficiente das necessidades existenciais.

A inadequação do jusnaturalismo e do juspositivismo, ao invés de estimar o ceticismo sobre a questão dos fundamentos, repercutiu no desenvolvimento de outras concepções e vertentes, que devem ser analisadas.

3.2.3.3 Outras vertentes de fundamentação

Dentre as concepções que buscam fundamentar os direitos fundamentais, distintas do jusnaturalismo e do juspositivismo, encontram-se o realismo, o institucionalismo, o comunitarismo, o funcionalismo e as distintas feições da teoria do discurso racional.

O realismo é apontado por Perez-Luño (2001, p. 136-137) como doutrina que defende a fundamentação dos direitos fundamentais como pressuposta, baseando-se na necessidade de que se justificam na medida em que existem condições reais de garantia e efetividade, passando ao reconhecimento de que eles efetivamente só se justificam se houver condições reais e fáticas de que sejam garantidos e implementados.

A teoria realista é desenvolvida por Gregorio Peces-Barba Martínez (1999a, p. 108-109), que esclarece ter evoluído em sua concepção sobre os direitos fundamentais no sentido de estender a perspectiva sobre as dimensões de eficácia²⁹⁸, ou seja, sobre a análise da realidade dos direitos, identificando os obstáculos referentes à implementação real das pretensões morais que as respaldam.

Assim, o constitucionalista espanhol integra três dimensões em sua concepção realista da fundamentação dos direitos, que se destina a verificar tanto o *por que*, como o *para que*, cujas respostas levam à sua justificação. Assim, a compreensão dos direitos fundamentais

²⁹⁸ Com efeito, registra o constitucionalista espanhol o percurso do amadurecimento de sua reflexão sobre a fundamentação dos direitos, salientando que evoluiu desde a teoria dualista, sustentada em 1973, para agregar à moralidade e à validade dos direitos a dimensão da eficácia. Assim, “[...] uma pretensão moral (justiça), a meu juízo, para ser plenamente um direito fundamental, tem que ser susceptível de incorporar às categorias técnicas do Direito positivo, direito subjetivo, liberdade, poder ou imunidade (validez) e ser possível em realidade (eficácia).” Em tradução livre (MARTÍNEZ, 2011, p. 211). No original, “[...] una pretensión moral (justicia), a mi juicio, para ser plenamente un derecho fundamental, tiene que ser susceptible de incorporarse a las categorías técnicas del Derecho positivo, derecho subjetivo, libertad, potestad o inmunidad (validez) y ser posible en la realidad (eficacia)”.

impõe perceber que se fundamentam pela: a) justiça que se exprimem por representarem pretensões morais; b) validade, derivada da positivação; c) eficácia, que enfrenta o problema da escassez, repercutindo na impossibilidade de um conteúdo e de um gozo igualitário de todos os direitos por todos os membros da comunidade²⁹⁹.

A pretensão moral se embasa nas ideais de liberdade, igualdade, solidariedade e segurança jurídica, compreendidas a partir das reflexões ensejadas pela filosofia moral e política liberal, democrática e socialista, numa perspectiva histórica.

A validade envolve a encampação de tais pretensões pela ordem jurídica, integrando-as como subsistema no âmbito do sistema jurídico, constituindo a ordem jurídica dos direitos fundamentais. Logo, é preciso que as pretensões morais sejam tecnicamente incorporáveis como direitos positivados e suas respectivas obrigações.

A eficácia remete a que os direitos sejam tidos como realidade social, atuantes na vida social e, então, condicionados por fatores extrajurídicos de caráter social, econômico e cultural, favorecendo ou impedindo sua efetividade. Assim, entende a eficácia como condicionamento ou impedimento para a existência de uma pretensão moral, por ser inviável seu conteúdo igualitário, e para a sua tradução em norma jurídica, diante da inviabilidade de garantia judicial.

Para Martínez (2011, p. 201-202) escassez perpassa os âmbitos das pretensões morais, da validade e da eficácia, tendo especial relação com os direitos fundamentais, sobretudo com os direitos sociais, podendo impedir o reconhecimento daqueles que não possam ser convertidos em realidade e que não disponham de garantia judicial, que não sejam justiciáveis, reputando que [...] a existência de realidades escassas estáveis e profundas que afetam algumas propostas de direitos fundamentais e que podem impedir a construção jurídica de ideais morais parece mais próxima e possível³⁰⁰.

Especificamente quanto aos direitos sociais, pontua que o problema da escassez se torna mais significativo, pois envolve a carência de bens quanto a muitos indivíduos, sendo difícil assegurar a generalização de sua satisfação. Não obstante isso, acarreta efeitos indiretos

²⁹⁹ Esclarece o autor que o sentido de escassez é relativo à possibilidade de todos compartilharem, em igualdade de condições, determinado direito. A questão é particularmente significativa quanto aos direitos sociais, pois, como reconhecido pelo próprio Martínez, têm sua razão de existir precisamente na incumbência do poder público repartir uma escassez.

³⁰⁰ Em tradução livre. No original, “la existencia de realidades escasas estables y profundas que afectan a algunas propuestas de derechos fundamentales y que pueden impedir la construcción jurídica de ideales morales, parece más próxima y posible.”

na medida em que a insatisfação de determinadas necessidades por força da escassez leva ao exercício inadequado dos direitos civis e políticos pela falta de capacidade dos titulares.

Diante disso, pode-se constatar que, malgrado a concepção realista de fundamentação dos direitos tenha a aptidão de elevar a reflexão sobre a eficácia³⁰¹ – e, portanto, das garantias – ao mesmo patamar da moralidade e da positivação, constitui sério obstáculo para o reconhecimento do valor moral de direitos sociais.

Com efeito, os direitos sociais são instituídos e se justificam exatamente em razão da escassez e são universais porque todos estão potencialmente sujeitos às necessidades que se deparam com a escassez dos bens referentes à satisfação. Disso decorre o respaldo da solidariedade para caracterizar, especificamente, os direitos sociais, para além da fundamentação moral dos direitos fundamentais, como admitido pelo próprio Martínez (1999b, p. 67-82). Assim, a escassez não pode se projetar sobre a dimensão jurídica da eficácia no sentido de deslegitimar o valor moral de direitos sociais. Nesse sentido, Eusebio Fernandez García (1995, p. 51) salienta que a concepção realista corre o risco de obstar em demasia que pretensões morais pertinentes à justiça social convertam-se em direitos fundamentais.

Parece despropositado sustentar que os direitos fundamentais só se caracterizam e justificam na medida em que possam ser realizados e que sejam judicialmente garantidos, pois, no mais das vezes, a eficácia social exige a contínua e insistente prática jurídica, que pode se orientar até mesmo no sentido de desenvolver condições para a justiciabilidade de determinados direitos fundamentais.

Desse modo, a concepção realista não é adequada para sustentar a fundamentação que seja capaz de elevar o valor moral dos direitos sociais ao mesmo patamar dos demais, contribuindo, mesmo que não deliberadamente, para a cisão entre as categorias de direitos e para a persistência dos preconceitos arbitrários que levam ao déficit de normatividade que se pretende superar.

Ainda dando destaque à eficácia social e sua relação com os direitos humanos e fundamentais, cabe referir ao viés crítico manifestado com a verve de Michel Villey (2007, p. 162-163), que, pautado num ceticismo acerca da capacidade deles realizarem o que prometem, procede à seguinte desconstrução, *in verbis*:

Ó medicamento admirável! – capaz de tudo curar, até as doenças que ele mesmo produziu! Manipulados por Hobbes, os direitos do homem são uma

³⁰¹ Entendida como possibilidade de realização, complementada com a possibilidade de garantia judicial,

arma contra a anarquia, para instauração do absolutismo; por Locke, um remédio para o absolutismo, para a instauração do liberalismo; quando se revelaram os malefícios do liberalismo, foram a justificação dos regimes totalitários e dos hospitais psiquiátricos. Mas, no Ocidente, nosso último recurso contra o Estado absoluto. E, se fossem levados a sério, trazer-nos-iam de volta a anarquia...

.....
O problema com os direitos humanos é que ninguém poderia tirar partido deles senão em detrimento de alguns homens. A que se deverá o enorme sucesso desse lugar-comum dos direitos humanos na retórica contemporânea? Ao fato de que ele consegue esconder o reverso: militando por esses direitos contra o xá do Irã, teremos ajudado a instauração do regime de Komeini.

Essa crítica promove uma desconstrução da fundamentação dos direitos, ignorando que a manipulação que se vem empreendendo, no curso da história, é, de um lado, pela própria alteração do substrato moral que lhe dá sustentação e, de outro lado, pela ausência da compreensão de uma dimensão moral, que impediria que por seu nome fossem justificadas as práticas mais díspares e ofensivas à pessoa humana.

Os direitos humanos e fundamentais são veiculados de forma aberta, imprecisa e não determinam de forma exaustiva – e nem sequer aproximada, às vezes – as condutas necessárias ao seu atendimento, o sentido dos bens jurídicos que são imediatamente tutelados e nem a extensão desta tutela. E não poderiam e nem deveriam tentar fazê-lo, pois a construção do sentido dos direitos é muito mais cultural, não podendo ser apreendida em nenhum texto normativo.

Logo, o enfrentamento dessas dificuldades e desvirtuamentos referidos por Villey não deve levar ao abandono da categoria e nem à anomia, mas ao engajamento no projeto do constitucionalismo como luta político-jurídica que habilite a transformação da realidade social. Para isso, impõe-se perseguir a fundamentação adequada, que seja suficiente a justificar por que os direitos humanos e fundamentais devem ser observados, ou seja, deve-se almejar as razões morais que respaldam as ações destinadas à consecução dos direitos.

Finalmente, ainda sob a ótica da corrente realista, numa perspectiva mais ampla, de feição sociológica, cabe mencionar a doutrina de Georges Gurvitch (2004, p. 48), que rechaça a fundamentação dos direitos fundamentais no direito natural, considerando que surgem e se embasam como cristalização da dinâmica social, como direito espontâneo. Mesmo que razão lhe assista ao destacar a importância do contexto fático, parece que tal aspecto é substancialmente sobrelevado, pois não pode deixar de resultar da ação humana de caráter cultural.

A concepção institucionalista dos direitos fundamentais, antecedida pela doutrina de Maurice Hauriou (2009)³⁰², tem como destaque a construção teórica de Peter Häberle (2003b, p. 97-98), que compreende os direitos fundamentais como realidades vitais objetivas. As normas de direitos fundamentais tornam efetiva a ideia de direitos fundamentais na realidade social. Logo, “O direito fundamental é algo existente, formado e organizado. É uma situação objetivada e feita realidade”³⁰³.

Ao lado da dimensão institucional, Häberle reconhece a dimensão individual. Assim, embora construa de maneira fundada a sua concepção, não se evidencia um respaldo para o reconhecimento da dimensão moral dos direitos fundamentais. A despeito de integrarem a dimensão das ideais que animam os direitos como instituição, tal vínculo não é suficientemente ressaltado. A grande contribuição da concepção institucional é explicitar a condição dos direitos fundamentais estarem arraigados no ambiente da prática social e a formação necessária de uma comunhão em torno deles, que consubstancia a expressão da solidariedade social.

O funcionalismo sistêmico (SAMPAIO, 2004, p. 101-107) não confere maior relevo aos direitos fundamentais senão como mecanismos necessários a manter a estabilidade do sistema, não sendo compreendidos nem como valor, nem como faculdades atribuídas por imperativo da razão ou pelo legislador, ou como processo histórico. Basta, para rechaçá-lo, a própria crítica formulada por José Adércio Leite Sampaio, de que seria chocante e inovadora uma concepção em que os indivíduos ficam à margem do sistema, resumindo toda a história dos direitos fundamentais a uma séria de interações fáticas e de comunicações.

O comunitarismo (SAMPAIO, 2004, p. 87-92), em suas variadas vertentes, destaca a dimensão de solidariedade e responsabilidade dos membros da comunidade com relação aos direitos fundamentais, sustentando o pluralismo social e a tolerância; entretanto, pode ensejar a absorção da dimensão de proteção do indivíduo pela dimensão comunitária, o que contraria a fundamentação dos direitos fundamentais. Esse risco não parece significativo se compreendida a dimensão comunitária dos direitos fundamentais em consonância com o

³⁰² Hauriou (2009, p. 11-19) se opõe tanto às correntes subjetivistas quanto às objetivistas sobre o Direito. As primeiras diluem o direito na perspectiva individualista e exacerbam o papel da vontade; as segundas exaltam o direito objetivo, com a preponderância da regra de direito em si mesmo, sobrepondo-se à pessoa. Diante disso, sustenta a sua concepção institucional, que consiste na compreensão de que “[...] uma instituição é uma ideia de obra ou de empresa que se realiza e dura juridicamente num meio social; para realização dessa ideia, organiza-se um poder que lhe confere órgãos; por outro lado, entre os membros do grupo social interessado na realização da ideia, produzem-se manifestações de comunhão dirigidas pelos órgãos do poder e reguladas por procedimentos.”

³⁰³ Tradução livre. No original, “El derecho fundamental es algo existente, formado y organizado. Es una situación objetivada y hecha realidad.”

sentido e a expressão moral que representam, pois, indubitavelmente, a solidariedade e a responsabilidade social com os membros da comunidade, compartilhando o suporte do enfrentamento das necessidades, são componentes imprescindíveis na adequada visão dos direitos fundamentais. Assim, afigura-se que a dimensão comunitária dos direitos fundamentais é pertinente, mas decorre da dimensão moral que comportam e que justifica o valor da comunidade, solidariamente, responsabilizar-se pela efetivação dos direitos, preocupando-se com não com o próximo, mas com o companheiro. O sentido próprio de comunidade consiste em angariar liberdade para os seus membros. À medida que as comunidades se amplia e se abrem, há o risco de perderem o ligame social, como também o enriquecimento dos valores que o nutrem.

Daí que se possa conceber, a partir da convergência dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, no âmbito do sistema multinível de proteção da pessoa humana, o projeto constitucional de formação de comunidades nacionais, regionais e de uma grande comunidade global em torno dos direitos fundamentais. Da mesma forma que há um vínculo espiritual, ou emotivo, ou espacial, ou de parentesco que promove o ligame entre as comunidades de sangue, de lugar, de pensamento, de parentesco de vizinhança e de amizade (TÖNNIES, 2009, p. 14-15), o constitucionalismo contemporâneo – dirigente, virtuoso, global – almeja constituir comunidades de direitos fundamentais. Nelas, a pretensão moral de observância dos direitos fundamentais seria o próprio elemento do ligame social, fundamentando a solidariedade e a responsabilidade. Daí a proposta de abertura e interação pela via da comunidade aberta de intérpretes de direitos fundamentais.

Não obstante essa possibilidade projetada a partir do sentido do constitucionalismo e que se materializa, em matizes distintas, em propostas do próprio Häberle ao sustentar o Estado Constitucional Cooperativo (2007), não é possível eliminar a dimensão moral que confere valor e peso aos direitos fundamentais.

Finalmente, há de se abordar a fundamentação discursiva, em suas variadas vertentes, e que tem sua expressão mais trabalhada em Alexy (2001b, p. 130-131), no procedimentalismo da razão comunicacional de Habermas (1999, p. 15) e até na concepção discursiva democrático-deliberativa de Santiago Nino (2007, p. 113) que, malgrado reconheça os direitos morais, entende que a validade dos juízos morais decorre do discurso em que os direitos são controvertidos.

Sobre as concepções discursivas, que buscam a racionalidade mediante a sustentação de regras que assegurem, como ideal regulador ou não, o discurso ideal, fundando-se na crença de que o discurso poderá levar ao consenso. Assim, os direitos

fundamentais teriam uma dimensão discursiva vivenciada na prática jurídica em seus vários âmbitos, posto estarem vinculados a diversos processos, desde o processo constituinte, passando pelo processo legislativo até o processo judicial.

Em síntese, e sem ignorar as diferenças (que são muitas e significativas) e matizes entre os autores, notadamente entre Alexy e Habermas – que não podem ser detalhadas por exorbitar o âmbito da investigação –, partem da concepção de que a fundamentação material não é possível, introduzindo-se a fundamentação apenas a partir da obtenção de um consenso que seja firmado após um discurso que siga as regras de racionalidade, para Alexy, ou em que haja uma situação comunicativa, para Habermas, ou, ainda, em que se atendam as condições para uma deliberação democrática, para Nino, que tece críticas em razão de algumas insuficiências de Habermas (NINO, 2007, p. 135).

Para Habermas (1999, p. 15), a legitimidade, nos Estados Democráticos de Direito, só pode provir da legalidade. Essa legitimidade importa na inserção da moral no direito através da uma racionalidade procedimental de grande valor moral, motivada pelo entrelaçamento de dois tipos de procedimentos, pelos quais se dá a institucionalização jurídica de argumentações morais.

Alexy (2001b, p. 131) reputa, além do mais, que a teoria do discurso não somente confere fundamentação aos direitos fundamentais, mas é a teoria básica do Estado Constitucional.

Ora, malgrado a importância e o acerto dessas concepções, céticas com relação à possibilidade de fundamentação material e conteudística dos direitos fundamentais, há de se tê-las como insuficientes. Como observar Perez-Luño (2001, p. 167-168), apesar de reconhecer que Habermas possibilita a inserção da questão central em torno da elucidação do conceito de necessidades básicas humanas, adverte que as noções de que parte e pressupõe, como situação comunicativa ideal e da teoria consensual da verdade podem desembocar num formalismo se não se respaldarem em categorias empíricas.

Além disso, como assertoa Kaufmann (2004, p. 193), “A *ética discursiva* (ética normativa), que só tem a ver com regras de procedimento, não basta, como afirmado, para fundamentação da universalidade dos direitos fundamentais. Necessitamos de uma *ética de conteúdo*”³⁰⁴. Há insuperáveis dificuldades para o reconhecimento de qualquer racionalidade

³⁰⁴ Em tradução livre. No original, “La *ética discursiva* (ética normativa), que sólo tiene que ver con reglas de procedimiento, no basta, como he dicho, para la fundamentación de la universalidad de los derechos fundamentales. Necesitamos de una *ética de contenido*”.

sustenta apenas procedimentalmente e que almeje revelar-se pelo consenso, sobretudo em se tratando de direitos humanos e fundamentais. Ainda com Kaufmann (2007, p. 76-77) pode-se considerar que a forma jamais produz conteúdo. A pressuposição de que o discurso formal leva a conteúdos moralmente corretos é errônea. Por essa via, haveria “derechos humanos *completamente huecos*”; nada mais seriam do que fórmulas vazias, o que em nada contribui para sua afirmação e tutela.

Outrossim, como demonstrado por Cass Sunstein (2003), chega-se ao consenso, ou o consenso se afirma, por uma série de razões distintas da força coercitiva do argumento escolhido, como o conformismo – resultante das pressões do que diverge, tanto por ter que sustentar sua posição, como por angariar o descontentamento – e a polarização dos grupos. Por isso, para ele o mais importante não é tanto estimular o consenso, mas o dissenso, o que é importante não apenas para os direitos daqueles que dissentem, mas para a própria sociedade em si mesma (SUNSTEIN, 2003, p. 209-213).

Atente-se que não se está ignorando ou rejeitando o valor do discurso e do debate, posto que a democracia só convive com a abertura dialógico-discursiva. Ademais, a própria reflexão hermenêutica viabiliza a projeção da dimensão dialógica do movimento da pergunta e da resposta para o âmbito da comunidade, em interação comunicacional que possibilite descortinar o sentido, sempre contínuo e progressivo, da fundamentação moral dos direitos fundamentais. O que não se admite é que resulte na concepção dos direitos fundamentais como direitos processuais, quer porque se fundamentem apenas mediante processos, observadas pré-condições, quer porque seja inerente ao processo democrático, quer porque o discurso racional seja o paradigma do discurso jurídico.

Logo, não se afigura pertinente buscar a fundamentação dos direitos em qualquer perspectiva procedimental, em seu vários e distintos modelos, ensejando o prosseguimento da empreitada.

Diante disso, impõe-se adentrar na afirmação dos direitos fundamentais como direitos morais. A justificção dessa concepção dos direitos fundamentais já foi sugerida quando da análise das teorias das necessidades e das capacidades como pressupostas ao direito fundamental ao máximo existencial. É pressuposta também para a afirmação de uma teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada. Ademais, foi-se antecipando na medida em que era rechaçadas as concepções que a ela se opunham.

Logo, cabe abordar a defesa da moralidade dos direitos fundamentais e, no âmbito do constitucionalismo brasileiro, de acordo com o texto e o contexto constitucionais pátrios, o

reconhecimento de que a dimensão moral se assenta precipuamente no valor proveniente do direito fundamental ao máximo existencial.

3.2.4 Os Direitos Fundamentais como Direitos Morais

A questão da fundamentação dos direitos fundamentais exige que se reconheça a moralidade que lhes é ínsita. Como adiantado quando da exposição das teorias pressupostas na afirmação do direito fundamental ao máximo existencial, que conduz a defesa da teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada, os direitos fundamentais tornam imposição normativa suprema pretensões morais relativas ao valor de evitar um dano à pessoa – teoria das necessidades – e ao valor de ensinar o exercício das capacidades – teoria das capacidades – que habilite a auto-realização, que demanda qualidade e nível de vida adequado – e a autonomia.

A questão não é pacífica, como visto pela exposição das anteriores concepções atinentes à fundamentação dos direitos. Cada uma delas rejeita que os direitos fundamentais sejam, também, direitos morais e que se embasem na moralidade social ou nos valores que ela exprime. Evidentemente que nem todo direito moral será, necessariamente, direito fundamental, da mesma forma que podem existir direitos apenas formalmente fundamentais que não se revistam de valor moral suficiente.

A despeito disso, o sistema de direitos fundamentais encerra valor moral como um todo, pois se destina a evitar danos à pessoa que possam advir da insatisfação de necessidades básicas – existenciais e de autonomia – e a propiciar o exercício das capacidades humanas.

Observe-se, ainda, a dificuldade de que as perspectivas de fundamentação antes referidas – justnaturalista, positivista, realista, institucional, funcional, discursiva – contemplem, necessariamente, o mesmo valor aos direitos sociais que atribuem às liberdades. Ou seria mera contingência, ou os direitos sociais teriam uma fundamentação, um peso, inferior às liberdades. As razões que respaldam o porquê de cumprir um direito social seriam menos intensas e relevantes do que as relativas ao atendimento dos deveres pertinentes às liberdades, o que vulnera o sistema de direitos fundamentais e obstaculiza a ruptura com os preconceitos arbitrários em torno deles.

Essa questão é bem percebida por Jim Ife (2008, p. 97), que, ainda no âmbito da relação entre as necessidades e os direitos, nega a possibilidade de haver uma hierarquia daqueles e, por conseguinte, desses últimos.

Portanto, não é possível que dentre os direitos humanos existam direitos mais humanos do que outros, ou que dentre os fundamentais alguns o sejam mais que outros. Todos os que se revestem de valor moral comportam a mesma fundamentação – embora Alexy (2007, p. 85-111) passe a reconhecer o peso dos direitos em abstrato na fórmula do peso – não sendo possível que os direitos sociais tenham menos importância, valor ou significado do que os demais direitos fundamentais.

Como prossegue Ife (2008, p. 97), essa diferenciação hierárquica na dimensão axiológica traria dificuldades significativas para os direitos sociais, considerando que “[...] todos os direitos humanos se associam como um pacote”³⁰⁵ e, então, os componentes essenciais da humanidade compartilhada não podem ser distintamente nivelados de forma hierárquica.

A inexistência de hierarquia apriorística ou em abstrato não nega a possibilidade de que, em casos concretos e de acordo com o contexto cultural e social existente, se possa identificar maior peso ou valor moral de um direito sobre outro, como pontua Carl Wellman (2011, p. 38)³⁰⁶. Já Pisarello (2009, p. 39-40) aponta a tendência a se desvalorizar os direitos sociais constitucionalmente previstos por força de residirem em fundamentos menos importantes que as liberdades.

A admissão de qualquer forma de hierarquia quanto ao valor dos direitos inviabilizaria a sustentada indivisibilidade e, conseqüentemente, não haveria possibilidade de se rever a teoria dos direitos fundamentais fincada em paradigmas liberais e propor o seu ajuste para contemplar os direitos sociais com o mesmo nível de juridicidade que as liberdades. Seria insustentável, pelas mesmas razões, o direito fundamental ao máximo existencial na medida em que demanda a união no plano real das liberdades e dos direitos sociais, pois só com a preservação do conteúdo ótimo de tais direitos é possível tanto a

³⁰⁵ Tradução livre. No original, “[...] al human rights come together as a package.”

³⁰⁶ O exemplo sugerido parece equivocado por não encampar a justificação que pretende. Ao afirmar que a proibição de ser reduzido à condição de escravo é importante em si, mas no contexto dos Estados Unidos nem tanto seria, pela virtual impossibilidade que isso venha a ocorrer, é importante em si, mas no contexto dos Estados Unidos nem tanto seria, pela virtual impossibilidade que isso venha a ocorrer. O problema aí já não é de fundamentação, mas da existência de um substrato social que dá efetivo cumprimento ao direito, traduzindo-o da normatividade em normalidade, sem que se prejudique a sua dimensão moral.

desmercantilização solidária das condições existenciais (direitos sociais), como o pleno exercício das capacidades (liberdades).

Ambas as categorias de direitos exprimem intenso caráter moral, pois acentuam o relevo do ser humano e da proteção que o direito lhe deve conferir apenas por força da sua condição humana. Assim, mediante esta compreensão dos direitos fundamentais se opera a substancialização, ou remoralização, da ordem jurídica, à vista do caráter expansivo e irradiante dos direitos fundamentais, derivado da sua dimensão objetiva.

As objeções que são erigidas em face da remoralização do direito, dentre outros, por Ingeborg Maus (2009, p. 287-314), consistem na abertura do direito em razão da imprecisão e da indeterminação dos conteúdos morais, na expansão do direito, com a aptidão de dominar todos os âmbitos da vida privada, e no risco de usurpação da função de controle social das instâncias políticas pela diferenciação entre legitimação democrática e fundamentação moral. Tais riscos não se afiguram aptos a rechaçar a constatação necessária de que há uma relação estreita e não apenas contingente entre moral e direito, relação essa que se estabelece, sobretudo, na fundamentação dos direitos humanos e fundamentais como direitos morais, ou seja, que se baseiam na moralidade social.

Se a remoralização importa num positivismo jurisprudencial (VEGA, s.d, p. 67-69) ou se haveria uma falta de controle ao exercício do poder, quer pelos juízes, quer pelos legisladores, impõe-se a refundação do direito a partir da matriz constitucional, instituindo-se vias de controle que superem a vetusta separação de poderes e que animem de sentido substantivo da democracia.

As objeções colocadas por Maus são bem respondidas pelos argumentos que Perez-Luño (2001, p. 208-210) se utiliza para rechaçar críticas ao jusnaturalismo racionalista e histórico que desenvolve. Da mesma forma que não se poder associar o jusnaturalismo à justificação de políticas autoritárias e antidemocráticas, pois representa uma postura retórica alheia à função histórica do direito natural, não se poderia fazê-lo pelo reconhecimento da moralidade dos direitos fundamentais, de que resulta a condição de serem positivamente de valores moralmente fundamentados.

Para Perez-Luño (2001, p. 210), não se pode olvidar a importância do direito natural, que consistiria em fomentar “[...] na vida social o ideal de racionalidade, haver intentado preveni-la da sugestão de mitos e ideologias irracionais e ter propiciado um clima

crítico de desconfiança e resistência à submissão dos tiranos”³⁰⁷. Tais razões podem ser estendidas em defesa da moralidade dos direitos fundamentais, sem que, com isso, se esteja tomando os direitos morais pelos direitos naturais ou, ainda, se esteja substituindo a moralidade pelo jusnaturalismo. Persistem apenas as mesmas razões que foram desenvolvidas em defesa de um em favor do outro.

O caráter moral dos direitos fundamentais também é admitido por Alexy (2008a, p. 46-47), remetendo à identificação da moralidade a partir de uma fundamentação do discurso jurídico enquanto tipo do discurso prático racional.

Com isso, malgrado a sua concepção discursiva, Alexy (2008b, p. 98) introduz a dimensão axiológica na ordem jurídica mediante o desenvolvimento da sua teoria dos direitos fundamentais e pela defesa da estrutura da norma de direitos fundamentais como norma precipuamente principiológica.

Para o constitucionalista alemão, a diferenciação entre valores e princípios seria apenas pelo caráter axiológico dos primeiros e deontológico dos segundos (ALEXY, 2008b, p. 153), refutando, em sequência, as objeções erguidas contra as teorias dos princípios e dos valores.

De qualquer sorte, vislumbra-se que é justamente através da positivação nas constituições, que consubstanciam textos abertos de princípios e regras, que os direitos fundamentais introduzem a dimensão de moralidade no direito, pela qual exprimem os valores socialmente compartilhados diante das necessidades e das múltiplas capacidades humanas, compondo o que se convencionou denominar como ideia de Direito, que seria um Direito justo e valioso, resultado de uma axiologia aplicada (SICHES, 2008, p. 558).

Para Kaufmann (2004, p. 225), a ideia de Direito é o mais elevado valor do Direito, enquanto Radbruch (1997), p. 45) sustenta que o direito, enquanto fenômeno cultural, só pode ser compreendido como fato referido a valores.

³⁰⁷ Em tradução livre. No original, “[...] en la vida social el ideal de la racionalidad, el haber intentado prevenirla de la sugestión de los mitos e ideologías irracionales y el haber propiciado un clima crítico de desconfianza y resistencia a la sumisión de los tiranos”, o que pode ser estendido em defesa da moralidade de los derechos fundamentales.”

Em outros termos, na medida em que as constituições consagram direitos fundamentais e que a eles é reconhecido um valor próprio, dentro da compreensão pautada pelo horizonte proveniente da tradição do constitucionalismo, sem que fiquem apenas a cargo e à disposição do legislador, os direitos fundamentais representam a via de conexão necessária entre a moral e o direito, revelando-se como concretizações deontológicas do que se afigure, culturalmente, de acordo com a época e a comunidade, valioso.

Observe-se que a categoria dos direitos fundamentais apresenta-se como moralmente fundamentada. Isso não impede que haja uma variabilidade do sentido e do valor da dimensão axiológica que cada direito porte ou dos direitos fundamentais como um todo.

O Estado de Direito não é um Estado de qualquer direito, mas que deve visar à promoção dos direitos fundamentais, que são extremamente caros e imprescindíveis ao homem, consubstanciando uma conquista histórica que se expandiu universalmente, a despeito das manipulações existentes e das diversas leituras que lhe são conferidas. É um Estado de direitos fundamentais que, através dele, aproxima-se e concretiza, com a compreensão da finitude existencial do homem e do seu caráter cultural, a Justiça.

Daí porque, seguindo a concepção de constituição como integração, Rudolf Smend (1988, p. 178-179), percebendo a depreciação do sentido garantista da lei pelo formalismo inaugurado com o positivismo jurídico, ressalta que as constituições passam a encampar valores a fim de assegurar a legitimidade como garantia de validade e princípio regulativo. A positivação dos valores não é suficiente, todavia, enquanto não se manifestarem concretamente. Desse modo, o conteúdo material com força de legitimação que consubstancia os direitos fundamentais é um dos elementos de integração material da comunidade.

Na mesma toada, Santiago Nino (2007, p. 113-125) exalta a utilização da expressão “direitos morais”, criticando o seu desconhecimento ou a falta de sua adoção pela cultura jurídica de matriz hispânico-latina, refutando objeções lexográficas, inclusive. Dessarte, considera que apenas os direitos que decorrem direta ou indiretamente de princípios morais são razões suficientes para a ação.

Dworkin (2006, p. 24-25) fundamenta o caráter contramajoritário dos direitos fundamentais justamente por serem direitos morais, ao defender a leitura moral da Constituição norte-americana, reputando-a como “[...] a vela moral do barco norte-americano e temos de nos ater à coragem da convicção que enche essa vela: a convicção de que todos nós podemos ser cidadãos de uma república moral” (DWORKIN, 2006, p. 59).

Para Dworkin (2008, p. 21) os princípios – e os direitos individuais são princípios para ele – são expressão da moralidade política, sendo compartilhados pela comunidade,

embora muito abstratos, de fundo filosófico, envolvendo o valor e as responsabilidades fundamentais da vida humana. Assim, sustenta a existência de dois princípios básicos que se superpõe à moralidade política e que concernem a duas dimensões da dignidade. O primeiro seria relativo ao valor intrínseco da vida humana, justificando que se deva assegurar não apenas a vida em si, mas a possibilidade de êxito nos projetos e projeções de vida boa (DWORKIN, 2008, p. 24). O segundo é o da responsabilidade pessoal, que seria melhor entendido como solidariedade, pois a responsabilidade nada mais é do que expressão do comprometimento solidário com o valor intrínseco da vida humana.

Esses princípios compõem a base da moralidade política, que se exprime na Constituição através dos direitos fundamentais, viabilizando que seja procedida uma leitura moral do seu texto. A leitura moral possibilita que todos, juízes, advogados e cidadãos – a comunidade aberta de intérprete de direitos fundamentais – interpretem os direitos como princípios morais de decência política e justiça (DWORKIN, 2004, p. 101), sobrepondo-se ao princípio majoritário³⁰⁸, o que conta com a corroboração de Ferrajoli (2001, p. 25) ao defender uma dimensão substantiva de democracia, que seria relativa aos direitos fundamentais, prévia à dimensão formal, que concerne ao processo político. Para a crítica, tal concepção levaria a construção de direitos insaciáveis (PINTORE, 2001).

Não obstante a defesa da expressão e do sentido de direitos morais, Peces-Barba Martínez (1999a, p. 48-50) a critica acentuadamente, entendendo tratar-se de um reducionismo jusnaturalista impróprio por exercer a mesma função e possuir a mesma característica dos direitos tidos como naturais, pois seriam critérios prévios de legitimidade do sistema, anteriores ao Estado, ao qual limita, mesmo em face das maiorias, e que seriam universais, absolutos e inalienáveis. Ademais, sustenta – no que lhe assiste razão, em parte – que os autores que adotam a expressão têm ideias distintas acerca do que sejam direitos morais.

Como visto a partir das concepções de Dworkin, Alexy e Nino, a asserção é parcialmente correta, mas não integralmente. É correta porque a concepção dos três não é idêntica, mas incorreta porque o que os diferencia não é tanto a caracterização dos direitos

³⁰⁸ A questão do caráter contramajoritário dos direitos será retomada adiante, mas cabe, de logo, salientar que Dworkin (1999b, p. 215) reconhece o valor do princípio majoritário, mas admite que talvez não seja o melhor procedimento para decisões políticas, pois a maioria pode – e não de forma esporádica – tomar decisões injustas sobre direitos. Tal pressuposição encontra várias objeções de diversas origens e naturezas, cabendo antecipar a crítica proveniente de Anna Pintore (2001, p. 243) ao reputar que concepções como as de Ferrajoli – idêntica à de Dworkin no particular do caráter contramajoritário dos direitos fundamentais – criam direitos insaciáveis porque devoradores da democracia, do espaço público e da própria autonomia moral.

morais em si, mas dos direitos fundamentais. Se tais autores têm concepções distintas do que sejam direitos fundamentais, a compreensão dos mesmos como direitos morais não pode ser uniforme.

A divergência de Peces-Barba Martínez (1999a, p. 57) é, antes de tudo, mais de perspectiva do que substancial, pois a sua doutrina atinente à fundamentação dos direitos fundamentais defende uma moralidade que lhes é ínsita e que vem a corroborar o que se sustenta como direitos morais, como se verifica do excerto abaixo, *in verbis*:

O modelo integral de direitos humanos, que rechaça reduccionismos, supõe aceitar uma moralidade da liberdade e de igualdade que vá se formando na história do mundo moderno, com contribuições liberais, democráticas e socialistas, que podem se ordenar num modelo racional, embora partindo de sua ineludível dimensão histórica. Supõe aceitar que a eficácia social dessas pretensões morais necessita de sua incorporação ao Direito positivo³⁰⁹.

E justamente essa é a concepção que se vem a adotar, na esteira do que também sustentado por Perez-Luño (2001, p. 179), que admite a expressão direitos morais, mas ressalva que, na verdade, corresponde ao sentido que empresta a sua concepção jusnaturalista³¹⁰, sendo o ponto de interseção entre a moral e o direito.

Reconhecido o caráter moral dos direitos fundamentais, importa realçar que os valores que exprimem são expressão de uma vivência individual e cultural que se materializa no contínuo devir da existência e que, pela finitude da condição humana, só podem ser apreendidos parcialmente de acordo com a manifestação e a contextualização cultural. O movimento, todavia, é sempre progressivo, posto que os valores que consubstanciam os direitos fundamentais representam, em maior ou menor intensidade, o atendimento de necessidades básicas – existenciais e de autonomia – e propiciar as capacidades.

Desse modo, é tão moralmente valioso evitar um dano pela satisfação de determinadas necessidades – e o é pelo valor que a vida humana hígida deve representar numa comunidade política –, como o é propiciar as capacidades humanas que habilitem as pessoas a estimar e a buscar projetos de realização pessoal com base na existência de qualidade de vida

³⁰⁹ Tradução livre. No original, “El modelo integral de derechos humanos, que rechaza reduccionismos, supone aceptar una moralidad de la libertad y de la igualdad que se va formando en la historia del mundo moderno, con aportaciones liberales, democráticas y socialistas, que se pueden ordenar en un modelo racional, aunque partiendo de su ineludible dimensión histórica. Supone aceptar que la eficacia social de esas pretensiones morales necesita de su incorporación al Derecho positivo.” Recorde-se que a Peces-Barba Martínez defende a teoria realista que integra a fundamentação dos direitos na existência de pretensões morais que sejam positivadas e que possam ser observadas, dispondo de garantias judiciais efetivas. Assim, os concebe como expressão da moralidade social, agregando outros fatores que, conforme sobejamente explicitado, afiguram-se impertinentes para a fundamentação pretendida.

³¹⁰ Ao assim proceder, desnatura (ou atualiza) os sentidos e referenciais tradicionais do Direito Natural como a natureza das coisas, a revelação divina e o racionalismo.

e de bem-estar³¹¹. Aliás, a solidariedade que embasa o sistema de direitos fundamentais – sobretudo os direitos sociais – é, erroneamente, muito mais associada à responsabilidade diante do risco e do perigo, do dano, do que na ampliação das condições de liberdade e de bem-estar.

Nesse sentido, cabe invocar a doutrina de Joseph Raz, que sustenta distinta concepção de moral social com relação aos direitos fundamentais, mas que assevera com pertinência que

As pessoas têm certas necessidades biologicamente determinadas. A maioria delas não envolve necessariamente afinidades significativas com outra pessoa, embora muitas se tornem, na maior parte das culturas, os fundamentais de tais afinidades. Apesar de a satisfação dessas necessidades, até certo grau de adequação, ser necessária para o bem-estar das pessoas, ela não é suficiente. Todas as pessoas, à exceção daquelas que vivem em circunstâncias da mais severa privação, têm aspirações, projetos, preocupações que transcendem em muito a satisfação das simples necessidades biologicamente determinadas. Determinadas aspirações representam tal valor que as pessoas que não as compartilham com outras pessoas estão empobrecidas apenas por isso.

Por conseguinte, os direitos fundamentais são direitos morais. Ser direitos morais significa que existem razões morais que justificam tanto a atribuição do direito como a imposição dos respectivos deveres. Essas razões morais originam-se da própria vivência e experiência comunitária, conferindo valor aos direitos³¹². Voltam-se as razões morais para a pessoa humana e sua dignidade. Em razão da condição humana, é moralmente relevante – e socialmente compartilhado esse valor moral – evitar que seres humanos sofram danos e perdas diante dos efeitos que o não atendimento de necessidades básicas possa lhes causar.

Se essa perspectiva da interação entre direitos e necessidades no âmbito de uma comunidade política – que se constitui em comunidade aberta de intérpretes de direitos fundamentais – já dá suporte à fundamentação dos direitos, não é o bastante. É preciso que o atendimento das necessidades seja tal que potencialize as capacidades necessárias para o bem-estar, que se possibilita a auto-realização e a autonomia. Ou seja, é moralmente valioso

³¹¹ Divergindo-se, no particular, de Kaufmann (2007, p. 84) que concebe ser mais valioso evitar a tragédia do que propiciar a felicidade.

³¹² George Kent (2005, p. 82), ao tratar da relação entre direitos morais e direitos institucionalizados por uma ordem jurídica, nacional ou internacional (*legal rights*) salienta que o sentido de direitos morais pode ser interpretado de várias formas. Uma delas é a que se basta em ser uma convicção pessoal. Outra resulta da constatação de um amplo consenso social, como a firmada em torno da Declaração Universal de Direitos Humanos. A moralidade que se suscita como fundamento para os direitos fundamentais não precisa necessariamente desta condição de representar um consenso deliberado. Reside na própria tessitura das relações sociais, confundindo-se com os elementos partícipes do ligame social e orientando o entrelaçamento comunitário em favor dos direitos.

assegurar ao indivíduo as condições de vida adequada que lhe permitam estimar projeções e planos de vida e conduzir-se conforme ou em busca deles. Daí a fundamentação que se estende ao direito fundamental ao máximo existencial. A vida humana é deveras importante e única para ficar condenada a mera subsistência ou ao mínimo vital. Também não é suficiente atender as suas necessidades básicas, senão no nível que enseje o pleno desenvolvimento das capacidades. Essa a efetiva dimensão moral dos direitos humanos e fundamentais, que justificam o valor que exprimem e a importância paradigmática que devem se revestir no âmbito político, econômico e social. A cultura dos direitos fundamentais vem em reforço a esta dimensão dos direitos morais.

Carl Welmann (2011, p. 19-20) traz, por sua vez, uma concepção estrutura de direitos morais, concebendo-o como um complexo de posições morais³¹³ que conjuntamente conferem uma esfera de domínio ao seu titular. Por sua vez, as posições morais são fundadas sobre razões morais. Essas razões morais são espécies de razões práticas, razões para a ação. Daí procede à associação do que fundamenta essas razões morais, que consiste, em sua concepção, não na satisfação de um ou mais interesses, mas em evitar o dano derivado da sua não satisfação (WELMANN, 2011, p. 47-48). Como já aludido, diverge-se no particular, à vista da necessária interação entre as necessidades e as capacidades, conferindo ambas razões morais sobrepostas ou reforçadas.

Essa compreensão dos direitos humanos e fundamentais como direitos morais também leva à superação da separação entre ser e dever ser, pois implica conferir uma dimensão deontológica mediante a positivação de valores a partir das necessidades básicas e capacidades, o que é corroborado por Perez-Luño (2001, p. 184), *in verbis*:

A fundamentação dos direitos humanos que aqui se propõe tende a abolir a rígida divisão entre *Sein y Sollen*, entre ser e dever ser, mas sem que implique aceitar a identificação hegeliana entre realidade e razão. Porque se faltas de apoio na experiência das necessidades os direitos humanos correm o risco de transformar-se em ideais vazios, sem referencia ao dever ser, perderiam seu horizonte utópico-emancipatório. O êxito desta difícil mediação entre experiência e valores constitui o problema básico da fundamentação dos direitos humanos, mas a dificuldade do propósito não diminui a virtude da empresa.

A dificuldade manifestada pela conexão entre moral e direito mediante a moralidade dos direitos fundamentais apenas representa a admissão da complexidade da existência humana comunitária, o que já fora anteriormente exposto. Como advogada Morin (2001, p. 192-193), a complexidade não impõe que se abandone uma tese, devendo-se

³¹³ Que são categorizadas da mesma forma que Hohfeld (2008) quanto aos direitos.

conviver com a complexidade e desenvolver ações teórico-práticas que, em diálogo com os saberes, numa perspectiva transdisciplinar, permitam resolver problemas atinentes aos direitos fundamentais, potencializando sua força normativa em razão do caráter axiológico que lhes é conferido pela moral.

Atente-se, contudo, para a advertência de Robles (2005, p. 121), não se podendo transformar a constituição num discurso moral. Robles (2005, p. 122-125) suscita a necessidade de uma ética que se fundamente no princípio da responsabilidade, entendendo que os direitos devem ser canais institucionais que viabilizem o exercício dos deveres. Com efeito, o princípio da responsabilidade é derivação da solidariedade, pelo que não se diverge, nesse ponto, de Robles, que projeta a fundamentação para além da solidariedade.

Castanheira Neves (2002, p. 75) parece concordar com a preocupação de Robles ao salientar que o homem tem de compreender a si próprio não apenas como destinatário e titular, mas também como sujeito que, enquanto beneficiário, é também comprometido com ele. Daí a importância de conceber a moralidade dos direitos fundamentais, pois as razões morais que lhe conferem valor impõem o comprometimento com ações e práticas que visem a efetivá-los, repercutindo no processo político-democrático e nas vias jurisdicionais de solução de conflitos.

Reconhece-se com Miguel Reale (1999, p. 206-208) que os valores não são objetos ideais, integrando o mundo da cultura e, como tal, revelando uma objetividade histórico-contextual. A dignidade, a liberdade, a solidariedade e a igualdade são valores morais que gozam de respaldo nas demandas e na ideia de Direito compartilhada global e localmente. O conteúdo concreto de tais valores é variável. Todos eles se reconduzem ao valor da pessoa humana, como também o sustenta Recasens Siches (2008, p. 558-559).

Ramírez (1997, p. 57), adotando perspectiva similar, sustenta tais valores no âmbito de uma teoria axiológica de corte antropológico, resultam do valor da pessoa humana.

Del Vecchio (1959, p. 90) já advertira que “O problema das relações entre a Moral e o Direito, um dos mais importantes termos de que se ocupa a Filosofia do Direito, chamou sempre a atenção dos teóricos [...]. Alguém disse já dele que era o ‘cabo Horn da ciência jurídica’”.

Ainda que não seja possível descurar completamente a necessidade de redefinição da relação entre moral e direito, importa indicar que o advento da fundamentação moral dos direitos fundamentais torna inviável a adoção do positivismo jurídico.

Merece destaque, entretanto, a concepção de Campbell (2004), para que o positivismo prescritivo, na medida em que se entrelaça com a democracia e impõe o governo

mediante regras legisladas de direito democraticamente legitimadas, seria um direito fundamental. Quanto a isso não se ignora, mas tal perspectiva é compreendida pelo estágio atual do constitucionalismo, que potencializa ainda mais a oposição com o positivismo, como já antevisto por Fioravanti (2009, p. 104-105).

Em verdade, o estágio atual do constitucionalismo leva à aproximação e à interação entre direito, moral e política, rejeitada pela pureza da teoria normativista de Kelsen, embora de forma oca, fundando-se numa norma fundamental desfundamentada.

Para tanto, bem trabalhada a reflexão de Castanheira Neves (2002, p. 71-72), para quem a autonomia do direito residiria numa complexa relação entre as três condições constitutivas da sua emergência, que são a) a condição mundano-social, b) a condição humano-existencial, e c) a condição ética.

Desse modo, a moral penetra na ordem jurídica mediante os direitos fundamentais, que se embasam em razões morais decorrentes do valor de proteger a pessoa humana de danos que afetem a dignidade, a liberdade e a igualdade caso não satisfeitas as necessidades existenciais e, ao mesmo tempo, de ensejar o florescimento da personalidade com a habilitação para exercício das capacidades que propiciem a auto-realização e a autonomia.

Essa fundamentação é perceptível tanto na ordem jurídica pátria, como no âmbito regional e internacional, a despeito do reconhecimento da diversidade e das particularidades culturais dos povos. E isso se dá porque o sentido da dignidade, da liberdade e da igualdade é variável de cultura para cultura, mas as necessidades são comuns. A demanda por algumas liberdades, por participação política, por trabalho, educação, saúde, é comum a todos os povos, mesmo que em intensidades e com contornos variáveis. Isso se confirma, inclusive, pelo eclodir da Primavera Árabe, já abordada, que demonstra ser anseio de outras culturas a vivência livre das potencias capacidades humanas.

Desse modo, vislumbra-se que a moralidade dos direitos humanos e fundamentais pode ser identificada pelo valor que representa evitar dano à pessoa humana e habilitar o desenvolvimento e exercício das capacidades; entretanto, comportam os direitos um valor no processo político, um valor comunitário para o aperfeiçoamento do governo, direcionando-se à questão filosófico-política que sempre inquietou a humanidade. Antes mesmo de Aristóteles (2002a), a investigação sobre o bom governo sempre foi uma preocupação. Os direitos humanos e fundamentais, enquanto expressão da moralidade social e respaldando-se na solidariedade, consubstanciam princípios de dimensão também política, que se sobrelevam sobre outros interesses e valores que também sejam estimados no processo político.

Com efeito, como salientam Raj Kumar (2011, p. xxxii), o discurso dos direitos humanos é um poderoso instrumento para reforçar as responsabilidades do governo e o controle que sobre ele incide. Os direitos humanos tornam-se a base para o bom governo, o que explica a tese defendida, dentre outros, por Dworkin de que o processo democrático não pode ignorar ou contrariar os direitos, pois democracia não se reduz ao princípio majoritário. Os direitos fundamentais têm valor moral, no que respeita à expressão do processo político-democrático, por viabilizarem o empoderamento da cidadania (KUMAR, 2011, p. xxxvii).

Dessarte, resta substancialmente configurada a condição dos direitos humanos e fundamentais como direitos morais, tanto por força da sua associação com as necessidades e com as capacidades, como pelo valor que conferem ao processo democrático mediante o empoderamento da cidadania, aproximando e inserindo a sociedade civil no controle do governo.

Posto isso, a voltado a atenção para a concreta situação contextual brasileira, faz-se mister concluir pela identificação da fundamentalidade axiológica dos direitos fundamentais pelas razões morais que os respaldam e justificam enquanto direitos morais, em razão e conforme o direito fundamental ao máximo existencial, conformado ao constitucionalismo dirigente, virtuoso e global. Essa conclusão se projeta, pelas razões expostas e estendidas para além das fronteiras nacionais, tanto para os outros níveis de tutela do sistema de proteção da pessoa humana.

Ressalte-se que a fundamentação apontada rechaça qualquer hierarquia e sujeição em desfavor dos direitos sociais, pois não liberdade e igualdade não são valores comensuráveis entre si (RAZ, 2011), confirmando a propalada indivisibilidade, que é condição para a teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada e para as potencialidades do direito fundamental ao máximo existencial. A despeito disso e não negando a possibilidade de colisões entre a liberdade e a igualdade pela dinâmica e complexidade das relações sociais, cumpre aderir ao posicionamento de Antonio Baldassarre (2002, p. 119) ao defender a concepção de que a democracia e o constitucionalismo se fundamentam no pressuposto da garantia de uma liberdade igual para todos, como defende John Rawls.

Logo, ficaram superados dois dos preconceitos arbitrários que causam a deficiência normativa dos direitos sociais. O de não serem direitos fundamentais por não se adequarem ao seu conceito (e, mais amplamente, de sequer serem direitos) e o de não portarem o mesmo valor das liberdades e dos direitos políticos.

Como demonstrado, a noção de direitos sociais se adequa à noção de direitos fundamentais, adotando-se a perspectiva material ou conteudística e rejeitando-se peremptoriamente o critério estrutural. Logo, são direitos fundamentais como os demais.

De outra parte, não têm menos importância e nem exprimem menor carga axiológica do que os direitos de liberdade e os direitos políticos – ou, mais amplamente, dos demais direitos fundamentais para os que suscitam a existência de outras dimensões autônomas, para além da quarta.

Foi desvelado, ainda, que as razões que sustentavam que não seriam direitos fundamentais e que não teriam o mesmo valor dos demais direitos, notadamente das liberdades, tinham muito mais feição ideológica, presas ao paradigma liberal que conformou não apenas a teoria dos direitos fundamentais, mas a teoria do direito, justificando a constatação de Pisarello (2009, p. 36-37) de que se fundam em preconceitos extrajurídicos.

Diante disso, deve-se enfrentar outros mitos que consubstanciam preconceitos inautênticos e arbitrários contra os direitos sociais, que concernem à suposição de uma intrínseca natureza normativa deficitária em razão da sua a) indeterminação e imprecisão, b) possuindo caráter meramente objetivo e programático, c) como também de serem condicionados às instâncias políticas e ao estágio econômico por serem direitos positivos ou prestacionais, d) e, em razão disso, de não serem justiciáveis.

Esses quatro aspectos e mais as questões da multidimensionalidade eficaz e da natureza principiológica dos direitos fundamentais, devidamente compreendidas e desenvolvidas, permitem conferir aos direitos sociais o mesmo regime constitucional e o mesmo *status* normativo que as liberdades e os direitos políticos, o que se propõe a partir da necessidade da teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada.

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 cumprimento³¹⁴. 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 a dimensões e características da habitação³¹⁵. 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.

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

³¹⁴ 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.

³¹⁵ 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 ser 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.

não haver texto jurídico que a dispense. Apesar disso, concebe as declarações como solenes declarações de princípio, com algum valor jurídico³¹⁶, 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”³¹⁷. 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 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

³¹⁶ O valor jurídico se limitaria a impor ao legislador a edição de leis necessárias à determinação do seu conteúdo e, conseqüentemente, a sua eficácia (HAURIOU, 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.

³¹⁷ 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”.

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 programáticas³¹⁸ instituidoras de competências vinculantes ao poder público³¹⁹. 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.

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

³¹⁸ 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.

³¹⁹ 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).

subjativa 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 indeterminado³²⁰”.

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 norma³²¹. Desse modo, não ensejariam direitos subjetivos e não seriam justiciáveis, pois não há como demandar, a moradia, a saúde, a alimentação em abstrato³²².

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

³²⁰ Tradução livre. No original, “El concepto de ‘determinación’ es, a su vez, en gran medida indeterminado”.

³²¹ 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 português, diante da indeterminação haveria uma delegação constitucional ao legislador quanto à competência para definir ou concretizar o conteúdo dos direitos.

³²² No mesmo sentido, dentre outros, as profundas observações de Sandra Feldman (2008, p. 71).

realidade, dada a unidade substancial entre compreensão, interpretação e aplicação. Embora nada impeça que o legislador³²³ 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 exaustivamente 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 exaustivamente todos 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

³²³ Como expressamente admite Engisch (2004, p. 154), reconhecendo que pode trazer ideais abstratos ou planos não-concretos para o âmbito de especificação da legislação.

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 concretização³²⁴, 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

³²⁴ Engisch (2004, p. 155) identifica outras formas de determinação, como a definição e a exemplificação.

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 judicial³²⁵ e a negação da potencialidade criadora da atividade jurisdicional ao sujeitar o juiz integralmente à lei³²⁶, 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 fundamentais³²⁷ – 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 modo, se houvesse a mesma prática institucional³²⁸ 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

³²⁵ Detidamente relatados e criticados por Cesare de Beccaria no *Dos delitos e das Penas*.

³²⁶ 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.

³²⁷ Além da natural indeterminação inerente a qualquer texto na medida em que sua compreensão se dá quando da aplicação.

³²⁸ 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.

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-la³²⁹.

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 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,

³²⁹ 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.

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 programática³³⁰. A despeito 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 (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.

³³⁰ Como se dá com o art. 7º, inciso IV, da Constituição brasileira, quanto ao salário mínimo.

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 normas³³¹, 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.

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

³³¹ 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).

‘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 questão³³².

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 fundamental³³³ 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 titular³³⁴.

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

³³² 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”.

³³³ 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”.

³³⁴ 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.

direito fundamental³³⁵. 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 deôntico mediante o processo interpretativo orientado pelos paradigmas da reflexão hermenêutica³³⁶. E tais normas, evidentemente, conduzem à identificação de direitos fundamentais decorrentes que podem ser entendidos como resultantes da especificação do direito fundamental expresso³³⁷.

³³⁵ 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 indissoluvelmente ligados no processo interpretativo de construção do sentido normativamente válido.

³³⁶ 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.

³³⁷ 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

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-o³³⁸ 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 tutela³³⁹.

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

gravidade de seus efeitos – haveria para tais pessoas o direito fundamental a serem abrigadas nos momentos imediatamente subsequentes ao ocorrido.

³³⁸ 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.

³³⁹ 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.

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 sociais³⁴⁰.

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 judiciário³⁴¹.

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 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

³⁴⁰ 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.

³⁴¹ Questão que envolve as condições e limites da justiciabilidade e que será adiante abordada.

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 interpretativo³⁴².

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 desse conteúdo material, entendido como conteúdo essencial ótimo e não como conteúdo mínimo³⁴³.

³⁴² 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.

³⁴³ 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

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 distinção³⁴⁴, 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, 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 deonticos com as distintas categorias 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.

³⁴⁴ 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.

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 de veras 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 erronia 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 compostura um emaranhado de posições e deveres fundamentais correlativos, tanto negativos como positivos³⁴⁵.

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

³⁴⁵ 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 Stephen Holmes e Cass Sunstein (2000), em firme intenção de superar a aludida e tão enraizada quanto equivocada dicotomia.

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 político³⁴⁶. 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.

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

³⁴⁶ 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”.

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 lei³⁴⁷. 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 generalidade³⁴⁸.

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. Constatam-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 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.

³⁴⁷ 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.

³⁴⁸ Sobre as relações entre liberdades e legalidade no constitucionalismo moderno, são esclarecedoras as considerações de Robert e Duffar (1999, p. 111-113).

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)³⁴⁹, *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 seriam controles verticais ao exercício do poder político, constituindo muros que protegem o indivíduo das intervenções por parte dos detentores do poder político.

³⁴⁹ 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”.

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* e 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 política³⁵⁰.

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.

³⁵⁰ Remete-se às reflexões de Alexy e Häberle sobre as críticas à teoria dos *status*.

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*³⁵¹ – mesmo com as posteriores adaptações sugeridas pela doutrina –, ou seja, sendo concebidos

³⁵¹ 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.

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)³⁵², 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.

³⁵² 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 ala libera espansione morale e politica della persona umana. Coi primi si mera a salvaguardar ela libertà del cittadino dalla oppressione politica; coi secondi si mira a salvaguardarla dalla oppressione economica.”

Observe-se que, mesmo aderindo à dicotomia³⁵³, 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)³⁵⁴³⁵⁵.

³⁵³ 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.

³⁵⁴ Em tradução livre. No original, “[...] i diritti sociali costituiscono la premessa indispensabile per assicurare a tutti i cittadini il godimento effettivo delle libertà politiche”.

³⁵⁵ 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 coletivas³⁵⁶. 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,

³⁵⁶ 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 sociais³⁵⁷.

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

³⁵⁷ 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 fundamentais³⁵⁸.

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.

³⁵⁸ 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)³⁵⁹.

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 algo³⁶⁰.

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 escassez³⁶¹.

³⁵⁹ 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.

³⁶⁰ 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.

³⁶¹ 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 direitos³⁶².

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.

³⁶² 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 justificação 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 1968³⁶³ e pela Declaração de Viena formulada na Conferência de Direitos Humanos de 1993³⁶⁴.

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.

³⁶³ 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”.

³⁶⁴ 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 ser 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 sociais³⁶⁵, 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

³⁶⁵ 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 econômica³⁶⁶.

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).

³⁶⁶ 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 separação³⁶⁷. 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”³⁶⁸, 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.

³⁶⁷ 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).

³⁶⁸ 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 Soviética³⁶⁹ 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 coletiva³⁷⁰. 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

³⁶⁹ Não se deteve o autor na Constituição mexicana, também precursora do constitucionalismo social juntamente com a de Weimar.

³⁷⁰ 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 membros³⁷¹.

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 básicos³⁷², que consistem em direitos morais,

³⁷¹ 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”³⁷³, 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 estrutural³⁷⁴, que ora também se rejeita e que explicam, juridicamente, o distinto regime jurídico previsto pelos dois

³⁷² 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).

³⁷³ Em tradução livre. No original, “The protection of ‘negative rights’ requires positive measures.”

³⁷⁴ 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 deles³⁷⁵, 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”³⁷⁶ 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 público³⁷⁷. 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 imponham³⁷⁸.

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

³⁷⁵ 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.

³⁷⁶ Em tradução livre. No original, “[...] would enjoy few or none of their constitutionally guaranteed individual rights.”

³⁷⁷ 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.

³⁷⁸ 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.

New Deal de Franklin Delano Roosevelt. Tanto os direitos ao bem-estar como a propriedade privada têm custos públicos. O direito de liberdade 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.³⁷⁹

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.³⁸⁰

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 direitos ou indiretos e, sempre, custos humanos

³⁷⁹ 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”.

³⁸⁰ As razões para tanto são sugeridas por Sunstein e Holmes (2000, p. 24-31).

economicamente inestimáveis. Não obstante isso, a dicotomia ainda enseja grande atração, 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 controverso³⁸¹.

³⁸¹ 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

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 eficácia³⁸².

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

como supraconceito que abriga várias modalidades de deveres, sendo o próprio direito tanto negativo, como positivo.

³⁸² 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.

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.

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 Burdeau³⁸³, 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.

³⁸³ Como também registra Isabel Moreira (2007, p. 245).

Com efeito, dentre as decisões que abrigam esse entendimento cabe destaque a proferida no Agravo Regimental interposto no Agravo em Recurso Extraordinário nº 639337, 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 alemã³⁸⁴ 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”³⁸⁵, sustentando que o direito de escolher a profissão perde todo o seu valor sem a capacidade para exercê-lo (KOMMERS, 1997, p. 284).³⁸⁶

Ora, diante deste precedente³⁸⁷, surgido em razão de pretensão escudada na

³⁸⁴ 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 incolas 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.

³⁸⁵ Em tradução livre. Em Donald Kommers (1997, p. 284), “[...] that basic rights are not merely defensive rights of the citizen against the state.”

³⁸⁶ 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.

³⁸⁷ A *ratio decidendi* desse precedente se consolidou em julgados sucessivos.

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 dúvida o carácter 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 possível³⁸⁸.

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”³⁸⁹. 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

³⁸⁸ 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.

³⁸⁹ 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”.

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 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, sujeitem-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 positivos³⁹⁰.

³⁹⁰ Como ocorreu, por exemplo, com o advento da Lei n° 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.

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 Holmes³⁹¹ limitam-se a asseverar o caráter positivo de todos os direitos³⁹² 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) promover³⁹³. Matthew Craven (1995, p. 110), por sua vez, adota a concepção

(ADI 3512, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 15/02/2006, 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)

³⁹¹ A doutrina pátria introduziu as reflexões dos autores através, principalmente, dos estudos de Gustavo Amaral (2001) Flávio Galdino (2005).

³⁹² O que pode ser estendido também quanto ao caráter negativo, que não é restrito às liberdades, estendendo-se aos demais direitos fundamentais.

³⁹³ Também adotada, dentre outros, por Isabel Moreira (2007, p. 247).

tripartite, concebendo a existência dos deveres de respeito, proteção e realização, ressaltando 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 n° 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 fundamental³⁹⁴.

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, obrigação³⁹⁵ 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 princípio³⁹⁶ 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.

³⁹⁴ 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.

³⁹⁵ 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,

³⁹⁶ 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 definitivo³⁹⁷.

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 disposições³⁹⁸.

³⁹⁷ 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.

³⁹⁸ 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 positivos³⁹⁹.

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 direitos⁴⁰⁰.

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

³⁹⁹ 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.

⁴⁰⁰ 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, Alexy⁴⁰¹, 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)⁴⁰², 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

⁴⁰¹ 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.

⁴⁰² 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 injunção⁴⁰³.

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

⁴⁰³ 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 excepcionais⁴⁰⁴.

⁴⁰⁴ 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,

Da mesma forma, agentes públicos não podem adentrar na residência, sem consentimento do morador, ressalvadas as hipóteses que são legitimadas pelas constituições⁴⁰⁵. 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 vida⁴⁰⁶. 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

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”.

⁴⁰⁵ 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.

⁴⁰⁶ 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.

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 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 convocação⁴⁰⁷. 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 residenciais⁴⁰⁸. Também o particular não pode exigir que o imóvel lhe seja alugado se assim não desejar o proprietário.

⁴⁰⁷ 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.

⁴⁰⁸ 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.

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

Ademais, tais deveres, por não demandarem, de *per si*, prestações materiais do poder público⁴⁰⁹, 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 prestações⁴¹⁰ 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

⁴⁰⁹ 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.

⁴¹⁰ Essas prestações que reforçam os deveres negativos são as de tutela e as de garantia, como será devidamente explicado.

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.

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 auxílio⁴¹¹, 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, 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 abrigadas 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

⁴¹¹ 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. 6° e 203 do texto constitucional.

houver ameaça de dano 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”⁴¹².

⁴¹² 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”.

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 moradia⁴¹³.

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 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.

⁴¹³ 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).

A percepção da relevância deste regime jurídico para a proteção do direito à moradia diante de ofensas por credores⁴¹⁴ é tamanha que a própria noção de família tem sido reconstruída jurisprudencialmente para estendê-lo até mesmo para o indivíduo que resida sozinho⁴¹⁵.

Dessume-se, pelo quanto ilustrado, que os direitos comportam deveres positivos concernentes à exigência de prestações normativas⁴¹⁶ destinadas a instituir normas que resguardecam 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

⁴¹⁴ 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 constringido, 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.

⁴¹⁵ 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 que pode ser argüida até o fim da execução, mesmo sem o ajuizamento de embargos do devedor.

- 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).

⁴¹⁶ 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.

possível for a constatação de omissão inconstitucional, quer total, quer parcial, não sendo de excluir o cabimento do mandado de injunção⁴¹⁷, 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 avaliar se há inconstitucionalidade por omissão parcial ou total e, diante disso, desnudar as possibilidades para suprir a lacuna⁴¹⁸.

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 Estado⁴¹⁹. 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

⁴¹⁷ 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.

⁴¹⁸ 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).

⁴¹⁹ 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.

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 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 normativas⁴²⁰, 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

⁴²⁰ 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.

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 mercedores 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.

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 custos⁴²¹.

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,

⁴²¹ 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.

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).

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 positivos⁴²², 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

⁴²² 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.

proteção deficiente (BOROWSKI, 2003) quanto aos deveres de proteção⁴²³, 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 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*.”⁴²⁴.

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 organização⁴²⁵. O dever de processo abrange tanto a)

⁴²³ Aos quais Canaris prefere denominar como imperativos de tutela.

⁴²⁴ 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*”.

⁴²⁵ Que, como Alexy (2008b, p. 470) pontua, são expressões extremamente imprecisas e ambíguas.

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 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.

⁴²⁶ 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 todas 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”.

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 associados⁴²⁷, 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).

⁴²⁷ 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.

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 devesse ser 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.

Com isso ocorre a transmutação da reserva de lei para a reserva processual⁴²⁸ 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

⁴²⁸ 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.

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 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 órgãos⁴²⁹ 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,

⁴²⁹ Adote-se um sentido mais largo do que o defendido por Alexy (2008b, p. 490-496).

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 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 caráter 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 mandado 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 proporcionalidade⁴³⁰ e explicitando a defasagem da tradicional doutrina tecida em derredor da eficácia das normas 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 constitucionais⁴³¹. 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 resguardem 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 ampliação⁴³².

⁴³⁰ 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.

⁴³¹ 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.

⁴³² 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.

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 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 ótimo⁴³³.

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

⁴³³ 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.

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 parecer sobre litígio envolvendo os limites interestaduais entre os Estados de Paraná e Santa Catarina, Ruy Barbosa (1915, p. 159)⁴³⁴.

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.

⁴³⁴ 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”.

Enquanto as normas programáticas tinham a sua natureza jurídica negada, como sustentado por Schmitt, os direitos sociais padeciam do mesmo mal, mal este que repercute 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, são subtraídas a cada eventual oscilação e mudança dos critérios por esses próprios órgãos”⁴³⁵.

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)⁴³⁶, 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

⁴³⁵ 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”.

⁴³⁶ 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.

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 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 demonstrado⁴³⁷.

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

⁴³⁷ 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).

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. Nessa condição estão as normas decorrentes do art. 3º da Constituição Federal⁴³⁸, como também do art. 3º da Constituição italiana⁴³⁹, art. 9º, nº 2, da Constituição espanhola⁴⁴⁰, 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

⁴³⁸ 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.

⁴³⁹ 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.

⁴⁴⁰ 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.

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 constitucional⁴⁴¹ que, ao tratar do 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

⁴⁴¹ 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.

os direitos coletivos.

Os direitos fundamentais como princípios e como programa visam, como um todos, 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 envidar, 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, restrições⁴⁴², ou se defere à lei a sua estipulação de forma ampla⁴⁴³ ou, ainda, se o faz de forma específica e qualificada⁴⁴⁴. Tais restrições, ainda que constitucionalmente previstas, podem ser superadas pela pressão expansiva do direito *prima facie* caso não subsista fundamentação que respalde a 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 direito⁴⁴⁵, 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 amplo⁴⁴⁶, doravante denominado conteúdo material amplo⁴⁴⁷.

⁴⁴² 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.

⁴⁴³ Como a assistência religiosa, constante do art. 5º, inciso VII, da Constituição Federal.

⁴⁴⁴ É o caso da liberdade de profissão, consagrada pelo art. 5º, inciso XIII, do texto constitucional.

⁴⁴⁵ 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).

⁴⁴⁶ A teoria externa é a pressuposta pela compreensão das normas de direitos fundamentais como princípios e, consequentemente, 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.

⁴⁴⁷ 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

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 direito⁴⁴⁸.

O conteúdo material amplo remete, por sua vez, à intervenção que pode ser sofrida e é externa ao próprio direito. Já a teoria interna⁴⁴⁹ 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

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

⁴⁴⁸ 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.

⁴⁴⁹ 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).

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 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 institucional⁴⁵⁰. 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

⁴⁵⁰ 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).

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 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 razão das possíveis 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 fundamentais⁴⁵¹, 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

⁴⁵¹ 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),

qual os direitos fundamentais já são conformados com suas próprias restrições, que são imanentes, 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 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 excluíra 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 limitadas⁴⁵².

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 legislador⁴⁵³.

Assim, a doutrina que adota a teoria interna sustenta que dois tipos de atuação o

⁴⁵² 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).

⁴⁵³ 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.

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.

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 exercício⁴⁵⁴.

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

⁴⁵⁴ 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.

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, 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 prestação⁴⁵⁵.

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

⁴⁵⁵ Nesse passo ganha contornos a compreensão do que sejam os níveis essenciais de prestação, que será objeto de detida explicação.

subjéticas 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 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 pré-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 reunião⁴⁵⁶.

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

⁴⁵⁶ 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.

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 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 justificar⁴⁵⁷, 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

⁴⁵⁷ Em razão da natureza contramajoritária dos direitos fundamentais.

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 alcançar o referencial da satisfação suficiente das necessidades existenciais e de autonomia para, assim, habilitar o ser humana 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 discricção 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, a 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 moradia⁴⁵⁸, 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

⁴⁵⁸ E com as limitações decorrentes da ausência de circunstâncias fáticas precisas e definidas.

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.

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 ampliativa 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 imposta⁴⁵⁹, 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.

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, dessume-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 alemã⁴⁶⁰, ao disciplinar as restrições aos

⁴⁵⁹ As colisões se estabelecem entre direitos fundamentais idênticos, com outros direitos fundamentais ou com bens coletivos, como aponta Alexy (2008a, p. 57-62).

⁴⁶⁰ 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.

direitos fundamentais, prevê que jamais serão atingidos em sua essencial, 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. 18.3⁴⁶¹, enquanto a Constituição espanhola de 1978 o faz em seu art. 53.1⁴⁶².

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. 36⁴⁶³, 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

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.

⁴⁶¹ Artigo 18.º Força jurídica.

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

⁴⁶² 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).

⁴⁶³ Artículo 36. Limitación 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.

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 jurídico não deve ser confundido com as propostas teóricas atinentes à afirmação do direito fundamental ao mínimo vital⁴⁶⁴. 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)⁴⁶⁵.

De qualquer forma, a assimilação das duas categorias traz o efeito nocivo de

⁴⁶⁴ O que é corroborado por Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 204) ao sugerir cautela na associação do conteúdo essencial ao mínimo vital.

⁴⁶⁵ Em outros termos, o que Virgílio Afonso da Silva trata como mínimo vital leva à negação do mínimo vital pelos seus adeptos.

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.

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”⁴⁶⁶, 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 prestacionais⁴⁶⁷ 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

⁴⁶⁶ Em tradução livre. No original, “[...] el impacto que tiene la omisión de la medida de protección sobre el derecho”.

⁴⁶⁷ 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.

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 Boroswki (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 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 prestação⁴⁶⁸.

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

⁴⁶⁸ 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”.

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 *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 ampliação⁴⁶⁹, 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

⁴⁶⁹ 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.

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 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 similar, 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-também⁴⁷⁰.

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 normas⁴⁷¹.

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

⁴⁷⁰ 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.

⁴⁷¹ 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.

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 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: desprovisionamento. 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)⁴⁷².

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 amplo⁴⁷³. 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 insuficiência⁴⁷⁴.

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

⁴⁷² Destaques ausentes no original.

⁴⁷³ 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.

⁴⁷⁴ 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”.

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 excesso, que não se confunde com a proporcionalidade⁴⁷⁵.

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

⁴⁷⁵ 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.

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 com os deveres positivos correlatos⁴⁷⁶, 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 suficiente⁴⁷⁷.

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

⁴⁷⁶ 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.

⁴⁷⁷ 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.

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 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 normativamente⁴⁷⁸.

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

⁴⁷⁸ 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.

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 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 política⁴⁷⁹, 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 competência legislativa 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 parcial⁴⁸⁰.

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

⁴⁷⁹ Como sugere Claudia Tubertini (2008, p. 51-52).

⁴⁸⁰ 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.

restrições por ser o desiderato a ampliação. Em função dela é que se firma a natureza garantista dos níveis essenciais de prestação⁴⁸¹.

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 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 direito⁴⁸².

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

⁴⁸¹ 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.

⁴⁸² 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.

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 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 adscrescia 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 fundamentais⁴⁸³.

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.

⁴⁸³ Não se pode confundir dimensão eficaz com os efeitos dos direitos fundamentais.

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, 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”⁴⁸⁴.

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.

⁴⁸⁴ 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.

O caso Lüth⁴⁸⁵ 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 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’⁴⁸⁶.

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

⁴⁸⁵ 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.

⁴⁸⁶ 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’”.

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, 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)⁴⁸⁷, 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.

⁴⁸⁷ 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.

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 Comércio⁴⁸⁸.

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.

⁴⁸⁸ 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 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.”

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 fundamentais⁴⁸⁹.

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.

⁴⁸⁹ 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, 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.

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 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 positivação 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)⁴⁹⁰.

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

⁴⁹⁰ 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).

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.

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)⁴⁹¹, ficando ressaltado, desde a ementa, a natureza fundamental dos direitos envolvidos e titularizados pelo paciente e autor da ação⁴⁹².

⁴⁹¹ 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.

⁴⁹² “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. Cercar 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

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”,

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 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)”.

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 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 adeque 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 Idoso⁴⁹³ que previa a gratuidade dos transportes coletivos urbanos, repetindo o quanto disposto pelo art. 230, §2º, da Constituição Federal⁴⁹⁴.

⁴⁹³ 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.

⁴⁹⁴ 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

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.

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.